

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**HENRIQUE ABEL**

**OS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO NO  
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

**São Leopoldo**

**2016**

Henrique Abel

Os fundamentos epistemológicos do direito no constitucionalismo contemporâneo

Tese apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do título de Doutor, pelo Programa  
de Pós-Graduação em Direito da Universidade  
do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto

Coorientador: Prof. Dr. Peter Fitzpatrick

São Leopoldo

2016

A139f Abel, Henrique  
Os fundamentos epistemológicos do direito no  
constitucionalismo contemporâneo / Henrique Abel. – 2016.  
263 f. ; 30cm.  
Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São  
Leopoldo, RS, 2016.  
Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto.  
Coorientador: Prof. Dr. Peter Fitzpatrick.

1. Direito - Filosofia. 2. Epistemologia jurídica. 3. Positivismo  
jurídico. 4. Constitucionalismo contemporâneo. I. Título. II.  
Barretto, Vicente de Paulo. III. Fitzpatrick, Peter.

CDU340.12

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “OS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO”, elaborada pelo doutorando **Henrique Abel**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de dezembro de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto 

Membro: Dr. Alvaro Filipe Oxley da Rocha 

Membro: Dr. Wladimir Barreto Lisboa 

Membro: Dra. Fernanda Frizzo Bragato 

Membro: Dr. Matheus Pelegrino da Silva 

## AGRADECIMENTOS

À Prof<sup>a</sup> Dra. Fernanda Frizzo Bragato, orientadora da minha dissertação de Mestrado nesta casa, no ano de 2011, por todas as suas valiosas orientações ao longo dos quatro anos do Doutorado e da elaboração da presente tese, sobretudo em relação ao período de pesquisa (“doutorado-sanduíche”) que realizei como *Visiting Student* da School of Law of Birkbeck, University of London.

Ao meu orientador na presente tese, Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, por todas as suas sugestões metodológicas e por sua orientação valiosa e permanente no decorrer de todo o longo processo de elaboração deste trabalho. Sua contribuição foi fundamental para a identificação e correção de falhas no desenvolvimento desta tese – e as que eventualmente sobraram são de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

Ao meu co-orientador, Prof. Dr. Peter Fitzpatrick, por sua disponibilidade e pela enorme atenção com a qual me agraciou durante o meu período de pesquisa na Birkbeck School of Law. Sua contribuição para a presente tese, seja por meio de suas obras, de seus esclarecimentos presenciais e escritos ou por meio de suas indicações bibliográficas, foi transformadora e absolutamente inestimável.

À minha namorada, Vitória Tavares, cujo suporte afetivo e emocional nestes últimos meses foi decisivo para a conclusão deste trabalho.

A meus pais, Heron e Maria Regina, por absolutamente tudo. Cada pequena e modesta conquista minha nesta vida é, também, mérito deles.

Aos amigos e pessoas queridas, pelos muitos momentos subtraídos de nosso convívio ao longo dos últimos quatro anos. Sobretudo, aos meus queridos afilhadinhos João Vítor e Luiza. O trabalho do Dindo terminou. Vamos brincar?

*“We live in and by the law. It makes us what we are: citizens and employees and doctors and spouses and people who own things”*.<sup>1</sup>

Ronald Dworkin

*“What is sacred ultimately gets construed as fixed and inviolate, so ‘the sacred’ is not only nation but also law and the constitution, property, life, stem cells. If these things are determinate, we need give no thought to how our ideas of them have to change over time. ‘In God we trust’ can relieve us of trusting each other”*.<sup>2</sup>

Peter Fitzpatrick

*“We don’t yet know what is happening. So we need theory and philosophy more than ever. Today is the time for theory”*.<sup>3</sup>

Slavoj Zizek

*“Não é somente a arte que é incompatível com a felicidade, também o é a ciência. Ela é perigosa; temos de mantê-la cuidadosamente acorrentada e amordaçada”*.<sup>4</sup>

Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”

*“Alguns juristas críticos começam a sentir que seu pensamento corre o perigo de se tornar o apanágio de uma nova casta mandarinal”*.<sup>5</sup>

Luis Alberto Warat

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Harvard University Press, 1986.

<sup>2</sup> FITZPATRICK, Peter. *Law as resistance: modernism, imperialism, legalism*. Dartmouth, 2008. p. 06.

<sup>3</sup> ZIZEK, Slavoj. *Demanding the impossible*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 32.

<sup>4</sup> HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2003. p. 272.

<sup>5</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade, p. 346.

## RESUMO

O presente trabalho busca sustentar a tese de que o Estado Democrático de Direito, oriundo do Constitucionalismo Contemporâneo, representa um novo paradigma político-jurídico que se mostra radicalmente transformador na comparação com as encarnações anteriores do Estado Moderno. Sustenta, todavia, que este novo paradigma político-jurídico não veio acompanhado de um novo paradigma epistemológico (apesar de o chamado “neoconstitucionalismo” ter representado uma tentativa - frustrada e insuficiente - neste sentido). Na medida em que a última grande epistemologia jurídica de influência universal, a Teoria Pura do Direito própria do normativismo positivista kelseniano, se mostra absolutamente inadequada e insuficiente para explicar o Direito dentro daquele novo paradigma político-jurídico, se faz necessária uma (re)construção epistemológica do Direito no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo. Uma epistemologia jurídica efetivamente pós-positivista, aliada ao paradigma metodológico-interpretativo da hermenêutica jurídica, deve ser capaz de dar as condições de legitimidade discursiva e científica para que o Direito evite ser instrumentalizado pela política ou pelo poder econômico e, sobretudo, para que desfrute da autonomia necessária para atuar como instrumento qualificado na concretização do Estado Democrático de Direito e na proteção de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direito - Filosofia. Epistemologia jurídica. Positivismo jurídico. Constitucionalismo contemporâneo.

## **ABSTRACT**

The present work seeks to support the thesis that the Democratic Rule of Law, coming from Contemporary Constitutionalism, represents a new political-legal paradigm that is radically transformative in comparison with the previous incarnations of the Modern State. It argues, however, that this new political-legal paradigm was not accompanied by a new legal epistemological paradigm (although the so-called "neo-constitutionalism" represented a failed and insufficient attempt in this sense). Given the fact that the last major legal epistemology of universal influence, Kelsen's Pure Theory of Law, is today absolutely inadequate and insufficient to explain the Law within that new political-legal framework, a legal epistemological (re)construction - adequate to Contemporary Constitutionalism - is much needed. An effectively post-positivist legal epistemology, coupled with the methodological-interpretative paradigm of legal hermeneutics, must be capable of giving the conditions of discursive and scientific legitimacy for the Law, in the sense of being capable to avoid being manipulated or distorted by political or economic power. Above all, it must assure the Law's discursive autonomy necessary for it to act as a qualified instrument of concretization of the Democratic Rule of Law, protecting fundamental rights and democracy.

**Keywords:** Law - Philosophy. Legal epistemology Legal positivism. Contemporary constitutionalism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O PANORAMA POLÍTICO E SOCIAL DA ATUALIDADE.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 Direito e Democracia no Mundo Contemporâneo.....</b>	<b>25</b>
2.1.1 A Desorientação da Hipermodernidade.....	25
2.1.2 Democracia e Complexidade.....	28
2.1.3 Semiologia do Poder.....	33
2.1.4 O “Fim” do Poder.....	37
2.1.5 Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo Contemporâneo .....	41
<b>2.2 O Debate sobre o Chamado “Neoconstitucionalismo”.....</b>	<b>46</b>
2.2.1 Neoconstitucionalismo: notas introdutórias .....	47
2.2.2 Origem e Evolução do Estado Moderno .....	49
2.2.3 Estado Democrático de Direito: um “plus” normativo.....	51
2.2.4 Limitações e Insuficiências Teóricas do “Neoconstitucionalismo” .....	54
2.2.5 O Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli .....	57
<b>3 EPISTEMOLOGIA E POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>70</b>
<b>3.1 Epistemologia, Ciência e Filosofia.....</b>	<b>70</b>
3.1.1 Conceituando Epistemologia.....	70
3.1.2 Epistemologia em Platão .....	72
3.1.3 Epistemologia em Kant .....	74
3.1.4 Epistemologia em Karl Popper e Thomas Kuhn .....	80
3.1.5 A Filosofia como Condição de Possibilidade para (a Ciência) (d)o Direito .....	85
<b>3.2 A Epistemologia do Direito no Positivismo Jurídico Normativista Kelseniano.....</b>	<b>88</b>
3.2.1 Direito e Ciência Jurídica na Teoria Pura.....	88
3.2.2 A Teoria Pura e o Relativismo Filosófico .....	94
3.2.3 AS Raízes Filosóficas da Teoria Pura e da Norma Fundamental Kelseniana .....	97
3.2.4 A Norma Fundamental e suas Contradições.....	102
3.2.5 As Insuficiências Epistemológicas da Teoria Kelseniana .....	105
<b>4 REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS DA EPISTEMOLOGIA DO POSITIVISMO NORMATIVISTA NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>113</b>
<b>4.1 O Estatuto Científico do Direito na Doutrina Brasileira .....</b>	<b>113</b>
4.1.1 Ciência Jurídica: desafios conceituais .....	114
4.1.2 Discrecionabilidade e Ativismo Judicial.....	119

4.1.3 Os Três Modelos Explicativos de Ferraz Jr.....	122
4.1.4 Uma Crítica à “Epistemologia das Ciências Culturais” de Ovídio .....	125
4.1.5 A Postura Anti-Epistemológica .....	133
<b>4.2 O “Pós-Positivismo” na Prática Judiciária Brasileira .....</b>	<b>138</b>
4.2.1 A Aposta na Discricionariedade Judicial.....	139
4.2.2 Enunciados: uma normatividade “alternativa” .....	142
4.2.3 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.....	147
4.2.4 As Características do Pós-Positivismo “à Brasileira” .....	151
4.2.5 Os Perigos da Naturalização do Ativismo Judicial .....	155
<b>5 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO NO</b>	
<b>CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>163</b>
<b>5.1 Os Desafios para a Construção de uma Epistemologia Jurídica Pós-Positivista.....</b>	<b>163</b>
5.1.1 As Três Matrizes Jurídicas .....	164
5.1.2 A Dimensão Temporal na Perspectiva Sistêmica.....	168
5.1.3 Epistemologia e <i>Autopoiesis</i> .....	171
5.1.4 Hermenêutica Jurídica e Epistemologia: a Armadilha Relativista .....	175
5.1.5 Pragmatismo, Relativismo e Ceticismo na Filosofia Jurídica .....	182
<b>5.2 Perspectivas e Abordagens para uma Teoria Epistemológica Pós-Positivista.....</b>	<b>191</b>
5.2.1 As Mitologias no Direito Moderno .....	192
5.2.2 Determinabilidade e Responsividade, Autonomia e Heteronomia.....	198
5.2.3 O Pêndulo de Fitzpatrick e a Hermenêutica Jurídica .....	205
5.2.4 Ontologia e Epistemologia dos Objetos Institucionais Abstratos .....	208
5.2.5 Caos na Ordem, Ordem no Caos .....	212
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>217</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>242</b>
<b>ANEXO A - DECLARATION .....</b>	<b>251</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No filme “The Devil’s Advocate” (1997), de Taylor Hackford, somos apresentados a um argumento interessante e provocativo: e se o demônio estivesse vivendo aqui no nosso mundo, entre os humanos, nos dias atuais, na pele de um altamente bem-sucedido advogado corporativo? Que opções e portas o Direito lhe abriria? O próprio personagem dá uma pista. Na parte final do filme, Satanás – em brilhante atuação de Al Pacino –, revela o curioso motivo pelo qual optou pela advocacia: porque o Direito seria hoje, segundo ele, a nova e verdadeira religião mundial.

O argumento do infernal causídico faz bastante sentido. Afinal, em um mundo no qual a autoridade espiritual foi quase que inteiramente expurgada (e com a “morte” de Deus tendo sido anunciada aos quatro ventos na transição do século XIX para o XX), a única incontestável autoridade remanescente vem a residir, de fato, no poder secular do Direito.

Com o advento da modernidade, os sacerdotes da igreja tornam-se secundários, quase performativos, mas os doutores da lei não apenas remanescem como são, ainda, elevados a uma posição de protagonismo cada vez mais inquestionável. Até mesmo seus ritos cerimoniais, ambientações palacianas e um certo exoterismo sacerdotal contribuem para uma imagem que evoca o antigo simbolismo religioso. A liturgia sacra dá lugar à liturgia jurídica, a nova religião de um mundo materialista orientado pela “razão” da autoridade secular. A palavra de Deus cede espaço à palavra do Direito, e as leis divinas dão lugar unicamente às leis do soberano terrestre. Os volumosos códigos de leis e suas compilações se tornam algo com uma nova Bíblia, apta a aproximar o homem da divindade terrestre, o Direito.<sup>6</sup>

A provocação feita pelo Satanás interpretado por Pacino poderia ser interpretada como sendo nada além de uma boa frase de efeito dentro do contexto de uma obra de ficção popular, sem maiores pretensões intelectuais. Por certo, a maioria dos estudiosos (assim como os

---

<sup>6</sup> Tão forte é esta conexão que, quando Hobbes cria a sua teoria de legitimação do Poder Absoluto, ele irá ilustrar essa toda-poderosa autoridade civil na forma de uma divindade metafórica. A única forma de transcender os desacertos internos de um país – sobretudo os conflitos de matriz religiosa – é substituir o dogma da palavra divina pelo dogma da palavra-de-lei do deus mundano, da divindade terrestre : o Leviatã. O apelo à racionalidade da obediência à autoridade do Soberano, em Hobbes, é um discurso religioso de segunda ordem. A nova divindade terrestre não substituiu o Deus divino e celeste – pelo contrário, aquele pressupõe este. “[...] todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.* Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa”. HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 144.

chamados, coloquialmente, de “operadores”) do Direito consideraria pejorativa e reducionista uma metáfora como esta, que conceitua o Direito como sendo uma espécie de “nova religião materialista” do mundo contemporâneo. Afinal, religiões lidam com dogmas, e poucos juristas (se é que existe algum) gostam de definir a si próprios como sendo “dogmáticos”. Além disso, religiões lidam com fé, com crenças abstratas pouco submetidas à reflexão crítica – certamente bem diferente daquilo que gostamos de pensar a respeito do Direito.

Me parece possível afirmar, com relativa tranquilidade, que esta visão reducionista, do Direito como sendo “a religião da autoridade secular”, não representa a forma como os juristas, os estudiosos e os pesquisadores da área gostam de enxergar o seu campo de atuação. Salvo engano, gostamos de enxergar o Direito como um fenômeno complexo, como uma ciência social aplicada, como um campo de estudo caracterizado por grande tecnicidade e complexidade teórica. Não pretendo sugerir, de forma alguma, que estamos enganados em relação a esta percepção. Quero sugerir, apenas, que talvez as duas distintas percepções não sejam inteiramente excludentes.

A ideia de que o Direito contemporâneo frequentemente opera como uma espécie de teologia vai muito além de uma mera sugestão provocativa saída do cinema popular hollywoodiano. Esta percepção é compartilhada, por exemplo, pelo professor Geoffrey Samuel, da Kent School of Law em Canterbury, Inglaterra. Para ele, o Direito contemporâneo - por estar epistemologicamente preso a um paradigma de autoridade - se torna mais próximo da teologia do que de uma ciência social.<sup>7</sup>

Peter Fitzpatrick, por sua vez, ressalta os paralelos entre o monoteísmo religioso e o Direito na modernidade, marcada pela emergência de verdadeiros “novos ídolos” – como o Estado, o Liberalismo e semelhantes divindades laicas inventadas.<sup>8</sup> O autor observa que o próprio discurso da Revolução Francesa estava saturado de terminologia religiosa e sacra, dando ênfase nesta interessante contradição: o Direito da Modernidade surge, a um só tempo, como negação e como reafirmação dos velhos axiomas religiosos.

A simbologia mítica e a metafísica religiosa, assim, sobrevivem ao advento da modernidade, assumindo uma nova roupagem. O próprio Kant sustentava, com grande ênfase, o caráter religioso e inviolável da autoridade legislativa enquanto princípio prático da

<sup>7</sup> “Legal scholars and their students are imprisoned in a paradigm framework (authority and simplicity) within which the very possibility of radical epistemological thinking is by definition prohibited. [...] for law (or at least for doctrinal law), there has been little that one could begin to characterize as an epistemological revolution. [...] Law is, then, a secure discipline because it secures itself against any radical new epistemological thinking. Bartolus and Domat could return tomorrow and find that little has changed. Could one say the same for Newton?”. SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 456, Dec. 2009.

<sup>8</sup> FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. New York: Routledge, 1992.

razão<sup>9</sup>. A perplexidade que isso nos causa é expressada com grande precisão por Fitzpatrick, quando este refere que, chegando a tal ponto, “*one may perhaps be forgiven for wondering if there ever was Enlightenment*”.<sup>10</sup> Derrida, por sua vez, dirá que o processo de secularização significou uma verdadeira herança da memória teológica.<sup>11</sup> Os avatares modernos da soberania acomodaram o sagrado, sendo que conceitos como “nações líderes”, “grandes poderes” e “hegemonia legítima” entram nesta lógica. A soberania surge, assim, como um novo deus, mundano e secular.

Tão poderosa é a penetração deste imaginário mítico e religioso nas fundações do Direito moderno que mesmo Kelsen, ao conceber uma epistemologia jurídica que visava aproximar a ciência do Direito dos padrões metodológicos das ciências naturais, se vê em última instância diretamente influenciado pelo positivismo comteano, uma filosofia que posteriormente se converteria em um projeto declarado de uma nova religião civil, racionalista e materialista, fundada na crença no progresso – a “Religião da Humanidade”.

Se o Direito dos últimos dois séculos tem enfrentado dificuldades para se afastar completamente de uma metafísica religiosa e de narrativas míticas, tanto maior vem sendo a dificuldade encontrada para transcender, como bem observa Geoffrey Samuel, as limitações inerentes ao paradigma da *autoridade*. Não há dúvidas de que, dentro do movimento levado a cabo pela doutrina jurídica ocidental da segunda metade do século XX (sobretudo europeia), o Direito pretende ser algo mais do que um mero discurso de autoridade. Não se preocupa mais apenas com validação ou verificação, mas ambiciona uma legitimidade mais profunda.

Embora os efeitos político-jurídicos do Constitucionalismo Contemporâneo tenham sido vastos e imensamente positivos, por outro lado talvez hoje seja mais difícil do que nunca dar uma resposta simples para uma pergunta básica, porém fundamental: afinal, *o que é o Direito?*

Uma das obras jurídicas mais influentes do século XX, de autoria de H.L.A Hart, se chama “O Conceito de Direito”. O título não deixa de simbolizar uma confissão coletiva de certo constrangimento. Afinal, o Direito existe como um campo privilegiado de estudo e

---

<sup>9</sup> “A law that is so holy (inviolable) that it is already a crime even to call it in doubt in a practical way, and so to suspend its effect for a moment, is thought as if it must have arisen not from human beings but from some highest, flawless lawgiver; and that is what the saying ‘All authority is from God’ means. This saying is not an assertion about the historical basis of the civil constitution; it instead sets forth an idea as a practical principle of reason; the principle that the presently existing legislative authority ought to be obeyed, whatever its origin”. KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 95.

<sup>10</sup> FITZPATRICK, Peter. *Law as resistance: modernism, imperialism, legalism*. Dartmouth, 2008. (Introduction, p. xx).

<sup>11</sup> FITZPATRICK, Peter. What are the gods to us now? secular theology and the modernity of law. *Theoretical Inquiries in Law*, [S.l.], v. 8, n. 1, Article 8, p. 168, Jan. 2007.

reflexões há mais de dois mil anos. Quando as primeiras universidades foram criadas, na Europa medieval, os primeiros (e, durante muito tempo, únicos) cursos existentes eram precisamente Direito e Medicina. Ora, mas como é possível que, ainda hoje, possa existir tamanho espaço para indeterminações conceituais básicas em um campo de conhecimento e estudo que atravessou tantos séculos e que acompanha a humanidade praticamente desde o início das primeiras experiências civilizacionais?

O fato que persiste é que, ainda hoje, neste começo de século XXI, determinar a natureza do Direito e seus limites de conhecimento é um esforço que não encontra amparo no conforto de um consenso acadêmico e doutrinário tranquilo. Afinal, o Direito é uma arte, uma técnica, uma “humanidade” ou uma ciência social aplicada? Não é uma pergunta retórica, sem implicações práticas, na linha de discutir o “sexo dos anjos”. Se o Direito é uma arte, por definição o artista/jurista não se verá constrangido por limites no exercício criativo desta arte. A arte não pode – e nem deve – ser interdita por restrições ao ato de criar. Não deve haver limitações externamente impostas à amplitude imaginativa do artista. Receber o poder de julgar, neste contexto, seria algo análogo a receber um pincel e uma tela em branco. Prestar jurisdição se converteria em um exercício de expressão dos sentimentos do artista/jurista.

Por outro lado, se o Direito é meramente uma técnica, então aparentemente se tem teorizado em excesso sobre ele nos últimos séculos. Ora, toda técnica possui um caráter essencialmente instrumental e é muito mais um meio do que um fim. Toda vez que nos perguntamos sobre o que o Direito deve realizar e quais valores político-jurídicos ele deve consagrar ou proteger, estamos colocando uma questão que a ideia de Direito enquanto mera técnica não pode responder. A ideia do Direito como sendo nada além de uma técnica é digna do positivismo jurídico mais primitivo, preso a um exegetismo incontornável. Quando Kelsen inaugura o seu positivismo normativista, nos anos 1930, já o faz superando esta concepção e tratando o Direito como objeto de uma ciência mais complexa.

Apesar disso, hoje se percebe uma desconforto generalizado diante da ideia de tratar o Direito como uma ciência social aplicada. Frequentemente, no meio acadêmico, utilizamos expressões como “ciências jurídicas” e insistimos na importância da “metodologia de pesquisa científica” no Direito. Mas, ao mesmo tempo, a ideia de sustentar o caráter científico do Direito muitas vezes soa como algo aparentemente dogmático, “autoritário”, como uma espécie de aprisionamento e limitação do potencial do fenômeno jurídico. Além disso, também traz à tona o receio de uma reprivatização do fracassado projeto positivista.

Com efeito, parece haver uma “falta de chão” epistemológico. Mas como estas dificuldades conceituais são contornadas no cotidiano da prática forense e da produção

acadêmica? Quero sugerir aqui que este elevado grau de indeterminação tem gerado um comportamento dual, ambivalente, que poderíamos denominar de *paralaxe epistemológica*.

Como verificamos, na prática, esta ambivalência? Simples: pela abirtrária alternância, ao sabor da vontade dos julgadores, entre uma postura que poderíamos chamar “solipsista-liberal” e outra que poderia ser definida como “dogmático-integrativa”. Isso é constatado pela observância do seguinte fenômeno: quando juízes e tribunais estão defendendo um argumento a favor de uma mudança naquilo que está estabelecido pela prática jurídica, eles tendem a sustentar que o Direito não pode ser “objetivado”, que o Direito não é uma “ciência exata”, que possui uma “textura aberta” para a dimensão da moralidade, que não se limita àquilo que os Tribunais dizem que ele é, que o jurista não pode ficar preso aos limites dos textos legais, etc.

Nestes casos, em se tratando de decisões judiciais, frequentemente se usa a linguagem do “livre convencimento do juiz”, do julgador que decide “de acordo com a sua consciência” e do apelo a uma determinada visão moral como uma espécie de fator externo de “correção” do Direito. Trata-se da já referida postura solipsista-liberal, que aposta nos sentimentos e valores morais do indivíduo para justificar um rompimento com uma determinada tradição estabelecida.

No entanto – e é aqui que podemos observar algo de paradoxal -, ao defender um argumento a favor da manutenção daquilo que já vem sendo referendado pela *praxis* judiciária, estes mesmos juízes e tribunais tendem a sustentar a importância da segurança jurídica, da previsibilidade, da necessidade de o Direito atentar para a “boa técnica” e para a “melhor doutrina científica jurídica” – e provavelmente apelarão a precedentes judiciais, a súmulas e a interpretações bastante literais de artigos de lei para demonstrar a solidez de sua posição.

Qual é o problema, aqui? Simples: na medida da conveniência da decisão que se quer fundamentar, ora corre-se para um lado, ora para o seu contrário. Em dados momentos, as decisões judiciais buscam abrigo junto ao valor e o prestígio da doutrina estabelecida, dos repertórios jurisprudenciais consolidados, da literalidade dos textos legais, etc. Busca-se, nestas horas, a *autoridade da tradição*. Em outros momentos, vemos estes mesmos juízes e tribunais *lutando contra* essa “interdição” causada pelo entorno jurídico, apostando no ativismo judicial, no protagonismo da “consciência esclarecida”, no ouvido atento aos “clamores da sociedade”, etc.

O problema resultante desta paralaxe epistemológica é evidente: abre-se um espaço potencialmente ilimitado para o voluntarismo, para o solipsismo e para a transformação do Direito em uma simples questão de retórica (ou de poder, no caso das decisões judiciais). Em

outras palavras, o quanto de rigor e previsibilidade que o Direito comporta passa a ser uma questão de quanto se quer ou não, dentro da construção de um determinado argumento, que o Direito seja determinado/determinável ou não.

Dessa maneira, o papel da tradição<sup>12</sup> passa a ser meramente o de um instrumento retórico utilizado para justificar retroativamente uma posição ideológica já adotada. Na medida da conveniência da tese que se quer ver vencedora, a tradição pode operar como o fundamento que dá substância e legitimidade para a posição defendida ou como os grilhões que devem ser rompidos em nome de um determinado ideal abstrato de “Justiça” em dada situação particular.<sup>13</sup>

As consequências disso são da maior gravidade, entre outras razões, em virtude do fato de que, em um dado ordenamento jurídico, os intérpretes do Direito não se encontram todos em um mesmo patamar. Alguns destes intérpretes estão em um “local de fala” privilegiado – ou, em outras palavras, estão imbuídos de poder. Se a densidade epistemológica do Direito é uma questão de casuística, de preferência pessoal do intérprete

---

<sup>12</sup> É oportuno esclarecer, aqui, o que se quer dizer por “tradição”. Com frequência, no âmbito social, moral e político, o termo é hoje visto de forma negativa. Em virtude de ter sido, por muito tempo, utilizada como uma espécie de argumento geral de autoridade, a ideia de “tradição” hoje parece evocar sentimentos de opressão, rigidez estrutural, conservadorismo, hierarquia social, autoridade religiosa e, de um modo mais amplo, um fechamento prévio em detrimento de qualquer possibilidade de mudanças e novidades. Não é neste sentido, evidentemente, que uso o termo “tradição” no presente trabalho, mas sim em um sentido hermenêutico, ou seja, em referência a uma prática social e linguística compartilhada. Sobre isso, Streck observa que “O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. [...] Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros [...]. Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo. [...] O próprio Gadamer reconhece que seu projeto filosófico retira da obra heideggeriana seu elemento mais fundamental: a descoberta da estrutura prévia da compreensão. [...] Na verdade, esse (novo) modo de tratar a relação entre teoria e prática passa a privilegiar a dimensão de vivências fáticas. É assim que (re)aparece o ‘mundo prático’ na filosofia [...]. É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um *contexto intersubjetivo de fundamentação* [...] no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante (*razão hermenêutica*, para usar a expressão cunhada por Ernst Schnädelbach)”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59-62.

<sup>13</sup> Em seu recente livro “The Righteous Minds”, o psicólogo norte-americano Jonathan Haidt explica que, no que diz respeito a julgamentos morais, a tendência inata das pessoas é *julgar primeiro e justificar depois*. Essa compreensão da psique humana apenas reforça a importância de não permitir que julgamentos judiciais (baseados no Direito, nas normas e nas instituições) sejam realizados, pelos agentes humanos, da mesma forma como o são os julgamentos morais. O julgamento moral, no mais das vezes, nada mais é do que uma racionalização à posteriori, elaborada para justificar uma tomada de posição prévia que o indivíduo já realizou com base em seus pré-conceitos e pré-juízos. No Direito, esse tipo de postura solipsista por parte do julgador é ainda mais perigosa, pois pode ser facilmente disfarçada e encoberta por uma avalanche de retórica jurídica, selecionada ao gosto do julgador para dar aparente substância para a “fundamentação” da decisão. Segundo Haidt, “Findings such as these led Wason to the conclusion that judgement and justification are separate processes. Margolis shared Wason’s view, summarizing the state of affairs like this: ‘Given the judgments (themselves produced by the nonconscious cognitive machinery in the brain, sometimes correctly, sometimes not so), human beings produce rationales they believe account for their judgements. But the rationales (on this argument) are only ex post rationalizations.’” HAIDT, Jonathan. *The righteous mind*. London: Penguin Books, 2013. p. 50.

naquela situação em particular, decorre daí que o Direito, em pleno século XXI, apesar de todas as estruturas democráticas em seu entorno, permanece sendo potencialmente nada além de um *discurso de poder*. Volta-se para o grave problema da discricionariedade judicial, que é uma postura intrinsecamente antidemocrática. Em semelhante cenário, a autonomia do Direito, um dos principais objetivos do Constitucionalismo Contemporâneo, se transforma em pura ilusão.<sup>14</sup>

Se estou correto neste diagnóstico, então este é o preço que se paga, sobretudo no Direito brasileiro, pela adesão a ideias ingênuas do tipo “teoria e prática são coisas distintas”, de que o que o Direito é “uma coisa” em teoria e que “na prática não é assim que funciona” e semelhantes máximas impregnadas de uma peculiar mistura de fatalismo conformista com ceticismo filosófico.

O Direito, desde o Constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, almeja ser independente das contingências políticas. Trata-se de um imperativo no presente momento histórico. A ideia de um ordenamento jurídico manipulado por distorções políticas - ou pelo voluntarismo de figuras de poder - é simplesmente incompatível com as nossas concepções contemporâneas de democracia. Também o poder político precisa se curvar ao Direito e prestar contas a este. Este princípio decorre da lição aprendida pela humanidade por meio das grandes tragédias humanas e sociais da primeira metade do século XX, qual seja, de que nenhuma força política, econômica, religiosa ou midiática pode se encontrar em condições de, eventualmente, se tornar tão poderosa ao ponto de poder se colocar acima do Direito.

Esta é uma tarefa mais difícil do que pode parecer em um primeiro momento, na medida em que de nada adianta colocar o Direito acima dos poderes exercidos pelos atores do Executivo e do Legislativo e, ao mesmo tempo, coroar os membros do Poder Judiciário como uma espécie de “proprietários” dos significados e dos sentidos do Direito. Se o Poder Judiciário se transforma no “senhor do Direito”, recebendo com exclusividade a incumbência

---

<sup>14</sup> Esta ideia de autonomia do Direito significa, em síntese que, no Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito não está mais a reboque da política. Ou seja, são as esferas econômica e política que devem se curvar ao Direito, e não o contrário. Em outras palavras, o Direito se transforma em fundamento e garantia da democracia constitucional contemporânea, e se liberta do papel de atuar como mero discurso de legitimação em benefício dos interesses do poder político e/ou econômico. Significa também que, embora tenha sido superada a cisão entre Direito e moral da forma como queriam os positivistas, por outro lado também não há mais espaço para a moral atuar como fator externo de “correção” do Direito. No entanto, “autonomia” não significa, aqui, que o Direito não mantenha relações com a política, com a moral, com a filosofia e com a sociedade. Não significa que o Direito seja surdo ao entorno histórico, social, econômico e político: significa apenas que ele não se presta mais a servir como mero instrumento de conveniência para, atropelando sua coerência e integridade sistêmicas, atender aos desejos instantâneos do poder político, das forças econômicas ou de maiorias de ocasião. A autonomia do Direito não o torna imune à mudança e nem aos anseios por renovação, apenas garante que estes processos ocorram pelas vias democráticas apropriadas. Voltarei a esta questão, com maior profundidade, no decorrer do presente trabalho.

de interpretar livremente o Direito, aplicá-lo e renová-lo (pela via do ativismo judicial), então o resultado não é outra coisa senão uma nova captura do Direito pela política – só que, agora, pelas mãos dos agentes políticos do Judiciário ao invés dos agentes políticos do Executivo, como aconteceu em outros tempos.

Se esta é uma descrição adequada sobre a forma como o Direito é aplicado hoje no Brasil – e existe farta evidência fática e produção bibliográfica de fôlego sugerindo que sim<sup>15</sup>, então nos encontramos diante de uma desconcertante ironia: a comemorada superação do positivismo jurídico resultou, na prática, em uma espécie de repriminção do velho realismo legal (Alf Roos) e o Direito, hoje, é essencialmente “aquilo que os juízes e Tribunais dizem que ele é”. Em outras palavras, um violento retrocesso prático e teórico, disfarçado de “evolução”.

Em meu livro *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*, dediquei grande atenção aos esforços do jusfilósofo Ronald Dworkin para a desconstrução e superação do positivismo jurídico. Naquele livro, fiz um apanhado geral tanto das obras que celebrizaram Dworkin, nos anos 1970 e 1980 (naquilo que poderíamos chamar de "debate Hart-Dworkin"), quanto aquelas que ele produziu mais ao final de sua carreira, já em resposta a diversos críticos como Raz, Coleman e Posner.

Um de meus objetivos centrais naquele trabalho era demonstrar que, apesar dos esforços realizados por toda uma nova geração de positivistas, nenhum deles havia obtido sucesso concreto na tarefa de "salvar" o positivismo jurídico dos efeitos da crítica de Dworkin. Embora naturalmente sempre exista espaço para controversias pontuais, no presente trabalho partirei de um axioma compartilhado pela imensa maioria da academia jurídica, dentro e fora do Brasil - qual seja: de que o positivismo jurídico, ao menos no plano teórico, é

---

<sup>15</sup> “[...] em geral, os juristas brasileiros agem de maneira *personalista* ao decidir casos concretos e têm a tendência de *naturalizar seus conceitos* ao refletir sobre o direito em abstrato. [...] Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. *Debater* tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. *Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente*: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte. De outra parte, ao refletirem abstratamente sobre o direito, os juristas tendem a *naturalizar os conceitos* de que se utilizam, apresentando-os como a única solução possível para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de *argumentos de autoridade*. E, também nesse caso, os juristas tendem a deixar de demonstrar analiticamente a correção de sua posição perante a esfera pública. [...] Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um Direito que se legitima simbolicamente em função de uma *argumentação não sistemática*, fundada na *autoridade dos juízes e dos tribunais*; mais preocupada com o *resultado do julgamento* do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *como decidem as Cortes?* : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14-15.

uma teoria hoje superada e manifestamente insuficiente como explicação do fenômeno jurídico neste mundo do começo do século XXI, pautado pela hipercomplexidade.

No entanto, no que diz respeito ao trabalho de Dworkin, meus objetivos no presente trabalho são muito diferentes daqueles sobre os quais me debrucei em *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*. Desta vez, não irei me valer daquilo que *está* na obra de Dworkin, mas justamente partirei do problema que decorre daquilo que *não está* na obra deste célebre autor.

Explico: no presente trabalho, quero sustentar, em síntese, que o legado de Dworkin representa um *método interpretativo* e uma teoria (parcial, dirão alguns) da decisão, *mas não uma teoria integral sobre as possibilidades do conhecimento jurídico e sobre o status científico do Direito*.

Em decorrência disso, um dos pontos de partida neste trabalho é a ideia de que *a teoria da decisão de Dworkin demanda um novo alicerce epistemológico para o Direito*, não sendo possível combinar esta nova metodologia interpretativa (a hermenêutica jurídica e demais teorias afiliadas às teses de Dworkin) com a velha epistemologia do positivismo jurídico.

A superação do positivismo jurídico (e a reconfiguração do Direito dentro do novo paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito) requer, para sua realização e concretização plenas, novas respostas para novas (e velhas) indagações: *o que significa, hoje, falar em “Ciência do Direito”? Quais são os limites e fundamentos epistemológicos desta ciência?* Sobretudo, qual é a melhor forma de explicar e compreender as relações entre Direito e política no mundo contemporâneo, de forma a permitir que a necessária oscilação do Direito entre *estabilidade e renovação* (e *determinabilidade/responsividade*) possa ocorrer livre de distorções (ou excessos) perpetrados pelo(s) poder(es) – seja pela mão de agentes políticos, seja por meio da própria sociedade, na forma de uma demonstração da “vontade da maioria”?

Se o Direito impõe limites epistemológicos para seus aplicadores e intérpretes, então estes limites precisam ser cientificamente estudados e compreendidos dentro de um paradigma jurídico epistemologicamente coerente, íntegro e sistêmico. Do contrário, se o Direito é meramente “aquilo que dizem os juízes e os Tribunais” ou mera manifestação de “vontade” de quem decide, então seria mais intelectualmente honesto simplesmente reconhecermos que não existem motivos para continuarmos falando em “ciências jurídicas” (ou em “cientificidade” ou “rigor técnico” no Direito). Dito em outras palavras: ou o Direito possui uma racionalidade própria - não submetida ao poder político e apta a gerar

constrangimentos para quem pretenda assujeitar o ordenamento jurídico – ou é meramente uma retórica a serviço do poder. Entender o Direito ora como a primeira destas coisas, ora como a segunda, é resvalar na *paralaxe epistemológica*.

Obviamente, nesta hipótese, também seria claramente impossível para o Direito desempenhar o papel que a ele foi atribuído pelo Constitucionalismo Contemporâneo. Se o Direito for considerado, ainda hoje, como sendo apenas uma expressão da vontade e da subjetividade interpretativa daqueles que estão em cargos de poder, então, em última instância, o Direito continuará tristemente sendo aquilo que ele frequentemente foi ao longo da história: um mero discurso de legitimação *a posteriori* do poder estabelecido, em benefício dos detentores de poder político e econômico.

Uma dos pressupostos presentes neste trabalho é de que é inaceitável, nesta quadra da história, que o Direito seja tratado com objeto de uma ciência apenas dentro dos estritos limites da academia e tão somente para propósitos acadêmicos. Uma epistemologia do Direito contemporâneo não pode conceber um Direito “da rua” e um Direito “dos cientistas” – ou existe uma racionalidade sistêmica no discurso jurídico, ou não existe. *Tertium non datur*, diriam os escolásticos. Qualquer esforço dispendido em uma epistemologia do Direito “pura”, meramente teórica e despreocupada com a prática do Direito não representaria nada além de um novo resvalo nas limitações do positivismo normativista kelseneano.

O presente trabalho buscará sustentar, também, o argumento de que a filosofia opera como uma verdadeira condição de possibilidade para o entendimento e aplicação do Direito contemporâneo. Existem diversas razões para isso, que podem ser resumidas da seguinte forma: primeiro, porque existe uma relação de co-originariedade entre a moral (um domínio próprio da filosofia) e o Direito, no sentido de que a emergência e renovação de qualquer ordenamento jurídico autêntico pressupõe um conjunto geral prévio de juízos de valor. Segundo, porque – dentro do novo paradigma do constitucionalismo europeu pós-Segunda Guerra (modelo que serviu de fonte para a concepção da nossa atual Constituição Federal), - a moralidade adentra o mundo do Direito (positivo, inclusive) de forma mais ostensiva e programática.

O Estado Democrático de Direito, ao invés de tão somente elencar sugestões programáticas, se caracteriza sobretudo como um modelo que verdadeiramente comanda as forças políticas a atuarem em direção à construção de um modelo de sociedade inclusivista e pautada pela sociabilidade, assumindo um compromisso muito forte com a redução das desigualdades, sobretudo sociais e econômicas. Dentro desta nova realidade, pensar em um

Direito “livre” de concepções morais (e de relações com a filosofia política e moral) mostra-se como um atavismo e uma verdadeira fantasia.

Enfim, pretendo defender, aqui, um argumento a favor da necessidade e urgência de uma reflexão sobre a construção teórica de um novo paradigma epistemológico para o Direito – uma epistemologia jurídica que rompa com o legado do positivismo normativista kelseniano e que seja realmente coerente e integrada com a forma como compreendemos o Direito democrático na atualidade.

Irei sugerir que a hermenêutica, seja em Dworkin, seja na Crítica Hermenêutica do Direito capitaneada no Brasil por Lenio Streck, é o método mais apropriado para a interpretação do Direito dentro do paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo. Ocorre, no entanto, que isso não resolve o problema de que *a hermenêutica é um método, não uma epistemologia*. Justamente por isso, irei sustentar que esse método interpretativo demanda a existência de um chão epistemológico apropriado, com o qual a hermenêutica possa dialogar de forma sistêmica, integrada e coerente.

Dessa forma, os *objetivos gerais* do presente trabalho são: *a)* sustentar a tese de que o Direito, neste começo de século XXI, precisa passar por um processo de reconstrução epistemológica; *b)* reafirmar a necessidade de uma teoria jurídica anti-relativista e comprometida com os postulados democráticos do Constitucionalismo Contemporâneo, a fim de evitar uma “recaptação” do Direito por poderes alheios (política, econômica, etc). Especificarei os *objetivos específicos* nos próximos parágrafos, enquanto detalho o caminho a ser percorrido no presente trabalho.

Conforme já referido, o *objeto* do trabalho é a tese de que o Estado Democrático de Direito, oriundo do Constitucionalismo Contemporâneo, embora represente um novo paradigma político-jurídico que se mostra radicalmente transformador em comparação com as encarnações anteriores do Estado Moderno, *não surge devidamente acompanhado de um novo e adequado paradigma epistemológico* (apesar de o chamado “neoconstitucionalismo” ter representado uma tentativa - frustrada e insuficiente - neste sentido). Em virtude disso, sustento que se faz necessária uma (re)construção epistemológica do Direito, no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, apta a estabelecer as condições de legitimidade discursiva e científica para que o Direito não seja instrumentalizado pela política ou pelo poder econômico e, sobretudo, para que desfrute da autonomia necessária para atuar como instrumento qualificado na concretização do Estado Democrático de Direito e na proteção de direitos e garantias fundamentais.

A *fundamentação teórica* que utilizo no presente trabalho é bastante diversificada. No que diz respeito à crítica ao ativismo e à discricionariedade judicial, minhas principais matrizes teóricas são a concepção do “Direito como integridade” de Ronald Dworkin e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Peter Fitzpatrick (sobretudo as obras “Modernism and the Grounds of Law” e “Law as Resistance”) é a principal referência no que diz respeito à crítica às concepções estáticas e puramente deterministas na filosofia jurídica.

Para o estudo do processo evolutivo das concepções epistemológicas no Direito ao longo dos tempos, as obras “The Epistemological Foundations of Law”, de Isaak I. Dore, “Introduction to Jurisprudence”, de Michael Freeman, e “Introduction to Critical Legal Theory”, de Ian Ward, foram de fundamental importância. Zygmunt Bauman, Gilles Lipovetsky, Claude Lefort, Tzvetan Todorov, Luis Alberto Warat e Moisés Naím são os principais referenciais quando trato, no Capítulo 2.1, do panorama do Direito e da democracia na atualidade.

As concepções que adoto sobre o Estado Democrático de Direito, oriundo do Constitucionalismo Contemporâneo, derivam sobretudo de Peter Haberle e Lenio Streck. No que diz respeito à análise comparativa das matrizes analítica, hermenêutica e sistêmica (bem como sobre todas as referências à teoria sistêmica de Luhmann), o referencial teórico que adoto são as obras de Leonel Severo Rocha.

Em relação a autores pesquisados que apresentam abordagens e perspectivas ontológico-epistemológicas aptas a contribuir para uma epistemologia jurídica pós-positivista, destaco Anne Ruth Mackor, Robert E. Scott, Geoffrey Samuel, Gunther Teubner e Peter Fitzpatrick.

A *metodologia* a ser empregada tem, como *método de abordagem*, o método fenomenológico-hermenêutico. Como *método de procedimento*, o método histórico e comparado. A *técnica de pesquisa utilizada* é centrada essencialmente em pesquisa bibliográfica e análise pontual de decisões judiciais.

Em relação ao caminho que será percorrido no presente trabalho e os *objetivos específicos*, no Capítulo 2.1 apresentarei um panorama geral da democracia e da política no mundo ocidental contemporâneo. Na primeira parte deste capítulo introdutório, abordarei algumas questões relativas aos problemas inerentes àquilo que alguns estudiosos têm chamado de “Modernidade Líquida” (Bauman) ou “Hipermodernidade” (Lipovetsky), bem como com o problema da fragmentação e da diluição do poder político na era contemporânea.

Este primeiro capítulo tem a intenção de ilustrar e definir os contornos e peculiaridades do atual cenário histórico, social e político. Neste primeiro momento do

trabalho, as questões sobre epistemologia jurídica e o caráter científico do Direito são deixadas momentaneamente de lado em prol de uma análise mais focada em aspectos políticos e sociológicos.

Há, é claro, uma razão para isso. Qualquer reflexão epistemológica contemporânea, no Direito, deve levar em consideração este *background* dinâmico e complexo. Embora o objeto deste trabalho seja a epistemologia jurídica, uma matéria própria da filosofia do Direito, sustentarei neste trabalho que nenhuma epistemologia que tenha a pretensão de compreender e explicar o fenômeno jurídico no século XXI pode se abster de uma contextualização transdisciplinar com a filosofia, com a história<sup>16</sup>, com a política e com a sociologia – sob pena de reincidirmos no equívoco do positivismo normativista, que de certa forma tentava construir uma epistemologia jurídica espelhada nas metodologias próprias das ciências ditas “naturais”, “exatas” ou “duras”.

Uma das marcas das ciências humanas e sociais reside no fato de que, nestas, o cientista já encontra seus dados pré-interpretados, e não meramente coletados no mundo físico. Em virtude disso, uma epistemologia jurídica que incidisse no erro de buscar uma leitura do fenômeno jurídico “recortada” da realidade política, histórica e social dentro da qual este fenômeno se manifesta acabaria por ser meramente uma triste repristinação dos equívocos do empirismo lógico e, mais especificamente, do positivismo jurídico.

No Capítulo 2.2, resumirei brevemente o debate contemporâneo sobre o chamado “neoconstitucionalismo”. Meu principal objetivo, aqui, é sustentar que os paradigmas estabelecidos pelo Constitucionalismo Contemporâneo do mundo ocidental pós-Segunda Guerra Mundial não dependem da existência de uma escola de pensamento “neoconstitucionalista” – até porque a própria existência uma “escola de pensamento” coerente, que atenda por esse nome, já é em si um fato bastante discutível e questionável.

Quero sugerir, sobretudo, que não existe uma efetiva “escola neoconstitucionalista”, mas sim uma série de discursos e construções teóricas distintas que apresentam algumas coisas em comum (por exemplo, a rejeição do formalismo do positivismo normativista) sem, no entanto, constituírem sequer uma doutrina integral e coesa (a respeito de questões como, por exemplo, os limites do poder de decidir do juiz e o problema da discricionariedade

---

<sup>16</sup> Julián Marías, talvez o mais destacado pupilo de José Ortega y Gasset, afirma que “Poderíamos dizer que todo enunciado isolado, sem conexão histórica, é abstrato e por conseguinte ‘irreal’ ou formalmente falso, na medida em que pretende ser concreto e versar sobre realidades *sensu strictu*; e assim podemos avaliar como é íntima e essencial a conexão da verdade com a história [...]. Isso nos conduz à necessidade de uma historização metódica e formal do conhecimento”. MARÍAS, Julián. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966. p. 131.

judicial), e muito menos uma nova epistemologia jurídica.<sup>17</sup> Significa dizer: *o Estado Democrático de Direito se apresenta como um novo paradigma político-jurídico, mas surge desacompanhado de um novo paradigma epistemológico-jurídico.*

No Capítulo 3.1, procederei com uma análise resumida dos avanços da concepção de epistemologia ao longo dos tempos, passando pela Antiguidade (Platão), Modernidade (Kant) e Era Contemporânea (Kuhn, Popper). Meu objetivo é demonstrar que a Filosofia é condição de possibilidade para a ciência – sendo que, no caso específico do Direito, há um interdependência de duplo grau na medida em que o próprio Direito (e não apenas a *Ciência do Direito*) depende da Filosofia para existir.

No Capítulo 3.2, farei com uma análise da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Abordarei as relações da teoria kelseniana com a ciência, com o relativismo filosófico e, de forma resumida, procederei com uma síntese das raízes filosóficas que estão por trás da epistemologia jurídica kelseniana. Sustentarei que Kelsen foi o criador da última epistemologia jurídica com ampla e efetiva influência e penetração no imaginário e no senso comum teórico dos juristas do ocidente. Depois, passarei a demonstrar as contradições, incoerências e limitações da teoria de Kelsen – sobretudo enquanto epistemologia jurídica adequada para explicar o Direito em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.

No Capítulo 4.1, irei proceder com uma análise resumida sobre a teoria geral do Direito na doutrina brasileira dos dias atuais. Pretendo, aqui, responder as seguintes questões: como a nossa doutrina pátria enxerga as relações entre Direito e ciência? De que forma as matrizes teóricas populares no nosso país separam o epistemológico do discricionário? De que maneira digeriram o movimento “pós-positivista” do último meio século? Passando pela crítica a alguns modelos epistemológicos sugeridos por autores nacionais, meu objetivo ao final deste capítulo, entre outras coisas, será demonstrar que não é possível uma Ciência do

---

<sup>17</sup> "A expressão 'neonstitucionalismo' vem usada, geralmente, para designar, ao mesmo tempo, a novidade estrutural das constituições rígidas, as práxis jurisprudenciais por elas promovidas e as teorias explicativas de ambas. Esta última acepção, igualmente, alude a uma grande quantidade de abordagens e posições teóricas diferentes, reunidas pelo reconhecimento do papel central assumido pelas constituições rígidas na experiência jurídica das nossas democracias e da conseqüente mutação de paradigma nos nossos sistemas políticos. [...] Dito isto, as teses de Dworkin sempre me pareceram bem melhor justificadas do que aquelas de Alexy, uma vez que a sua referência é aos sistemas da *common law*, nas quais o direito não se identifica totalmente com a lei, não tendo sido integralmente realizada a sua positivação. [...] Sob a bandeira do 'neonstitucionalismo' - expressão ambígua, da qual Streck compartilha o abandono por mim proposto (p. 61) - foi endossada, na verdade, a configuração dos direitos fundamentais como 'valores', isto é, como normas de estatuto semântico incerto, em condições de promover o ativismo e a discricionariedade judicial (p.64) na forma da ponderação (p. 64). O neonstitucionalismo, na versão em que foi recepcionado no Brasil, conjugou, afirma Streck, a jurisprudência dos valores alexyana com o ativismo norte-americano (p. 61): graças ao recurso da ponderação, ele se revelou, portanto, como uma 'fábrica de princípios'; como se a alternativa à ideia do juiz boca-da-lei 'fosse o retorno à jurisprudência dos valores ou ao direito liberal (ou a algo similar)'. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 242.

Direito sem epistemologia, nem tampouco uma epistemologia jurídica sem Ciência do Direito.

No Capítulo 4.2, passarei a analisar a forma como o Judiciário brasileiro trabalha, na prática, com a noção de “pós-positivismo”. Meu interesse é identificar, aqui, quais são os traços característicos do pós-positivismo “à brasileira” na prática das instituições. Pretendo demonstrar, ao final deste capítulo, os riscos que a naturalização do chamado “ativismo judicial” pode trazer ao projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito. Pela análise da forma como, frequentemente, a doutrina e o Judiciário brasileiro se colocam ambos a favor da discricionariedade judicial e do ativismo, pretendo também explicar as razões pelas que tornam estas condutas incompatíveis com o Constitucionalismo Contemporâneo.

No Capítulo 5.1, farei uma análise daquilo que Rocha denomina “as três grandes matrizes”, quais sejam: a analítica, a hermenêutica e a sistêmica. Examinarei a forma como a perspectiva sistêmica lida com a questão do tempo. Analisarei as implicações epistemológicas da *autopoiesis* de Luhmann e da matriz hermenêutica. Apresentarei uma crítica (centrada principalmente em Rorty) às concepções que buscam transformar a hermenêutica em uma “pós-epistemologia”.

Meu objetivo aqui é demonstrar: primeiro; que a teoria luhmanniana é uma *sociologia jurídica*, e não uma *epistemologia*. Segundo: que *também a hermenêutica não deve ser compreendida como uma epistemologia* (ela é uma metodologia interpretativa vinculada a uma determinada filosofia da linguagem). Terceiro: que as abordagens em sentido contrário (Rorty) tendem a desfigurar o projeto hermenêutico, reduzindo-o a um discurso relativista. Quarto: que o pragmatismo, o relativismo e o ceticismo são posturas filosóficas absolutamente desarmônicas com o projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito.

Minha intenção é demonstrar, também, que a integridade dwokiniana e a hermenêutica filosófica de Streck (duas das matrizes teóricas centrais em todas as minhas reflexões acadêmicas), embora se apresentem como o melhor método interpretativo para um efetivo combate à discricionariedade judicial, seriam enormemente beneficiadas por avanços em *uma abordagem filosófica não linguística, mas sim epistemológica* – que viesse a fortalecer o apelo científico daquelas construções teóricas.

Finalmente, no Capítulo 5.2, irei proceder com a análise de diferentes abordagens e perspectivas ontológico-filosóficas que se mostram aptas a contribuir para uma (re)construção viável de uma epistemologia do Direito nesta quadra da história – uma que seja efetivamente coerente e integrada com o paradigma jurídico-político do Constitucionalismo

Contemporâneo. Examinarei, neste capítulo, as diferentes formas com as quais Direito lida (e lidou no passado) com a tensão entre passado e futuro, autonomia e heteronomia e como estas tensões operam em um movimento oscilatório entre *determinabilidade* e *responsividade*.

Nesta parte final, buscarei demonstrar que uma epistemologia jurídica efetivamente pós-positivista deverá ser capaz de compreender o Direito como um processo dinâmico, em permanente movimento, assegurando coerência e consistência epistemológica ao Direito e possibilitando a superação do *paradigma da autoridade*.

Para concluir, observo que Dworkin nos legou uma desconstrução crítica do positivismo jurídico e uma teoria da decisão – mas não uma teoria integral sobre a natureza e os limites epistemológicos do Direito enquanto ciência social aplicada. Como demonstrarei ao longo deste trabalho, a epistemologia jurídica do positivismo normativista não pode ser reaproveitada para servir como substrato para as novas exigências do Constitucionalismo Contemporâneo e de uma moderna e sofisticada teoria interpretativa pós-positivista.

É este, em síntese, o problema que este presente trabalho se propõe a enfrentar. A segunda metade do século XX nos legou um novo *paradigma estrutural político-jurídico*: o Estado Democrático de Direito, fruto do Constitucionalismo Contemporâneo. Nos legou, também, um novo *paradigma metodológico-interpretativo*: a integridade dworkiniana (à qual se agrega o notável avanço fornecido pela Crítica Hermenêutica do Direito, que hoje já demonstra enorme força nos meios acadêmicos em nosso país). Falta-nos, agora, o terceiro e último pilar: um novo *paradigma epistemológico*.

Ao longo deste trabalho, pretendo sustentar: *primeiro*, que esta construção é fundamental para evitar uma *falência epistemológica* do Direito, sobretudo em uma realidade sócio-política hipercomplexa, acelerada e cada vez mais seduzida por discursos pragmatistas de “eficiência”; *segundo*, que este pilar epistemológico é estrategicamente vital dentro do projeto de uma teoria democrática do Direito - apta a interditar, de forma eficaz, o exercício arbitrário do poder e o eventual abandono dos compromissos historicamente assumidos pelo Estado Democrático de Direito (e, também, capaz de evitar que o Direito, epistemologicamente falido, venha a ser canibalizado pela política, pela moral ou pela economia); *terceiro*, que já é possível identificar, em trabalhos jurídicos nacionais e estrangeiros, abordagens e perspectivas que podem sinalizar os contornos que esta nova epistemologia jurídica poderá exhibir em um futuro próximo.

## 2 O PANORAMA POLÍTICO E SOCIAL DA ATUALIDADE

Este primeiro capítulo tem a intenção de ilustrar as peculiaridades do atual cenário histórico, social e político da democracia ocidental contemporânea. Neste primeiro momento do trabalho, as questões sobre epistemologia jurídica e o caráter científico do Direito são deixadas momentaneamente de lado em prol de uma análise mais focada em aspectos políticos e sociológicos.

### 2.1 Direito e Democracia no Mundo Contemporâneo

Na primeira parte deste capítulo, apresentarei um panorama geral da democracia e da política no mundo ocidental contemporâneo. Abordarei algumas questões relativas aos problemas inerentes àquilo que alguns estudiosos têm chamado de “Modernidade Líquida” (Bauman) ou “Hipermodernidade” (Lipovetsky), bem como com o problema da fragmentação e da diluição do poder político na era contemporânea.

#### 2.1.1 A Desorientação da Hipermodernidade

Estes são tempos difíceis para a democracia. Consagrada como valor universal após a vitória das democracias ocidentais sobre o fascismo e o nazismo na Segunda Guerra Mundial, a democracia se ergueu triunfante sobre doutrinas autoritárias do começo do século XX que insistiam em pregar a sua “superação”. A derrocada do império soviético, entre 1989 e 1991, parecia apenas confirmar essa tendência. Alguns analistas mais apressados chegaram a falar em “Fim da História”. Mas as décadas que se seguiram trouxeram surpresas. O que se viu, na realidade, foi um aumento sem precedentes da complexidade - internamente, nas democracias contemporâneas, e externamente no quadro maior da geopolítica internacional.

Por toda parte, se constata um verdadeiro “mal-estar da democracia”.<sup>18</sup> A sociologia aponta para uma nova etapa da modernidade, uma “segunda modernidade” - *hipermodernidade* (Lipovetsky) ou *modernidade líquida* (Bauman).<sup>19</sup> A *modernidade líquida*

<sup>18</sup> “A democracia está doente de seu descomedimento: a liberdade torna-se tirania, o povo se transforma em massa manipulável, o desejo de promover o progresso se converte em espírito de cruzada. A economia, o Estado e o direito deixam de ser meios destinados ao florescimento de todos e participam agora de um processo de desumanização”. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 197.

<sup>19</sup> O termo *hipermodernidade* foi cunhado no anos 70 pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky. O conceito inspirou a ideia de *modernidade líquida* apresentada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman e ganhou novo destaque, também, com a obra “*Os tempos hipermodernos*” (2004), escrito por Lipovetsky em parceria com

representaria um contraste dos tempos contemporâneos em relação à modernidade clássica, que ele define como *pesada/sólida*. De acordo com Bauman, a passagem da “solidez” para um estado “líquido” se dá pelo aumento das incertezas, do desaparecimento das condições para projetos de longo-prazo e da instabilidade e imprevisibilidade socioeconômica erigidas como regra, e não mais como exceção. Segundo o autor:

Essa parte da história, que agora chega ao fim, poderia ser chamada, na falta de nome melhor, de era do hardware, ou modernidade pesada – a modernidade obcecada pelo volume, uma modernidade do tipo ‘quanto maior, melhor’, ‘tamanho é poder, volume é sucesso’. Essa foi a era do hardware; a época das máquinas pesadas e cada vez mais desajeitadas, dos muros de fábricas cada vez mais longos guardando fábricas cada vez maiores que ingerem equipes cada vez maiores, das poderosas locomotivas e dos gigantescos transatlânticos. A conquista do espaço era o objetivo supremo – agarrar tudo o que se pudesse manter, e manter-se nele, marcando-o com todos os sinais tangíveis da posse e tabuletas de ‘proibida a entrada’. O território estava entre as mais agudas obsessões modernas e sua aquisição, entre suas urgências mais prementes – enquanto a manutenção das fronteiras se tornava um de seus vícios mais ubíquos, resistentes e inexoráveis.<sup>20</sup>

De acordo com o autor, a “liquefação” da modernidade estabeleceu uma realidade nova e sem precedentes para os indivíduos, que estão agora diante de uma série de desafios nunca antes vistos. Diante da incerteza endêmica, as pessoas precisam basear suas vidas em estratégias de curto-prazo, para serem capazes de reiteradamente se adaptar e buscar novas oportunidades que exigirão disponibilidade.

Enquanto que a pós-modernidade se sustentava num discurso desconstrucionista e de destruição/relativização das verdades construídas na modernidade clássica, a modernidade líquida consagra a *pluralidade* dos discursos e dos modos de vida. Enquanto a pós-modernidade – repetindo as rupturas da modernidade clássica – buscava um rompimento com o passado, a modernidade líquida promove uma revalorização e legitimação do passado (que, não raras vezes, chega a ser visto de forma idealizada). Esta nova etapa da modernidade, sendo *leve/ líquida/ fluída/ em rede*, contrasta profundamente com o momento histórico que a

---

Sebastien Charles, presumivelmente já com influência das ideias desenvolvidas por Bauman. Charles define a hipermodernidade como: [...] uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisaram adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer”. LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 26. Segundo os autores, “o que define a hipermodernidade não é exclusivamente a autocritica dos saberes e das instituições modernas; é também a memória revisitada, a remobilização das crenças tradicionais, a hibridização individualista do passado e do presente. Não mais apenas a desconstrução das tradições, mas o reemprego dela sem imposição institucional, o eterno rearranjar dela conforme o princípio da soberania individual”. *Ibid.*, p. 98.

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 132.

precedeu, uma modernidade que se caracterizava por ser *pesada/ sólida/ condensada/ sistêmica*.

Bauman chama a atenção, também, para o fato de que estas mudanças nas estruturas sociais e na dinâmica do momento histórico vivido vieram a alterar, inclusive, os temores tradicionais que assolavam os indivíduos. O autor observa que a modernidade clássica era impregnada de tendência ao totalitarismo, bem como avessa à instabilidade, à variedade e à ambiguidade. Ele refere que o célebre “1984” de Orwell representava, à sua época, “*o mais completo - e canônico – inventário dos medos e apreensões que assombravam a modernidade em seu estágio sólido*”. Nas palavras de Lipovetsky:

A cultura hedonista foi sistematicamente analisada e estigmatizada como imposição de felicidade consumista e erótica, ‘tirania do prazer’, “totalitarismo” mercantil. No entanto, o que realmente se vê? Florescem as catedrais do consumo, mas estão na moda as espiritualidades e sabedorias antigas; o pornô se expõe, mas os costumes sexuais são mais ajuizados que descomedidos; o ciberespaço virtualiza a comunicação, mas a imensa maioria aprecia os eventos ao vivo, as festas coletivas, as saídas com amigos; a troca paga se generaliza, mas o voluntariado se multiplica, e mais do que nunca os relacionamentos se baseiam na afetividade sentimental. Fica óbvio que o indivíduo não é o reflexo fiel das lógicas hiperbólicas midiático-mercantis; ele não é o ‘escravo’ da ordem social que exige eficiência, tanto quanto não é o produto mecânico da publicidade. Outras motivações, outros ideais (relacionais, intimistas, amorosos, éticos), não param de orientar o hiperindivíduo. O reinado do presente é menos o da normalização da felicidade que o da diversificação dos modelos, da erosão do poder organizador das normas coletivas, da despadronização dos prazeres. A ascendência das normas do consumo e da sexualidade aumenta, até porque elas regem menos estritamente os comportamentos individuais.<sup>21</sup>

Não se pode dizer, portanto, que a modernidade líquida não tenha alguns aspectos inegavelmente positivos. Com ela, supera-se (pelo menos no horizonte das preocupações mais tangíveis) o medo de uma sociedade controlada, planejada e arbitrária, em que o Estado devora e nulifica os cidadãos. A hiperaceleração da sociedade vem acompanhada de uma série de revoluções tecnológicas no que diz respeito à locomoção e, principalmente, nas comunicações. E, além disso, floresce uma diversidade social sem precedentes.

---

<sup>21</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. [S.l.], 2004. p. 13. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17062062/Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky>>. Acesso em: 07 ago. 2011.

### 2.1.2 Democracia e Complexidade

No entanto, há tendências que são preocupantes no cenário da modernidade líquida, e que poderiam ser resumidas em três aspectos. Primeiro; *o problema da hiperaceleração da vida e das relações humanas, bem como a perda das garantias, das estabilidades e da sensação de segurança*. Segundo; *a redução dos espaços para os discursos críticos e a descrença na política*.<sup>22</sup> Terceiro (e este é um ponto no qual Bauman insiste com indisfarçada preocupação); *o progressivo desaparecimento dos espaços públicos em detrimento da esfera privada dos indivíduos* ("espaço público" entendido, aí, como aquele análogo à antiga "ágora" - espaço de debate e discussão das grandes questões de interesse público).

Sem dúvida, este último ponto é especialmente importante para a nossa análise, na medida em que está intimamente ligado com a questão da democracia e das promessas ainda não cumpridas pelo Estado Democrático de Direito. Além disso, ele se encontra naturalmente atrelado ao segundo ponto diagnosticado pelo autor. Significa dizer: a redução dos espaços genuinamente públicos pode ser explicada, ao mesmo tempo, como causa e consequência da redução dos espaços para os discursos críticos nestes tempos de modernidade "líquida".<sup>23</sup> Paralelamente a isso, a democracia hoje se vê potencialmente ameaçada pela ampliação desmedida de seus próprios elementos constitutivos<sup>24</sup>, conforme irá observar Todorov:

O povo, a liberdade, o progresso são elementos constitutivos da democracia; mas se um deles se emancipa de suas relações com os outros, escapando

---

<sup>22</sup> "Parece que o tipo de sociedade diagnosticada e levada a juízo pelos fundadores da teoria crítica (ou pela distopia de Orwell) era apenas uma das formas que a versátil e variável sociedade moderna assumia. Seu desaparecimento não anuncia o fim da modernidade. Nem é o arauto do fim da miséria humana. Menos ainda assinala o fim da crítica como tarefa e vocação intelectual. E em nenhuma hipótese torna essa crítica dispensável". BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 36.

<sup>23</sup> "O que está ocorrendo não é simplesmente outra renegociação da fronteira notoriamente móvel entre o privado e o público. O que parece estar em jogo é uma redefinição da esfera pública como um palco em que dramas privados são encenados, publicamente expostos e publicamente assistidos. [...] A consequência que pode ser considerada mais interessante é o desaparecimento da 'política como a conhecemos – da Política com P maiúsculo, a atividade encarregada de traduzir problemas privados em questões públicas (e vice-versa). É o esforço dessa tradução que hoje está se detendo. Os problemas privados não se tornam questões públicas pelo fato de serem ventilados em público; mesmo sob o olhar público não deixam ser privados, e o que parece resultar de sua transferência para a cena pública é a expulsão de todos os outros problemas 'não-privados' da agenda pública. O que cada vez mais é percebido como 'questões públicas' são os problemas privados de figuras públicas. A tradicional questão da política democrática – quão útil ou prejudicial para o bem-estar de seus súditos/eleitores é o modo como as figuras públicas exercitam seus deveres públicos – foi pelo ralo, sinalizando para que o interesse público na boa sociedade, na justiça pública ou na responsabilidade coletiva pelo bem-estar individual a siga no caminho do esquecimento". Ibid., p. 83.

<sup>24</sup> Moisés Naím, cuja obra mais recente é uma das matrizes teóricas adotadas no presente trabalho, manifesta concordância com a análise de Todorov nesse sentido, ao afirmar que: "Se existe um risco crescente para a democracia e as sociedades liberais no século XXI, o mais provável é que não proceda de uma ameaça convencional moderna (China) ou pré-moderna (o radicalismo islâmico), e sim do interior das sociedades nas quais a alienação se instalou". NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013. p. 327.

assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se em ameaças: populismo, ultraliberalismo, messianismo, enfim, esses inimigos íntimos da democracia.<sup>25</sup>

Como se observa, os desafios que estão diante da democracia no mundo contemporâneo são múltiplos e completamente diferentes das antigas ameaças materializadas no fascismo, no nazismo ou no comunismo soviético. Desaparecimento dos espaços públicos; hiperaceleração da vida cotidiana; a vida pautada pela incerteza e pelo imediato; apatia da cidadania pela política; sensação de ausência de alternativas reais para um discurso econômico que se apresenta essencialmente como único; populismo de massas; ultraliberalismo pautado pelas imposições do poder econômico, etc. O quadro geral resultante é desorientador.

Todavia, trata-se de um fenômeno mais complexo: como veremos mais adiante, a própria natureza do *poder* está mudando, apresentando-se em configurações sem precedentes na tradição política ocidental, e as consequências potenciais disso são vastas e profundas.

É igualmente digno de nota o fato de que a crescente insatisfação com as respostas lentas e/ou insuficientes da democracia representativa, para atender as (muitas e crescentes) demandas individuais e coletivas, tem colaborado para um ambiente de indiferença política e de apatia por parte dos cidadãos. A chamada "crise da democracia representativa", que traduz uma certa decepção da sociedade com o modelo democrático, é fomentada por uma série de fatores em curso nas últimas décadas, dentre os quais se destacam: a crise do modelo de *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social, ou "Estado-Providência), a falta de efetiva representatividade dos partidos políticos estabelecidos, a corrupção na política, etc.

A hegemonia de um discurso econômico "único" também contribui sobremaneira para este fenômeno. Com efeito, se "não existem" alternativas no que diz respeito à condução das questões macroeconômicas, então as supostas "alternativas" no campo político não passam de meras aparências. Com o colapso do socialismo real e o prestígio desenfreado do chamado "neoliberalismo"<sup>26</sup> nas décadas seguintes, o ambiente que se estabeleceu foi não apenas de descrédito do socialismo, mas sim de verdadeira impossibilidade de reflexão e construção de

---

<sup>25</sup> TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 18.

<sup>26</sup> "O neoliberalismo contemporâneo (que readquire um espantoso prestígio em nossa época) não se interessa pelo sentido desta aventura, permanecendo aferrado a uma teoria de elite que se manteve pela evicção do direito à fala das camadas mais numerosas e particularmente mais pobres da sociedade. Torna-se, assim, cego aos problemas com que nos defrontamos no presente, pois nenhum giro para trás é concebível no quadro da democracia". LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 60.

novos discursos emancipatórios - como se o fracasso do socialismo real significasse, doravante, a proibição à crítica.<sup>27</sup>

Neste cenário, a submissão da economia à política e ao Direito - um dos corolários do Estado Democrático de Direito nascido com o neoconstitucionalismo pós-Segunda Guerra - é simplesmente invertida, e o que se tem de fato é uma verdadeira submissão da política à economia, que passa a ser tratada não como ciência humana e social, mas sim como se ciência exata fosse, elevando o discurso de conveniência dos grandes potentados econômicos à condição de único modelo econômico possível, como um fato do mundo natural ao qual as pessoas são obrigadas a se submeterem.

Neste sentido, o atual momento histórico das democracias ocidentais demanda, com urgência, o restabelecimento da ciência política, da filosofia política<sup>28</sup> e da ideia de democracia como valor - independente das muitas dificuldades decorrentes da complexidade que lhe é inerente. Lefort dirá que:

A democracia revela-se assim a sociedade histórica por excelência, sociedade que, por sua forma, acolhe e preserva a indeterminação, em contraste notável com o totalitarismo que, edificando-se sob o signo da criação do novo homem, na realidade agencia-se contra essa indeterminação, pretende deter a lei de sua organização e de seu desenvolvimento, e se

---

<sup>27</sup> Os apóstolos do neoliberalismo insistem, frequentemente, que o modelo do Welfare State seria uma verdadeira "antesala" do totalitarismo, na medida em que o progressivo aumento de direitos nominais dos cidadãos implica em correspondente aumento dos poderes concedidos ao Estado. Em outras palavras: atribuir ao Estado o papel de transformar a realidade social (ainda que "para melhor", no plano das intenções) implicaria necessariamente em conceder ao Estado um imenso poder de controle social e de intervenção excessiva nos domínios econômicos, o que levaria a democracia a se converter em totalitarismo. Claude Lefort refuta por completo esse argumento tipicamente neoliberal, ao explicar que: "Se o Estado-Providência não se torna um Estado guardião, a principal razão está em não ter um senhor. Surgisse um senhor, o Estado perderia a inquietante ambigüidade, que lhe é própria, na democracia. E que não tenha um senhor significa que permanece num lugar à parte, considerado intangível, entre a potência administrativa e a autoridade política. Em virtude dessa separação, permanece eficaz o imperativo da representação, que é incompatível, em última instância, com a plena imposição da norma, pois torna legítima e necessária a expressão múltipla dos agentes sociais, individuais e coletivos, mostrando-se indissociável da liberdade de opinião, de associação, de movimento, e de manifestação do conflito em toda a extensão da sociedade. [...] Desse ponto de vista, a referência ao regime totalitário instrui-nos mais uma vez. Este [...] não dá lugar ao modelo do Estado-Providência; isto não o impede de tomar inúmeras medidas concernentes a emprego, saúde pública, educação, habitação, lazer, para dar conta de algumas necessidades da população. Mas não são, propriamente falando, dos direitos que ele se torna o fiador. O discurso do poder basta a si mesmo, ignora toda fala que esteja fora de sua órbita. Esse poder decide, outorga; sempre arbitrário, não se cansa de selecionar entre aqueles para quem concede o benefício de suas leis daqueles que exclui. Disfarçados em direitos, são simplesmente abastecimentos que recebem os indivíduos, tratados assim como dependentes e não como cidadãos". LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 46 - 55.

<sup>28</sup> "Meu propósito é contribuir e incitar a uma restauração da filosofia política. [...] Porque esta jamais teve outro impulso senão o desejo de se libertar da servidão para com as crenças coletivas, conquistar a liberdade de pensar a liberdade, na sociedade; a filosofia política sempre teve em vista a diferenciação, de essência, entre regime livre e despotismo, ou então tirania". Ibid. p. 23-24.

delineia secretamente no mundo moderno enquanto *sociedade sem história*.<sup>29</sup>

A democracia, segundo Lefort, é o espaço da complexidade, da indeterminação, da legitimação do conflito e da perda dos antigos marcos de certeza<sup>30</sup>. Significa dizer: sua complexidade não é um "defeito" ou "problema", mas sim um pressuposto da própria democracia enquanto modelo político. A pluralidade existente dentro da democracia se torna melhor compreendida, para Lefort, quando esta é comparada com a sua antítese, ou seja, com o totalitarismo.<sup>31</sup>

A leitura que Lefort faz da democracia também é valiosa para auxiliar na compreensão do fenômeno da erosão/fragmentação do poder nas democracias contemporâneas. Segundo o autor, a democracia se caracteriza precisamente por ser um modelo que inova ao "deixar vago" o lugar do poder - ou seja, ela pressupõe que este lugar nunca seja propriamente assimilado.

O poder, na democracia, não "toma corpo" - e a institucionalização do conflito (regrado) pelo poder é o princípio que legitima e institucionaliza todas as demais formas de conflito (regradadas) dentro da sociedade, criando um ambiente propício para o fenômeno da transformação (erosão, fragmentação, dispersão, pulverização, recrudescimento) do poder<sup>32</sup>. Para Lefort:

Na monarquia, o poder estava incorporado na pessoa do príncipe. Isto não quer dizer que ele detinha um poder sem limites. [...] Submetido à lei e estando acima das leis, condensava em seu corpo, ao mesmo tempo mortal e imortal, os princípios da geração e de ordem do reino. Seu poder indicava

<sup>29</sup> LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 31.

<sup>30</sup> "[...] a legitimação do conflito, puramente político, contém o princípio que legitima o conflito social sob todas as suas formas. [...] O essencial, a meu ver, é que a democracia institui-se e se mantém pela dissolução dos marcos de referência da certeza". Ibid. p. 33 e 34.

<sup>31</sup> "Contrariamente à opinião difundida, o totalitarismo não resulta de uma transformação do modo de produção. [...] O totalitarismo moderno surgiu de uma mutação política - mutação de ordem simbólica - que atesta, da melhor maneira possível, a mudança de estatuto do poder. [...] O Estado e a sociedade civil devem se confundir, empreendimento que se efetua por intermédio do Partido, onipresente, que propaga, por toda parte e à medida das circunstâncias, a ideologia dominante e os mandamentos do poder [...]. O proletariado se confunde com o povo, o Partido com o proletariado e, finalmente, o *bureau* político e o *egocrata* com o Partido. Enquanto floresce a representação de uma sociedade homogênea e transparente a si mesma, representação do povo-Um, a divisão social, em todos os seus modos, é negada, ao mesmo tempo que são recusados todos os sinais que diferenciam as crenças, opiniões, costumes. [...] A modernidade do totalitarismo designa-se por combinar um ideal radicalmente artificialista com um ideal radicalmente organicista. A imagem do corpo conjuga-se com a da máquina. [...] A partir do conteúdo do totalitarismo é que a democracia ganha um novo relevo, mostra que é impossível reduzi-la a um sistema de instituições". Ibid., p. 28-29.

<sup>32</sup> "[...] o recrudescimento do poder não é efeito de um acidente histórico, não é uma usurpação de onde surge um governo arbitrário, porém acompanha o movimento irreversível que faz advir, das ruínas das antigas hierarquias, uma sociedade unificada ou, melhor dizendo, a sociedade enquanto tal - movimento que vai de par com a emergência dos indivíduos, definidos como independentes e semelhantes". Ibid. p. 41.

um pólo incondicionado, extraprofano, ao mesmo tempo em que que inspirava, na sua pessoa, a garantia e a representação da unidade do reino. [...] Tendo em vista este modelo, designa-se o traço revolucionário e sem precedentes da democracia. O lugar do poder torna-se um *lugar vazio*. [...] O essencial é que impede aos governantes de se apropriarem do poder, de se incorporarem no poder. Seu exercício depende do procedimento que permite um reajuste periódico. É forjado ao termo de uma competição regrada, cujas condições são preservadas de maneira permanente. Esse fenômeno implica a institucionalização do conflito. Vazio, inocupável - de tal maneira que nenhum indivíduo, nenhum grupo poderá lhe ser consubstancial - o lugar do poder mostra-se infigurável.<sup>33</sup>

Por fim, se faz importante destacar o alerta feito por Lefort sobre a necessidade de manutenção e ampliação dos "espaços públicos", diante do preocupante quadro atual de desaparecimento dos mesmos:

Questão política, eu dizia, é a da sobrevivência e alargamento do espaço público. Dei a entender: questão que está no cerne da democracia. [...] não há instituição que, por natureza, baste para garantir a existência de um espaço público no qual se propaga o questionamento do direito. Mas, reciprocamente, esse espaço supõe que lhe seja devolvida a imagem de sua própria legitimidade a partir de uma cena organizada por instituições distintas e na qual se movem os atores encarregados de uma responsabilidade política. [...] <sup>34</sup> Na verdade, não se trata de voltarmos a algo esquecido, mas sim de recolocar no centro da reflexão o que foi ignorado em razão de uma perda do sentido do político.<sup>35</sup>

Construir "espaços públicos" (leia-se: espaços qualificados para discussão de questões de interesse público) nas democracias contemporâneas, tendo o Direito como aliado e não como obstáculo, pressupõe o desvelamento de discursos de poder que permanecem de certa forma ocultos, mesmo em um ambiente formalmente democrático. Importante destacar, aqui, que a democracia é um espaço e um projeto em permanente construção, por definição inacabado (e inacabável).

Nas democracias, se pressupõe que a construção do Direito seja realizada de forma a representar as legítimas aspirações do povo e na medida das necessidades do atendimento das questões de interesse público, para que o sistema político-jurídico possa dar respostas tão eficientes quanto rápidas para as demandas sociais.

---

<sup>33</sup> LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 32.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 31.

### 2.1.3 Semiologia do Poder

Tal suposição, no entanto, mascara uma realidade na qual o imaginário jurídico, o "senso comum teórico" dos juristas (Warat) e os significados e conceitos ocultos na narrativa jurídica são moldados de acordo com a ideologia e agenda de interesses de poderes particulares que, não raramente, estão na contramão dos melhores interesses da sociedade e dos princípios do ordenamento jurídico vigente.

O discurso jurídico oculta uma relação de dominação, de poder, que frequentemente passa despercebida pela chamada "dogmática jurídica", que se limita a analisar o fenômeno jurídico sob a ótica do Direito posto, sem questionar os pressupostos e os axiomas implícitos na estrutura jurídica e na prática da prestação jurisdicional<sup>36</sup>. Os conceitos jurídico-legais são, assim, elevados à categoria de definições racionais inatacáveis, "científicas".<sup>37</sup>

Visando combater este estado de coisas, Warat irá cunhar o termo *Heteronímia Significativa*, que busca ampliar a compreensão dos significados no Direito por meio da análise destes objetos dentro do contexto maior da narrativa histórico-social que se desdobra dentro de um determinado ordenamento jurídico. Este conceito é desenvolvido dentro de um projeto maior e mais ambicioso do mesmo autor: a *Semiologia do Poder*.<sup>38</sup>

A Semiologia do Poder, confrontando o acomodamento teórico da dogmática jurídica, irá insistir na necessidade de uma problematização do discurso jurídico estabelecido, por meio

---

<sup>36</sup> "O poder é exercido não somente por meios de coerção, mas também pela construção de significados [...]". BARRETTO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012. p. 110.

<sup>37</sup> "A teoria da linguagem-signo identifica falaciosamente o significado com o conceito, sobrevalorando desta maneira as dimensões lógicas e conceituais dos discursos, esquecendo-se de que os processos de significação não podem deixar de ser analisados a partir de sua inserção nos processos históricos de comunicação social". ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 17.

<sup>38</sup> "A semiologia do poder é um projeto teórico e político formulado por Luís Alberto Warat quando ainda era professor na Universidade de Belgrano (Buenos Aires/Argentina). Foi desenvolvido por ocasião de sua passagem pela Universidade Federal de Santa Maria (Rio Grande do Sul/Brasil) e fortemente consolidado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), especialmente através dos trabalhos realizados, conjuntamente com seus alunos, na disciplina Linguística e Argumentação Jurídica, entre os anos de 1980 a 1984. Conforme Bravo e Cunha (1980, p. 141), o objeto da pesquisa centrava-se em três pontos: a) análise do papel desempenhado pelos elementos políticos e ideológicos sobre o discurso jurídico; b) questionamento da análise da linguagem como sistema fechado e autossuficiente na determinação das suas significações (especialmente, a incapacidade da semiologia de Saussure de expressar os reais problemas da língua) e c) a influência das instituições jurídicas e dos órgãos dotados de autoridade na formação do senso comum teórico, que operam como condição de sentido normativo. Com efeito, a ideia central da semiologia política é criticar os pressupostos teóricos dominantes construídos pela linguística estrutural, tornando-a a *dimensão epistemológica da língua* (WARAT; ROCHA; CITTADINO; 1984) e, assim, estabelecer uma meta linguagem sobre a linguagem. Este fato, conseqüentemente, renova a relação linguística/semiologia, basicamente a partir da desconstrução do *mito da denotação pura* (BRAVO; CUNHA, 1980, p. 143). O ponto de partida, portanto, não pode ser outro além da tentativa de (re)significar as principais categorias de Saussure (rompendo as amarras do seu sistema sígnico) e inserindo-as num contexto que irrompa com a situação de neutralidade proposta para o signo e seus derivados". BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. p. 226.

do confronto dos sentidos vigentes com os fatores históricos e sociais que estão por trás da sedimentação destes conceitos e significados. Nas palavras de Rocha:

Assim sendo, o princípio de *Heteronímia Significativa*, opondo-se ao princípio da pureza metódica, nega identificar o significado com o conceito, introduzindo os fatores extranormativos (históricos) como co-determinantes dos âmbitos de significação jurídica. O princípio da *Heteronímia* não se preocupa, porém, somente pelo modo como esses fatores condicionam a significação, mas, ao discutir os caminhos que outorgam às significações o seu poder, também inaugura um espaço de interrogação sobre o papel social das significações jurídicas extranormativamente determinadas. [...] Em suma, a Semiologia do Poder deve ocupar-se da análise do papel desempenhado pelos fatores extranormativos e históricos nas diferentes modalidades de produção das significações jurídicas e, ao mesmo tempo, dos efeitos de retorno à sociedade destas significações.<sup>39</sup>

Sendo o Estado Democrático de Direito um verdadeiro novo momento histórico dentro da evolução do Estado Liberal clássico, e estando este novo modelo abertamente comprometido com a mudança do *status quo* e com a mitigação das injustiças e desigualdades sociais (cuja existência este modelo de Estado abertamente reconhece, de forma inovatória em relação às suas encarnações históricas pretéritas), o Direito perde o seu caráter de mero discurso de legitimidade do poder estabelecido para se converter em garantidor deste novo projeto político-jurídico.

Diante desta nova realidade, deixa de ser tolerável que o discurso jurídico seja construído, de forma monista, pelo poder constituído e de acordo com a ideologia dos poderes (políticos, econômicos, midiáticos) estabelecidos e dominantes.

A complexidade do fenômeno jurídico, após o advento do chamado *Constitucionalismo Contemporâneo*, aumenta de forma exponencial - e a natureza relativa e mutável de seus conceitos deve ser exposta e analisada, para que não sejam absolutizados. Ao contrário do objeto de estudo das ciências naturais, os conceitos do discurso jurídico se desvelam como sendo constructos histórico-político-sociais, que só podem ser compreendidos à luz de uma reflexão crítica do Direito, que transcenda o simples estudo da norma positivada.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 18-19.

<sup>40</sup> "[...] Na construção epistemológica jurídicista da fala sobre a soberania, os elementos ideológicos são expulsos e o discurso acaba por revestir-se de características tais como neutralidade, sistematicidade, universalidade, objetividade, etc. bastante caras ao saber (pretensamente) científico. O que a semiologia política irá propor e Leonel irá assumir em seus trabalhos será, portanto, a necessária problematização dos saberes instituídos, levando em consideração os aspectos políticos, sociais e históricos escamoteados na construção de uma fala científicista". BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013. p. 238.

Como denunciado pela Semiologia do Poder, o não comprometimento com este novo (e mais complexo) enfoque crítico coloca em xeque o próprio projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito, que - pautado por conceitos e sentidos cujas origens se ocultam por trás do discurso do poder - corre o risco de se converter meramente em uma "democracia de fachada", na qual o formalismo e o procedimento pretensamente democráticos se convertem em obstáculos práticos para a plena e efetiva realização da democracia contemporânea em seu conteúdo, ou seja, naquilo que tem de mais importante e vital.

A questão da formação do chamado "imaginário jurídico" é igualmente trabalhada por François Ost, quando o autor trabalha as relações entre Direito e literatura e as contribuições desta para a formação do imaginário social, político e jurídico da sociedade em diferentes épocas. Ost também se preocupará com o desvelamento das narrativas que se ocultam por trás do Direito posto, ou seja, por trás da dogmática jurídica e de seus conceitos estabelecidos<sup>41</sup>. Sobre a questão, Ost irá destacar que:

Tudo isso atesta a importância do 'imaginário jurídico' - noção que o sociólogo do direito A.J. Arnaud coloca, com acerto, em tensão com as formas oficiais do direito estabelecido ou positivo. Quer se trate das construções eruditas da doutrina, das pretensões ao direito dos cidadãos comuns, dos conhecimentos aproximativos que as pessoas têm do direito em vigor, ou até dos modelos jurídicos alternativos ou mesmo desviantes de certos grupos ou indivíduos, o imaginário jurídico alimenta um 'infra-direito', gerador das mais diversas formas de costumes, hábitos, práticas e discursos que não cessam de agir, de dentro, sobre os modelos oficiais do direito instituído.<sup>42</sup> [...] Os juristas não escapam, portanto, a essa comunidade

---

<sup>41</sup> Tanto Rocha quanto Ost irão destacar, neste sentido, a importância da teoria jurídica construída por Ronald Dworkin, o eminente jusfilósofo norte-americano falecido no ano de 2013. Para Rocha: "[...] o sentido pleno do Direito independe de suas indeterminações *a priori*. O sentido do Direito é complementado pelo contexto. [...] Um dos juristas que está procurando resolver esta problemática recorrendo à hermenêutica narrativa, que relaciona o sujeito com a instituição, é Ronald Dworkin". ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 110-111. Ost, por sua vez, após destacar o papel dos juristas como partícipes da construção da "narrativa" do imaginário jurídico, destaca que: "Compreende-se melhor, nestas condições, o sucesso da tese de R. Dworkin que apresenta o direito como uma prática social argumentativa cujos protagonistas buscam fortalecer a integrity - compreendida menos como consistência lógica do que como coerência narrativa, fidelidade (criadora, porém) à história da moralidade política da comunidade. É dentro desse quadro que o filósofo do direito norte-americano pôde propor sua célebre metáfora que compara o trabalho dos juízes à escrita de um 'romance em série': cada caso sendo, para o magistrado que dele se ocupa, a ocasião de escrever um novo capítulo da história jurídica da nação, sob a dupla exigência do respeito à integrity do direito e à necessidade de particularizar da melhor maneira a solução proposta. Pouco importa, aqui, que a metáfora tenha suscitado muitas objeções e críticas (as exigências de escrita dos juízes e dos romancistas não são, por certo, simplesmente substituíveis), o essencial está noutra parte: Dworkin vê com exatidão quando apresenta os juízes como tutores da Constituição, capazes, pelo tratamento adequado dos precedentes, de vivificar com novos esforços sua herança política, agindo assim, a exemplo dos juízes federais, como os 'contistas morais' do país". OST, François. *Contar a lei - as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 30-31.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 20.

narrativa. Pelo contrário, é no interior dela, no meio de suas significações partilhadas, que eles operam. As Constituições que eles redigem são, desse ponto de vista, o relato da história da moralidade política dessa comunidade. 'As Constituições, como exemplos de relatos que contam a história dos homens, dão um sentido à sua vida individual e coletiva', escreve D. Rousseau, que prossegue nestes termos: 'As Constituições são as mitologias das sociedades modernas'.<sup>43</sup>

Em suma, resta evidenciado que a democracia contemporânea pressupõe um sistema aberto e reinvenção constante e permanente, com a marca da pluralidade e da representatividade real (não apenas formal) dos diversos grupos e de suas demandas. A democracia contemporânea, neste sentido, é uma construção histórica, um processo em andamento, e nesta quadra da história não mais se pode conceber o ocultamento das razões por trás do discurso do poder, tampouco um poder que se legitima tão somente pelo uso da força<sup>44</sup> ou em virtude da liturgia de cargos honoríficos.<sup>45</sup>

Significa dizer: o sentido do Direito, bem como a sua legitimidade, estarão atrelados a um desvelamento dos aspectos políticos, históricos e sociais que (de)formam os conceitos e estabelecem os axiomas da dogmática jurídica.<sup>46</sup> Estarão, da mesma forma, necessariamente

<sup>43</sup> OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 29.

<sup>44</sup> "O entendimento do poder como manifestação da força repercutiu na ciência social do início do século XX, que considerou a ideia da força, expressa, quando necessário, pela violência, como o referencial mais seguro para o conhecimento do poder e do Estado. Nas palavras de Max Weber (1864-1920), o Estado seria o domínio do homem pelo homem, por meio da violência legítima e, ele acrescenta, 'supostamente legítima' ". BARRETTO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012. p. 38.

<sup>45</sup> "O sistema do direito, e o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão - central para o direito - da soberania e da obediência aos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição. [...] não se trata de analisar as formas regulamentares e legítimas do poder em seu centro, no que possam ser seus mecanismos gerais e seus efeitos constantes. Trata-se, ao contrário, de captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violento. Exemplificando: em vez de tentar saber onde e como o direito de punir se fundamenta na soberania tal como esta é apresentada pela teoria do direito monárquico ou do direito democrático, procurei examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais, quer se trata do suplício ou do encarceramento, no âmbito ao mesmo tempo institucional, físico, regulamentar e violento dos aparelhos de punição. Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício". FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 182.

<sup>46</sup> "Foucault propõe restabelecer a ideia de que nos encontramos diante de um fenômeno que não é uno, mas sim formado por diversas camadas justapostas, com uma hierarquia e uma coordenação de diferentes poderes que se constituem em um arquipélago, e não em uma única estrutura estabelecida em função de um poder central. Rompe-se então a concepção clássica da fonte única do poder, necessariamente hierarquizado por meio das relações de mando e obediência. [...] O poder, na concepção de Foucault, não é ideologia nem repressão; não resulta de um conflito que ocorre no campo social. O poder é gestado no tecido de multiplicidades difusas e heterogêneas, de microdispositivos móveis que provocam resistências, no espaço que ele define como 'microfísica do poder'. [...] O poder, para Foucault, é considerado uma artimanha da razão, pressupondo a participação de atores locais, responsáveis por seu funcionamento, e sua unidade não é uma substância que se

vinculados aos chamados direitos e garantias fundamentais, a um núcleo de valores jurídicos que constitui um mínimo existencial no sentido de reconhecimento e proteção da dignidade humana enquanto ponto de partida geral do raciocínio jurídico.<sup>47</sup>

#### 2.1.4 O “Fim” do Poder

Em virtude disso, qualquer abordagem a favor da democracia no século XXI, seja na tentativa de renová-la, seja na tentativa de buscar soluções para as suas deficiências mais evidentes, precisará necessariamente se preocupar com estas questões.<sup>48</sup> Segundo observa Barretto, "*avizinha-se, como acentuam diversos estudiosos do poder e sua conformação, um mundo com muitos e diferentes centros de decisão, interconectado e policêntrico*".<sup>49</sup>

Esta tendência é o objeto de estudo de Moisés Naím<sup>50</sup> em sua recente obra "O Fim do Poder", publicada no ano de 2013. Segundo o autor, os poderes tradicionais hoje encontram-se em uma competição sem precedentes com uma multiplicidade de "micropoderes" que

---

possa possuir, mas o resultado de relações de força disseminadas e parceladas". BARRETTO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012. p. 87.

<sup>47</sup> "O sentido político da lei é originário do momento em que a democracia moderna, como já se salientou, se constitui enquanto nova forma política, proporcionando o direito da sociedade de enunciar o Direito e a exterioridade da lei em relação ao poder. O sentido simbólico da Lei é constituído exatamente pela evocação do princípio democrático que geram os seus signos. O sentido simbólico constitui a essência da lei. O que nós chamamos de Direito. A diferença da lei positiva é o conjunto destas representações materializadas pelo princípio democrático, as quais são políticas devido ao sentido de reivindicação e participação social concreta que proporcionam, ao mesmo tempo que são simbólicas devido à representação infinita do direito de invenção e liberdade que mediatizam. O Direito, nesta perspectiva, é transcendente, já que o seu sentido político-simbólico é universal. A lei é, por sua parte, contextual, dependendo dos contextos e momentos históricos para manifestar-se. [...] O Direito é, portanto, como já se afirmou anteriormente, o princípio da legitimidade da lei. E, neste sentido, a lei só é legítima se se baseia no princípio democrático e no respeito aos direitos humanos, os quais possibilitam concretamente à sociedade o direito de reclamá-los, ultrapassando o poder do Estado, visto serem político-simbólicos, mesmo e principalmente, quando o direito positivo não os completa expressamente". ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 141.

<sup>48</sup> "Em última análise, a questão do que é o poder e para que ele existe pode ser respondida levando-se em conta, principalmente, o pressuposto fundamental de que, deixado sem limites e sem controle, torna-se o coveiro de si mesmo. É necessário estabelecer parâmetros que legitimem o exercício da dominação em toda a rede das relações sociais. Esse é o núcleo da teoria política de Habermas, que sustenta como a legitimação pode ser efetuada por diversos processos, sendo o mais relevante a democracia constitucional. A democracia é um conjunto de processos e procedimentos e não se define como um conjunto de políticas públicas; isso porque, se o Estado intervém na esfera pública para sustentar interesses específicos, provoca uma crise de legitimidade, pois se torna instrumento de dominação em vez de representação. A legitimação pressupõe a construção de um sentido ou crença comum; por exemplo, a crença nos valores e no papel da democracia representativa. E esta crença realiza-se pelo processo de ação comunicativa. A democracia realiza-se pela habilidade da sociedade civil em determinar o conteúdo da ação estatal, por meio do que Habermas denominou 'uma rede para comunicar informações e pontos de vista'. Essa seria a condição para o exercício legítimo do poder, representativo dos valores e interesses dos cidadãos, expressos no diálogo e nos debates realizados na esfera pública". BARRETTO, op. cit., p. 111.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>50</sup> Ex-Ministro do Desenvolvimento da Venezuela, ex-Diretor Executivo do Banco Mundial e editor-chefe da revista *Foreign Policy* entre 1996 e 2010. Atualmente, é membro sênior do *Carnegie Endowment for International Peace*.

tornam o exercício e a manutenção do poder atividades muito mais complexas e difíceis do que em outros tempos. Na leitura feita por Naím, o poder - seja ele econômico, político ou de qualquer outro tipo - hoje está mais fácil do que nunca de ser obtido, mas também mais fácil do que nunca de ser perdido e, mesmo para quem o detém, seu exercício é relativizado de formas que eram desconhecidas pelas autoridades de outros tempos. Segundo Naím, esta situação é causada, em resumo, pelo advento do que se poderia chamar de "Três Revoluções". Seriam elas: a revolução do *Mais*, da *Mobilidade* e da *Mentalidade*.

A primeira destas revoluções - do *Mais* - diz respeito ao fato de que as pessoas que dispõem de boas condições materiais formam, na atualidade, um contingente maior do que em qualquer outra época da história humana. Esta melhoria quantitativa e qualitativa no bem-estar material das pessoas as torna mais qualificadas enquanto cidadãs e cada vez mais exigentes em relação aos governos de seus respectivos países.

A revolução da *Mobilidade* diz respeito à circulação, sem precedentes, de pessoas e ideias por todo o mundo, todos os dias. Diante desse cenário, os autoritarismos locais e aquelas práticas arbitrárias eventualmente ligadas a costumes e tradições se encontram diante de circunstâncias que dificultam a sua legitimidade e facilitam a crítica e a revolta contra as injustiças praticadas em nome daquelas.

A circulação da informação aumenta a comunicação entre indivíduos e grupos e amplia o quadro de referências, comparações e visões externas que são intercambiadas, dificultando o fechamento "em si mesmo" de um determinado povo e a sua alienação em relação aos problemas sociais e políticos existentes em seu entorno.

Por fim, a revolução da *Mentalidade* representaria uma espécie de reflexo das outras duas grandes modificações. Em virtude da melhoria dos padrões materiais e da grande ampliação do acesso à informação e da circulação de pessoas e ideias, ocorre uma transformação também na própria mentalidade dos cidadãos dos mais diversos países, que passam a alimentar maiores ambições e trabalhar com metas mais elevadas para suas vidas.

Em virtude destas chamadas "revoluções", Naím dirá que o poder - seja econômico, político, científico, familiar ou religioso - simplesmente não pode mais ser exercido com a mesma tranquilidade e facilidade de outros tempos. Verifica-se não apenas um aumento generalizado naquilo que poderíamos chamar de "concorrência" pelo poder como, também, uma margem de tolerância e complacência muito menor por parte daqueles que se encontram no polo passivo do exercício do poder (os "governados").

O resultado disso é uma crescente fragmentação do poder, a atuação cada vez maior dos chamados "micropoderes", o desprestígio das instituições tradicionais, a intensa

"liquidez" dos processos de tomada e de perda do poder e o desaparecimento de uma ordem política unipolar ou bipolar em favor de uma nova ordem multipolarizada, com múltiplos centros de decisão e de influência.

No entanto, apesar de vários destes aspectos serem indiscutivelmente positivos, os benefícios resultantes destas transformações trazem consigo uma série de novos problemas: a "redução" do poder, ou seja, o enfraquecimento e relativização dos grandes poderes tradicionais, traz consigo o problema da perda de eficácia destes poderes, que se vêm sabotados pela crescente tendência à paralisia.<sup>51</sup>

O aumento de complexidade nas relações de poder e no exercício do mesmo implica em um proporcional aumento de complexidade no que diz respeito aos processos de tomada de decisões, dificultando (por vezes, impedindo completamente) o atendimento das demandas sociais e a solução dos problemas internos e coletivos das nações<sup>52</sup>.

Trata-se de mais um desafio que se coloca diante da democracia neste novo século, na medida em que ela precisará aprender a lidar com um novo modelo de exercício de poder - mais plural, menos centralizado e, em última instância, mais democrático - sem permitir que a própria democracia entre em colapso em virtude de paralisia política e/ou falência absoluta enquanto sistema capaz de dar respostas às demandas e aos desafios colocados diante de si.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> "Hoje em dia, praticamente todo assunto de negociação internacional, da exportação de armas e das convenções sobre domínios da internet ao comércio de pesca e agrícola, envolve maior número de protagonistas: governos, entidades multilaterais, organizações não governamentais, empresas e associações, cada um com uma certa capacidade de moldar a agenda e as negociações. Como consequência, somos cada vez mais incapazes de tomar medidas que vão além do mais baixo denominador comum e que de fato permitam avançar na resolução do problema em questão. Sem dúvida, é louvável que tenhamos hoje um grupo mais diversificado e inclusivo de participantes na mesa de negociação (os 'fracos' de tempos atrás) e que o número de decisões arbitrariamente impostas no mundo por alguns poucos atores poderosos tenha se reduzido. Mas conseguir resultados ficou muito mais difícil". NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013. p. 314.

<sup>52</sup> "A degradação excessiva do poder, quando todo ator importante pode vetar a iniciativa de outros, mas nenhum deles consegue impor sua vontade, é um risco tão grave para o sistema político e a sociedade, ou para qualquer comunidade ou mesmo uma família, quanto é para o sistema das nações. Quando o poder fica tão restringido, cria-se um terreno muito fértil para a paralisia na tomada de decisões. Nesses casos, a estabilidade, a previsibilidade, a segurança e prosperidade material ficam prejudicadas". *Ibid.*, p. 317.

<sup>53</sup> As constatações feitas por Naím comprovam as observações que já haviam sido feitas, décadas antes, por Bobbio. Segundo o célebre cientista político italiano, a fragmentação do poder é própria do sistema democrático (o que permite sugerir que o aumento desta fragmentação, dentro das democracias, significa uma ampliação qualitativa da democracia, e não um "aspecto negativo"). Bobbio também explicava que a democracia é o sistema no qual a demanda é fácil e a resposta do sistema é difícil, em contraste com o autoritarismo, modelo no qual a resposta do sistema é facilitada (em virtude da centralização do poder e da redução das instâncias participantes do processo de tomada de decisões) mas a demanda é dificultada. Bobbio também ressaltava o caráter da chamada "ingovernabilidade" da democracia, crítica a este modelo que era feita, sobretudo, pelos autores filiados ao modelo fascista na primeira metade do século XX. Sobre isso, Bobbio dirá que: "O tema da ingovernabilidade a que estariam destinados os regimes democráticos pode ser articulado em três pontos: a) Bem mais do que os regimes autocráticos, os regimes democráticos são caracterizados por uma desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema político, fenômeno que na terminologia da teoria dos sistemas recebe o nome de sobrecarga. [...] Com uma expressão sintética, pode-se exprimir esse contraste entre regimes

Surge, então, o desafio de harmonizar uma democracia mais qualificada ("radicalizada", num sentido positivo) com a necessária eficiência política do sistema, sob pena de falência do modelo por conta da paralisia (Naím) e da ingovernabilidade (Bobbio). Nas palavras de Naím:

[...] só quando restabelecermos a confiança no nosso sistema político e, portanto, dotarmos nossos líderes da capacidade de deter a degradação do poder, habilitando-os a tomar decisões difíceis e evitar a paralisação, poderemos abordar os desafios mais prementes. E para isso precisamos de partidos políticos mais fortes, mais modernos e mais democráticos, que estimulem e facilitem a participação.<sup>54</sup> [...] Para que isso aconteça, precisamos de uma coisa muito difícil de conseguir: uma maior disposição das sociedades democráticas de dar mais poder àqueles que nos governam. E isso é impossível, a não ser que confiemos mais nele. O que, sem dúvida, é ainda mais difícil. Mas também indispensável.<sup>55</sup> [...] Resgatar a confiança, reinventar os partidos políticos, encontrar novas vias para que o cidadão comum possa participar de verdade do processo político, criar novos mecanismos de governança real, limitar as piores consequências dos pesos e contrapesos e, ao mesmo tempo, evitar a excessiva concentração de poder e aumentar a capacidade dos países de atacar conjuntamente os problemas globais: esses devem ser os objetivos políticos fundamentais da nossa época. Sem essas mudanças, será impossível um progresso sustentado na luta contra as ameaças nacionais e internacionais que conspiram contra nossa segurança e prosperidade.<sup>56</sup>

Neste sentido, Bauman dirá que:

O ponto que precisa ser sublinhado repetidas vezes, visto que é deturpado ou esquecido com excessiva facilidade, é que o presente debate não é uma versão atualizada do antigo, estéril e, afinal, duvidoso raciocínio sobre o alegado conflito entre o indivíduo e a sociedade e sobre a linha ao longo da qual uma conciliação, compromisso ou armistício entre eles podia ou devia ser estabelecido. Poucos participantes do debate, se tanto, exigiriam hoje o sacrifício das liberdades individuais 'em benefício da sociedade'; é a sociedade que precisa legitimar-se em função do serviço prestado à liberdade individual - não a liberdade individual em função de sua utilidade social. Na política pós-moderna, a liberdade individual é o valor supremo e o padrão pelo qual todos os méritos e vícios da sociedade como um todo são medidos.

---

democráticos e autocráticos com respeito à relação entre demandas e respostas dizendo que, enquanto a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil, a autocracia torna a demanda mais difícil e tem mais fácil a resposta. Nos regimes democráticos a conflituosidade social é maior do que nos regimes autocráticos. [...] b) c) Nos regimes democráticos o poder está mais amplamente distribuído do que nos regimes autocráticos; neles se encontra, em contraste com o que ocorre nos regimes opostos, o fenômeno que hoje se denomina de poder "difuso". [...] Mais que difuso, o poder numa sociedade democrática também é fragmentado e de difícil recomposição. [...] A fragmentação cria concorrência entre poderes e termina por criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência". BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 93-95.

<sup>54</sup> NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013. p. 341.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 334.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 342.

Mas, graças a muitas e intensas experiências e mesmo a erros mais onerosos, nós agora temos bastante probabilidade de compreender, aceitar e admitir que a liberdade individual não pode efetivamente ser atingida por esforços apenas individuais; que, para alguns poderem assegurar e desfrutar disso, algo deve ser feito para assegurar a todos a possibilidade de seu desfrute, e que fazer isso é a tarefa em que os indivíduos livres só devem empenhar-se conjuntamente e mediante sua realização comum: mediante a comunidade política.<sup>57</sup>

Os sucessos do modelo democrático são indiscutíveis, mas o "custo" gerado por estas conquistas é o aumento formidável da *complexidade* de todo o sistema social, político e jurídico. O futuro da democracia<sup>58</sup> no século XXI, caso se dê no sentido do desejado avanço e não na forma de um retrocesso, passa pela capacidade deste modelo político-jurídico de lidar com este custo e administrá-lo de forma eficiente.

### 2.1.5 Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo Contemporâneo

O surgimento da nova etapa história da qual fala Bauman coincide, cronologicamente, com o estabelecimento do paradigma do *Estado Democrático de Direito*. Da forma como é entendido hoje, este modelo deriva de um arcabouço teórico que se desenvolve com maior visibilidade após a Segunda Guerra Mundial e que é usualmente denominado de *neoconstitucionalismo*<sup>59</sup> ou *Constitucionalismo Contemporâneo*.

<sup>57</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 254-255.

<sup>58</sup> "[...] o 'futuro da democracia' está não apenas na ampliação do número de ESTADOS democráticos, sobre o que chamei a atenção dos leitores linhas atrás, mas também e sobretudo no prosseguimento do processo de democratização do sistema internacional. O sistema ideal de uma paz estável pode ser expresso com esta fórmula sintética: uma ordem democrática de Estados democráticos. Não tenho necessidade de acrescentar que, como todas as fórmulas ideais, esta também pertence não à esfera do ser, mas à esfera do dever ser. [...] Ainda sem fazer qualquer aposta sobre o futuro, é inegável que – olhando ao redor não como filósofos da história mas como simples cronistas do presente que se atêm aos fatos e não se permitem fazer vãos altos demais – as democracias existentes não apenas sobreviveram como novas democracias apareceram ou reapareceram ali onde jamais haviam existido ou haviam sido eliminadas por ditaduras políticas ou militares. [...] Não creio ser muito temerário se digo que a nossa época poderia ser chamada *L'ère des democracies*". BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 09-13.

<sup>59</sup> No presente trabalho, daremos preferência à utilização do termo *Constitucionalismo Contemporâneo* ao invés de *neoconstitucionalismo*. De qualquer forma, com ambas as expressões, o objetivo é fazer referência ao novo paradigma de compreensão/elaboração/interpretação do Direito Constitucional, que emerge após a Segunda Guerra Mundial e encontra suas primeiras expressões legais na Constituição italiana de 1947 e na Constituição alemã de 1949. Este novo paradigma está intrinsecamente ligado à concepção de *Estado Democrático de Direito* (como superação do modelo anterior do "Estado Social" do começo do Século XX e ao "Estado de Direito"/*Rechtsstaat* do Século XIX) e, conforme sustentaremos, com a rejeição dos postulados do positivismo jurídico. No entanto, a utilização do termo não é pacífica na doutrina, como bem destaca Dalmo de Abreu Dallari: "O registro e a análise dessas inovações, de excepcional importância para cada povo em particular, e, em conjunto, para toda a humanidade, vêm sendo feitos por teóricos do Direito de diversas partes do mundo, sob a epígrafe 'neoconstitucionalismo'. Para alguns teóricos que recusam essa expressão, o que se tem é a Constituição tradicional dotada de nova eficácia, especialmente para garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, razão pela qual preferem a epígrafe 'garantismo'. Nesta linha situam-se, por exemplo, Luigi Ferrajoli, na Itália, e Andrés Gil Dominguez, jurista chileno que, tratando diretamente dessa

O Estado Democrático de Direito, fruto das construções teóricas do neoconstitucionalismo, é um modelo inovador no qual o Estado não se resume mais a mero “limitador dos poderes estatais”, nem a uma democracia participativa meramente formal (na qual o papel do cidadão se esgota com a participação em processos eleitorais periódicos) e tampouco a uma simples forma de “controle” para “manutenção da paz social”.<sup>60</sup>

---

questão, esclarece que 'por garantismo constitucional se entende o conjunto de garantias políticas e jurisdicionais que têm por objeto tornar vigente o modelo de Estado Constitucional de Direito. A maioria dos autores que apontam e analisam as grandes inovações constitucionais prefere a expressão "neoconstitucionalismo", dando-lhe muito maior amplitude do que a afirmação de um garantismo, que pode ter um significado estático e ser confundido com a proteção apenas do já conquistado e efetivado. Na realidade, o enfoque amplo das inovações, abrangendo diferentes partes do mundo e considerando o novo tratamento dado às Constituições, tanto em termos de elaboração quanto de aplicação, mostra que já existe e pode ser claramente identificado um novo constitucionalismo, que é decorrência de uma nova inspiração humanista. O novo humanismo, que é base de uma nova concepção do próprio Direito, assim como do constitucionalismo, afirma a supremacia da pessoa humana na escala dos valores, mas de todas as pessoas humanas, sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio, exigindo, além disso, que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas ou formais. Com base nesses pressupostos, e considerando tudo o que já foi exposto, é possível apontar, de modo preciso, as principais inovações que caracterizam o constitucionalismo humanista, que vem ganhando espaço e influência no mundo do século XXI". DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288-290. Por sua vez, Streck, na introdução da 4ª edição (lançada em 2011) de sua obra *Verdade e Consenso*, esclarece que está deixando de utilizar a nomenclatura “neoconstitucionalismo” em favor da expressão *Constitucionalismo Contemporâneo*. Para Streck, seguindo a crítica feita por Ferrajoli, a ideia de neoconstitucionalismo vem sendo usada hoje como uma pretensa superação do positivismo exegético (que Ferrajoli denomina paleojuspositivismo), e não do positivismo normativista pós-Kelsen, alvo das críticas de Streck. Afirma ele: “Nesse sentido, o neoconstitucionalismo não é uma superação do *paleojuspositivismo* (exegetismo), mas os neoconstitucionalistas acham que é. E esse é o problema. Nesse ponto, Ferrajoli tem razão (ele é contra o neoconstitucionalismo – porque o neoconstitucionalismo de que ele fala é o dos axiologistas, valorativistas, que acham que estão superando o velho positivismo, o primitivo.” Streck ressalva, ainda, que “[...] é importante consignar que a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”. Feitas estas ressalvas, esclareço que, para fins do presente trabalho, optamos por continuar utilizando a nomenclatura *neoconstitucionalismo* tão somente por uma questão de melhor adequação às referências bibliográficas pesquisadas e utilizadas neste trabalho. Entendemos que, tendo em mente o alerta feito por Streck, a utilização do termo neoconstitucionalismo, problemático o quanto seja, não invalida e nem desfigura, de forma nenhuma, os argumentos apresentados no presente trabalho (e, em especial, no presente capítulo). Apesar dessa opção de nomenclatura, é importante deixar claro que a ideia de neoconstitucionalismo aqui defendida é precisamente aquilo que Streck agora denomina *Constitucionalismo Contemporâneo*, ou seja, “o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual” e que deve estar consciente de seu dever de combater as “heranças malditas” do positivismo normativista pós-Kelsen, e não o positivismo exegético que o próprio Kelsen já havia superado. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. edo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

<sup>60</sup> [...] num terceiro momento, particularmente no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função de avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a reorganização geopolítica mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores. Não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade etc”. Isso porque “a concepção de vida boa, de felicidade, que era lastreada unicamente em possibilidades de exercício de uma autonomia individual, atomizada, a partir da imposição de exigências de abstenção, em relação ao Estado e a todos os demais cidadãos, de prática de ações que pudessem macular direitos individuais, foi suplantada historicamente por uma compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de

Oportuno ter em mente que os fenômenos do Constitucionalismo Contemporâneo não surgem "à toa", mas sim como resposta aos acontecimentos da primeira metade do século XX que, marcado pela forte influência de ceticismos, pragmatismos e relativismos, foi palco de horrores nunca antes testemunhados pela humanidade - como o advento dos totalitarismos, com os Estados comandando ações que em séculos passados seriam inimagináveis mesmo nos regimes mais absolutistas.<sup>61</sup>

Cabe insistir: o Estado de Direito, dentro do Constitucionalismo Contemporâneo então nascente, não se limitava mais ao seu antigo papel de "dado pronto e acabado" da ordem social, limitando-se a garantir a segurança dos cidadãos e lidar com seus conflitos particulares (Estado Liberal) ou promover reformas pontuais para mitigar as contradições do modo de produção capitalista (Estado Social).<sup>62</sup> Esta nova encarnação do ente estatal – Estado Democrático de Direito – apresenta-se como *agente transformador*, fundado em estruturas jurídicas conscientes de que estão em movimento dentro do caminhar contínuo do processo histórico.

Isso significa dizer que a compreensão que se tem do fenômeno do constitucionalismo, hoje, não pode ser confundida com os postulados do constitucionalismo liberal clássico. *O Constitucionalismo Contemporâneo representa uma efetiva ruptura*, através da qual se irá buscar uma concepção mais *substancial* de democracia, e não meramente formal.

---

necessidades materiais, dentre as quais estava a educação". SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-28.

<sup>61</sup> Perelman dirá que: "Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podem ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido." (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p. 184). É importante esclarecer que Perelman, apesar de crítico do positivismo jurídico e das diversas manifestações do relativismo e do ceticismo no Direito, não chega a construir uma teoria da decisão apta a superar o problema da discricionariedade. Pelo contrário: ao abordar a questão, talvez superficialmente, ele chega a dizer que "O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito" (Ibid., p. 203). Como se vê, talvez inadvertidamente, Perelman acaba, dessa forma, aceitando e legitimando a discricionariedade judicial, justamente o aspecto mais criticável – e perigoso – do positivismo jurídico.

<sup>62</sup> "O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade [...]. Dito de outro modo, o Estado democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores." MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-99.

Consequentemente, essa realidade implicará em limitações que os detentores do poder, em outras épocas, não tinham. Ainda que tenham sua autoridade legitimada pela lei ou por procedimentos de representação popular, os membros dos poderes constituintes do Estado são autoridades *dentro do contexto específico de um Estado Democrático de Direito*.<sup>63</sup>

Aqui, é preciso operar uma distinção importante, qual seja, aquela existente entre *protagonismo* judicial (ou "judicialização") e *ativismo* judicial.<sup>64</sup> O *protagonismo judicial* e a *judicialização* são fenômenos não apenas compatíveis com o Constitucionalismo Contemporâneo como naturais dentro desse novo contexto histórico-político.

Como bem assinalado por Julios-Campuzano, a crença no Poder Legislativo como solução de todas as demandas sociais dá espaço para uma atuação privilegiada do Judiciário, que passa a exercer um papel mais rico e atuante do que teve em configurações anteriores do Estado de Direito de matriz liberal.

Ocorre, no entanto (notadamente na prática brasileira), que esse protagonismo vem sendo amplamente confundido (e não apenas pelos membros do Poder Judiciário, mas sim pela grande massa dos operadores do Direito) como uma carta-branca para a discricionariedade judicial e para o ativismo, que são coisas completamente distintas.

A *judicialização* da política tem como objetivo *garantir a realização da Constituição*, ou seja, implica numa *limitação do poder estatal*, constringendo este a não desprezar os compromissos assumidos na Carta Magna. O *ativismo* e a *discricionariedade judicial*, por outro lado, são "cheques em branco" para o poder e consagram a ideia de que, uma vez togada e ungida pelo Estado, a autoridade (magistrado) está legitimada a criar o Direito, de acordo com seus próprios valores, ideologias e eventuais compromissos políticos.

Assim como o positivismo jurídico não fornecia os instrumentos necessários para uma compreensão do Direito à luz dos avanços teóricos do último meio século, igualmente

---

<sup>63</sup> "[...] as novas Constituições promulgadas no pós-guerra incorporam complexos e intrincados procedimentos de reforma que cerceiam aquela supremacia astuta e repulsiva da lei - que, definitivamente, cede terreno. A onipotência e autonomia do legislador são afetadas. A soberania de um poder constituinte continuamente operante tem também seus limites. E o denso conteúdo normativo que a Constituição incorpora deve ficar a salvo de ilusões ou devaneios reformistas de pura conveniência. Assim, o constitucionalismo contemporâneo, ao optar por modelos rígidos, está *colocando em valores* o conteúdo material da Constituição e realçando sua força normativa, que se coloca agora como uma das prioridades do novo constitucionalismo. [...] A concepção da Constituição como "*mero sistema simbólico de princípios ideológicos e de formulações políticas*" é definitivamente superada. Em seu lugar, proclama-se, agora já sem paliativas, a supremacia da Constituição". JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38-39.

<sup>64</sup> Há uma diferença central entre ativismo e judicialização. Naquele, ocorre a substituição dos juízos políticos, morais, etc, pelo juiz, circunstância que fragiliza o direito; quanto à judicialização, esta é contingencial; é inexorável que ocorra, dadas as características de nossa Constituição, nosso ordenamento e a complexidade social. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 113.

equivocado é o discurso atual que, sob o pretexto de "superar o positivismo jurídico", concede benção à discricionariedade judicial, ao solipsismo do julgador e à "correção" do Direito pela moral.

O resultado disso é o surgimento de um verdadeiro "*panprincipilismo*" (Streck) de ocasião – com os juízes se assenhorando de todos os sentidos do Direito e utilizando princípios jurídicos como meros adornos retóricos, escolhidos *a posteriori*, para fundamentar decisões apriorísticas decorrentes de juízos prévios.<sup>65</sup>

A discricionariedade, no Direito brasileiro, já não pode mais sequer ser descrita como um "mau hábito" das autoridades judiciárias, ou como uma "conduta desviante" verificada na prestação jurisdicional. Mais do que isso, ela se sedimentou como uma verdadeira regra de natureza, legitimada por parte significativa da doutrina jurídica brasileira e profundamente inculcada no *sensu comum teórico dos juristas*, para usar a feliz expressão de Warat.

Talvez não exista, na atualidade, uma ideia mais nefasta para o Direito do que a desastrosa crença de que democracia pressupõe "a liberdade do juiz" para decidir "de acordo com sua consciência".<sup>66</sup> O relativismo no Direito está intrinsecamente ligado à questão do ceticismo enquanto postura filosófica. Ocorre, no entanto, que os juristas filiados a estas posturas relativistas, em momento algum, se dão conta das problemáticas inerentes à adoção de uma postura cética. É o caso de perguntar: quem reabilitou o ceticismo filosófico, devidamente sepultado há mais de dois milênios dentro da tradição do pensamento ocidental,

---

<sup>65</sup> "No contexto histórico da crise da sociedade e do estado liberal é que a interpretação clássica demonstrou a sua insuficiência, em face das realidades peculiares de uma sociedade que se democratizava. A interpretação jurídica procurou responder com a elaboração de novos modelos e métodos, que atendessem às exigências encontradas na aplicação do direito na sociedade democrática e pluralista do século XX. Mas ao contrário do que ocorreu no âmbito das demais ciências humanas e sociais, a ciência do direito deixou-se ficar prisioneira, até recentemente, das limitações impostas por um modelo de interpretação dogmático e positivista. O fracasso intelectual dos movimentos renovadores da interpretação jurídica fez com que, principalmente depois da crise dos totalitarismos no século XX, consequência do esgotamento do modelo liberal, os moldes clássicos da interpretação do direito fossem submetidos a uma avaliação crítica. Esse movimento crítico, que se manifestou em diversas variantes teóricas, voltou-se para a necessidade de construção de uma nova fundamentação teórica para a leitura do direito, principalmente do direito constitucional. BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 376-377.

<sup>66</sup> Em coluna intitulada "*Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui*", Streck faz este importante alerta: "Vivemos tempos de relativismo. Tudo pode ser e tudo pode não ser. Cada um atribui os sentidos que quer. Mesmo que haja indícios formais apontando para determinado sentido, conformado pela tradição, surge alguém para dizer que "como tudo é relativo", cada um tema a sua verdade... Afinal, "obedeço apenas a minha consciência". A questão é: e eu com a sua consciência? Por que devo eu ou a nação brasileira, depender da consciência isolada (solipsista) de um julgador? Ora, não haveria aí uma contradição insolúvel, isto é, se tudo é relativo, é exatamente por isso que não devo acreditar em uma decisão (ou escolha) feita a partir exatamente da... relatividade? Elementar, pois não? Se tudo é relativo, inclusive o emissor da mensagem acabou de dizer algo relativizável... Isso é o que se chama de uma contradição performativa". STRECK, Lenio Luiz. Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/sensu-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em: 19 set. 2013.

depois de ferido de morte por Platão e Aristóteles? E de qual ceticismo se está falando: ceticismo interno ou externo?<sup>67</sup>

Com efeito, são questões não compreendidas e não enfrentadas pelas diversas espécies de "relativistas do Direito" (céticos, pragmáticos, instrumentalistas, etc), que por conta disso se afundam em insolúveis contradições teóricas, em prejuízo da coerência e da integridade do Direito e, também, da democracia.<sup>68</sup>

## 2.2 O Debate sobre o Chamado “Neoconstitucionalismo”

Pretendo desenvolver dois pontos ao longo deste capítulo. Primeiro: destacar a importância do legado do constitucionalismo pós-Segunda Guerra e os riscos de retrocesso que este paradigma político-jurídico sofre nos dias atuais. Segundo: demonstrar as deficiências e contradições daquilo que veio a se chamar doutrinariamente de *neoconstitucionalismo*. Irei sustentar que o fenômeno frequentemente denominado com tal epíteto não apenas é repleto de controvérsias e dúvidas conceituais como, frequentemente – sobretudo na realidade brasileira – ele é utilizado como fundamento teórico para posturas que vão precisamente na *contramão* dos mecanismos de limitação e interdição do poder

<sup>67</sup> Em *O Império do Direito*, Dworkin faz a oportuna distinção entre *ceticismo exterior* e *ceticismo interior*. O primeiro seria uma teoria metafísica mais ampla, que nega a possibilidade de proposições verdadeiras. O ceticismo interior, por sua vez, seria limitado a uma determina prática ou a um aspecto da vida. Por exemplo: aquela pessoa que acha que nenhum juízo moral pode ser correto ou falso seria um cético exterior, ao passo que aquela que acha que condutas sexuais não podem ser objeto de nenhum juízo moral seria um cético interior. O cético interior, dessa forma, se apóia na possibilidade geral do certo/errado para emitir um juízo cético direcionado sobre algo mais específico. Dworkin dirá que: “O único ceticismo que vale alguma coisa é o ceticismo interior, e é preciso alcançá-lo por meio de argumentos da mesma natureza duvidosa que os argumentos aos quais ele se opõe, e não ser reivindicado de antemão por alguma pretensão à complexa metafísica empírica.” Significa dizer: o jurista cético que afirma que o Direito não pode ter respostas adequadas (ou “mais corretas”) para problemas específicos precisa sustentar a sua posição em uma dessas espécies de ceticismo. Se ele se filiar ao ceticismo *externo*, terá que contornar todas as dificuldades filosóficas sobre as quais estamos tratando no presente capítulo. Se ele se filiar ao ceticismo *interno*, estará optando por uma postura filosoficamente válida, mas terá o ônus de desenvolver e explicar por quais razões, no seu entender, o Direito “não estaria apto” a produzir respostas adequadas. O que se vê na prática, no entanto, são pessoas que aparentemente adotam o ceticismo interno, porém valendo-se, quando convém, da retórica fácil do ceticismo externo. Para uma melhor compreensão sobre este ponto em questão, ver: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 102-108.

<sup>68</sup> Streck, de forma reiterada e sistemática, tem questionado em suas obras qual seria a legitimidade dos juízes e tribunais de fundamentar suas decisões numa “teoria da consciência” em plena era da filosofia da linguagem. Dito de outro modo: por que o Direito, enquanto ciência social aplicada, estaria “blindado” em relação aos progressos e avanços da filosofia e da linguística? Parece-nos claro que os defensores da “livre consciência de decidir” dos juízes não são, a rigor, adeptos conscientes do ceticismo enquanto postura filosófica. Isso, no entanto, em nada altera o fato de que a ideia da decisão como sendo verdadeira “expressão de vontade” do julgador efetivamente é *uma ideia estruturada sobre um pressuposto claramente cético-relativista*. Se o jurista em questão sequer tem consciência disso, tanto pior para a sua teoria da decisão. A menos que o jurista pró-discrecionalidade judicial possa construir uma revalidação conceitual do ceticismo aplicado ao Direito, qualquer teoria da decisão que ele construa tendo a postura cética como pressuposto (ainda que invisível e não declarado) estará fadada ao fracasso – na medida em que erguida sobre um aporte filosófico completamente refutado no campo da filosofia.

(sobretudo, do Poder Judiciário). Pretendo demonstrar que, frequentemente, podemos ver a retórica dita “neoconstitucionalista” sendo usada de forma a subverter as mais valiosas lições do Direito democrático da segunda metade do século XX.

### 2.2.1 Neoconstitucionalismo: notas introdutórias

De início, é importante esclarecer que não existe, em absoluto, algo que se possa chamar propriamente de uma “escola” neoconstitucionalista. O que existe, efetivamente, é uma série de discursos e construções teóricas distintas, que geralmente apresentam algumas coisas em comum. Entre os pontos de concordância mais habituais, podemos mencionar a rejeição ao formalismo do positivismo normativista, bem como uma “readmissão” das relações entre moral e Direito.

De qualquer forma, o certo é que não foi erguida uma doutrina integral e coesa que atenda pelo nome de “neoconstitucionalismo”. Os problema que isso gera, do ponto de vista da Teoria do Direito e da epistemologia jurídica, são evidentes. O neoconstitucionalismo, em seus diferentes formatos, pretendeu trazer as lições pós-Auschwitz para o mundo do Direito, concretizando estas lições na forma de uma efetiva doutrina jurídica pós-positivista – em outras palavras, uma efetiva superação teórica do positivismo jurídico.<sup>69</sup> O problema que surge aqui reside precisamente no fato de que o positivismo jurídico normativista, da primeira metade do século XX, era uma doutrina jurídica “fechada”, perfeitamente coerente e bem acabada. Nenhuma destas qualidades pode ser atribuída ao neoconstitucionalismo enquanto pretenso sucessor teórico do positivismo jurídico. Não houve um Hans Kelsen do

---

<sup>69</sup> "Uma das marcas fundamentais dessa busca da paz é, precisamente, a expansão do constitucionalismo mais avançado, de um constitucionalismo renovado, que vai além do estabelecimento de regras formais, inspiradas na teoria ou copiadas de outros povos, e toma por base a realidade de cada povo, estabelecendo novas regras fundamentais de convivência e cuidando de sua efetiva aplicação. São testemunhos eloquentes dessas inovações o surgimento de novas Constituições, como uma espécie de novo 'contrato social', em Estados nos quais já era tradicional a existência de uma Constituição formal, assim como a adoção de uma Constituição baseada na vontade e nos interesses de todo o povo, por Estados e povos que tradicionalmente só conheciam o direito imposto por elites dominantes, como também por povos que só recentemente conquistaram sua independência. Um ponto fundamental para a compreensão das profundas inovações que vêm ocorrendo é a lembrança de que elas começaram a definir-se logo após o término da segunda guerra mundial. Com efeito, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, começa, efetivamente, uma nova fase na história da humanidade. A par de profundas mudanças políticas favoráveis à proteção da dignidade humana e ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, sem discriminações, foi sendo definida uma nova concepção do próprio Direito, que exclui as construções formais desprovidas de base social para sua legitimação e voltadas à garantia de privilégios mascarados de direitos". DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288-290.

neoconstitucionalismo, e as consequências disso no mundo prático não são poucas, conforme veremos mais adiante.<sup>70</sup>

Para Luís Roberto Barroso, o “pós-positivismo” seria este movimento que justamente se confunde com o próprio neoconstitucionalismo, ambos buscando superar o positivismo jurídico sem, no entanto, retroceder para algum tipo de postura jusnaturalista.<sup>71</sup>

Para Luigi Ferrajoli, "a expressão 'neoconstitucionalismo' vem usada, geralmente, para designar, ao mesmo tempo, a novidade estrutural das constituições rígidas, as práticas jurisprudenciais por elas promovidas e as teorias explicativas de ambas".<sup>72</sup> Alfonso de Julios-Campuzano, por sua vez, destaca que:

[...] hoje se pode afirmar que a nova argamassa do direito no século XXI será a congruência material dos conteúdos normativos: sua concordância substantiva com o conjunto de postulados que identificam as necessidades humanas, a presença de um forte conteúdo material na Constituição que se irradia por todo o ordenamento jurídico. [...] O neoconstitucionalismo possui um compromisso axiológico aberto e revisável, um conjunto de valores que

<sup>70</sup> As muitas leituras a respeito do fenômeno denominado de “neoconstitucionalismo” são tão contraditórias e divergente entre si que, conforme Ferrajoli irá observar, para alguns autores o “neoconstitucionalismo” não seria sequer uma superação propriamente dita do positivismo jurídico, mas sim uma espécie de “expansão e complemento” do positivismo. Sobre isso, ele dirá o seguinte: "Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nos atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Neste sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. Para além deste traço comum, entretando, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de 'neoconstitucionalismo', é seguramente a mais difundida". Além disso, o próprio Ferrajoli (conforme veremos mais adiante no presente trabalho), embora rejeite o termo “neoconstitucionalismo”, sustenta que as lições do Direito pós-Segunda Guerra seriam melhor traduzidas por um novo e revisado positivismo jurídico do que por uma teoria de negação do positivismo. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

<sup>71</sup> “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Neste contexto, busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

<sup>72</sup> FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, op. cit., p. 240.

marcam a direção do ordenamento social, dos programas normativos, das ações políticas e das medidas legislativas.<sup>73</sup>

Apesar das controvérsias sobre a existência (e coerência) de uma doutrina “neoconstitucionalista”, o certo é que o momento histórico da segunda metade do século XX inaugura uma nova etapa não apenas dentro do Direito Constitucional<sup>74</sup> como, também, na Ciência Política e na Teoria Geral do Estado. Dentro da profusão de iniciativas legislativas, doutrinárias e teóricas oriundas daquilo que se poderia chamar genericamente de “neoconstitucionalismo”, estabelece-se um de seus frutos mais concretos, qual seja: a noção contemporânea do *Estado Democrático de Direito*.<sup>75</sup>

### 2.2.2 Origem e Evolução do Estado Moderno

Coloquialmente, a expressão “Estado Democrático de Direito” é frequentemente utilizada para fazer referência a fenômenos diversos: democracia, império da lei, etc. A terminologia é, por vezes, utilizada como sinônimo de “Estado Democrático”, ao passo que, em outras ocasiões, é referida como sinônimo de “Estado de Direito”. Não é dessa forma, contudo, que devemos entendê-lo à luz do Constitucionalismo Contemporâneo.

O Estado Democrático de Direito não é meramente um “Estado de Direito” com ambiente democrático. Ele é muito mais do que isso. Do ponto de vista histórico e da Ciência Política, ele deve ser compreendido como um terceiro momento na evolução histórica do Estado Liberal moderno.

<sup>73</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

<sup>74</sup> “Podemos chamá-las de constituições de terceira geração por causa de alguns traços comuns: são constituições longas, com base no modelo da Constituição portuguesa de 1976, formada por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo; mas são, sobretudo, constituições das quais os europeus teriam muito para aprender, uma vez que preveem sistemas de garantias e de instituições de garantia bem mais complexos e articulados do que os seus”. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 232.

<sup>75</sup> “[...] num terceiro momento, particularmente no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função de avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a reorganização geopolítica mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores. Não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade etc”. Isso porque “a concepção de vida boa, de felicidade, que era lastreada unicamente em possibilidades de exercício de uma autonomia individual, atomizada, a partir da imposição de exigências de abstenção, em relação ao Estado e a todos os demais cidadãos, de prática de ações que pudessem macular direitos individuais, foi suplantada historicamente por uma compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de necessidades materiais, dentre as quais estava a educação”. SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-28.

No Estado Liberal clássico, pautado pelo conteúdo filosófico e jurídico do liberalismo, havia uma preocupação central com a questão da limitação da ação estatal. Havia um desejo subjacente de superar os desmandos e abusos de figuras de autoridade política dotadas de poder excessivo ou absoluto. A lei, enquanto ordem geral e abstrata, deveria ser mínima, a fim de que as restrições às liberdades individuais fossem as menores possíveis. O Estado Liberal orbitava em torno do indivíduo e da liberdade negocial. Sua postura era flagrantemente absentéista: era um Estado comprometido com uma agenda negativa, ou seja, com compromisso de *não fazer* (não intervir nas liberdades individuais, não interferir nas atividades econômicas, etc).

Esta primeira encarnação do Estado Moderno não-absolutista entra em decadência na segunda metade do século XIX, em diferentes pontos da Europa, em razão da eclosão daquilo que poderíamos chamar de *questão social*. A miséria, a falta de assistência aos doentes e idosos, a inexistência de direitos trabalhistas – todas estas questões convergiram para um quadro de tensões sociais que, em um primeiro momento, foram tratadas como mera questão de polícia.

Com o passar do tempo, no entanto, ficou claro que as lutas sociais e movimentos populares não estavam confrontando a ordem jurídica estabelecida, mas sim as injustas estruturas político-jurídico-econômicas do *status quo* vigente. Não eram, portanto, criminosos ou marginais, mas sim representantes legítimos dos anseios mais básicos da imensa maioria da população.

Diante da instabilidade social, aliada ao crescente temor em relação aos discursos anticapitalistas e à possibilidade de eclosão de revoluções comunistas, as classes dominantes do velho Estado Liberal clássico “sufocam” os anseios revolucionários por meio de uma verdadeira “internalização” das reivindicações populares. Pode-se dizer, em outras palavras, que o Estado Social que então emerge opera como uma espécie de “acordo de cavalheiros” entre a burguesia liberal e a agenda social dos inconformados e excluídos – um “meio termo” entre a estabilidade excludente e discriminatória do Estado Liberal clássico e os vislumbre de ruptura violenta que ocorreria em caso de uma eventual revolução.

O Estado Social, que se concretiza internacionalmente a partir dos anos 1920, não era de forma alguma uma “negação” do Estado Liberal clássico. Todos os fundamentos básicos do modelo anterior permaneceram intactos: o capitalismo como pano de fundo econômico, a proteção à propriedade privada e aos direitos individuais, a liberdade de negociar e empreender, etc. Os valores do liberalismo político e do liberalismo econômico, ao contrário

do que se poderia pensar, não são substituídos por qualquer tipo de construção teórica própria da crítica social e da análise econômica feita por autores de matriz socialista.

Oportuno frisar: o Estado Social é uma “conciliação”, uma “negociação pacífica”, entre o Estado Liberal clássico e a *agenda social* que dava a pauta nas reivindicações políticas da época. Ou seja: o capitalismo liberal negocia com a *agenda social*, e não com o *socialismo*. O Estado Social não pode ser caracterizado, dessa forma, como algum tipo de “mistura” ou “síntese dialética” entre capitalismo e socialismo.

A principal novidade do Estado Social, sem prejuízo dos fundamentos do modelo anterior, giravam em torno do compromisso do Estado com *prestações positivas*. As estruturas públicas deixam de estar limitadas ao absentismo, à mentalidade não-interventora do modelo anterior, e pela primeira vez se comprometem com uma agenda de prestações positivas para com a sociedade: saúde, educação, previdência social, direitos trabalhistas, dentre outras. A lei se converte em um instrumento de acesso a direitos, uma ferramenta de ação concreta do Estado.<sup>76</sup>

### 2.2.3 Estado Democrático de Direito: um “plus” normativo

É apenas com o Constitucionalismo Contemporâneo, que começa a se desenvolver após o fim da Segunda Guerra Mundial, que o Estado Liberal começa a se encaminhar para uma segunda etapa evolutiva, uma “terceira encarnação”, por assim dizer: o *Estado Democrático de Direito*. É digno de nota que, ao mesmo tempo em que o segundo pós-guerra desemboca na concretização efetiva do *Welfare State* (aquilo que poderia ser considerado, talvez, como sendo o ápice do Estado Social), tal momento histórico também dá início aos desenvolvimentos, na ciência política e no Direito, que levariam a superação do próprio modelo do Estado Social, por meio do chamado “neoconstitucionalismo” e do Estado Democrático de Direito.

Assim como já havia acontecido anteriormente, na transição entre o Estado Liberal clássico para o Estado Social, também o Estado Democrático de Direito *não se apresenta*

---

<sup>76</sup> “Apesar de sustentado o conteúdo próprio do Estado de Direito no individualismo liberal, faz-se mister a sua revisão frente à própria disfunção ou desenvolvimento do modelo clássico do liberalismo. Assim, ao Direito antepõe-se um conteúdo social. Sem renegar as conquistas e os valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político. [...] A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial. Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

como uma negação dos formatos anteriores, mas sim um aperfeiçoamento que engloba os modelos anteriores. Representa uma continuidade e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, uma ruptura - na medida em que, do ponto de vista normativo, podemos dizer que:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade [...]. Dito de outro modo, o Estado democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores.<sup>77</sup>

Poderíamos sintetizar este “plus normativo” por meio de dois axiomas. Primeiro: o Estado Democrático de Direito representa um novo momento histórico - o primeiro paradigma político-jurídico por meio do qual o Direito abandona a sua postura de mero garantidor da ordem e protetor do *status quo*, assumindo um efetivo compromisso que abrange estes papéis ao mesmo tempo em que transcende ambos. Este compromisso não é outro senão o da *transformação da realidade vigente*.

Em outras palavras, uma das novidades mais significativas deste novo paradigma político-jurídico reside no fato de que, *pela primeira vez, o Direito parte do princípio de que a própria ordem social vigente é injusta*. Ou seja, ao mesmo tempo em que ele assume um compromisso com a *manutenção da ordem política, econômica e normativa*, ele assume, ao mesmo tempo, um segundo compromisso – agora com a *transformação da ordem social*.<sup>78</sup>

O segundo axioma é o da *autonomia do Direito*. Essa autonomia não deve ser entendida como sinônimo de “indiferença”. A ideia de autonomia do Direito, fortalecida pelo Constitucionalismo Contemporâneo, não nega que o Direito mantenha relações com a política, com a moral, com a filosofia e com a sociedade: pelo contrário, *ênfatisa a importância destas relações*. Não significa, tampouco, que o Direito seja surdo ao entorno histórico, social, econômico e político. A autonomia do Direito não o torna imune à mudança

<sup>77</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-99.

<sup>78</sup> Em nosso ordenamento jurídico, a recepção deste novo paradigma pode ser identificada no texto dos incisos I e III do Art. 3º da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna consagra que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”. Ora, assumir o “objetivo fundamental” de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades” não é outra coisa senão admitir, expressamente, que a sociedade atual é deficiente em termos de liberdade, justiça e solidariedade, além de reconhecer expressamente não apenas a existência da pobreza e da desigualdade, mas o seu caráter de incompatibilidade com os compromissos assumidos por este novo paradigma político-jurídico.

e nem aos anseios por renovação: apenas garante que estes processos ocorram pelas vias normativas e democráticas apropriadas.

A “pedra de toque” por trás da ideia de autonomia do Direito está na concepção de que este deve ser visto como instrumento de *interdição e limitação do poder* – seja poder político, econômico ou qualquer outro. A ideia central, aqui, é de que o Direito deixa de estar, nas palavras de Streck, “a reboque da política”.<sup>79</sup> O Direito, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode mais ser utilizado como mero instrumento de conveniência dos desejos do poder. Isso porque o Direito, dentro deste novo paradigma, assume um compromisso radical com a *democracia*<sup>80</sup>, entendida não mais como mera satisfação dos desejos de maiorias aritméticas, mas sim como *limitação do poder e proteção de um núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais*, passíveis de proteção até mesmo pela via de instrumentos de controle contramajoritário<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> “[...] o ponto crucial está na superação do arbítrio. A democracia se constrói a partir do direito. Este - o direito - não está a reboque da política, da moral ou da economia. Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo 'blindagens' contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenos (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na 'abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais')”. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94.

<sup>80</sup> “Para tanto, é fundamental que se perceba que a teoria do Estado de Direito foi confrontada, no século XX, com um duplo desafio. Um primeiro, proveniente do surgimento dos regimes totalitários, nos quais a ordem jurídica não se apoiava em nenhum valor subjacente ao Estado de Direito. Outro, proveniente da construção do Estado de Bem-Estar, que modificou profundamente o substrato liberal sobre o qual se fundava o ideário do Estado de Direito”. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102.

<sup>81</sup> “Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. [...] aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61-62. Ainda sobre esta questão, Häberle irá explicar que, na democracia contemporânea, o povo e a “vontade popular” deixam de ser vistos como uma espécie de sucedâneo do antigo monarca absolutista. Significa dizer: também o poder do povo encontra interditos, em nome de um conceito mais amplo e sofisticado de democracia. Nas palavras de Häberle: “A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo - termo sujeito a entendimentos equívocos - a partir da idéia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa capitis diminutio da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 39.

Podemos dizer, de forma sintética, que o novo paradigma do Estado Democrático de Direito se diferencia do antigo modelo do Estado Social por meio de duas inovações essenciais: primeiro, *um compromisso assumido e declarado com a transformação da realidade social vigente*. Segundo, *um profundo comprometimento com a questão da democracia*. Democracia não meramente em um sentido formal, mas sobretudo em sua dimensão substancial, mais complexa e mais rica do que aquilo que se entendeu por "democracia" no passado.<sup>82</sup>

#### 2.2.4 Limitações e Insuficiências Teóricas do “Neoconstitucionalismo”

Resta claro, assim, que o Constitucionalismo Contemporâneo efetivamente nos legou *um novo paradigma político-jurídico*: o Estado Democrático de Direito. No entanto, conforme pretendo demonstrar no decorrer deste sub-capítulo, esta inovação não veio acompanhada de um novo paradigma epistemológico. Isso porque o chamado "neoconstitucionalismo" não se apresenta sequer como uma doutrina íntegra e coerente, muito menos como uma nova epistemologia jurídica apta a explicar o Direito neste novo momento histórico e dentro deste novo paradigma político-jurídico.

Os problemas do chamado "neoconstitucionalismo" vão além de sua falta de consistência e unidade teórica. Diversas abordagens afiliadas ao neoconstitucionalismo sofrem, ainda, do problema de serem coniventes com decisionismos, com a discricionariedade judicial e com ativismos judiciais dos mais variados. Tudo isso vai absolutamente na

---

<sup>82</sup> Ao contrário de outros momentos históricos, no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo não se admite mais que certas figuras de autoridade se assenhem dos sentidos do Direito. Häberle dirá que "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição". HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. . Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 15. Kildare Gonçalves Carvalho explica que Häberle entende a Constituição como sendo um processo público. Carvalho observa que "A Constituição se insere no moderno estado constitucional de sociedade aberta de seus intérpretes, pois como lei fragmentária e indeterminada carece de interpretação. Para Häberle, a verdadeira Constituição é sempre o resultado de um processo de interpretação, conduzido à luz da publicidade. A abertura e a pluralidade do processo de interpretação caracterizam a Constituição como um processo, em vez de conteúdo. A teoria da sociedade é a teoria da sociedade aberta. A teoria da constituição, a ideia da possibilidade mantém aberta a Constituição viva, na sua realidade e publicidade em relação à legiferação, administração, jurisprudência, política, dogmática. Sendo a Constituição uma obra aberta, a interpretação não averigua o conteúdo objetivo das normas constitucionais e muito menos a vontade do legislador, mas é um processo desdogmatizado, que se situa no tempo, capta as experiências (abertura para o passado) e as mudanças (abertura para o futuro). Intérpretes ou participantes do processo público de atualização da norma constitucional não são apenas os tribunais, mas todos os que participam da comunidade política, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, pois quem vive a norma, interpreta-a também". CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 63-64.

contramão do compromisso aprofundado que o Estado Democrático de Direito assume com uma ideia mais substancial e integral de democracia.<sup>83</sup> Sobre isso, Streck observa o seguinte:

Em linhas gerais, o termo neoconstitucionalismo pode nos ter levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha do neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos analítico-conceituais provenientes da ponderação alexyana. Desse modo, esse belo epíteto - cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos -, embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.<sup>84</sup>

Streck irá concordar com a crítica que Ferrajoli faz ao "desvirtuamento" do neoconstitucionalismo. Ao apostar na discricionariedade judicial, no ativismo, na moral como verdadeiro "fator de correção externa" do Direito, na "ponderação de princípios" e no uso de princípios jurídicos como mera ferramenta retórica para o juiz decidir "de acordo com sua consciência", o neoconstitucionalismo acabou por trair os compromissos do Estado Democrático de Direito com a democracia<sup>85</sup>. O efeito disso é o *enfraquecimento da normatividade do Direito democraticamente produzido*. Em virtude disso, Streck concluirá que Ferrajoli:

[...] critica o neoconstitucionalismo por este transformar os direitos (fundamentais) em valores ou princípios morais, abrindo caminho à ponderação, o que Ferrajoli considera o modo pelo qual ocorre a fragilização da normatividade do direito. [...] Nesse sentido, tem razão Ferrajoli quando acusa o neoconstitucionalismo como aquele que se caracteriza pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação. [...] Assim, dou razão a Ferrajoli e reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão 'neoconstitucionalismo' para mencionar aquilo que venho

<sup>83</sup> Desenvolvo este ponto, em maior profundidade, no capítulo 4.1 do meu livro ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-61.

<sup>85</sup> Sobre isso, Streck irá afirmar que: "[...] é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar como um direito 'novo' (poder-se-ia dizer, um direito 'pós-Auschwitz' ou 'pós-bélico', como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Ou alguém tem dúvidas de que a ponderação e o protagonismo judicial são irmãos siameses?". *Ibid.*, p. 75.

querendo apontar em minhas obras, mormente em *Verdade e consenso*: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Assim, é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*. Na verdade, refiro-me aos *modelos constitucionais que implementam, de fato, o plus normativo democrático*. Isto porque é possível vislumbrar o constitucionalismo do segundo pós-guerra em dois estágios fundamentais: o social-burocrático (e não democrático) e o social democrático.<sup>86</sup>

Desta forma, percebe-se que o neoconstitucionalismo simplesmente falhou, tanto enquanto teoria epistemológica quanto como teoria da decisão, no sentido de compreender e explicar os fundamentos do Direito democrático nascido por meio Constitucionalismo Contemporâneo. Este é um movimento doutrinário e político que desemboca nas constituições democráticas da segunda metade do século XX e concretiza um novo paradigma político-jurídico - o Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo se mostra como uma teoria do Direito que, movida pela pretensão de superar as limitações do positivismo jurídico, acaba por falhar completamente neste empreendimento, na medida em que repristina uma das maiores deficiências do positivismo normativista kelseniano: *sua necessidade de recorrer à discricionariedade judicial*.

Isso é um tanto mais grave quando se leva em consideração que o neoconstitucionalismo lida com uma ideia de Direito pautada por um compromisso muito mais acentuado com a democracia do que o Direito sob a ótica kelseniana, no qual esta preocupação tinha um caráter mais formal, estrutural e menos substancial e complexo (até porque o próprio conceito de democracia se torna muito mais plural e complexo nas décadas posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial).

Esta é a contradição mortal do neoconstitucionalismo: ele pretende ser um novo paradigma teórico, para um Direito mais democrático, ao mesmo tempo em que falha em superar limitações que já eram inadequadas mesmo no contexto de um conceito mais limitado de democracia, próprio da primeira metade do século XX. Ele pretende ser pós-positivista ao mesmo tempo em que não consegue superar as mais sérias deficiências teóricas do positivismo normativista kelseniano.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz ; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-63.

<sup>87</sup> Por tais razões, Streck concluirá que: "Portanto, Ferrajoli tem razão, porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes

A toda evidência, isso demonstra que o Estado Democrático de Direito, enquanto novo paradigma político-jurídico, ficou "órfão" de um novo paradigma teórico-epistemológico. Em sua crítica ao neoconstitucionalismo, essa lacuna epistemológica é bem percebida por Ferrajoli<sup>88</sup>.

### 2.2.5 O Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli

Como não poderia deixar de ser, as insuficiências e contradições do neoconstitucionalismo abrem caminho para diferentes estratégias teóricas para a superação destas limitações e construção de uma teoria interpretativa adequada ao paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito.

Uma delas é a *Crítica Hermenêutica do Direito*, na forma como é trabalhada no Brasil por Lenio Streck e por diversos outros nomes que se filiaram às suas teses ao longo dos anos, em maior ou menor grau. Cito, a título de exemplo, Rafael Tomaz de Olivera, Georges Abboud, Maurício Ramires, Francisco Motta, Clarissa Tassinari e José Emílio Medauar Ommati. Não adentrarei em análises sobre a teoria hermenêutica e na ideia do Direito como integridade em um sistema de regras e princípios, na medida em que as obras de Streck e Dworkin constituíram os dois principais referenciais teóricos com os quais trabalhei anteriormente em "Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial", ao qual remeto (sobretudo em seu capítulo quatro) para uma análise específica sobre estas teorias em particular.

Uma abordagem alternativa à crítica hermenêutica é o *constitucionalismo garantista* sustentado por Ferrajoli. Assim como Streck, Ferrajoli não admite a figura do juiz solipsista e a ideia de que o juiz possa se valer da moral como uma espécie de "fator de correção externa" do Direito. Em ambas as abordagens, há uma preocupação com a autonomia do Direito, com a segurança jurídica, com a limitação do poder do julgador e com os excessos do chamado "neoconstitucionalismo" - utilizado, por vezes, como uma verdadeira "fábrica de princípios jurídicos", que passam a ser vistos como se fossem "valores" (que, em última instância, se

---

incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64.

<sup>88</sup> "Neste caso, a expansão do papel da jurisdição provocada por um imponente aparato garantista impõe uma defesa ainda mais forte das garantias jurisdicionais tradicionais, como limites ao Poder Judiciário, e do modelo normativo de tal poder como poder negativo, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível. E deveria, portanto, exigir uma responsabilidade ainda mais consciente da cultura jurídica na elaboração de uma correspondente epistemologia do juízo". *Ibid.*, p. 238.

convertem em pura poesia retórica, ao sabor dos juízos morais e preferências pessoais ou inclinações pragmáticas do juiz, perdendo todo o seu efetivo conteúdo normativo).<sup>89</sup>

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli, ao mesmo tempo em que pretende ser uma teoria da decisão renovada e adequada ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, apresenta-se mais como uma espécie de *evolução* do positivismo jurídico do que como uma *negação* deste.

Ferrajoli não abre mão do positivismo jurídico. Pelo contrário: ele denomina a concepção à qual se filia de *constitucionalismo juspositivista*. Para Ferrajoli, o constitucionalismo atual teria se dividido em duas concepções antagônicas: uma *jusnaturalista*, que abrangeria basicamente todas as abordagens que renegam o positivismo jurídico, e outra *juspositivista*, endossada por ele.

Ferrajoli reconhece, é preciso dizer, que a maior parte dos autores que ele enquadra nesse "constitucionalismo jusnaturalista" não se consideram de forma alguma filiados aos jusnaturalismo. Ele sustentará que:

[...] os defensores de uma concepção antipositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas. Eles se declaram, sobretudo, não positivistas ou pós-positivistas. Entretanto, aquilo que os aproxima é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção. Por outro lado, este segundo elemento - ainda que, de fato, sustentado, sobretudo, por jusnaturalistas - não é, conceitualmente, conexo ao jusnaturalismo, podendo também ser compartilhado por juspositivistas. Ao lado da distinção entre constitucionalismo jusnaturalista (ou não positivista) e constitucionalismo juspositivista será oportuno, portanto, formular e discutir uma segunda distinção, apenas em parte coincidente com a primeira: a distinção entre aquele que chamarei de *constitucionalismo argumentativo* ou *principlista* e aquele que podemos denominar *constitucionalismo normativo* ou *garantista*.<sup>90</sup>

As divergências entre o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli e a Crítica Hermenêutica do Direito capitaneada por Streck podem ser resumidas em dois pontos. O

---

<sup>89</sup> Outro ponto de concordância entre a teoria de Streck - à qual me filio - e o constitucionalismo garantista de Ferrajoli reside no fato de que ambos enxergam, em Dworkin, um referencial teórico muito mais adequado - para uma teoria da decisão harmônica com o Constitucionalismo Contemporâneo - do que as obras de Alexy. Ferrajoli dirá que "[...] as teses de Dworkin sempre me pareceram bem melhor justificadas do que aquelas de Alexy, uma vez que a sua referência é aos sistemas da common law, nos quais o direito não se identifica totalmente com a lei, não tendo sido integralmente realizada a sua positivização". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 241.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

primeiro deles diz respeito à questão da *separação entre Direito e moral*. O segundo diz respeito à *discricionariedade judicial*. Sobre o primeiro ponto, Ferrajoli insistirá no velho dogma da separação entre Direito e moral, enquanto que Streck sustentará, na contramão do positivismo jurídico, que:

Tanto a tese da separação como a tese da dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em decorrência daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a *autonomia do direito* (nesse sentido, não vejo maiores diferenças entre a tese de Ferrajoli, ao dizer que as questões morais podem ser incorporadas na Constituição, e o que diz Habermas acerca da institucionalização da moral *no e pelo* direito). Com efeito, a moral não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa.<sup>91</sup>

Em *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*, observei que o frequente hábito positivista de comparar o Direito com alguma espécie de "jogo" é uma forma inadequada de analisar o fenômeno jurídico em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. Isso se dá por uma razão muito simples. Em um jogo, todas as regras pré-estabelecidas são, a rigor, arbitrárias. O conteúdo delas é menos importante do que a forma, e o principal elemento formal, no jogo, é que as regras valham, da mesma forma, para todos os jogadores.

Exemplifico: podemos pensar em um jogo de arremesso no qual cada bola que acerte uma cesta represente cinco pontos em favor do time que fez o arremesso certo. Mas podemos pensar, da mesma forma, em um jogo no qual cada cesta certa valha um ponto, ou três, ou dez. Desde que as regras sejam definidas a priori e sejam rigorosamente aplicadas da mesma forma para todos os jogadores, o conteúdo delas, em si, pode abranger qualquer condição que se queira imaginar.

O mesmo, todavia, não ocorre com o Direito. Com efeito, nem tudo pode ser transformado em Direito. Por exemplo: não é admissível, dentro do paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, que se promulgue uma norma legalizando e institucionalizando a tortura. Por mais que tal legislação passasse por todos os trâmites legislativos adequados, por mais que tal legislação encontrasse suporte e apoio entusiástico por parte da ampla maioria da população, ainda assim tal legislação seria flagrantemente

---

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

inconstitucional. Seu ingresso válido e eficaz em nosso ordenamento jurídico é impensável e inadmissível.

Aqui, na defensiva, um juspositivista poderia opor a seguinte objeção ao meu argumento: que, no meu exemplo, a "lei da tortura" seria incompatível com o nosso ordenamento jurídico tão somente pelo fato de que seria inconstitucional. Ora, inconstitucionalidade, neste caso, nada mais seria do que *a violação a um direito positivo devidamente consagrado na Constituição* (mais especificamente, ao Art. 5º, III da C.F/1988). Logo, o caráter inadmissível da "lei da tortura", no exemplo que acima desenvolvi, poderia ser perfeitamente explicado pela ótica do positivismo jurídico. O juspositivista poderia concluir que a minha hipótese, longe de refutar a tese da separação entre moral e Direito, apenas a endossa.

Esta objeção seria procedente? Sem dúvida que sim. Uma lei que tenha por objeto a legalização da tortura ou da pena de morte não seria inconstitucional por violar sensibilidades morais subjetivas, mas sim por violação expressa de norma constitucional. Até aqui, de fato, o positivismo jurídico oferece uma explicação simples e adequada para o exemplo que apresentei acima.

Todavia, as deficiências insuperáveis do positivismo jurídico começam a aparecer, de forma mais ostensiva, quando aumentamos o grau de complexidade do problema.

Concordamos que uma hipotética lei pró-tortura é inadmissível, em nosso ordenamento jurídico, por seu caráter de inconstitucionalidade. Concordamos que isso é perfeitamente compreendido e explicável à luz do positivismo jurídico. Agora, seguindo a hipótese que construí acima, apresento uma segunda questão: já que a hipotética lei pró-tortura viola a Constituição, *por que a própria Constituição não poderia ser emendada para admitir o uso da tortura em certas hipóteses legais?*

O juspositivista, aqui, só encontra um subterfúgio: sustentar que nenhuma alteração do Art. 5º, III pode ser levada adiante, via emenda constitucional, única e exclusivamente em virtude do fato de que já existe norma constitucional positivada prévia (mais precisamente, o inciso IV do § 4º do Art. 60 da Constituição Federal) que veda tal possibilidade.

Aqui, poderia parecer - em um primeiro momento - que o positivismo jurídico seria suficiente para explicar o fenômeno assinalado. Mas essa explicação não se sustenta. Quando o positivista explica que uma lei não pode violar a Constituição, ele está (com razão, obviamente) sustentando sua explicação no axioma da *hierarquia de normas dentro de um sistema jurídico*. Este axioma, no entanto, em nada ajuda o juspositivista quando se trata do

desafio de explicar *por que a Constituição veda certas alterações em seu próprio texto*.<sup>92</sup> Por não poder recorrer ao argumento analítico de uma vedação oriunda de lei superior, neste caso o juspositivista teria pouco a argumentar além de dizer que a Constituição veda tais mudanças em seu próprio texto "porque sim", como um dogma.

A explicação adequada para este segundo exemplo hipotético *transcende os limites do positivismo jurídico*. Uma recapitulação histórica do avanço do constitucionalismo ao longo do século XX irá demonstrar que a consagração de certos axiomas normativos, no texto da Constituição, se deu em virtude uma verdadeira *institucionalização da moral no Direito*.

Significa dizer: as constituições democráticas do pós-Segunda Guerra introduzem valores políticos para dentro dos textos constitucionais, com um grau de compromisso tão grande que este movimento já vem acompanhado de mecanismos jurídicos cuja função instrumental é assegurar que estes valores sejam não apenas concretizados no Direito, mas também devidamente protegidos de eventuais circunstâncias posteriores (vontades momentâneas da maioria, conveniência política de governantes, "clamor popular", retrocessos democráticos, etc).

À toda evidência, a história da segunda metade do século XX e a vasta doutrina constitucionalista dos últimos cinquenta anos (ainda que com muitos pontos de discordância entre si, conforme já visto) veio apenas a comprovar a tese habermasiana da relação de co-originariedade entre Direito e moral.

---

<sup>92</sup> Aqui, o positivismo jurídico esbarra no mesmo paradoxo da velha questão sobre "por que devemos obedecer a Constituição?". Devemos obedecer as leis porque elas estão legitimadas pela Constituição, mas quem legitima a Constituição? Foi para escapar deste paradoxo que Kelsen recorreu ao conceito, de certa forma metafísico, da hipotética *Grundnorm*. Impossível deixar de observar que recorrer a tal expediente representa mais uma fuga do problema do que propriamente uma resposta. Kelsen "supera" a questão recorrendo a uma ficção pura e simples. Hart, por sua vez, irá apresentar uma solução mais sofisticada para o problema, por meio do conceito da *Rule of Recognition*. No entanto, ao fazê-lo, Hart inadvertidamente destrói alguns dos principais fundamentos do positivismo normativista kelseniano, na medida em que a *Rule of Recognition* implica no reconhecimento da existência de relações dinâmicas entre a dimensão das práticas sociais cotidianas e do Direito. Ao corrigir as deficiências do positivismo normativista keleseniano, Hart cria aquilo que viria a ficar posteriormente conhecido como *positivismo inclusivista*, ou *inclusivo* - ou, ainda, *positivismo soft*. O próprio Hart, no posfácio que ele posteriormente escreveu em 1993 para as novas edições de clássica obra *O Conceito de Direito*, se filia expressamente a este "soft positivism" (HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 322). A dúvida que persiste é quanto ao valor epistemológico do positivismo inclusivista. Para alguns de seus defensores, como Jules Coleman, o soft positivism é o único que sobrevive às críticas de Dworkin e é o "verdadeiro herdeiro" da obra de Hart. Na visão antipositivista de Dworkin, o positivismo inclusivista representa a capitulação final do legado do positivismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 48). E, para os defensores do *positivismo exclusivo* (ou *exclusivista*), dentre os quais destaco Andrei Marmor e Joseph Raz, o positivismo "soft", inclusivista, é descartado como uma completa má-compreensão sobre os fundamentos teóricos do "verdadeiro" positivismo jurídico. Sobre isso, ver: MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L. (Ed.). *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. Chap. 3, p. 105.

O segundo ponto de discordância entre a Crítica Hermenêutica do Direito e o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli diz respeito à questão da *discricionarietà judicial*. Para a primeira, qualquer tipo de discricionarietà judicial é inadmissível na medida em que representa uma recaptura do Direito pela política. Isso porque não faz sentido que o Constitucionalismo Contemporâneo tenha concedido elevado grau de autonomia ao Direito - que deixa de "estar à reboque da política" (Streck) - para, logo depois, ser novamente assujeitado pelas idiosincrasias pessoais ou conveniências políticas de um julgador solipsista.

Se o Direito assume um compromisso transformador e emancipatório e deixa de servir como mero instrumento a serviço do poder, evidentemente esta mesma principiologia se aplica, também, ao Poder Judiciário. Do contrário, todo o movimento do Constitucionalismo Contemporâneo se perderia em uma banal substituição: de um caminho fácil para excessos e abusos do *Poder Executivo*, passaríamos para um caminho fácil para excessos e abusos do *Poder Judiciário*. Isso representaria não apenas uma falência dos objetivos e compromissos do Constitucionalismo Contemporâneo, mas - pior ainda - um problemático *déficit democrático*, na medida em que os quadros do Poder Judiciário são inteiramente constituídos fora da lógica dos processos eleitorais, do voto e da representatividade popular.

Para o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli, no entanto, a discricionarietà judicial deve ser evitada na medida do possível, mas em alguma medida ela é necessariamente parte integrante e inafastável do Direito:

Desse modo, qualquer margem de discricionarietà judicial é inevitável e insuprimível, porque ligada, de um lado, aos limites da interpretação na racionalidade jurídica e, de outro, aos limites da indução na racionalidade probatória: em suma, ao caráter discutível da verdade jurídica e ao caráter probabilístico da verdade factual. [...] A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irredutível de ilegitimidade política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside a sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita. A prova disso é o fato de que, em todo o processo, contrapõe-se sempre duas verdades, jurídicas e/ou factuais entre elas em contradição, nenhuma das quais pode se dizer nem absoluta ou certamente verdadeira, nem absoluta ou certamente falsa.<sup>93</sup>

Com a devida vênia, é forçoso observar que a tese de Ferrajoli, neste ponto em particular, se mostra excessivamente frágil. Isso porque ela peca por reincidir no velho erro

---

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249. Logo adiante (p. 253), Ferrajoli reforçara esta sua posição, afirmando que "[...] geralmente não existe apenas uma ou a 'verdadeira' interpretação correta, mas que cada interpretação é inevitavelmente orientada, como já disse antes, por opções morais e políticas do intérprete".

positivista de distinguir "discricionariedade" de "arbitrariedade", como se a primeira fosse natural e aceitável, tornando-se um problema apenas nos casos em que, por excesso, se convertesse na segunda.

Este tipo de distinção ignora por completo uma das explicações mais convincentes (e bem assentadas) que nos foram legadas por Dworkin no combate à discricionariedade judicial: a correta distinção entre *discricionariedade em sentido fraco* e *em sentido forte*.

Em sentido *fraco*, a discricionariedade nada mais é do que confiar na competência, inteligência e discernimento de alguém para cumprir uma tarefa que lhe foi confiada dentro de critérios específicos. A pessoa apenas cumpre uma ordem. Ela não delibera sobre o padrão estabelecido pela autoridade (ou pelo sistema) que lhe confere a tarefa. O "incumbido" recebe confiança para um *agir*, e não para um *opinar*. Dworkin dá o exemplo hipotético de um sargento que recebe ordens de seu superior para escolher, para uma determinada missão, os cinco soldados *com mais tempo de serviço militar*.

O sargento, neste caso, goza de discricionariedade em sentido *fraco*: a ele foi confiada uma tarefa, *mas os critérios da decisão estão pré-estabelecidos*. O sargento não tem, neste exemplo, a prerrogativa de "opinar" sobre quais soldados teriam mais tempo de serviço. O critério é objetivo e pré-definido. O que se pede ao sargento é um trabalho, com base em critérios estabelecidos, e não a opinião dele.

Em sentido *forte*, a discricionariedade é uma porta aberta para o subjetivismo do agente. Mais do que uma tarefa, o "incumbido" recebe uma *prerrogativa de escolha*. Dworkin dá sequência ao mesmo exemplo do sargento para demonstrar esta diferença. Discricionariedade em *sentido forte*, neste exemplo, estaria configurada em uma situação na qual o sargento recebesse a ordem de escolher os cinco *melhores* soldados para uma determinada missão. Por óbvio, nesta situação, o sargento estaria autorizado, para todos os fins práticos, a escolher quem ele bem entendesse. Não existe diferença substancial entre o comando "escolha os cinco melhores soldados" e "escolha os cinco soldados que você quiser".

Dworkin demonstra, com grande clareza, que aquilo que os positivistas imaginam como sendo exemplos de discricionariedade *fraca* são, na verdade, situações de discricionariedade *forte*. Em outras palavras, quando o juspositivista fala em "atuação do juiz" limitada por uma "moldura externa", ele apenas acha que está colocando limites efetivos para o arbítrio judicial. Ao raciocinar nestes termos, o juspositivista imagina que está legitimando apenas a discricionariedade, mas não a arbitrariedade. Ocorre que, como Dworkin demonstrou, *discricionariedade em sentido forte já é, por definição, uma porta aberta para arbitrariedades*. A única espécie de discricionariedade que veda o agir arbitrário é aquela em

sentido *fraco*, que nada tem a ver com o argumento positivista tradicional dos "limites da moldura externa".<sup>94</sup>

Além destes dois pontos de discordância entre a Crítica Hermenêutica do Direito e o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli (em que, conforme já evidenciado, nos filiamos sem hesitar à primeira), também é impossível não tecer um juízo crítico sobre a escolha do mestre italiano no sentido de classificar juristas como Dworkin como sendo “jusnaturalistas”. Com a devida vênia, não há fundamento para o uso de tal terminologia no que tange a autores que admitem o valor normativo de princípios jurídicos.

De forma geral e resumida, podemos dizer que – da Antiguidade Clássica aos dias atuais - existiram três diferentes tipos de doutrinas jusnaturalistas. A primeira e mais primitiva poderia ser denominada de *jusnaturalismo cosmológico*, ou seja, a ideia de que existem direitos naturais e que eles fazem parte das leis gerais da natureza, do mundo físico e do cosmos, de forma análoga ao movimento dos corpos celestes. Este primeiro modelo de concepção jusnaturalista, próprio do mundo antigo, é substituído ao longo do medievo por aquilo que se poderia chamar de jusnaturalismo teológico. Aqui, os direitos naturais deixam de ser vistos como leis próprias do mundo natural, análogas às propriedades do mundo físico, e passam a ser interpretados como manifestações da vontade de Deus. Em outras palavras, os direitos são “naturais” porque dialogam com as normas emanadas do próprio Criador.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Para uma explicação mais elaborada e detalhada sobre este ponto em particular, ver: DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? *Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, set./dez. 2001.

<sup>95</sup> Oportuno destacar, aqui, que o jusnaturalismo “teológico” do mundo medieval pode ser dividido em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, na obra de Santo Agostinho (354-430), o direito natural surge como uma manifestação da vontade de Deus. Ele se insere dentro da *lex aeterna*, em justaposição a *lex temporalis*, criada pelos homens. Aqui, na Alta Idade-Média, temos uma teoria jusnaturalista integralmente teológica, que não cede nenhum espaço à razão humana. A lei natural e divina é eterna, imutável e certa, enquanto as leis dos homens são mutáveis e contingentes. Esta concepção de jusnaturalismo é notavelmente distinta daquela sustentada, um milênio depois, por São Tomás de Aquino (1226-1274). Aquino irá trabalhar não apenas com duas, mas com *quatro* categorias normativas distintas. A primeira delas é a *lex aeterna*, que já aparecia na obra de Agostinho. A *lex aeterna* se refere às leis que regem o universo e são inacessíveis aos humanos. A *lex divina*, por sua vez, embora seja igualmente obra de Deus, não é de conhecimento exclusivo Dele. Ao contrário da *lex aeterna*, a *lex divina* é revelada a nós por meio das palavras de Deus (as Sagradas Escrituras). A *lex humana*, por sua vez, se assemelha ao conceito de *lex temporalis* de Agostinho: é a lei escrita dos homens, em cada época e lugar. Sem dúvida, a grande novidade do jusnaturalismo tomista, em relação ao modelo teológico anterior, é a conceituação de uma categoria intermeditária entre a *lex divina* e a *lex humana*. Trata-se da *lex naturalis*. Esse direito natural tomista é *parcialmente divino*, na medida em que inspirado pelas leis e vontade de Deus, e *parcialmente racionalista*, na medida em que depende da razão humana. As leis divinas, nesta categoria, atuam como fonte de inspiração da razão humana – sendo que esta, em última instância, produz e enuncia o direito natural. Embora a inspiração divina e a razão humana sejam permanentes e imutáveis, Aquino admite que o direito natural pode variar de acordo com épocas e lugares, em virtude dos hábitos, costumes e temperamentos. Fica evidente, aqui, o distanciamento de Aquino em relação ao jusnaturalismo exclusivamente teológico de Agostinho. A maneira como Aquino entende a *lex naturalis* é uma perfeita síntese de seu compromisso intelectual de promover um “casamento” entre a fé e a razão. Embora o jusnaturalismo racionalista seja um produto da modernidade, o embrião desta matriz racionalista encontra-se, sem dúvida, já na obra de Aquino, no crepúsculo do medievo. Ver: FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 90.

Por fim, em um terceiro momento, já inserido dentro da racionalidade moderna, o jusnaturalismo retorna com uma matriz *racionalista*. Ou seja: o caráter de universalidade por trás dos direitos naturais deixa de ser visto como decorrente da *existência de regras inseridas na lógica do mundo natural* ou de um *diálogo com comandos provenientes de Deus*. O vetor do caráter universal dos direitos naturais, neste *jusnaturalismo racionalista* da modernidade, será a *razão humana*. Se passará a sustentar que, por baixo das diferentes opiniões pessoais, divergências e diferenças culturais, existe um denominador comum de racionalidade que é compartilhado por todos os seres humanos e que, portanto, permitiria a identificação de elementos mínimos de normatividade de alcance universal, identificáveis e compreensíveis por parte de qualquer membro da família humana – independente de credo, religião, nacionalidade, ideologias, etc.

Tendo isto em mente, evidencia-se o fato de que rotular Dworkin (ou aqueles que o adotam como referencial teórico) de “jusnaturalista” é absolutamente equivocado. Ora, as teorias de *coerência e integridade no Direito*, conforme sustentadas por Dworkin, jamais se filiam a qualquer espécie de jusnaturalismo – nem de matriz racionalista e, por óbvio, muito menos de perfil teológico ou cosmológico. *Os princípios jurídicos, dotados de conteúdo normativo, não são elementos morais externos de correção do Direito. Tampouco “emanam” do mundo natural, de Deus ou da razão humana*. Enquanto espécie de norma jurídica, os princípios decorrem da prática interpretativa, da história institucional escrita pelas instituições no seu caminhar cotidiano, inacabado e inacabável. Eles são elos de coerência na comunicação entre as dimensões política e jurídica de uma comunidade, que devem coexistir em um sistema íntegro.

Se é verdade que existe uma relação de co-originariedade entre o Direito e a moral, também é verdade que os princípios jurídicos, dentro da matriz dworkiniana, não são “valores”, nem “manifestações de boa vontade”. Não são princípios morais, mas sim princípios *jurídicos*. Não podem ser arbitrariamente criados como ferramenta retórica, tampouco invocados com base em juízos abstratos de moralidade ou preferências religiosas. São elementos, dotados de conteúdo normativo, que podem ser identificados através de uma interpretação coerente das práticas jurídicas em andamento dentro de um determinado ordenamento, bem como por meio de uma relação sistêmica, orgânica e integrada com o “outro lado” do fenômeno normativo: as *regras jurídicas*.

Por isso, não é possível concordar com Ferrajoli quando ele classifica as teorias de autores como Dworkin dentro de alguma terminologia do tipo “constitucionalismo jusnaturalista”. Com efeito, *não existe adesão a qualquer tipo de “jusnaturalismo” na obra*

de Dworkin – e tampouco na *Crítica Hermenêutica do Direito*, nos moldes trabalhados por Streck.<sup>96</sup> O postulado dworkiniano – no sentido de que o Direito é um sistema de regras e princípios - não aposta na “razão humana”, tampouco na “moral”. Aposta, isso sim, em uma visão mais complexa e dinâmica sobre a natureza do fenômeno jurídico, na busca de um compromisso maior do Direito com a democracia e visando superar as deficiências e insuficiências do modelo juspositivista.

Ferrajoli, é óbvio, não faz a apologia da discricionariedade judicial.<sup>97</sup> O mestre italiano reconhece que se trata de um elemento que, se por um lado é inafastável e intransponível, por outro é indesejável – pelo menos em excesso. O principal fator que leva Ferrajoli a “tolerar” a discricionariedade judicial é a sua crença de que, para o Constitucionalismo Garantista, *a ideia de que sentenças possam ser fontes é simplesmente inaceitável*. É em virtude disso que a abordagem garantista não se mostra conciliável com as teorias interpretativas de Dworkin. Sobre isso, Ferrajoli dirá o seguinte:

É esta tese que se mostra inadmissível para a abordagem garantista. A ideia de que as sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade e a separação de poderes: em suma, a própria substância do estado de direito, ao menos como ele se estruturou nos ordenamentos da *civil law*. Ela equivale - da mesma maneira que a tese segundo a qual a doutrina seria uma fonte - a proposta de um regresso ao direito pré-moderno.

Contra teses deste tipo, é preciso afirmar que 'fontes' são somente aqueles atos ou aqueles fatos cujo ordenamento conecta como efeito a produção de normas vigentes que inovam ou modificam o próprio ordenamento; de tal maneira que, nos sistemas da *civil law*, a produção legislativa é reservada às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, através de cujo exercício vem criado novo direito, isto é, novas normas destinadas à aplicação judicial. Caso se ignore este princípio e se admita que as sentenças do poder judiciário também são fontes, resultarão abandonados

<sup>96</sup> Ferrajoli chama os autores principialistas como Dworkin de “juspositivistas”, como se a abordagem hermenêutica e a ruptura com o positivismo jurídico e com as matrizes analíticas fossem algum tipo de “aproximação” com o jusnaturalismo. Mas tal sugestão não encontra respaldo nos fatos. Cabe destacar uma ironia digna de nota: um dos mais destacados jusnaturalistas contemporâneo, o australiano John Mitchell Finnis, seja justamente um orientando de Hart, inteiramente formado dentro da teoria analítica do Direito. É justamente a formação juspositivista de Finnis que irá fazer ele almejar a construção de um *jusnaturalismo normativista* – que é, a um só tempo, uma ruptura com o positivismo jurídico mas, também, uma apropriação de diversas de suas categorias. Para mais detalhes, ver: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 222.

<sup>97</sup> Sobre este ponto, Streck observará que: "Por fim, insisto: a democracia pressupõe que o direito possua um elevado grau de autonomia. [...] E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. [...] *Enfim, o direito deixava de estar a reboque do político*. Este será o grande ponto de contato - poderíamos dizer transteorético - que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da *Hermenêutica* (no modo por mim trabalhado), àquelas de Dworkin e Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do Direito e reconhecemos a relevância deste *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito". FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

todos os princípios do estado de direito: o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a submissão dos juízes somente à lei. Certamente, os precedentes judiciais possuem uma grande capacidade de influência sobre a jurisdição. Mas é essencial não confundir *autorevolezza* com *autoridade*, força persuasiva com força da autoridade. Somente a autoridade é fonte de direito, segundo o clássico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.<sup>98</sup>

Tendo como matriz teórica a teoria dworkiniana do Direito como integridade e um sistema de regras e princípios, há uma objeção muito clara a ser feita contra o argumento de Ferrajoli, qual seja: nem Dworkin, nem a Crítica Hermenêutica do Direito, sugerem que as decisões judiciais seriam fontes de regras jurídicas. A preocupação de Ferrajoli neste particular se mostra infundada, pois as abordagens hermenêuticas e principialistas acima mencionadas não endossam a atuação do juiz que busca “legislar” no lugar do Poder Legislativo. Pelo contrário: são teorias expressamente comprometidas com a *limitação* dos poderes dos juízes. Não são teorias que “abrem as portas” para as possibilidades interpretativas de quem decide, mas sim construções teóricas que buscam identificar interditos sistêmicos à atuação do julgador.

Não há aqui, portanto, nenhum tipo de “violação” ao Princípio da Legalidade, ou à separação dos poderes. Para Dworkin, a atuação continuada dos intérpretes ativos das regras desempenha um papel construtivo na solidificação de princípios jurídicos, com conteúdo normativo. O que se cria são padrões interpretativos coerentes, e não “leis”. Não há nenhum tipo de “usurpação” de papéis.

Com a devida vênia, é forçoso destacar que o argumento de Ferrajoli, neste particular, peca por uma evidente incoerência. Para ele, um juiz “X” não pode ser constrangido a decidir de modo “y” apenas porque existe uma tradição interpretativa consolidada neste sentido. Ferrajoli dirá que essa tradição interpretativa consolidada pode até exercer influência ou apelo persuasivo, mas não tem *autoridade* para obrigar ninguém à nada. Em virtude disso, Ferrajoli entende que o juiz “X” está autorizado a decidir contra o cânone interpretativo “y”, sem precisar prestar maiores esclarecimentos para tanto, na medida em que “X” é uma *autoridade* – coisa que a tradição “y” não é.

Ocorre, no entanto, que esse argumento ignora o fato de que o cânone interpretativo “y” é paulatinamente construído por sucessivas interpretações construídas precisamente por autoridades dotadas dos mesmos poderes de “X”. Significa dizer: o cânone interpretativo é

---

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 239.

uma construção coletiva continuada, capitaneada justamente por uma pluralidade de autoridades.

É verdade que essas autoridades, ao “fazerem lei no caso concreto”, não “legislam” de forma vinculativa para casos futuros. Mas isso em nada muda o fato de que o juiz sempre precisará exercer um papel interpretativo. Este papel interpretativo, por sua vez, só pode se manifestar por meio de *duas posturas distintas*. A *primeira*, que poderíamos denominar *hermenêutica*, é democrática, impessoal, analítica e vinculada à reconstrução histórica dos padrões interpretativos do Direito sobre determinada questão em particular (o que Dworkin associa com a metáfora de escrever um “romance em cadeia”). A *segunda postura*, que poderíamos denominar *voluntarista*, é totalmente livre, desimpedida e à disposição plena do julgador. Dá a este total liberdade – ele decide apenas “conforme sua consciência”. Ora, mas precisamente por isso essa postura é autoritária, solipsista, ideológico-passional, alheia à coerência e integridade do Direito e sem preocupação em prestar contas com os padrões pré-existentes. Consagra a *vontade* e a *opinião pessoal* do julgador em detrimento do que sempre foi dito ou decidido sobre uma determinada questão.

Como se vê, Ferrajoli manifesta discordância com as posturas principialistas e hermenêuticas em virtude de uma grande preocupação com “os princípios do Estado de Direito”. Todavia, ao não prescrever qualquer tipo de instrumento apto a resolver o problema da “segunda postura” (acima descrita), resta evidente que a postura que ele chancela acaba por ser flagrantemente menos democrática do que a que ele condena. A primeira postura prima por *accountability* – a segunda, não. Na primeira postura, temos um juiz orientado por uma principiologia autocrítica e ciente dos limites à sua “liberdade de decidir”. Na segunda postura, temos a consagração do arbítrio.

Em outras palavras, por mais que se queira ser crítico da abordagem hermenêutica, não há como fugir do fato de que as posturas que ela combate (o decisionismo, o voluntarismo, o solipsismo) possuem claramente um enorme déficit democrático na comparação com as posturas que ela recomenda.

Da mesma forma, quando Ferrajoli afirma que “os juízes devem se submeter somente à lei”, não fica claro de que forma isso poderia representar uma crítica à hermenêutica jurídica. Ora: esta “submissão à lei” em nada muda o fato de que a lei, em si, não é autoaplicável. Ela é insuficiente, não se basta. Sempre dependerá de uma atuação interpretativa da parte de quem decide. Discordar disso seria reprivatizar o velho *positivismo exegético*, ou *paleopositivismo*, amplamente rejeitado pelo próprio Ferrajoli.

Portanto, a afirmação de que o juiz se submete “apenas à lei” acaba por não dizer realmente muita coisa. A postura hermenêutica dirá, em resposta, que o juiz se submete, isso sim, ao *Direito* – um conceito interpretativo vivo que transcende os textos legais e que irá necessariamente dialogar com o legado das práticas interpretativas já existentes.

Como se vê, a existência destas diferentes abordagens dentro de doutrinas jurídicas profundamente comprometidas com o Constitucionalismo Contemporâneo apenas demonstra que o chamado “neoconstitucionalismo” fracassou enquanto epistemologia jurídica adequada ao Direito do nosso atual momento histórico. Há um novo paradigma político-jurídico estabelecido e firmado (o Estado Democrático de Direito). Todavia, não emergiu, até o momento, sequer uma teoria da decisão ou da interpretação realmente unificadora – e muito menos uma teoria do conhecimento, capaz de estabelecer um “chão epistemológico” para este novo paradigma político-jurídico e de explicar a natureza e os limites do Direito contemporâneo.

### 3 EPISTEMOLOGIA E POSITIVISMO JURÍDICO

O que é “epistemologia”? Como este conceito se relaciona com a filosofia e com as ciências? De que modo a epistemologia ingressou no campo da teoria do Direito? Este capítulo pretende, por meio de um breve retrospecto histórico, responder estas questões e possibilitar uma compreensão mais clara sobre os fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo.

#### 3.1 Epistemologia, Ciência e Filosofia

O que é “epistemologia”? Como este conceito se relaciona com a filosofia e com as ciências? De que modo a epistemologia ingressou no campo da teoria do Direito? Este capítulo pretende, por meio de um breve retrospecto histórico, responder estas questões e possibilitar uma compreensão mais clara sobre os fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo.

##### 3.1.1 Conceituando Epistemologia

Para John Greco, “a epistemologia, ou teoria do conhecimento, é conduzida por duas questões principais: ‘O que é conhecimento?’ e ‘O que podemos conhecer?’”<sup>99</sup>. Ele observa, ainda, que estas duas formulações iniciais desembocam em uma terceira questão essencial: “Como conhecemos o que conhecemos?”. Ao mesmo tempo em que Greco afirma que a principal questão que preocupa os epistemólogos, ele também observa que:

É natural que algumas objeções recentes à epistemologia sejam mal-sucedidas se definimos a epistemologia a partir de suas questões centrais, porque tais objeções baseiam-se em compreensões incertas do que é a epistemologia. Por exemplo, várias objeções caricaturam a epistemologia como: (a) a busca da certeza; (b) a tentativa de encontrar fundamentos absolutos, (c) a tentativa de legitimar outras disciplinas, como a ciência, e (d) o intento de refutar o ceticismo. [...] todas essas concepções de epistemologia são tacanhas; no máximo, elas descrevem as intenções restritas de pouquíssimos filósofos. Essas concepções também são obsoletas porque descrevem projetos que já foram abandonados por seus poucos defensores alguns séculos atrás<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> GRECO, John; SOSA, Ernest (Org). *Compêndio de epistemologia*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 16.

<sup>100</sup> Ibid., p. 17.

A questão central da epistemologia enquanto projeto filosófico, vindo desde os tempos da Antiguidade clássica, pode ser resumida da seguinte forma: quais seriam os fundamentos, as fundações do conhecimento humano? Ou, dito de outro modo, quais são os padrões que nos permitem avaliar um determinado conhecimento como “válido”, no sentido de que estas crenças (sobre a sociedade ou o mundo) possam ser compreendidas como “verdadeiras”? A epistemologia é, neste sentido, um esforço filosófico de *identificação dos princípios de avaliação e valoração das nossas crenças*.

Vivemos, hoje, em um mundo no qual o acesso à informação é mais rápido e fácil do que nunca. Em outros tempos, a dificuldade residia no acesso – agora, reside na quantidade. Qualquer ser humano com acesso a um dispositivo conectado à internet pode alcançar, diariamente, muito mais informação do que ele seria capaz de processar. Esta realidade da moderna “revolução da comunicação” tornou ainda mais dramático um problema que é tão atual quanto antigo, qual seja: a dificuldade de hierarquização do conhecimento – da informação incorreta ao mais elevado grau de certeza científica.

Toda essa revolução dos meios de comunicação não tornou a nossa vida mais fácil do ponto de vista epistemológico. As velhas questões permanecem: como distinguir o conhecimento da mera opinião? Como distinguir uma mera idiossincrasia ou preferência pessoal de um conhecimento sólido, bem fundamentado e que dialoga de forma intelectualmente respeitável com o conjunto dos conhecimentos coletivamente construídos em determinada área do conhecimento? De acordo com Blackburn, a epistemologia pode ser conceituada como:

Teoria do conhecimento. Algumas de suas questões centrais são: a origem do conhecimento; o lugar da experiência e da razão na gênese do conhecimento; a relação entre o conhecimento e a certeza, e entre o conhecimento e a impossibilidade do erro; a possibilidade do ceticismo universal; e as formas de conhecimento que emergem das novas conceitualizações do mundo. Todos esses tópicos se relacionam com outros temas centrais da filosofia, tais como a natureza da verdade e a natureza da experiência e do significado. É possível imaginar a epistemologia como dominada por duas metáforas rivais. Uma delas é a de um edifício ou pirâmide, construído sobre fundamentos. Nessa concepção, a tarefa do filósofo consiste em descrever fundamentos especialmente seguros, e em identificar métodos seguros de construção, para assim poder mostrar-se a solidez do edifício resultante. Essa metáfora favorece uma versão da idéia do ‘dado’ como uma base do conhecimento e, como método de construção, uma teoria da confirmação e da inferência racionalmente defensável [...]. A outra metáfora é a de um barco ou aeroplano que não tem fundamentos mas cuja força advém da estabilidade dada pelas partes inter-

relacionadas. Isso rejeita a idéia de uma base no ‘dado’, favorece idéias de coerência e holismo, mas tem mais dificuldades em se livrar do ceticismo.<sup>101</sup>

Em última análise, estes problemas (“o que é o conhecimento?”; “como podemos ter qualquer conhecimento válido sobre qualquer coisa?”; “qual é a diferença entre apenas pensar que uma coisa é correta e entre realmente saber que é?”) são objeto de estudo e análise de um ramo milenar da filosofia, que vem justamente a ser a *epistemologia*<sup>102</sup>, termo cuja raiz etimológica combina as palavras gregas *epistêmê*, que significa *conhecimento*, e o sufixo derivado de *logos* (discurso)<sup>103</sup>.

### 3.1.2 Epistemologia em Platão

Podemos creditar Platão como sendo o “pai” da epistemologia enquanto ramo da filosofia. Para Blackburn, “o problema de definir o conhecimento em termos de uma conjunção entre a crença verdadeira e uma relação especialmente favorecida entre o agente e os fatos começou com Platão”, mais especificamente no clássico diálogo platônico *Teeteto*<sup>104</sup>.

A teoria epistemológica de Platão pode ser sintetizada na identificação que ele fazia a respeito dos quatro possíveis graus de evolução, aprimoramento ou “qualidade” do conhecimento<sup>105</sup>. O andar mais baixo desta “pirâmide” era a *eikasía*, que representava o conhecimento derivado da simples percepção ou da imaginação. É uma concepção precária, “crua”, simples, derivada da visão, da poesia ou das artes plásticas. Resulta de imagens ou simulacros.

Em um segundo andar, estaria a *pístis* – a opinião (*dóxa*) ou crença que, embora ainda fruto de sensação e percepção primária, já dá ao indivíduo uma dose maior de confiança e estrutura. É um conhecimento que não foi colocado à prova e nem verificado, mas que foi sedimentado por hábitos, costumes ou pelos sentidos.

<sup>101</sup> BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 118.

<sup>102</sup> “É preciso distinguir dois sentidos para esse termo. No primeiro, a epistemologia designa a teoria do conhecimento, isto é, a análise dos modos de conhecimento ou gnosiologia. Nos Estados Unidos, onde este sentido é amplamente dominante, a epistemologia se distingue da filosofia das ciências. Na França, ao contrário, a epistemologia designa, de modo geral, a filosofia das ciências”. DORTIER, Jean-François. *Dicionário de ciências humanas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 171.

<sup>103</sup> “Explica Mário Ferreira dos Santos que, etimologicamente, ciência vem da palavra latina *scire* que significa saber. Cabe notar que, inicialmente, a partir do sentido etimológico, a ciência seria a ideia do saber e, neste caso, para os gregos, toda a espécie de saber, pois a ideia de ciência (epísteme) se contrapunha ao chamado saber vulgar (doxa), significando todo saber culto, especulado, teórico, que se contrapunha aos conhecimentos prováveis de doxa (opinião) e da fé. Neste sentido, incluía-se a filosofia, outra forma de sophia (sabedoria)”. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 132.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>105</sup> ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de la filosofia*. Barcelona, Montaner Y Simon, 1955. t. 1, p. 82.

Em um terceiro patamar, encontramos a *diánoia*, que se refere ao raciocínio (demonstrativo, dedutivo ou discursivo). Este seria o momento no qual passamos da mera aparência para um contato preliminar efetivo entre a inteligência humana e a “essência” das coisas. É aqui que entra o enorme fascínio de Platão pela matemática, na medida em que os objetos e regras matemáticas seriam exemplos privilegiados desta “ponte” que ligaria observador e essências.

O topo do edifício epistemológico de Platão é ocupado, justamente, pela *epistéme* – que se refere ao “saber verdadeiro”, o conhecimento privilegiado das ideias, da verdade e dos princípios. A *epistéme*, em Platão, representa o conhecimento coerente, fruto de um processo maduro e depurado de busca pela verdade das coisas. Representa o mais alto nível do saber e é obtida através do esforço intelectual e de atos de intuição qualificados e lapidados pelo trabalho dialético de superação de cada etapa rumo ao conhecimento verdadeiro, da *eikasía* à *epistéme*. Dore observará que:

The contemplation of knowledge introduces the much vaunted notion of the forms. Here, Plato’s theory is epistemological as well as metaphysical. Sometimes the obvious remains invisible in the sensible world; Plato introduces the forms to enable us to see something other than what is perceived by the senses. The forms are seen by the intellect, not the senses. The senses are capable of seeing only what exists in the phenomenal world; but because that is constantly in flux, eternal knowledge cannot be derived from it. By contrast, true and eternal knowledge can only be derived from that other world of the forms, which is eternal and unchanging and never in flux. Justice, therefore, also has an absolute and permanent truth content. [...] Indeed, Plato’s argument asserts the much stronger thesis that justice is desirable because it is a good “in itself” as well as because of “what comes from it”. He thus essentially bridges the gap between the deontological and consequentialist positions.<sup>106 107</sup>

<sup>106</sup> DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 182.

<sup>107</sup> Dore observa, com propriedade, que a forma como o argumento de Platão “unifica” as antagônicas concepções deontológicas e consequencialistas não está livre de críticas. Como se sabe, as teorias deontológicas, na filosofia, asseveram que o valor de algo independe de suas consequências ou utilidades, enquanto que o consequencialismo só irá considerar um ato como sendo ético se ele for capaz de promover algum resultado desejável. Dore resume este conflito observando que a postura deontológica eventualmente frustra os desejos (individuais/coletivos) em nome da justiça, enquanto que o consequencialismo endossa o eventual agir injusto em nome do resultado prático de atender aqueles desejos individuais ou coletivos. A “solução” de Platão é questionável, na medida em que não se trata de uma solução propriamente *teórica*, mas sim de um axioma que representaria uma solução *prática*: ocorre que, para Platão, a justiça só se realiza na pessoa do indivíduo justo, sábio e orientado pelo bem. No agir deste indivíduo, o conflito desejo x justiça jamais se verificaria porque este indivíduo, em virtude de seus princípios filosóficos, seria incapaz de desejar qualquer coisa que estivesse fora do âmbito do justo. Assim, a superação entre uma justiça frustrante e aspirações injustas residiria, no âmbito do mundo prático, no agir do indivíduo instruído, esclarecido e filosoficamente bem orientado. Por óbvio, a resposta de Platão para o problema é carregada com um pesado idealismo, bem como pela ausência de quaisquer padrões adequados de avaliação dos atos praticados pelo indivíduo supostamente “justo”. *Ibid.*, p. 184.

Evidentemente, a teoria platônica do conhecimento, embora pioneira e imensamente influente, é caracterizada por uma enorme dose de metafísica. A atividade intelectual, na teoria platônica, pode fazer com que o indivíduo suba do plano pedestre das meras opiniões banais até um vislumbre qualificado das verdades eternas e imutáveis, mas este é o limite para as capacidades humanas. O verdadeiro e eterno, em última instância, não habitam o nosso mundo na teoria platônica.

### 3.1.3 Epistemologia em Kant

Essa superação da herança metafísica na filosofia se dará na modernidade, sobretudo, por força da obra de Kant<sup>108</sup>. Para o mestre alemão, não temos como ter acesso direto ao mundo, na medida em que nós compreendemos o mundo não de forma direta, mas sim por meio de um filtro, que vem a ser a nossa *mente*. Com esta construção teórica, Kant irá se posicionar a um só tempo tanto contra o ceticismo e o pragmatismo quanto contra o dogmatismo religioso e/ou metafísico, o que faz com que a sua obra represente uma espécie de “composição” entre *racionalismo* e *empirismo*.

Ao mesmo tempo em que Kant se mostra profundamente comprometido com a possibilidade de que sejam enunciadas verdades válidas sobre questões morais, ele insistirá que estas respostas não podem estar localizadas nos *objetos externos ao ser humano* (derrubando a velha ideia da filosofia grega clássica a respeito das “essências ocultas” das coisas) e nem, tampouco, no *agir solipsista de um indivíduo dotado de poder*.

De forma sintética, são estes os fundamentos daquilo que viria a ficar conhecido como a “Revolução Copernicana” que Kant inaugura na filosofia. A partir dele, o *objeto do conhecimento* é deixado de lado em prol do *sujeito do conhecimento*, que passa a ser identificado e compreendido enquanto *sujeito assujeitador*<sup>109</sup>. As respostas passam a ser pensadas tomando como ponto de partida o sujeito e a sua *relação com o objeto*, e não mais o

<sup>108</sup> “O projeto filosófico de Kant iniciou-se como uma investigação que possibilitasse a determinação de um patamar epistemológico comum do conhecimento humano, tanto para as matemáticas e as ciências exatas, quanto para a filosofia moral e a estética”. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 42.

<sup>109</sup> “Quanto ao kantismo, é esta a sua revolucionária concepção da teoria do conhecimento, que deposita profunda importância no sujeito-do-conhecimento e não no objeto-do-conhecimento, que ficou conhecida e celebrizada pelas próprias palavras de Kant como a revolução copernicana com relação ao que se vinha entendendo sobre a matéria desde Descartes”. BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

objeto em si. Por meio desta abordagem, Kant supera, “com uma tacada só”, tanto o racionalismo quanto o empirismo e o idealismo existentes em sua época<sup>110</sup>.

Na obra de Kant, podemos identificar a descrição de dois mundos distintos: o primeiro deles seria o *mundo fenomenológico*. Trata-se do mundo do nosso cotidiano, ao qual temos acesso por meio dos nossos sentidos. O outro seria o que Kant denomina de *mundo numênico* (ou *noumenal*), que é aquele que está por trás das aparências diretas do mundo fenomenológico. Este mundo noumenal não nos é atingível e nada podemos saber sobre ele. Qualquer tentativa filosófica de fazer contato com este segundo mundo restará, segundo Kant, invariavelmente fadada ao fracasso. Em virtude disso, só o que podemos efetivamente conhecer é o mundo que nos cerca, o mundo da nossa vida diária e cotidiana, aquele que experimentamos por meio dos nossos sentidos.

É claro que, em um primeiro momento, este postulado kantiano parece muito mais adequado para uma epistemologia própria das ciências naturais do que para a filosofia e ciências humanas. A dúvida que surge, aqui, é bastante óbvia: se estamos fadados a não ter acesso a nenhuma verdade para além do mundo físico-fenomenológico que se encontra diante de nossos olhos, então como poderíamos responder a qualquer questionamento de ordem filosófica? Como podemos trabalhar em cima de qualquer distinção do tipo certo/errado ou verdadeiro/falso em questões que tratem de ética ou moral?

Sabemos, por óbvio, que nenhuma destas respostas se encontra no mundo fenomenológico, escondidas debaixo de rochas ou penduradas em árvores. Mas, na medida em que Kant fecha as portas de acesso a qualquer coisa “para além” disso, então o que nos restaria além do conformismo de aceitar que, ao fim das contas, tudo se resume a uma questão de “quem tem mais poder” (o que nos limitaria a seguir, servilmente, as ordens de algum soberano de matriz hobbesiana)?

A engenhosa resposta que Kant dará para esse problema reside no *sujeito humano*. Mas, ao contrário de Platão, ele não aposta suas fichas em indivíduos específicos, qualificados por algum tipo de “sabedoria elevada” ou “nobreza moral distinta”. Kant, neste particular, não faz referência ao sujeito considerado como *indivíduo isolado*, mas sim o sujeito enquanto ser que compartilha com seus pares o dom da *racionalidade humana*. É esta racionalidade que, para Kant, operaria como o nosso *denominador comum*, que nos permitiria estabelecer *standards* universais e válidos para todas as pessoas.

---

<sup>110</sup> "Demonstrarei que a razão nada consegue nem por uma das vias (a via empírica) nem pela outra (a via transcendental) e que em vão abre as asas para se elevar acima do mundo sensível pela simples força da especulação". KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. A591 B619 (p. 499).

Kant, dessa forma, sepulta o jusnaturalismo cósmológico, próprio da Antiguidade clássica, e o jusnaturalismo religioso, próprio do medievo. O empreendimento intelectual que ele inaugura pode ser definido como um verdadeiro *jusnaturalismo racionalista*. As verdades morais, para Kant, não estão nem na natureza, nem no agir solipsista das preferências individuais, nem na simples “razão daquele que detém o poder”<sup>111</sup>. Estas verdades estariam, pelo contrário, contidas na *racionalidade humana universalmente considerada*<sup>112</sup>.

Em relação ao indivíduo, existem três ideias que poderíamos apontar como sendo centrais na obra de Kant. São elas: a autonomia da vontade, a liberdade<sup>113</sup> e a dignidade. Para além de suas implicações epistemológicas, aqui a teoria de Kant apresenta outra de suas grandes e permanentes contribuições para o pensamento humano. O mestre alemão sedimenta a concepção de que *todas as pessoas humanas possuem dignidade*, independente de qualquer outro fator, mérito ou distinção social (como títulos, riquezas, trabalhos, realizações, cargos, etc), tão somente como *decorrência natural* de sua própria condição existencial enquanto *criaturas racionais autônomas*<sup>114</sup>. Dessa forma, Kant irá consagrar a ideia de que a pessoa

<sup>111</sup> “Como escreve Höffe, a concepção do direito para Kant serve para criticar, além do positivismo, a personalização da moralidade, o que implicaria numa racionalidade e numa moralidade particular elevada à moralidade absoluta. Em decorrência do entendimento da moralidade como manifestação subjetiva ocorre o impedimento de torná-la norma da comunidade, e, por essa razão, Kant rejeita a moralização do direito, ou seja, a assunção pelo sistema de leis, portanto, tornando-os obrigatórios, dos valores morais individuais”. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

<sup>112</sup> Partindo dessas concepções, Kant busca criar uma regra de validação universal para o agir moral. Essa regra irá resultar no seu famoso *Imperativo Categórico*: “Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal”. O que significa isso? Que o juiz da conduta do indivíduo deve ser ele mesmo, agindo com toda a liberdade possível, e que a *regra de validade* do seu agir deve ser a preocupação desse agente em se perguntar se aquilo que ele está fazendo (ou a forma como ele está fazendo) poderia se converter numa lei universal, seguida por todos. É importante perceber, aqui, que Kant não dá fórmulas prontas para o agir moral em cada caso concreto: ele apenas nos fornece um *critério de verificação de validade*, um referencial norteador, uma orientação racional para que um agir moral seja objeto de reflexão crítica. Sobre isso, Vicente de Paulo Barretto dirá que: “A fórmula racional adotada por Kant para resolver a questão da adequação das máximas ao dever, sem cair no dogmatismo ou no formalismo rígido, consiste no emprego da ideia da razão prática e da autonomia”. *Ibid.*, p. 53.

<sup>113</sup> “Devemos conceder, portanto, que em Kant há uma constatação da qual se parte e para a qual uma ciência deve apresentar uma justificação. A constatação é a seguinte: há juízos morais cuja pretensão de validade a eles ligada é incondicional. Pois bem, numa descrição da sociedade, juízos categóricos terão de ser incluídos. Dessa tarefa descritiva pode dar conta a doutrina da natureza – isto é, as ciências naturais, aí incluídas as ciências humanas. Já do fundamento da validade dos juízos morais categóricos tem de dar conta a ética como ciência, quer dizer, como metafísica dos costumes. Do ponto de vista descritivo, constata-se, mediante os juízos morais e a pretensão de validade que a eles se junta, que nas relações entre os homens o dever e a responsabilidade são influências efetivas. Quanto ao fundamento da validade incondicionada dos juízos morais – já por não serem eles hipotéticos, mas categóricos -, ele não pode pertencer à natureza. Tal fundamento, portanto, não pertencerá à descrição do mundo. Ele é a liberdade e somente com ela se funda uma prescrição que, por ser incondicionada, não pode ser expressa num juízo hipotético, mas apenas num imperativo categórico que se impõe à vontade como lei moral”. BRITO, Adriano Naves de. Prescrição e descrição: o diálogo oblíquo entre ciência e moral. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 115.

<sup>114</sup> Se faz oportuna, aqui, a seguinte ressalva: “Para Kant, a personalidade caracteriza-se ainda pela moralidade dos seres racionais, que consiste na sua submissão, pela própria condição de seres autônomos, à lei, ou seja, no agir segundo a representação das leis morais, cujo fundamento é o próprio homem, como fim em si

humana é *um fim em si mesmo*, e que nunca deve ser instrumentalizado, ou seja, utilizado como *meio* por alguém, para alcance ou realização de um fim político ou de outra natureza<sup>115</sup>.

Aqui se percebe a perfeita vinculação da epistemologia geral de Kant com a sua epistemologia jurídica. Como observa Barretto, na filosofia jurídica de Kant não há uma separação conceitual entre moral e Direito, mas sim tão somente uma separação analítica<sup>116</sup>. Com um século e meio de antecedência, Kant antecipa o *influxo da moral para dentro do Direito* que daria o tom da filosofia jurídica da segunda metade do século XX. Não é à toa que o seu nome é resgatado na filosofia do Direito, com tanta força, após o fim da Segunda Guerra Mundial – sobretudo na forma do arcabouço filosófico que dá sustento ao discurso internacional contemporâneo dos Direitos Humanos e, também, na ideia da cooperação entre nações como mecanismo de concretização da coexistência internacional pacífica e rumo a uma unificação global.

É claro que todas estas contribuições primorosas para o desenvolvimento da filosofia, da epistemologia e da teoria moral não salvam a teoria de Kant de alguns graves problemas.

Para fins epistemológicos, provavelmente o principal deles reside no fato de que o “sujeito assujeitador” de Kant encontra-se, hoje, superado pelos avanços da filosofia e da linguística que ocorreram ao longo do século XX. Isso porque o sujeito, hoje, não é mais compreendido como um protagonista “criador de realidades”, mas sim como um partícipe dentro do contexto de um entorno linguístico-prático-interpretativo, no qual este indivíduo está inserido desde o momento em que vem ao mundo<sup>117</sup>.

---

mesmo. Não são, portanto, todos os seres humanos que se caracterizam como pessoas, mas apenas aqueles que estão em condição de agir moralmente (de acordo com leis) e, por isso, ser responsabilizados por seus atos. [...] Assim, para a tradição kantiana, há diferenciação ou dissociação entre a noção de pessoa, enquanto ser moral, e a de ser humano, enquanto ser corporal, concluindo-se, assim, que as crianças e os deficientes mentais, por exemplo, que não estão aptos a expressar livremente sua vontade e agir moralmente, ainda que inegavelmente sejam seres humanos, não são pessoas”. CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 63.

<sup>115</sup> “É a possibilidade de coexistência em um ‘reino’ em que todos são respeitados como fins em si mesmos que acaba produzindo no homem o interesse pela lei moral. E, por isso, a lei moral é a única lei que o homem pode produzir para si mesmo. [...] A autonomia da vontade, por outro lado, permite a liberdade de todos, entendida como coexistência, e, sendo assim, como obediência a uma lei que considera o outro como um fim em si e a não lhe fazer nada que não se deseje para si mesmo. [...] Por isso, Kant remete à existência de um princípio prático da razão que determina a vontade humana e que pressupõe que a natureza racional existe como fim em si”. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 54-55.

<sup>116</sup> “Na filosofia do direito kantiana não ocorre uma separação conceitual entre a moral e o direito, mas uma separação analítica. Isso significa que ocorre uma necessária complementariedade entre o sistema da moralidade e o sistema jurídico, que se materializa não na esfera da vontade individual, mas da ação do poder público, especificamente, na legislação. O direito à inviolabilidade da pessoa humana, por exemplo, se caracteriza como um direito subjetivo que pertence ao homem como pessoa, antes mesmo de ser assegurado pelo direito estatal”. *Ibid.*, p. 56.

<sup>117</sup> “Com a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica é posta em xeque a ideia de um fundamentum inconcussum, superando-se a dicotomia do esquema sujeito-objeto. Nem mais o assujeitamento do sujeito às

Dentro desta compreensão contemporânea, este mundo no qual vivemos não é nem aquele inacessível mundo *noumenal* e nem, como queria Kant, um mundo natural-fenomenológico – mas sim *o mundo dinâmico e prático da linguagem compartilhada*, da interpretação aplicada, do *ser-no-mundo* (Heidegger e Gadamer)<sup>118</sup>.

Do ponto de vista da teoria moral e da interdição do poder, há o problema de que Kant foca sua atenção para a *validade universal* de uma determinada conduta moral, mas ignora as suas consequências. Na prática, isso acaba por limitar o campo de atuação dos indivíduos na luta contra injustiças cometidas em nome da ordem e do Direito. Por exemplo: para Kant, a desobediência civil e o descumprimento das leis não são aceitáveis em hipótese alguma, independente do contexto<sup>119</sup>.

A lógica kantiana, aqui, é compreensível: se determinado indivíduo “X” gozar da prerrogativa de descumprir a lei em nome de uma exceção pessoal qualquer, isso abre as portas para que qualquer indivíduo passe a descumprir a lei – precisando, para tanto, tão somente arguir uma outra exceção pessoal de sua preferência. A conduta de excepcionalidade, se universalizada, acaba por aniquilar por completo a normatividade vigente – e é por isso que a doutrina de Kant não pode admitir estas exceções em hipótese alguma, por mais nobre que

---

essências nem o solipsismo do sujeito assujeitador dos (sentido dos) objetos. Desse modo, na medida em que nos libertamos de tais ontologias (tradicionalistas), é dizer, na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser identificado com independência da linguagem, ou que o mundo possa ser conhecido inicialmente através de um encontro não linguístico, e que o mundo possa ser conhecido como ele é, intrinsecamente, começamos a perceber – graças à viragem linguística da filosofia e do nascimento da tradição hermenêutica – que ‘os diversos campos da filosofia, que antes eram determinados a partir do mundo natural, poderiam ser multiplicados ao infinito através da infinitude humana. A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem’”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 219.

<sup>118</sup> “Ou seja, no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, *somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática*, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Desse modo, Lafont considera que a crítica de Hamann a Kant pode ser considerada, de forma retrospectiva, como o núcleo dessa mudança de paradigma (filosofia da consciência para a filosofia da linguagem). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009. p. 145.

<sup>119</sup> “Kant considera que no estado de direito não existe o direito de rebelião ou resistência, fonte teórica da desobediência civil, isto porque a rebelião destrói a autoridade que dita o direito, logo, destrói o próprio Estado de Direito, o que termina pelo retorno da sociedade ao estado de natureza ou de guerra de todos contra todos. Nenhuma Constituição, portanto, pode prever um direito que permita a sua própria destruição, pois isso representaria uma clara contradição. Como consequência, a lei positiva injusta deve ser obedecida assim mesmo [...]. O único que detém o poder supremo é o Soberano, seja ele o monarca o povo; sendo assim, a solução para a lei injusta encontra-se no detentor da soberania, cabendo a ele conduzir as reformas tendentes a adequar a lei ao direito. O direito natural entra aqui como padrão para as reformas possíveis. [...] Assim, o Direito em si (o direito racional) é um padrão de medida, e um valor, que assegura moralmente e juridicamente a avaliação do direito positivo”. BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 62.

seja o contexto e por mais injusta que seja a ordem normativa vigente em relação a um determinado caso concreto<sup>120</sup>.

Por óbvio, estas limitações formalistas no raciocínio kantiano podem conduzir, em última instância, a verdadeiros absurdos. Como, para ele, devemos agir moralmente de forma *universalizável* em qualquer situação (mesmo que não sejamos obrigados *por lei* a tanto, mas sim meramente por conta da observância ao *Imperativo Categórico*), seríamos obrigados a observar a diretriz moral “mentir é errado”, por exemplo, mesmo em um caso no qual dizer a verdade custasse a vida de outra pessoa.

Por certo, não queremos viver num mundo no qual o ato de mentir seja uma conduta moral universalizada. Queremos, pelo contrário, a universalização da diretriz moral “mentir é errado”. Mas, justamente por ser um padrão de moralidade universalizável, ela não admite exceções (como já vimos, as exceções abririam a porta para a desconstituição da regra na medida das desculpas de conveniência de cada indivíduo). O resultado deste formalismo é que, dentro da teoria kantiana, a moralidade demandaria que falássemos a verdade *em qualquer situação*, mesmo que a mentira pudesse salvar a vida de alguém (imagine-se, a título ilustrativo, uma situação na qual um assassino de aluguel está pedindo informações sobre o paradeiro de seu alvo).

Conforme veremos de forma mais aprofundada no decorrer do presente trabalho, é precisamente na obra de Kant que Kelsen irá buscar os fundamentos para a sua *Teoria Pura do Direito*. Neste sentido, cumpre observar que:

Sua concepção do processo cognitivo humano, centrada na “revolução copernicana de Kant”, sustenta que a realidade existitira somente no interior do sujeito cognoscente, ou seja, que todo o conhecimento do homem seria produto imediato das interpretações parciais e subjetivas de cada indivíduo observador do ‘real’. Tal epistemologia, ao atribuir aos sujeitos cognoscentes suas próprias e únicas realidades interpretadas, teria por consequência inafastável, como fica evidente, a relatividade de quaisquer valores humanos e a negação de qualquer tipo de objetivismo axiológico ou moralidade inerente ao homem. [...] Mas Kelsen vai além. Pretendendo levar às últimas consequências a doutrina epistemológica kantiana – algo não realizado pelo próprio Kant, devido a sua arraigada crença religiosa cristã [...] – sustenta que somente enunciados verificáveis no mundo dos fenômenos se qualificariam como racionais, pois, pela comparação experimental-cognitiva, poderiam ser sujeitados a juízos de ‘verdade’ ou ‘falsidade’. Formulações sobre valores, situadas além de toda a possibilidade de verificação empírica, seriam sempre irracionais e subjetivas; não passariam de produtos de

<sup>120</sup> Segundo Kant, isso não impede, por outro lado, que uma conduta moral não-universalizável possa ser objeto de excludente de punibilidade no direito positivo. Por exemplo: um naufrago que, em estado de necessidade, luta para se agarrar a uma prancha (salvando a si próprio e condenando à morte outro naufrago) não age de forma moralmente universalizável. Do ponto de vista moral, o agente tem culpa. Mas isso não impede que o direito positivo de dado lugar e época entenda que, por tais circunstâncias, este agente não deverá ser punido por sua conduta.

inexplicáveis e indecifráveis *disposições emocionais* pessoais [...]. Com esta postura moral *não cognitivista*, pressupõe a impossibilidade de se conhecer, fixar e justificar racionalmente os valores fundantes das regras morais de justiça, bem como, conseqüentemente, sustenta a impossibilidade de qualquer avaliação de concepções do justo em termos de ‘correção moral’<sup>121</sup>.

Inspirado na teoria kantiana, Kelsen irá buscar uma superação para as limitações do paleopositivismo (positivismo primitivo exegético) e, ao mesmo tempo, um freio para as teorias jusnaturalistas e voluntaristas<sup>122</sup>.

### 3.1.4 Epistemologia em Karl Popper e Thomas Kuhn

Já no século XX, um dos principais nomes da epistemologia foi Karl Popper, com sua manifesta preocupação em estabelecer distinções identificáveis entre conhecimento *científico* e discurso *pseudocientífico*<sup>123</sup>. De forma sintética, podemos dizer que:

Segundo Karl Popper os pontos fundamentais para o conhecimento científico (natural) seriam:

1. Ele parte dos problemas, e tanto dos problemas práticos como dos teóricos (exemplo de um problema importante de natureza prática é a luta da medicina contra os sofrimentos evitáveis, advertindo que tal luta já teve algumas conseqüências consideráveis, como a relação entre a explosão demográfica e a ideia do controle de constitucionalidade).
2. O conhecimento é uma procura da verdade – a procura de teorias explicativas, objetivamente verdadeiras.
3. O conhecimento não é a procura da certeza. Errar é humano – todo o conhecimento humano é falível e, conseqüentemente, incerto. Disso decorre que se deva estabelecer uma distinção rigorosa entre a verdade e a certeza.

<sup>121</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 209-210.

<sup>122</sup> “A saída encontrada por Kelsen foi estabelecida a partir de uma fratura entre conhecimento e vontade. Explicamos: a construção epistemológica kelseniana está alicerçada na clássica dicotomia razão vs. vontade. Assim, todas as questões reivindicadas pelos interesses, finalidades, etc. Kelsen atira para dentro daquilo que ele chamou de política jurídica, que se manifesta, em termos kelsenianos, na interpretação que os órgãos jurídicos competentes formulam sobre o direito. Portanto, são reunidos no interior da esfera de atos voluntaristas daqueles que lidam com o direito; ao passo que a ciência do direito se interessa pelo conhecimento das normas jurídicas (e não de sua “aplicação”), sendo que essa interpretação é regulada por determinados pressupostos lógico-sistemáticos desenvolvidos no ambiente de sua teoria pura”. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 145.

<sup>123</sup> “Karl Popper, an influential 20th-century philosopher of science, thought that the fundamental feature of a scientific theory is that it should be falsifiable. To call a theory falsifiable is not to say that it is false. Rather, it means that the theory makes some definite predictions that are capable of being tested against experience. If these predictions turn out to be wrong, then the theory has been falsified, or disproved. So a falsifiable theory is one that we might discover to be false – it is not compatible with every possible course of experience. Popper thought that some supposedly scientific theories did not satisfy this condition and thus did not deserve to be called science at all; rather they were merely pseudo-science”. OKASHA, Samir. *Philosophy of science: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 13.

A partir destas considerações fundamentais, Popper vai definir que o saber científico é sempre hipotético, um saber conjectural, cabendo ao conhecimento científico o método crítico, que seria oposto ao conhecimento dogmático, e serviria como método de pesquisa e de eliminação do erro ao serviço da busca da verdade.<sup>124</sup>

A distinção realizada por Popper, entre *verdade* e *certeza*, é de suma importância para a epistemologia jurídica – sobretudo para um novo paradigma epistemológico nos termos sugeridos no presente trabalho (ou seja, uma epistemologia jurídica que parte do Estado Democrático de Direito enquanto axioma político-jurídico e da hermenêutica filosófica enquanto metodologia interpretativa).

Quando Dworkin fala em *respostas corretas* no Direito, ele não está se referindo (ao contrário do que frequentemente dizem seus críticos) ao que Popper chamaria de *certeza*, mas sim àquilo que Popper denomina como *verdade*<sup>125</sup>. Esta “verdade” não deve ser entendida na forma de algum tipo de sublime iluminação metafísica, mas sim como um conhecimento cujo grau de acerto pode ser revisto em diferentes épocas ou lugares. Trata-se de uma verdade *contingente*, no mais das vezes *provisória*, na medida em que a ciência não lida com dogmas e sim com explicações teóricas dentro das quais, por definição, tudo é sempre e permanentemente *discutível*<sup>126</sup>.

É claro que, em cada campo do conhecimento e época, existe um certo núcleo de conhecimentos que operam como axiomas e que, em virtude disso, assumem natureza “dogmática”. Todavia, é importante observar que este “núcleo duro” não é dogmático em um sentido religioso (de tabu, de infalibilidade, de impossibilidade de discussão ou releitura), mas sim dogmático no sentido daquilo que Popper chama de *verdade* – em justaposição ao já referido dogmatismo próprio da metafísica religiosa, que opera, entre seus crentes, na

<sup>124</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 138.

<sup>125</sup> “Trazer à baila o raciocínio filosófico, portanto, de forma alguma implica em adesão a qualquer tipo de jusnaturalismo (e tampouco a idealismos de contornos cosmológicos ou religiosos). Falar em ‘verdade’ requer, sempre e necessariamente, uma contextualização apropriada. A ‘verdade’ num texto literário não é a mesma ‘verdade’ buscada por uma determinada ciência natural, nem tampouco a mesma ‘verdade’ buscada por uma ciência teórica, que – da mesma forma – não lidará com as mesmas ‘verdades’ buscadas por uma ciência social aplicada em específico. [...] Ou seja – e isso já aparece com clareza n corpus aristotelicus: falar em ‘verdade’ num determinado campo do conhecimento não implica necessariamente na busca por uma verdade universal, absoluta e imutável, nem por uma verdade matematicamente demonstrável (a menos, é claro, que o domínio da investigação em questão seja precisamente o da matemática), nem por uma verdade que exceda os limites que a matéria em questão comporta. Por isso, falar em respostas corretas em Direito não significa sugerir que os juízes estariam, doravante, obrigados a encontrar – por meio de profundas elucubrações filosóficas – respostas jurídicas definitivas e inatacáveis, perfeitas e absolutas. Significa tão somente reconhecer um pressuposto elementar de qualquer campo do conhecimento humano, qual seja, a possibilidade de se distinguir o verdadeiro do falso e o correto do incorreto. ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 99.

<sup>126</sup> “Todo enunciado científico, neste sentido, é sempre refutável. Ele tem validade universal mas não absoluta”. FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 43.

qualidade daquilo que Popper chamaria de uma *certeza*. Em outras palavras, isso significa que, em ciência, mesmo a dimensão dogmática possui uma textura aberta para a renovação de conceitos, de metodologias e de esquemas gerais explicativos.

Em sua hoje célebre obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, originalmente lançada em 1962, Thomas S. Kuhn inicia sua reflexão epistemológica colocando em dúvida o senso comum de que os praticantes das chamadas ciências “naturais” teriam em mãos respostas mais claras ou definitivas do que os estudiosos e pesquisadores das chamadas ciências sociais<sup>127</sup>.

Kuhn parte do conceito de “ciência normal”, que ele define como sendo a pesquisa continuada que é baseada em realizações científicas passadas<sup>128</sup>. A “ciência normal” se caracteriza quando os cientistas ocupam-se sobretudo com “operações de acabamento”<sup>129</sup>. Para Kuhn, a *ciência normal* “não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômeno”<sup>130</sup>. Enquanto inseridos na prática da *ciência normal*, os cientistas “também não estão constantemente procurando inventar novas teorias” e “frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros”<sup>131</sup>. Isso ocorre, entre outras coisas, porque esta prática científica normal estaria “dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma”<sup>132</sup>.

O *paradigma*, na teoria epistemológica de Kuhn, opera como a matriz que orienta todo o pensamento científico de um determinado campo do conhecimento em dado momento histórico<sup>133</sup>. O paradigma estabilizado é o que possibilita os períodos de tranquilidade da chamada *ciência normal*. Esta estabilidade, no entanto, tende a se desgastar com a passagem do tempo, na medida em que o paradigma estabelecido já não possui mais condições de dar respostas adequadas para uma determinada área da ciência<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> “Fiquei especialmente impressionado com o número e a extensão dos desacordos expressos existentes entre os cientistas sociais no que diz respeito à natureza dos métodos e problemas científicos legítimos. Tanto a história como meus conhecimentos fizeram-me duvidar de que os praticantes das ciências naturais possuam respostas mais firmes ou mais permanentes para tais questões do que seus colegas das ciências sociais”. KUHNS, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 12.

<sup>128</sup> Ibid., p. 29.

<sup>129</sup> Ibid., p. 44.

<sup>130</sup> Ibid., p. 44.

<sup>131</sup> Ibid., p. 45.

<sup>132</sup> Ibid., p. 45.

<sup>133</sup> “Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo ‘paradigma’ é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”. Ibid., p. 220.

<sup>134</sup> “E quando isto ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a uma profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência”. Ibid., p. 24.

Esta transformação, de um paradigma que se desintegra para um novo que se estabelece, opera de forma ruptural, como uma verdadeira “revolução”<sup>135</sup>. Se por um lado o desgaste do velho paradigma e a concretização do novo se dão na forma de um processo prolongado, que não ocorre “da noite para o dia”<sup>136</sup>, por outro lado a estabilização do novo paradigma ocorre, segundo Kuhn, de forma análoga a uma verdadeira “conversão” por parte dos cientistas daquela área<sup>137</sup>.

Esta “conversão” se dá, em parte, em virtude de elementos racionais decorrentes da observação e da experiência, mas também possui alguns componentes arbitrários. Kuhn dirá que “acidentes pessoais e históricos” atuam sempre como “um ingrediente formador das crenças esposadas por uma comunidade científica específica numa determinada época”<sup>138</sup>. Sobre a transição da ciência normal para a crise de paradigma e desta para a adoção de um novo paradigma (ou, nas palavras do autor, a passagem da pesquisa *normal* para a pesquisa *extraordinária*)<sup>139</sup>, Kuhn dirá que:

Os estudiosos da filosofia da ciência demonstraram repetidamente que mais de uma construção teórica pode ser aplicada a um conjunto de dados determinado, qualquer que seja o caso considerado. A história da ciência indica que, sobretudo nos primeiros estágios de desenvolvimento de um novo paradigma, não é muito difícil inventar tais alternativas. Mas essa invenção de alternativas é precisamente o que os cientistas raro empreendem, exceto durante o período pré-paradigmático do desenvolvimento de sua ciência e em ocasiões muito especiais de sua evolução subsequente. Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da

---

<sup>135</sup> “A transição de uma paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações”. *Ibid.*, p. 116.

<sup>136</sup> “É por isso que uma nova teoria, por mais particular que seja seu âmbito de aplicação, nunca ou quase nunca é um mero incremento ao que já é conhecido. Sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro. [...] Esse é o efeito final da descoberta – mas somente depois de a comunidade profissional ter reavaliado os procedimentos experimentais tradicionais, alterado sua concepção a respeito de entidades com as quais estava de há muito familiarizada e, no decorrer desse processo, modificado a rede de teorias com as quais lida com o mundo. Teoria e fato científicos não são categoricamente separáveis, exceto talvez no interior de uma única tradição da prática científica normal”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 26.

<sup>137</sup> “Em vez de ser um intérprete, o cientista que abraça um novo paradigma é como o homem que usa lentes inversoras. Defrontado com a mesma constelação de objetos que antes e tendo consciência disso, ele os encontra, não obstante, totalmente transformados em muitos de seus detalhes. Nenhuma dessas observações pretende indicar que os cientistas não se caracterizam por interpretar observações e dados. [...] Mas cada uma dessas interpretações pressupôs um paradigma”. *Ibid.*, p. 159.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>139</sup> “A proliferação de articulações concorrentes, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição da pesquisa normal para a extraordinária”. *Ibid.*, p. 123.

utilização confiante desses instrumentos. A razão é clara. Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que a exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos<sup>140</sup>.

É em virtude disso que, para Kuhn, os *paradigmas* não podem ser jamais *corrigidos* pela *ciência normal*. Esta *ciência normal* está limitada, durante a vigência estável de um paradigma, às funções procedimentais e operacionais. Em tempos de instabilidade paradigmática, à *ciência normal* cabe apenas “o reconhecimento de anomalias e crises”<sup>141</sup> que, em última instância, levarão à substituição do velho paradigma por um novo por meio de um evento relativamente abrupto – e não em virtude de processos de interpretação ou deliberação da parte dos cientistas, pesquisadores ou praticantes de uma determinada ciência. Para Okasha:

Kuhn’s account of paradigm shift seems hard to reconcile with the familiar positivist image of science as an objective, rational activity. [...] Moreover, Kuhn questioned whether the concept of objective truth actually makes sense at all. The idea that there is a fixed set of facts about the world, independent of any particular paradigm, was of dubious coherence, he believed. Kuhn suggested a radical alternative: the facts about the world are paradigm-relative, and thus change when paradigms change. If this suggestion is right, then it makes no sense to ask whether a given theory corresponds to the facts ‘as they really are’, nor therefore to ask whether it is objectively true. Truth itself becomes relative to a paradigm.<sup>142</sup>

Sobre as críticas às conclusões de Kuhn, Rodolfo Gaeta irá observar que:

Em suas publicações posteriores, Kuhn foi apresentando uma versão melhor elaborada de suas idéias, de maneira que sua posição adquiriu um tom muito mais moderado. Delimitou primeiramente o significado do termo ‘paradigma’, concentrando-o nas noções de exemplar e matriz disciplinar, mas por fim decidiu deixar de usá-lo, consciente de que sua popularização o havia bastardeado por completo. Tornou menos dramática a ameaça de incomunicabilidade, destacando a permanência de uma parte da linguagem por meio das mudanças científicas revolucionárias. [...] Negou que defendesse uma concepção irracionalista, alegando que as decisões dos cientistas correspondem a critérios racionais, embora sua aplicação não seja unívoca; também enfrentou a acusação de ser relativista, apresentando sua doutrina como uma versão evolucionista do idealismo de Kant. Tomou, por

---

<sup>140</sup> Ibid., p. 105.

<sup>141</sup> Ibid., p. 160.

<sup>142</sup> OKASHA, Samir. *Philosophy of science: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 84.

fim, uma clara e explícita distância dos que usavam suas idéias para questionar ‘a autoridade da ciência’.<sup>143</sup>

Assim, vemos que a teoria epistemológica de Kuhn, embora imensamente influente, não foi poupada de críticas – sendo que algumas das mais fortes e frequentes diziam respeito à imprecisão conceitual do termo “paradigma” e as acusações de flerte com o relativismo e com o irracionalismo.

### 3.1.5 A Filosofia como Condição de Possibilidade para (a Ciência) (d)o Direito

O que podemos concluir, ao fim do percurso transcrito no presente capítulo? Penso que temos duas conclusões importantes aqui. Número um: *a filosofia é condição de possibilidade para o Direito em duas dimensões distintas*. Por que isso ocorre? A explicação é simples: em primeiro lugar, a filosofia é condição de possibilidade *para o Direito*, na medida em que trabalha com os juízos valorativos que, num momento posterior, são normatizados pelo fenômeno jurídico. Aquilo que Reale denomina de “dimensão valorativa” do Direito, em sua famosa *teoria tridimensional*, é domínio inafastável da filosofia jurídica, uma vez que seus juízos dependem de considerações morais e de juízos de valor.

Em segundo lugar, a filosofia é também condição de possibilidade *para a Ciência do Direito*, na medida em que esta depende de uma epistemologia adequada, sob pena de operar como mero discurso retórico ou moral(ista) disfarçado de “analítica científica”. Além disso, como o Direito lida com a *linguagem*, o fenômeno jurídico simplesmente não pode ser concebido como se estivesse “blindado” contra as revoluções ocorridas na filosofia da linguagem, sobretudo ao longo do século XX. Com efeito, *a Ciência do Direito não pode ficar alheia aos avanços, descobertas e revoluções da filosofia, seja no campo da epistemologia, seja no campo da hermenêutica e da linguagem*<sup>144</sup>.

É questionável se qualquer espécie de ciência dependa, de alguma forma ou em algum momento, da filosofia (o fato de que praticamente todas as ciências emergem da filosofia parece indicar que esta dependência existe). O certo, no entanto, é que a Ciência do Direito,

<sup>143</sup> GAETA, Rodolfo. A filosofia da ciência hoje: a crítica da crítica e o retorno ao realismo. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 39.

<sup>144</sup> “A invasão da filosofia pela linguagem, ao proporcionar a superação do esquema sujeito-objeto, coloca a linguagem como condição de possibilidade, sendo vedada utilizá-la – sob pena de um paradoxo de cunho paradigmático – como um instrumento, enfim, como uma terceira coisa que proporcione a hipostasiação de discursos (no caso, de discursos fundamentados previamente, contrafáticos) e uma procedimentalização argumentativa, que deixa em segundo plano o desiderato final da norma: a aplicação (que, repita-se, só ingressa “no jogo” após estar resolvido o problema da fundamentação). STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 47.

por se tratar da *ciência social aplicada* por excelência, não pode prescindir da filosofia<sup>145</sup>. As relações entre Ciência do Direito e Filosofia são tão profundas que, frequentemente, suas fronteiras são até difíceis de demarcar. Como já observamos, isso levará Reale a incluir a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito como “extensões” indispensáveis da Ciência do Direito, na medida em que todas as três se fazem necessárias para dar conta de explicar o fenômeno jurídico em sua tridimensionalidade fática, normativa e valorativa<sup>146</sup>.

Streck, por sua vez, insistirá na importância do termo Filosofia *no* Direito, a fim de enfatizar o papel *internalizado* da filosofia no estudo e compreensão do Direito contemporâneo.

Por isso, aliás, é que cunhei a expressão ‘filosofia *no* direito’, para diferenciá-la da tradicional filosofia ‘*do* direito’. Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. *Isso implica em reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos.* Mais importante é perceber que, quando se interpretam textos jurídicos, há um acontecimento que se mantém encoberto, mas que determina o pensamento do direito de uma maneira profunda.

Ou seja, fazer filosofia *no* direito não expressa uma simples ‘terapia conceitual’, mas sim um exercício constante de pensamento dos conceitos jurídicos fundamentais de modo a problematizar seus limites, demarcando seu campo correto de atuação. Enfim, filosofia *no* direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que, na atual quadra da história não pode mais ser descolado de um contexto de legitimação democrática.<sup>147</sup>

Isso nos leva, por fim, à conclusão número dois: embora dependem uma da outra e tenham, por vezes, limites difíceis de definir, a *Ciência* do Direito e *Filosofia* do Direito *não são mesma coisa*. A filosofia jurídica sempre flerta com a ciência jurídica, mas nem todo trabalho do cientista jurídico depende da filosofia.

<sup>145</sup> “Poderíamos resumir tudo na descrição de um movimento de mão dupla: a Filosofia parte de uma posição teórica, mas o desenvolvimento para uma posição sistemática impõe, necessariamente, um determinado encontro com a incorporação do mundo empírico. A ciência parte de uma posição prática que leva, progressivamente, à formulação de elementos abstratos e generalizadores que aparecem numa teoria ou num conjunto harmônico de leis”. STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 128.

<sup>146</sup> “O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. É o que com acume Aristóteles chamava de ‘diferença específica’, de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na *norma*; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no *fato*; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no *valor*, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito”. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 121.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 163.

Penso que é possível dizer, em observância às categorias estabelecidas por Kuhn, que a *Ciência do Direito* teria um papel preponderante dentro daquilo que ele denomina de *ciência normal*, sobretudo em momentos de vigência estável de um paradigma epistemológico. A *Filosofia do Direito*, por sua vez, não apenas opera como um instrumento de análise crítica da Ciência do Direito como, ainda, assume papel preponderante em tempos de *crise paradigmática*, quando a *ciência normal* dá lugar para a ciência que se poderia chamar, de acordo com Kuhn, “crítica”, “extraordinária” ou “revolucionária”. Especificamente no contexto do argumento geral que desenvolvo no presente trabalho, envolvendo a necessidade de superação da velha epistemologia do positivismo normativista kelseniano, isso significa que:

A questão central da filosofia do direito na contemporaneidade reside na necessidade de um diálogo contínuo com as ciências e, especialmente, com a ciência do direito [...]. A filosofia do direito ao ocupar esse lugar crítico serve para desconstruir o paradigma – como todo paradigma necessariamente limitador e excludente –, tanto ontológico, como epistemológico e axiológico, do positivismo jurídico, marca registrada da cultura jurídica brasileira durante o último meio século.<sup>148</sup>

Ainda sobre as relações entre filosofia e conhecimento científico, Stein dirá que:

Podemos falar de uma forma concreta desse duplo movimento entre Filosofia e ciência, por meio de uma imagem. A ferida (narcísica) da Filosofia consistiria no fato de não conseguir, como as ciências, um método produtivo, pois ela se ocupa com os problemas da solução, isto é, com as questões do conhecimento como tal. Por outro lado, a ferida (narcísica) das ciências consistiria na sua impossibilidade de avançar para além do seu método, numa avaliação exterior de si mesma, pois com isto cairia numa autocontradição. É dessa forma que pode ser pensada uma aproximação interdisciplinar entre a Filosofia e os conhecimentos científicos: se a ciência encontra um certo equilíbrio no seu discurso por meio do olhar da Filosofia, esta está desafiada a uma constante inovação pela interação com o trabalho científico na solução de problemas.<sup>149</sup>

Em outras palavras, o desafio de uma epistemologia jurídica contemporânea é, entre outras coisas, ter sucesso na demarcação dos limites científicos dentro de um projeto linguístico-construtivista que, reafirmando as possibilidades da obtenção - e verificação - do conhecimento, esteja apto a possibilitar a superação tanto de um velho objetivismo calcado na busca por verdades absolutas ou metafísicas quanto de subjetivismo pós-moderno, cético e

---

<sup>148</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101.

<sup>149</sup> STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 110.

relativista - que sustenta que todas as coisas seriam, em última instâncias, produzidas das crenças subjetivas de cada indivíduo.

### **3.2 A Epistemologia do Direito no Positivismo Jurídico Normativista Kelseniano**

Ao longo do presente capítulo, traçarei o seguinte percurso: primeiro, farei algumas observações sobre os aspectos negativos do positivismo normativista kelseniano, bem como a respeito de algumas críticas equivocadas frequentemente direcionadas a Kelsen. Nesta primeira parte, dedicarei especial atenção ao limitado papel que é reservado por Kelsen ao cientista social e ao problema da discricionariedade judicial (que a Teoria Pura acaba por legitimar).

Em seguida, abordarei as relações entre a epistemologia kelseniana e o relativismo filosófico, adotado por Kelsen como ferramenta "indispensável" na cruzada que ele move contra a velha metafísica. Depois, comentarei as relações da teoria de Kelsen com o poder político. Na sequência, farei algumas observações sobre a influência do lugar e da época na formação das crenças pessoais de Kelsen, bem como as relações entre o seu pensamento e as ideias de Kant, Hegel e Hermann Cohen. Demonstrarei a influência direta da filosofia de Cohen na criação da ideia-chave da Teoria Pura de Kelsen, qual seja, a Grundnorm (norma fundamental).

Depois, explicarei as razões pelas quais a cruzada antimetafísica de Kelsen acaba tornando sua teoria refém justamente de uma fundamentação mítico-metafísica, com contornos religiosos. Ao final do capítulo, demonstrarei algumas falhas frequentemente apontadas na teoria kelseniana - sobretudo no que diz respeito à interpretação que Kelsen fez de Kant.

Encerro o capítulo explicando por quais motivos a epistemologia kelseniana permanece sendo, apesar de suas limitações, um referencial fundamental no sentido de conceber uma epistemologia jurídica apta a explicar os limites cognitivos do Direito contemporâneo.

#### **3.2.1 Direito e Ciência Jurídica na Teoria Pura**

Jurista e filósofo, o austríaco Hans Kelsen (1881-1973) é considerado um dos mais importantes teóricos do Direito do século XX. Sua obra máxima, *Teoria Pura do Direito*, foi publicada pela primeira vez em 1934 e depois relançada, de forma significativamente

expandida, em 1960. Kelsen é o expoente máximo da corrente de pensamento que veio a se tornar conhecida como *positivismo jurídico normativista*, que foi extremamente influente ao longo de todo o século XX (sobretudo na primeira metade) e cujos efeitos na formação do imaginário jurídico repercutem amplamente até os dias atuais, sobretudo no Brasil.

Inspirando-se no ideal de rigor científico analítico e formalista das ciências exatas de sua época, Kelsen pretendeu criar uma Teoria do Direito nos mesmos padrões. O modelo de Kelsen concebe a validade do Direito a partir de uma "norma fundamental" (*Grundnorm*), que seria o ponto de partida de validade de todo o sistema jurídico. Abaixo dela, teríamos a Constituição, depois as leis ordinárias e, no último degrau, as normas contratadas entre particulares. A chamada *pirâmide de Kelsen*<sup>150</sup> estabelece o modelo de hierarquia do ordenamento jurídico arquetípico do Constitucionalismo Contemporâneo nos países inseridos na tradição da *civil law*.

Muitas ideias equivocadas são comumente associadas ao positivismo kelseniano. Se diz, por exemplo, que o autor defendia que o juiz deve ficar atrelado tão somente à “letra fria da lei”. Trata-se de uma ideia absurda, que confunde o positivismo normativista de Kelsen com o positivismo jurídico do século XIX, que Kelsen rejeitava em absoluto. Como qualquer jurista intelectualizado em sua época, Kelsen estava perfeitamente ciente de que a lei escrita não consegue antever e lidar com todas as dificuldades do mundo prático.<sup>151</sup>

Igualmente injusta é a crítica de que Kelsen seria “indiferente” à democracia, ou que teria construído uma teoria jurídica apropriada para regimes autoritários. Kelsen deixa claro, em seus escritos, a sua predileção e apreço pela democracia<sup>152</sup>. A crítica que pode ser feita,

<sup>150</sup> Oportuno esclarecer que a figura da “pirâmide” vem menos do próprio Kelsen – que falava mais em uma “estrutura escalonada da ordem jurídica” e definia a ordem jurídica como sendo “uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” – do que de seus comentaristas posteriores, que adotaram a hoje popular figura da “pirâmide” como forma de ilustrar a sistematização aplicada pelo modelo kelseniano. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 247.

<sup>151</sup> O positivismo normativista kelseniano se distingue tanto do positivismo primitivo anterior a ele (aquilo que Ferrajoli denomina “paleopositivismo”) quanto do positivismo de Hart (que foi definido pelo próprio, posteriormente, como “soft positivism”). Freeman observa que: “Kelsen is often described, [...] as a positivist. [...] But Kelsen's normativism is conceptually distinct from the empirical tradition of legal positivism, exemplified in the post-war period by Hart. Kelsen rejects legal positivism because it confuses the law with fact. [...] For Kelsen the law consists of norms: a norm cannot be derived from facts, but only from other norms. The relationship between norms is one of 'imputation', not causality. Natural science is concerned with causal explanations of the physical world, whereas normative science, such as law or ethics, is concerned with conduct as it ought to take place, determined by norms”. FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 250.

<sup>152</sup> “Uma vez que democracia, de acordo com sua natureza mais profunda, significa liberdade, e liberdade significa tolerância, nenhuma outra forma de governo é mais favorável à ciência do que a democracia”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25.

evidentemente, diz respeito às graves “brechas” que a teoria kelseniana deixa para um eventual exercício arbitrário do poder.

De forma sintética, podemos dizer que a epistemologia kelseniana nos deixou como legado dois aspectos positivos centrais, quais sejam: 1) a explicação do Direito como um sistema normativo hierárquico, em que cada norma inferior busca sua validade na norma superior da “estrutura escalonada da ordem jurídica”<sup>153</sup>; 2) a grande elevação do grau de autonomia do Direito, que não mais admite interferências de ordem moral ou religiosa de nenhum tipo, e rejeita *in limine* o recurso a quaisquer instâncias metafísicas.<sup>154</sup>

O grande problema, no entanto, reside nas consequências negativas e perniciosas que nos foram legadas pelo positivismo normativista kelseniano. De forma sintética, podemos resumí-las da seguinte forma: ao construir uma elaborada ciência jurídica que opera como verdadeira metalinguagem em relação ao Direito, *Kelsen na prática abandona por completo qualquer possibilidade de a “ciência do Direito” exercer alguma influência prática efetiva na criação, interpretação e aplicação do Direito.*

De forma irônica, Kelsen descreve como “teoria crítica”<sup>155</sup> aquilo que seria melhor descrito como teoria *acrítica*. Na Teoria Pura do Direito, a “ciência do Direito” se converte em mera observação descritiva da fenomenologia do poder – ou seja, simples instrumento de observação passiva das dinâmicas entre os poderes<sup>156</sup>. Ao “cientista do Direito”, neste paradigma, é reservado um papel de completa passividade dócil e submissão perante as atuações do poder. O observador analítico externo à atividade legislativa ou judiciária é reduzido ao papel de cronista do cotidiano dos tribunais, devendo se manter afastado deste mundo prático da “política” e preso na torre de marfim das elocubrações teóricas “puramente

<sup>153</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 246.

<sup>154</sup> “A jurisprudência como ciência do Direito tem normas positivas por objeto. Apenas o Direito positivo pode ser objeto de uma ciência do Direito. É o princípio do positivismo jurídico, em oposição à doutrina do Direito natural, que pretende apresentar normas jurídicas não criadas por atos de seres humanos, mas deduzidas a partir da natureza. [...] a doutrina do Direito natural não é uma ciência, mas uma metafísica do Direito. [...]”. KELSEN, op. cit., p. 359.

<sup>155</sup> “É a diferença entre filosofia crítica e especulação subjetiva. Portanto, é preferível chamar esta teoria de Direito positivo, que tem consciência dos seus pressupostos e limitações, de positivismo crítico. [...] o ideal do positivismo jurídico é manter a teoria do Direito positivo livre da influência de qualquer tendência política ou, o que redundaria no mesmo, de qualquer julgamento subjetivo de valor”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 626.

<sup>156</sup> “The legal system delineated by Kelsen is a system of norms, pure Sollen. It is a system, however, addressed only to the determination of legal organs' power, not to the discrete facts of subjects' behaviour. It is, in sum, both a pyramid of norms and a 'cascade of powers', political powers”. CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 510.

jurídicas”, pautadas por uma completa neutralidade axiológica, longe dos *hard facts* do mundo prático da criação e aplicação do Direito.<sup>157</sup> Nas palavras de Kelsen:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste, por uma ordem moral distinta da ordem jurídica, é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições do dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. [...]<sup>158</sup>

Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão-somente - conhecer e descrever.<sup>159</sup>

Kelsen arremessa para o terreno da “política” todo e qualquer ato de criação, aplicação e interpretação do Direito. Para ele, estas questões não dizem respeito à ciência do Direito.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.<sup>160</sup>

A divisão proposta por Kelsen é tão radical que, levada às últimas consequências, *implicaria em rotular como uma “atuação política” até mesmo o exercício profissional de um advogado que estivesse representando em juízo os interesses de um cliente*. Sobre isso, Freeman observa o seguinte:

The legal scientist must, therefore, accept any decision as valid, since it is outside his competence to say whether it is within the framework of the general norm in question. And, though he can point out possible interpretations, he must leave the law-making authority to make the choice,

<sup>157</sup> “Ao criar uma norma individual pela jurisprudência, o tribunal tem sempre a escolha de diferentes decisões possíveis dentro da estrutura da norma geral que determina a função judicial. O tribunal pode preferir uma ou outra porque considera uma justa e a outra injusta. Mas o cientista jurídico não tem tal escolha. Ele tem de tomar a decisão pronunciada pelo tribunal como Direito existente, válido para o caso concreto. Ele pode examinar se a decisão judicial está ou não em conformidade com a norma jurídica geral a ser aplicada pelo tribunal e pode chegar à conclusão de que é ou não legal. Mas esse juízo - em última análise, um juízo sobre um fato - é juridicamente irrelevante. Pois a questão de se a decisão de um tribunal é legal ou ilegal não é da competência da ciência do Direito, mas da autoridade jurídica a quem o Direito conferiu esse poder”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 366.

<sup>158</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 77.

<sup>159</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 78.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 393.

for to influence this authority is to exercise a political and not a legal function. This seems to involve an act of renunciation on the part of legal science in which it is hardly likely to acquiesce, and apparently treats the advocate arguing a case as a politician, rather than a lawyer.<sup>161</sup>

Kelsen sacramenta, ainda, que *a única interpretação autêntica do Direito seria aquela feita pelos juízes e tribunais*. Toda interpretação fora da órbita destas instâncias de poder, inclusive e sobretudo aquela produzida pelo cientista jurídico, configuraria uma interpretação “inautêntica”.

Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.<sup>162</sup> [...]

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. [...] Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito.<sup>163</sup>

A “pureza” teórica da ciência jurídica kelseniana, como se vê, é obtida por meio do sacrifício de qualquer possibilidade de esta ciência exercer um papel crítico sobre a criação, aplicação e interpretação do Direito. As “impurezas” do cotidiano do mundo prático são deixadas do lado de fora da porta, com a ciência jurídica isolando-se em um ambiente asséptico e protegido. Essa concepção de ciência jurídica anula por completo qualquer potencial do Direito como instrumento de limitação, interdição e controle do poder. Transforma o cientista do Direito em um espectador inerte da ação livre, desimpedida, irrefreada e irrefreável dos agentes detentores de poder político.

É por isso que a teoria kelseaniana termina por dar uma ampla e irrestrita bênção à *discricionariedade judicial*. Dentro desta teoria, o único limite ao qual o juiz fica adstrito, na hora de decidir, é “a moldura da norma geral”<sup>164</sup>. Ora, mas como bem aponta Freeman, na

<sup>161</sup> FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 254.

<sup>162</sup> KELSEN, op. cit., p. 388.

<sup>163</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 394-395.

<sup>164</sup> Ao se referir ao juiz, Kelsen dirá que “[...] este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. [...] Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. [...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. [...] Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. Ibid., p. 393-394.

medida em que o cientista do Direito encontra-se absolutamente desautorizado a delimitar quais são os “limites” desta “moldura”, impõe-se a conclusão de que o juiz, no positivismo normativista, possui uma liberdade “dupla”: ele é livre, como o próprio Kelsen admite expressamente, para “efetuar uma escolha” entre várias soluções possíveis para um determinado problema jurídico. Em outras palavras, a decisão é um ato *de vontade*, de livre escolha.

Mas, na medida em que ele (juiz) é o único *intérprete autêntico* do Direito, na prática o seu poder vai além disso. Falamos em liberdade “dupla” porque, além de sua prerrogativa de “escolher” dentro das possibilidades existentes dentro de uma “moldura”, *o juiz ou tribunal também é o único habilitado a definir o tamanho, os limites e a quantidade de “opções possíveis” existentes dentro desta moldura*. A decisão, assim, se transforma em um *ato volitivo de primeiro e segundo grau* (o juiz primeiro desenha o quadro geral das alternativas que julga possíveis e depois, em um segundo momento, opta por uma das suas alternativas previamente elencadas). O resultado disso, evidentemente, é uma porta escancaradamente aberta para a discricionariedade judicial. Além disso, para Kelsen, ao longo da história as doutrinas jusnaturalistas desempenharam um papel “inteiramente conservador”:

[...] as doutrinas jusnaturalistas, tais como foram efetivamente apresentadas pelos seus representantes mais destacados, serviram principalmente para justificar as ordens jurídicas existentes e as suas instituições políticas e econômicas essenciais como harmônicas com o direito natural e tiveram, portanto, um caráter inteiramente conservador. [...] Na verdade, na teologia do cristianismo primitivo, que era a religião de uma classe inferior, isto é, não possuidora, tinha pouco cabimento uma doutrina do direito natural que via uma ordem justa (reta) na natureza enquanto realidade empírica. [...] À medida, porém, que o cristianismo se torna a religião de uma classe elevada, de uma classe possuidora, à medida que ele se torna mesmo uma religião do Estado e o clero cristão se transforma numa casta privilegiada, modifica-se esta atitude de repúdio da teologia em face da natureza enquanto realidade empírica do homem e da sociedade humana.<sup>165</sup>

Sob uma perspectiva contemporânea, Kelsen poderia ser erroneamente criticado como um jurista conservador e insensível às injustiças e à opressão que o poder político pode exercer sobre as pessoas, sem a proteção de um Direito apto a impor limites ao exercício do poder. Nada mais distante da realidade. *Kelsen era não apenas um entusiasta do modelo democrático, conforme já ressaltamos, como além disso enxergava o seu combate pessoal contra o jusnaturalismo como uma luta progressista e libertadora*, movida justamente pelo

---

<sup>165</sup> KELSEN, Hans. *O problema da justiça?* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 106-110.

ânimo de *deslegitimar* discursos de poder potencialmente autoritários, baseados na religião ou em outros elementos metafísicos.

### 3.2.2 A Teoria Pura e o Relativismo Filosófico

Como vimos, a tolerância de Kelsen para com o fenômeno da discricionariedade judicial não era resultado de nenhum tipo de simpatia por autoritarismos, nem indiferença à democracia e tampouco alguma adesão ideológica conservadora à manutenção do *status quo*. Pelo contrário: Kelsen acreditava que o positivismo normativista tornava o Direito potencialmente *menos* – e não mais – opressivo e arbitrário.

Ocorre, no entanto, que a cruzada antimetafísica de Kelsen trazia em seu bojo uma adesão explícita e incondicional ao relativismo filosófico (que ele denomina, por vezes, de “relativismo epistemológico”). Em suas palavras, o relativismo representava “a consequência inevitável de qualquer eliminação real da metafísica”.<sup>166</sup> Para Kelsen, a superação dos velhos mitos metafísicos implicava em descartar, da mesma forma, qualquer espécie de crença na possibilidade de “verdade” ou “justiça” no Direito. Tudo isso, para o mestre austríaco, era em última instância invariavelmente relativo e dependente das circunstâncias políticas em dado momento e lugar.<sup>167</sup> E estas circunstâncias políticas, sendo subprodutos de contínuas e permanentes disputas de poder<sup>168</sup>, deveriam ficar absolutamente fora do horizonte de preocupações do cientista do Direito.

Para Kelsen, o positivismo jurídico era inseparável do relativismo filosófico, ao ponto de ele criticar Kant por uma “adesão incompleta” do filósofo ao relativismo<sup>169</sup>. Kelsen dirá que “O positivismo e o relativismo (epistemológico) são tão apropriados um ao outro quanto o são entre si a doutrina do Direito natural e o absolutismo (metafísico)”.<sup>170</sup>

Novamente, cumpre chamar a atenção para o surpreendente fato de que Kelsen estava realmente convencido de que o relativismo e a discricionariedade judicial não apenas *não*

<sup>166</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 635.

<sup>167</sup> “A verdade afirmada dentro do sistema nunca é mais que uma verdade relativa, e ela surge, portanto, em comparação com a verdade metafísico-absoluta, como uma verdade meramente formal”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 621.

<sup>168</sup> “[...] toda a ordem jurídica que possui o grau de eficácia necessário para se tornar positiva é, mais ou menos, uma solução de compromisso entre grupos de interesses conflitantes na sua luta pelo poder, nas suas tendências antagônicas para determinar o conteúdo da ordem social. Esta luta por poder apresenta-se invariavelmente como uma luta por “justiça” [...]. O resultado desta luta determina o conteúdo temporário da ordem jurídica”. *Ibid.*, p. 627.

<sup>169</sup> Fazendo referência ao trabalho de Kant, que Kelsen julgava incompleto, o mestre austríaco dirá que “Por esse motivo, não encontramos nele uma confissão franca e intransigente de relativismo, a consequência inevitável de qualquer eliminação real da metafísica. *Ibid.*, p. 635.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 565.

*seriam instrumentos potencialmente opressivos e autoritários como, mais do que isso, representariam justamente a consagração dos princípios da tolerância, benevolência, liberdade e democracia:*

Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos. Isso significa que o juízo, por meio do qual algo é declarado como justo, nunca poderá ser emitido com a reivindicação de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. Justiça absoluta é um ideal irracional. [...] Não é possível comprovar que somente uma, e não a outra solução, seja justa. [...] Qual é, porém, a moral dessa filosofia de justiça relativista? Será que ela possui alguma? Será que o relativismo não é amoral, ou até imoral, como pensam alguns? Não é essa minha opinião. O princípio moral que fundamenta - ou do qual se pode deduzir - uma doutrina relativista de valores é o princípio da tolerância: é a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhemos, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica. Obviamente, de uma visão de mundo relativista não resulta o direito à tolerância absoluta, somente à tolerância no âmbito de um ordenamento jurídico positivo, que garanta a paz entre os submetidos a essa justiça, proibindo-lhes qualquer uso de violência, porém não lhes restringindo a manifestação pacífica de opiniões.<sup>171</sup>

Fica evidenciado assim, conforme já anteriormente observado, que o princípio máximo que orienta a filosofia kelseniana é o compromisso com a destruição da metafísica<sup>172</sup> e do Direito Natural<sup>173</sup>. Kelsen desconfiava profundamente da opressão potencial proveniente de discursos religiosos, psicológicos ou morais.<sup>174</sup> Por outro lado, parecia confiar

<sup>171</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23-24.

<sup>172</sup> “[...] esta curiosa tentativa do eterno Munchausen de escalar os seus próprios ombros, constitui o cerne elementar de toda a metafísica e de toda a religião. Embora esse empreendimento verdadeiramente tragicômico tenha sido, desde longa data, o orgulho do espírito humano, ele está enraizado numa curiosa desconfiança que esse espírito humano nutre por si mesmo. Apenas porque o homem evidentemente carece de confiança plena nos seus próprios sentidos e razão é que ele se inquieta neste mundo autocriado e auto-ordenado de conhecimento. [...] O dualismo metafísico do “aqui e agora” e do “além”, deste mundo e de outro mundo, da experiência e da transcendência, conduz à doutrina epistemológica, amplamente aceita, conhecida como teoria da imagem. Ela declara que, essencialmente, a cognição humana apenas fornece, como um espelho, uma imagem das coisas tal como elas “realmente” são, tal como são “em si mesmas”. [...] No entanto, nada é mais contraditório e, portanto, incompreensível, do que a suposição de que a nossa cognição reflete um mundo inacessível à nossa cognição. [...] É como se o espírito humano, embora desprezando a sua razão e os seus sentidos, compensasse a si mesmo com a sua imaginação veleidosa”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 600-601.

<sup>173</sup> “É neste esforço rumo a uma ciência livre da metafísica que a ciência natural se emancipa da teologia, e a ciência jurídica e política, da doutrina do Direito natural”. *Ibid.*, p. 602.

<sup>174</sup> “[...] corremos o risco de cair no poço sem fundo do subjetivismo, num solipsismo sem limites. O nosso tipo evita este perigo pela ênfase constante sobre um saber que cria os seus objetos em conformidade com as leis e que considera a demonstração desta conformidade como uma de suas principais tarefas”. *Ibid.*, p. 621. A

profundamente nas instâncias do poder político, sobretudo se elas estivessem livres para agir sem estar submetidas a interferências críticas indevidas de juristas e cientistas sociais.<sup>175</sup>

Neste sentido, Kelsen dirá que “A ciência é uma função da cognição; seu objetivo não é governar, mas explicar”<sup>176</sup> e que “[...] a ciência pode determinar os meios, mas não pode determinar os fins”<sup>177</sup>. Segundo ele, a postura do cientista do Direito precisa ser eminentemente objetiva e livre de juízos de valor, porque “Essa objetividade é uma característica essencial da ciência, e, por causa de sua objetividade, a ciência opõe-se à política e deve ser separada dela, porque a política é uma atividade baseada, em última análise, em juízos de valor subjetivos”<sup>178</sup>. Kelsen trata a realidade social como questão de poder e de comando, e o Direito como um instrumento de controle que, embora assuma diferentes configurações em diferentes épocas, acaba servindo em última instância sempre para os mesmos fins: controle das condutas humanas e coexistência social.<sup>179</sup>

Esta crença mítica na racionalidade instrumental do poder, pautado pelos princípios do positivismo jurídico<sup>180</sup>, leva Kelsen ao extremo de afirmar que “o positivismo crítico

---

observação de Kelsen, aqui, não deixa de ser irônica: com o mesmo fervor que ele busca expurgar o “subjetivismo” e o “solipsismo sem limites” da ciência do Direito, ele não vê qualquer problema em criar uma epistemologia jurídica que deixa a aplicação e a interpretação do Direito completamente à mercê dos mais ilimitados subjetivismos e solipsismos.

<sup>175</sup> “Outros valores, especialmente o valor da justiça, que é o valor específico segundo o qual o Direito positivo como realidade jurídica pode ser avaliado, são adequadamente chamados “valores políticos” para serem distinguidos do valor jurídico. A diferenciação de Direito e política significa a diferenciação de dois sistemas normativos. Quando a política opõe-se ao Direito, o termo “política” é usado em um sentido mais estrito que no postulado da separação da ciência natural da política, em que política significa qualquer sistema normativo. O postulado de separação da ciência do Direito positivo e da ciência política significa que o cientista jurídico, ao descrever seu objeto, deve abster-se de juízos de valor políticos como juízos referentes a outras normas que não as do Direito positivo, e especialmente abster-se de avaliar seu objeto como justo ou injusto. [...] Não cabe ao cientista jurídico, mas apenas à autoridade jurídica, preferir algo na qualidade de justo a algo na qualidade de injusto”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 364.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>178</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 354.

<sup>179</sup> “‘Social reality’, Kelsen writes, ‘is in fact power and command’”. CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 508. Carrino dirá também que, para Kelsen, o Direito “[...] it is presented solely as an instrument, a means, a ‘specific technique’ for social coexistence and the control of human behaviour by those who hold effective political power”. Isso porque, para Kelsen, “The law in its essence is always the same thing, in the feudal ‘state’ and in the liberal state: a technique for social control, an instrument of power”. CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 509-511.

<sup>180</sup> “Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça - o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas - é justamente o princípio do positivismo jurídico”. KELSEN, Hans. *O problema da justiça?* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 11.

reconhece toda ordem jurídica positiva como uma ordem de paz”<sup>181</sup>. Aqui, a cisão entre realidade e formalismo ficcional atinge o seu apogeu. Em outras palavras, no plano teórico, para o positivismo normativista pouco importa se uma determinada ordem jurídica é pacífica ou violenta, se é tolerante ou repressiva, se é democrática ou autoritária: na medida em que seja uma “ordem jurídica positiva”, ela é uma “ordem de paz”. Uma “paz” que, mesmo que eventualmente erguida e sustentada por cima dos corpos de incontáveis vítimas, permaneceria legitimada pelo arcabouço teórico do positivismo jurídico.

Aqui, como observa Carrino, o positivismo normativista kelseniano se revela como sendo *uma ciência não-ideológica submetida a uma ideologia específica*, qual seja, um Direito que seja compatível com a produtividade, com a técnica e com o progresso material.<sup>182</sup>

### 3.2.3 AS Raízes Filosóficas da Teoria Pura e da Norma Fundamental Kelseniana

Sob uma ótica contemporânea, a visão de Kelsen a este respeito pode parecer flagrantemente ingênua. Ele demonstrava estar convencido de que a refutação da metafísica no âmbito jurídico, acompanhada de um manifesto relativismo filosófico, representariam o melhor caminho para a democracia, para a tolerância e para um progresso social e humanístico. Sua teoria afasta os juristas do mundo cotidiano das práticas de aplicação do Direito e deposita uma enorme confiança tanto no poder discricionário (e imunizado a quaisquer tipo de críticas técnicas) dos juízes quanto no rigor lógico e sistemático de uma ciência jurídica que não se mistura com o mundo “impuro” da política e dos problemas jurídicos reais do cotidiano.

Qual é a explicação para isto? Seria Kelsen, no fim das contas, um intelectual “ingênuo”? Não parece ser este o caso. Primeiro, é preciso lembrar que Kelsen elabora grande parte de suas teorias antes do mundo ocidental internalizar as lições políticas, sociais e filosóficas aprendidas a duras penas em virtude dos grandes e trágicos acontecimentos históricos europeus da primeira metade do século XX.

Em segundo lugar, é importante atentar para o fato de que muitos estudiosos, como é o caso de Carrino e Dore<sup>183</sup>, ressaltam que o projeto kelseniano é simplesmente incompreensível

<sup>181</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. edo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 627.

<sup>182</sup> "Kelsen's legal science is to be a non-ideological science, albeit a science having an object that is not neutral but is itself ideological; it is therefore a non-ideological science of a specific ideology, the law. [...] These are premises and options constituted substantially by a specific ideology that makes a value of modern natural science, specifically, a technologically productive value". CARRINO, op. cit., p. 521-522.

<sup>183</sup> "Kelsen's stand on morality was consistent with that of the logical positivists of the Vienna Circle during the 1920s. The latter were strong advocates of the verification principle, according to which a proposition is

para quem ignore o *background* histórico-cultural no qual Kelsen obteve a sua formação intelectual:

[...] a heightened appreciation of the Kelsenian project is not possible without linking its author to the fin de siècle cultural environment in Central Europe, an environment dominated precisely by the schools of neo-Kantian critical idealism that were already moving toward a reappraisal of Fichte and Hegel, and - in a more subterranean but perhaps even more decisive way - by a certain 'nihilism' and the pessimistic philosophy of Schopenhauer. Again, it is only against this background that one can understand the distinction, received and radicalized by Kelsen, between object and method, reality and meaning.<sup>184</sup>

Este pano de fundo de lugar e época explicará não apenas a influência do neokantismo no pensamento de Kelsen, mas sobretudo evidenciará duas outras influências que não são frequentemente associadas a Kelsen: Hegel e Hermann Cohen. Os traços de Hegel na obra de Kelsen são discretos, mas significativos, como nesta passagem em que ele deixa evidente a sua crença de que a história operaria como uma espécie de “linha evolutiva”:

Aconselha-se ter em mente que um determinado estágio da filosofia natural não está necessariamente associado ao estágio da filosofia jurídica que a ele corresponde epistemologicamente. A filosofia jurídica encontra, no seu desenvolvimento rumo a formas superiores, obstáculos muito maiores que a filosofia natural, que não é, ou é apenas indiretamente, influenciada por interesses políticos, isto é, governamentais.<sup>185</sup>

Aqui, Kelsen sugere que outras áreas da filosofia, que operam com maior distância em relação ao mundo da política, tem o potencial de se desenvolver rumo a “formas superiores” encontrando pela frente um número menor de “obstáculos” – o que levaria a filosofia jurídica, em certas épocas, a estar em um “estágio” que não corresponde àquele no qual já se encontra a “filosofia natural”.

É nisto que reside o hegelianismo velado de Kelsen: *na concepção de que a ciência jurídica serve como uma força de racionalização apta a permitir a passagem do mundo natural para o normativo, em nome da evolução e do progresso*. Ou, nas palavras de Carrino:

The process of freedom from the natural to the normative is precisely the objective process of Weltgeist, of the universal reason of the world, which

---

literally meaningful only if it is (1) true or false by definition or (2) empirically verifiable through sensory experience”. DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 600.

<sup>184</sup> CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 519-520.

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 603.

manifests itself in the juridicization of the world, in the formation - with science as the propulsive and productive force - of a world of norms, of a universal State, of a *civitas maxima* that is the possible realization of freedom as idea and as spirit.

Those who see the shadow of Hegel in all of this are not mistaken, for it is only as a “concealed Hegelianism”, whether or not Kelsen is aware of it, that his normativism acquires its complete sense, historical meaning, and density as a theoretical, ethical, and political project.<sup>186</sup>

Mas é com base na filosofia de Cohen que Kelsen irá desenvolver aquele que é provavelmente o seu conceito mais famoso: a ideia da *norma fundamental* (*Grundnorm*).

Hermann Cohen (1842-1918) foi um filósofo alemão e um dos mais destacados nomes do neokantismo em sua época. Cohen sustentava que a busca da ciência pela validação do conhecimento não podia repousar tão somente nas categorias kantianas do conhecimento (ou seja, pela análise do aparato cognitivo do sujeito conhecedor). Cohen rejeitava as limitações decorrentes do dualismo kantiano oriundo da justaposição entre o chamado mundo *noumenal* e o mundo fenomenológico.

Na tentativa de superar este problema, ele cria a ideia da *Hipótese* – o mais alto dos princípios epistemológicos. A *Hipótese* é encontrada por meio de um retrospecto em busca das formas mais básicas de sensibilidade subjetiva humana e dos mais primários conceitos da razão humana. Desta forma:

The highest principle, then, is the ultimate or the most basic transcendental condition for scientific experience, a condition that cannot itself be established by means of a still higher condition or traced back to a still deeper foundation. This theorem of the highest principle represents a prototype of the theorems of origin and Hypothesis in Cohen’s later System of Philosophy. As early as the Second Edition of Kants Theorie der Erfahrung, however, important theoretical motifs are already emerging that Cohen then uses in his Method of Hypothesis, to which Kelsen appeals for the doctrine of the basic norm.<sup>187</sup>

Fica, desta forma, bastante claro o fato de que a “norma fundamental” kelseniana é uma adaptação (da epistemologia geral para a epistemologia jurídica) do conceito de *Hypothesis* formulado por Cohen – ou, em outras palavras, uma tentativa de adaptar para a ciência do Direito a epistemologia de Cohen, ao ponto de que Edel dirá que a norma

---

<sup>186</sup> CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 519.

<sup>187</sup> DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 570.

fundamental kelseniana é, de cima a baixo, a *Hipótese coheniana* (“*The basic norm is, in a Platonic and Cohennian sense, Hypothesis through and through*”).<sup>188</sup>

Ao rastreamos as origens cohenianas do pensamento de Kelsen, também se torna mais fácil compreender as razões que levaram o mestre austríaco a se filiar a um relativismo ferrenho em sua epistemologia jurídica. Kelsen busca em Cohen a crença de que, em última instância, todos os conceitos e julgamentos só podem ser entendidos como produtos de formas particulares de pensamento, próprias de determinada época e lugar. A *Hypothesis* coheniana busca sua fonte na ideia homônima de Platão, para quem a *Hypothesis* representava uma ideia em justaposição ao conceito de *Anhypotheton*. A primeira representaria, dentro das investigações matemáticas, um conjunto de axiomas iniciais e pressuposições, que estabeleceriam as fundações para posteriores deduções e provas<sup>189</sup>. O conceito de *Anhypotheton*, por outro lado, fazia referência a um ideal absoluto metafísico, que levava a um conhecimento válido de forma incondicional e independente de suposições prévias.<sup>190</sup>

*É por isso que a ideia da “norma fundamental” se apresenta como o alicerce básico da epistemologia kelseniana.* Ela é a “chave” de validação de todo o edifício normativo do Direito positivo. Longe de implicar em algum fundamento absoluto, definitivo ou até mesmo palpável, a norma fundamental kelseniana é uma abstração, uma exceção enquanto norma não-positiva em um edifício de normas positivas, e seu único papel é servir como fonte primeira e última de validade a todas as outras normas do ordenamento jurídico. Kelsen irá explicar a norma fundamental da seguinte maneira:

A única norma não-positiva que a ciência do Direito pode levar em consideração - não como seu objeto, mas como uma condição dos enunciados que descrevem seu objeto - é a norma fundamental da ordem jurídica que é seu objeto. [...] Com efeito, a positividade do Direito consiste no fato de que sua validade não depende de sua conformidade com a justiça, mas no fato de que é criada de uma maneira definida, determinada pela norma fundamental, e de que é, de modo geral, eficaz. Um Direito positivo

<sup>188</sup> EDEL, Gert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 217.

<sup>189</sup> PLATÃO. *A república*. São Paulo: Saraiva, 2011. 509b, 511a-e, 533b-e.

<sup>190</sup> EDEL, Gert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 208. Sobre a forma como Cohen se apropria desta ideia de Platão (e que posteriormente é reaproveitada, conforme vimos, por Kelsen na elaboração da “Grundnorm”), Edel dirá, na mesma página da referida obra, que “*According to Cohen, however, there cannot be unconditional, presuppositionless, valid knowledge. All concepts and all judgements must be understood as products, as something generated by means of thought. This is the purport of the theorem of origin. And this is true, in particular, for the highest concepts and for what appear to be the ultimate foundations of scientific cognition. To be sure, these serve as basic concepts and as foundations of science, whose conditions for validity they are, but they forfeit the rank and dignity that have so often been accorded them in the history of philosophy*”.

pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo.<sup>191</sup>

Neste trecho de “O Problema da Justiça”, Kelsen explica a ideia da norma fundamental e deixa ainda mais evidente a sua forte influência de Cohen, ao referir que a Teoria Pura do Direito não responde a questão do fundamento de validade do Direito de forma “categórica” e “incondicionada”, mas sim tão somente na forma de uma “resposta hipotética”:

Também a Teoria Pura do Direito pergunta pelo fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva, isto é, de uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz. Porém, não dá a esta pergunta uma resposta categórica, isto é, incondicionada, mas tão-só uma resposta hipotética, isto é, condicionada. Ela diz que se considerarmos o direito positivo como válido então pressupomos a norma segundo a qual nos devemos conduzir tal como prescreve a primeira constituição histórica em conformidade com a qual foi criada a ordem jurídica positiva. Esta norma é designada pela Teoria Pura do Direito como norma fundamental. Não é uma norma estabelecida através do ato de vontade de uma autoridade jurídica, isto é, uma norma positiva, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico. A sua pressuposição é a condição sob a qual uma ordem de coação criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz é considerada como válida - como objetivamente válida.

A norma fundamental determina somente o *fundamento* de validade, não o *conteúdo* de validade do direito positivo. [...] A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico.<sup>192</sup>

Estas observações apenas reforçam o fato de que Kelsen concebe a sua “norma fundamental” como um mecanismo lógico, apto a dar coerência sistêmica para toda a estrutura formal de validade do Direito que ele desenvolve na forma de sua Teoria Pura<sup>193</sup>. A norma fundamental kelseniana opera, assim, como uma ferramenta de precisão lógica, coesão e unidade científica, criando os fundamentos operacionais para uma ciência do Direito cujo objeto estaria restrito ao chamado Direito “positivo”, a salvo de interferências de ordem

<sup>191</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 363.

<sup>192</sup> KELSEN, Hans. *O problema da justiça?* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 116-117.

<sup>193</sup> “[...] a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz [...]”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 226.

moral, religiosa, política, histórica ou psicológica. Kelsen não estava interessado na realidade prática<sup>194</sup> do cotidiano da aplicação e da interpretação do Direito<sup>195</sup> (ao ponto de considerar que estas ações sequer seriam propriamente jurídicas, mas sim *políticas*).

### 3.2.4 A Norma Fundamental e suas Contradições

Como já foi anteriormente destacado, o hercúleo esforço intelectual de Kelsen tinha a postura antimetafísica como seu princípio filosófico central. É irônico, no entanto, que a peça-chave da epistemologia kelseniana – a norma fundamental ou *Grundnorm*, possua um caráter flagrantemente metafísico. Tal contradição não passou despercebida pelo próprio Kelsen, que enxergava a sua ideia de norma fundamental como uma concessão – pequena e exclusiva – às concepções jusnaturalistas.

É verdade que a norma fundamental não é uma norma do direito positivo, isto é, de uma ordem coativa globalmente eficaz posta através da legislação ou do costume. Este é, porém, o único ponto em que existe uma certa semelhança entre a teoria da norma fundamental e a do jusnaturalismo. Em todos os outros pontos as duas teorias estão em diametral oposição uma à outra.<sup>196</sup>

Também em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen abordará esta incontornável faceta metafísico-jusnaturalista da *Grundnorm*:

O que está envolvido, simplesmente, é, lá, um mínimo de metafísica, e aqui, de Direito natural, sem os quais não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito. [...] A teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina de Direito natural em conformidade com a lógica transcendental de Kant.<sup>197</sup>

Kelsen sustentará que este incontornável “mínimo de metafísica” não prejudica a ideia que ele tanto defende em seu positivismo normativista – qual seja, a da superação do jusnaturalismo. Para ele, o caráter assumidamente metafísico da norma fundamental não invalida o positivismo jurídico, na medida em que aquela possui um caráter meramente formal. Ele dirá que, ao contrário do que ocorre com o jusnaturalismo, a *Grundnorm* não

<sup>194</sup> "But practical realities do not seem to interest Kelsen as much as scientific unity and logical precision [...]". FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th edition. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 264.

<sup>195</sup> Tanto quanto possível, Kelsen evita, em sua *Teoria Pura*, fazer considerações e contextualizações de cunho pragmático-sociológico. Mas, em alguns pontos de sua obra, ele fez pequenas concessões ao terreno da faticidade. Ele afirma, por exemplo, que “A tensão entre a norma e a existência, entre o "dever ser" e o "ser", não deve descer além de um certo grau mínimo. [...] A conduta efetiva não deve contradizer completamente a ordem jurídica que a regula”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 624.

<sup>196</sup> KELSEN, Hans. *O problema da justiça?* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 115.

<sup>197</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 625.

prescreve nenhum tipo de conduta, ou seja, não possui conteúdo material<sup>198</sup>. Cabe destacar que a norma fundamental, além de estar fora do mundo do Direito positivo, também estava – consequentemente – fora do alcance da ciência jurídica. Para Kelsen, a questão da validade da norma fundamental está além da ciência do Direito, na medida em que o objeto desta ciência é tão somente a ordem jurídica positiva, à qual a norma fundamental não pertence (apenas válida, de maneira formal e externa).<sup>199</sup> Desta forma, conclui-se que à ciência jurídica cabe apenas reconhecer a existência da norma fundamental, contudo sem jamais perquirir a respeito da validade desta.

A norma fundamental opera, aqui, como um verdadeiro “salto de fé” – um elemento com características míticas, quase religiosas. Ela existe fora do Direito e fora do alcance da ciência jurídica, que não pode estudá-la. Ao cientista do Direito, cabe apenas *acreditar* nela. Novamente, é irônico verificar como um sistema lógico-formalista espelhado no rigor metodológico das ciências naturais (e movido pelo mais fervoroso sentimento antimetafísico) acabou por utilizar como alicerce básico um verdadeiro mito, justificado por um argumento metafísico. Por certo, não é coincidência que Kelsen frequentemente apele para metáforas religiosas para justificar o reconhecimento da existência de sua norma fundamental. Mas ele próprio vai além, chegando a traçar um paralelo entre a validade dos comandos de Deus para o crente religioso e a validade da norma fundamental para o cientista jurídico que se compromete a acreditar nela:

[...] as a believer, one presupposes that one ought to obey the commands of God. This is the statement of the validity of a norm that must be presupposed in a believer's thinking in order to ground the validity of the norms of a religious morality. This statement is the basic norm of a religious morality, the norm which grounds the validity of all the norms of that morality - a 'basic' norm, because no further question can be raised about the basis of its validity. The statement is not a positive norm - that is, not a norm posited by a real act of will - but a norm presupposed in a believer's thinking.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> “Mas a norma em que a validade de um Direito positivo se fundamenta é, na verdade, uma norma não-positiva, e o princípio do positivismo jurídico pode ser sustentado apenas se restringido por esse fato. Essa restrição, porém, não abole a oposição entre o positivismo jurídico e a doutrina do Direito natural. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva - em contraposição às normas substantivas do Direito natural que prescrevem uma conduta humana definida como em conformidade com a natureza (e isso significa como justa) e proíbem uma conduta humana definida como contrária à natureza (e isso significa como injusta) - tem um caráter meramente formal”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 359.

<sup>199</sup> Ibid., p. 360.

<sup>200</sup> O trecho acima reproduzido é parte de um escrito de Kelsen feito para uma conferência realizada em Viena em 1964. O inteiro teor do escrito foi traduzido por Iain Stewart e reproduzido, sob o título “*The Function of a Constitution*”, na obra *Essays on Kelsen* (New York: Clarendon Press, 1986), editada por Richard Tur e

Com grande frequência, a norma fundamental kelseniana é definida por juristas contemporâneos como sendo “hipotética”. O próprio Kelsen utilizou essa terminologia ao longo de sua obra. Todavia, é digno de nota o fato de que ele mesmo, à certa altura, compreendeu que *a Grundnorm não era propriamente uma hipótese, mas sim uma ficção pura e simples*. Afinal, uma *hipótese* pressupõe dúvidas e incertezas, mas sempre trabalha com algum grau de possibilidade no sentido de que a verdade corresponda à ela. A *ficção*, por outro lado, se caracteriza pelo fato de que o autor da mesma já sabe, desde o primeiro momento, que a sua ideia não corresponde de forma alguma à realidade.

The aim of one's thinking in presupposing the basic norm is: to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order; that is, to interpret the subjective meaning of the acts positing these norms as their objective meaning, i.e, as valid norms, and the acts in question as acts positing norms. This object can be attained only by way of a fiction. Therefore one has to keep in mind that the basic norm in the sense of Vaihinger's 'as if' philosophy is not a hypothesis - as I myself have occasionally characterised it - but a fiction, which is distinct from a hypothesis in that it is or should be accompanied by an awareness that reality does not correspond to it.<sup>201</sup>

Estes são alguns dos sérios problemas epistemológicos nos quais o positivismo normativista kelseniano resvala. Em sua tentativa de criar uma ciência analítica, lógica e formal absolutamente livre de explicações metafísicas, Kelsen acaba estabelecendo, como ideia-chave de sua Teoria Pura, um mito de inspiração jusnaturalista – uma ficção que, em última instância, apela para a fé e demanda do cientista jurídico uma postura de crente. Em outras palavras, em Kelsen, todo o edifício normativo encontra suas regras de validade em um sistema lógico e integrado, escalonado na forma de normas positivas – desde que, para tanto, se parta do princípio de que a fundamentação última de todo este edifício se encontra em um mito metafísico.

Impossível deixar de observar que o tipo de fé que a Teoria Pura demanda de seus crentes é ainda mais exigente do que a fé religiosa. O crente religioso, se por um lado aposta em um “salto de fé” naquilo que não pode comprovar empiricamente, por outro lado sempre carrega a seu favor alguma possibilidade – ainda que mínima – de que suas crenças, metafísicas e imateriais o quanto sejam, venham a se provar verdadeiras em algum momento.

O crente kelseniano, por outro lado, não tem outra escolha senão depositar sua fé na aridez do ceticismo: ele endossa sua crença em algo que, mais do que simplesmente um mito,

---

William Twining. Para o trecho acima reproduzido, ver: FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 296.

<sup>201</sup> KELSEN, Hans. The function of a Constitution. In: TUR, Richard; TWINING, William (Ed.). *Essays on Kelsen*. New York: Clarendon Press, 1986. p. 111.

é uma ficção assumida, sem qualquer pretensão ou condição de buscar qualquer correspondência na realidade.

### 3.2.5 As Insuficiências Epistemológicas da Teoria Kelseniana

Estes não são, no entanto, os únicos problemas da epistemologia kelseniana. Outro aspecto igualmente criticável, frequentemente apontado por estudiosos da obra de Kelsen, reside no fato de que a forma incoerente como ele “adapta” a filosofia de Kant para a ciência jurídica.

Dore observa que a epistemologia kelseniana, seguindo o esquema das ciências naturais conforme proposto por Cohen, consiste em uma série de proposições ou julgamentos relacionados de forma sistemática.<sup>202</sup> A diferença notável é que, nas ciências naturais, estas relações são descritas em termos de causalidade, como “ser” (*Sein*), enquanto que as proposições da ciência jurídica são construídas em termos de “dever-ser” (*Sollen*).<sup>203</sup> Quando um fato “x” ocorre, uma norma “y” deverá incidir.

A *imputação* opera como uma categoria cognitiva, na ciência jurídica, de forma análoga à forma como, em Kant, a *causalidade* opera no mundo fenomenológico. Esta relação de imputação é, em Kelsen, “um construto epistemológico que pode ser usado para desenvolver uma definição universalmente aplicável de Direito positivo, livre de ideologias e outras distorções”.<sup>204</sup> Desta forma, observa Dore:

By bringing together the separability thesis and the normativity thesis, Kelsen can show the uniqueness of his pure theory. [...] Kelsen thus succeeds in incorporating into his theory the normative thesis (separating law from fact) without appeal to natural law theory (the morality thesis) and in incorporating the separability thesis without the reductive thesis. Kelsen defends this approach by adopting a Kantian, or neo-Kantian, middle way. Kant had tried to steer a course in the middle of the two stark alternatives of dogmatic rationalism and radically skeptical empiricism by arguing that the “thing in itself” did not have an absolute existence independent of the mind, but existed only in relation to the mind. [...] Kelsen also sought a middle way in legal philosophy (through a Kantian argument) by bringing together the separability and the normative thesis. Kelsen’s Kantian argument was presented via the so-called transcendental question. [...] Kelsen formulates this question as follows: ‘How is positive law possible as an object of cognition, as an object of juridical science; and, consequently, how is

<sup>202</sup> DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 572.

<sup>203</sup> The ought proposition simply describes a relationship inhering in all norms. Whereas the physical sciences are concerned with causal relationships, law as a normative science should be concerned with conduct or events that ought to take place if the conditions described in the norm occur: “Under certain conditions a certain consequence ought to take place. This is the grammatical form of the principle of imputation”. DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 563.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 567.

juridical science possible?'. Note that Kelsen is not asking whether knowledge of law is possible, but how is it possible. Thus, he takes knowledge of law as given. At the heart of his answer to this question is the category of imputation and the concept of the basic norm.<sup>205</sup>

Alida Wilson irá observar, no entanto, que Kelsen aplica esta “adaptação” da filosofia kantiana para o Direito de maneiras que colidem frontalmente com a crença de Kant no poder da razão humana, na possibilidade de um conhecimento *a priori* e nas suas concepções de razão prática e livre arbítrio<sup>206</sup>. Wilson observa que, apesar da reverência de Kelsen por Kant, aquele não apresenta nenhum tipo de plano cuidadoso para adaptar e aplicar os esquemas epistemológicos kantianos à teoria jurídica<sup>207</sup>. Dessa forma:

Kant viewed man as, on the one hand, subject to and determined by nature and, on the other hand, independent of nature. Where he is subject to the order of nature (his “sensible world”) the operative principle is causality. Where he is independent of nature (his intelligible world) he exists as a rational being, capable of making free choices.<sup>208</sup>[...] Freedom and practical reason are the very embodiment of Sollen. [...] Kelsen, on the other hand, denies all these Kantian ingredients of Sollen. [...] Kelsen asserts that “man always acts under irresistible compulsion” and that this is “because his actions are always causally determined”. It is not clear whether Kelsen offers this somewhat crude psychology of man as an empirical foundation for his presupposition, or whether that presupposition is posited in some transcendental-logical sense (as is the case with the basic norm).<sup>209</sup>

Segundo Dore, as críticas feitas à interpretação que Kelsen faz da filosofia de Kant podem ser resumidas em seis pontos gerais. Primeiro, por uma má-compreensão da dicotomia *Sein/Sollen*, cujos elementos Kelsen separa por um abismo no qual nenhuma ponte é possível. Segundo, por ignorar o conceito kantiano de razão prática. Terceiro, por falhar na conciliação (supondo que esta seja possível) entre o seu relativismo epistemológico e o seu absolutismo normativo. Quarto, por falhar na explicação das razões pelas quais julgamentos jurídicos, enquanto fatos normativos passíveis de verificação, são diferentes de julgamentos morais. Quinto, por não ter conseguido fundamentar a ideia da norma fundamental dentro de uma perspectiva kantiana adequada, como poderia ser o caso de uma abordagem pelas condições transcendentais da cognição teórica. Sexto, por falhar na explicação de como a categoria da

<sup>205</sup> Ibid., p. 575.

<sup>206</sup> WILSON, Alida. Is Kelsen really a Kantian? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 37.

<sup>207</sup> “Wilson points out that causality is only one of several (in fact twelve) categories and, as previously noted, Kelsen does not explain the reasons for picking just one of the Kantian categories. [...] Kelsen does not answer this question, leaving the impression that his selection of causality was at best without grounds or at worst arbitrary”. DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 586-587.

<sup>208</sup> Ibid., p. 581.

<sup>209</sup> Ibid., p. 584.

imputação poderia representar uma contraparte normativa para a categoria kantiana da causalidade fenomenológica.<sup>210</sup>

Ainda no que diz respeito às deficiências da epistemologia kelseniana, Carrino observa que Kelsen nunca chega a apresentar, com clareza, uma definição explícita daquilo que ele entende por “ciência”<sup>211</sup>. Trata-se de uma constatação impressionante, em se tratando de um teórico do Direito que dedicou tamanha energia intelectual na elaboração de uma rigorosa teoria científica formalista para análise do fenômeno jurídico.

Freeman e Paulson observam, ainda, que há uma flagrante contradição na ideia kelseniana de que “normas constituem valores”. Isso porque:

For Kelsen, a normative proposition (whether legal or moral or other) express 'a belief in the existence of a valid norm, and a norm constitutes a value'. [...] There is a real dilemma here: if Kelsenian legal propositions have normative import they state moral facts, and this sullies the 'purity' thesis. But, if they do not state moral facts, they have no normative import. As Paulson points out: “the idea that legal propositions might lack normative import is an idea fraught with far-reaching consequences, among them the fact that legal science would lose this basis for claiming the special status of a normative science”. And Kelsen's theory would 'collapse' in something approximating empirico-positivist theory.<sup>212</sup>

Como se vê, o problema aqui é que, se a norma “constitui um valor”, então elas apenas institucionalizam a existência de uma norma moral vinculante enquanto valor, o que confundiria proposições jurídicas com enunciados morais – fazendo naufragar, conseqüentemente, as possibilidades metodológicas da ciência jurídica “pura” (e, como bem observa Paulson, fazendo o positivismo normativista ruir em direção a algum tipo de positivismo empiricista).

Kelsen, é preciso reconhecer, se mostra frequentemente incoerente no que diz respeito aos limites da ciência jurídica teórica “pura” que busca construir. Por exemplo: em certos momentos de sua obra “O Que é Justiça?”, ele dirá que o cientista do Direito, assim como o cientista político, não pode nem aprovar e nem desaprovar o objeto de sua análise (pois isso o

<sup>210</sup> Ibid., p. 605.

<sup>211</sup> "Kelsen never tells us explicitly what 'science', in his view, comes to. Nonetheless, one can arrive at his concept of science without great difficulty. [...] Without a doubt, 'science' - for Kelsen, too - means first of all nature sciences, which throughout the nineteenth century celebrated their extraordinary accomplishments by banishing and deriding metaphysics. [...] Kelsen seeks to liberate jurisprudence from its 'unhealthy isolation', and to elaborate a model of legal science that is comparable in explanatory force and logical perspicuity to the natural sciences, in particular to mathematics - that is, legal science qua formal science and paradigm of knowledge". CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 515.

<sup>212</sup> FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2014. p. 250-251.

transformaria em “político”)<sup>213</sup>. Diz, ainda, que apenas a interpretação dos juízes e tribunais é “autêntica” – e que à autoridade jurídica cabe a “escolha”, segundo “princípios políticos”<sup>214</sup>, do significado mais adequado de uma determinada norma<sup>215</sup>. A ciência do Direito, diz Kelsen, não tem a escolha de aceitar ou rejeitar o Direito<sup>216</sup> (e nem sequer de dizer se uma determinada norma é constitucional ou não<sup>217</sup>). No entanto, em outros momentos, Kelsen tenta colocar alguns freios nas possibilidades de uma discricionariedade judicial descontrolada – e o faz em manifesta contradição com seus postulados anteriores. Na mesma obra supracitada, ele dirá que:

Não existe nenhum órgão da comunidade ao qual o Direito não deixe pelo menos certo grau de arbítrio no exercício de sua função e, portanto, nenhum órgão que não seja uma entidade jurídica e, ao mesmo tempo, política. Porém, por mais ampla que possa ser a esfera de arbítrio concedida pelo Direito ao órgão no exercício de sua função, essa função pode ser concebida como exercida por um órgão da comunidade jurídica apenas se executada dentro da esfera de arbítrio conferida ao órgão pelo Direito, isto é, se a função estiver em conformidade com o Direito.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> “Ao descrever os fenômenos que estuda, o cientista político deve, é claro, levar em consideração os valores que os homens pressupõem em suas atividades políticas. [...] ele não deve aprovar nem desaprovar o objeto de sua análise, para que seu trabalho não se torne, em vez de uma ciência da política, uma ciência “política”, no sentido de instrumento da política. Se isso acontece, ela não é uma ciência, mas uma ideologia política”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 355.

<sup>214</sup> “The judge - and likewise the legislative and executive organs - does not, in Kelsen's view, 'interpret' the norm, he creates it, authoritatively resolving an individual case and issuing an individual command. The judge, in other words, interprets 'authentically', for the technique of legal production is finalized in effective power, in the concrete command, the decision; and this is a political decision, since the sentence of the judge, the individual norm, is linked 'with an act of will' ". CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 511.

<sup>215</sup> “A escolha de um dos vários significados de uma norma jurídica por uma autoridade jurídica em sua função aplicadora de Direito é um ato criador de Direito. Na medida em que essa escolha não é determinada por uma norma superior, é uma função política. Pois a escolha entre os diferentes significados de uma norma jurídica, se não é determinada por uma norma jurídica superior, pode ser, e efetivamente é, determinada por outras normas não-jurídicas, isto é, por normas políticas. [...] Por outro lado, a tarefa de um cientista jurídico que interpreta um instrumento jurídico é demonstrar seus possíveis significados e deixar à autoridade jurídica competente a escolha, segundo princípios políticos, do que essa autoridade julga mais adequado”. KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 367.

<sup>216</sup> “O cientista jurídico não tem a escolha de aceitar ou rejeitar o Direito, tal como estabelecido pelo legislador, com base no seu juízo sobre o que é justo e injusto. O cientista tem de descrever a decisão do legislador como Direito existente, considerando-o em conformidade ou não com o que considera justiça. Ele pode apenas examinar se as normas criadas pelo órgão legislativo estão ou não em conformidade com as normas positivas da constituição, e o resultado desse exame é, em última análise, a verificação objetiva de um fato, não um juízo subjetivo de valor”. *Ibid.*, p. 365.

<sup>217</sup> “Pois se a questão de se o estatuto é ou não constitucional não pode ser decidida pela ciência do Direito, mas pela autoridade jurídica a quem o Direito confere esse poder”. *Ibid.*, p. 366.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 372.

Significa dizer: contra eventuais abusos da discricionariedade judicial, Kelsen confia nos limites da “esfera de arbítrio conferida ao órgão pelo Direito”. A atuação do juiz ou tribunal deve estar “em conformidade com o Direito”.

Ora, mas a quem caberá dizer quais são estes “limites da esfera de arbítrio”? A quem caberá dizer se a atuação do juiz ou tribunal se deu ou não “em conformidade com o Direito”? Na medida em que Kelsen veda qualquer possibilidade de posicionamento crítico, a respeito de tais questões, por parte do cientista jurídico, resta evidente que, dentro dos postulados kelsenianos, a ciência jurídica não se encontra autorizada a fazer nenhuma intervenção crítica em situações deste tipo – sob pena de sair de sua esfera jurídica e sujar as mãos no mundo “impuro” da política.

Com a devida vênia, é impossível deixar de observar que o raciocínio kelseniano, neste particular, não passa de uma tautologia sem sentido. Dizer que o juiz está limitado por uma “esfera de arbítrio” é algo que não possui absolutamente nenhum significado prático a partir do momento em que a única pessoa com o poder de definir os limites desta “esfera” é justamente o próprio juiz. Em outras palavras: *os limites da “esfera de arbítrio” do órgão judiciário é determinado pelo arbítrio do próprio órgão judiciário*. Por óbvio, isso não é outra coisa senão concluir que estes supostos “limites” simplesmente serão inexistentes na prática.

Apesar de suas falhas e de suas limitações inegáveis, *a teoria kelseniana representa, simultaneamente, tanto o ponto de partida fundamental - para qualquer projeto renovatório em termos de epistemologia jurídica - quanto o próprio modelo a ser superado*. Para fins de qualquer esforço teórico no sentido de uma renovação paradigmática da epistemologia jurídica, a teoria kelseniana persiste como o mais robusto e influente modelo de explicação sobre as possibilidades de conhecimento e verificação científica do fenômeno jurídico. Para quem busca uma epistemologia jurídica compatível com o Constitucionalismo Contemporâneo, Kelsen encarna um peculiar e paradoxal papel simultâneo de “herói” e “vilão”: *sua obra é o exemplo no qual devemos nos inspirar, o modelo do qual devemos partir e, ao mesmo tempo, o próprio problema que precisamos superar*.

Explico: como se sabe, para Kelsen, a Teoria Pura do Direito é uma *metalinguagem* em relação ao Direito, que é o seu objeto de estudo. Significa dizer: é a *teoria* que é pura, não o Direito e tampouco a aplicação do Direito. Em virtude disso, ao mesmo tempo em que a teoria kelseniana se constitui como um notável exercício de lógica e rigor teórico, ela por outro lado assume uma postura de indiferença e desinteresse pela prática jurídica e pela aplicação do Direito.

Duas consequências exsurtem disso: uma positiva, outra negativa. A consequência positiva, como já referido no começo do presente capítulo, é que Kelsen constrói, de forma pioneira<sup>219</sup>, uma epistemologia do Direito manifestamente antimetafísica. Kelsen constrói as bases para uma ciência do Direito autônoma e independente, que explica o Direito como um fenômeno sistêmico e desvinculado de interferências oportunistas ou “de conveniência”, venham elas da moral, da psicologia ou da religião. Em certa medida, Kelsen introduz, no Direito, a “revolução copernicana” protagonizada por Kant na filosofia.<sup>220</sup> O próprio Kelsen via seu trabalho como uma forma de realizar, no Direito, um trabalho que Kant teria deixado incompleto.<sup>221</sup> Por meio deste esforço, ele sepulta, a um só tempo, o jusnaturalismo cósmico-religioso e o positivismo primitivo “factual”.<sup>222</sup>

Estes fundamentos epistemológicos kelsenianos representam o lado positivo do legado kelseniano e constituem um patrimônio teórico permanente da Teoria do Direito, que não admite nenhum tipo de retrocesso. Os trabalhos posteriores de grandes jusfilósofos, sejam positivistas (Hart) ou antipositivistas (Dworkin), jamais teriam um “chão epistemológico” para se erguer se não fosse em virtude das definitivas contribuições de Kelsen em prol da sistematização e autonomia do Direito.

Por isso, cabe insistir neste ponto em particular: qualquer tentativa de vislumbre de novos paradigmas em epistemologia jurídica não pode, em hipótese alguma, representar uma ruptura completa com Kelsen: precisa, pelo contrário, *partir de onde a teoria kelseniana se mostra falha* (ou claramente incompatível com as transformações pelas quais o Direito passou ao longo do último século). *Quero sugerir que Kelsen constrói a primeira e a última grande*

---

<sup>219</sup> Sobre a inexistência de uma epistemologia jurídica propriamente dita na obra de positivistas pré-Kelsen, como Austin, Dore faz a seguinte observação: “Unlike other legal positivists, Kelsen attempted to ground legal positivism within an epistemological framework. [...] By treating norms as strictly objects of cognition rather than as facts or objects, Kelsen can (1) avoid metaphysical commitments; (2) claim that normative science is autonomous and objective; and (3) assert that it has a (Kantian) epistemological grounding”. DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 604-605. Dore salienta também que “First, Kelsen was able to avoid many of the pitfalls of Austinian positivism with regard to sanction, obedience, duty, and the concept of sovereignty. [...] though Austin had no particular philosophical or epistemological standpoint, Kelsen was influenced by the critical philosophy of Kant, the general philosophy of the Vienna Circle, as well as other neo-Kantian interpretations of critical philosophy, particularly those of Hermann Cohen”. *Ibid.*, p. 562.

<sup>220</sup> “Kelsen’s concern with jurisprudential cognition can be seen as the application of Kant’s method to a particular science, the “science of law”. DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 563.

<sup>221</sup> “No entanto, observar-se-á imediatamente que o sistema filosófico de Kant difere um tanto do nosso retrato ideal. [...] A luta que este gênio, apoiado pela ciência, moveu contra a metafísica, que lhe valeu o título de “destruidor de tudo”, não foi efetivamente levada por ele até a conclusão final. [...]”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 635.

<sup>222</sup> “Kelsen, although no doubt belonging to the positivist tradition, is a positivist with a difference. One significant aspect of that difference, according to Paulson, is that Kelsen’s theory is normative, that is, Kelsen adopts what Paulson refers to as the “normativity thesis” – a thesis that separates law from fact – without appeal to natural law doctrine”. DORE, op. cit., p. 574.

*teoria epistemológica do Direito nos últimos cem anos, e que nenhuma superação plena do positivismo jurídico será possível sem uma desconstrução parcial de sua epistemologia, seguida de uma reconstrução adequada ao Direito contemporâneo.*

A crença de Kelsen na importância de uma epistemologia sólida para qualquer teoria geral ou ciência do Direito é manifesta e evidente<sup>223</sup>, e pretendo demonstrar, ao longo do presente trabalho, que ele tinha razão quanto a este ponto em particular. As preocupações epistemológicas e antimetafísicas de Kelsen<sup>224</sup> talvez representem os fatores que melhor sintetizam o trabalho do mestre austríaco.<sup>225</sup>

Se é verdade que as teorias positivistas pós-Dworkin mostram-se insuficientes para explicar o Direito à luz do Constitucionalismo Contemporâneo e de seus profundos compromissos com a democracia e com os direitos fundamentais, por outro lado é preciso reconhecer que os positivistas contemporâneos têm razão quando insistem na importância de uma teoria epistemológica coerente<sup>226</sup>.

Se uma abordagem formalista, por si só, é insuficiente, também é verdade que o conjunto daquilo que se convencionou chamar de “pós-positivismo”, em nome da rejeição ao formalismo teórico, acabou por promover e fomentar decisionismos, ativismos judiciais e discricionariedades tão graves (senão piores) do que aquelas geradas como consequências do positivismo normativista<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> “Kelsen tried to do what he thought Kant had failed to do, namely, to apply critical philosophy to develop a unified science of law that was methodologically pure, in the sense that it gave a “true” account of the “essence” of law as it really is. Implicit in Kelsen’s claim to methodological purity was the claim that his account was the most epistemically reliable, as seen on the very first page of the first chapter of his *Pure Theory of Law*”. *Ibid.*, p. 565.

<sup>224</sup> “Uma teoria crítica do conhecimento toma o lugar da metafísica, o “transcendental” (no sentido da filosofia de Kant), o lugar do transcendente. No entanto, esta filosofia também é dualista; só que ela não mais repousa num dualismo metafísico, mas num dualismo epistemológico, crítico. Em contraste com a metafísica, podemos chamá-la de filosofia da crítica. [...] Esta é a base filosófica e psicológica da teoria jurídica que rejeita seriamente o pressuposto de um Direito natural e é chamada positivismo jurídico. O seu caráter epistemológico pode ser aqui traçado nos seus elementos essenciais. Enquanto o positivismo recusa qualquer especulação jusnaturalista, ou seja, qualquer tentativa de reconhecer um “Direito em si”, ele se restringe a uma teoria do Direito positivo. [...] Ao mesmo tempo, não se reivindica nenhum valor absoluto para o Direito. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 621-622.

<sup>225</sup> “The ‘elimination of transcendent elements by means of the transcendental element’ turns out to be not only ‘Kelsen’s true and proper philosophical theme’, but, indeed, at the very core of his political philosophy and epistemology, his theory of legal science, and his prescriptive methodology on how legal phenomena are cognized”. CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 514.

<sup>226</sup> Já havia feito um alerta prévio sobre esta questão em meu livro “Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial”, mostrando como a perplexidade com o caos da discricionariedade judicial no Brasil consegue unir os discursos de autores positivistas como Dimitri Dimoulis e antipositivistas como Lenio Streck. Ver: ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 120.

<sup>227</sup> Remeto, aqui, às análises feitas no capítulo 1.2 do presente trabalho, no qual se discorreu sobre o fracasso prático do chamado “neoconstitucionalismo” justamente por este abrir portas, para o ativismo e para a discricionariedade judicial, de forma tão ou mais acentuada do que a própria teoria kelseniana.

Uma epistemologia jurídica renovada, verdadeiramente pós-positivista, precisa – partindo de Kelsen – superar as deficiências do positivismo normativista kelseniano e, ao mesmo tempo, resgatar a importância de um rigoroso arcabouço teórico formal. Precisar, em outras palavras, conciliar o esforço epistemológico dos positivistas contemporâneos com a crítica pós-positivista e a hermenêutica jurídica contemporânea.

## 4 REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS DA EPISTEMOLOGIA DO POSITIVISMO NORMATIVISTA NO DIREITO BRASILEIRO

Na primeira parte deste capítulo, farei uma breve análise da teoria geral do Direito na doutrina brasileira dos dias atuais. Pretendo, aqui, responder as seguintes questões: como a nossa doutrina pátria enxerga as relações entre Direito e ciência? Passando pela crítica a alguns modelos epistemológicos sugeridos por autores nacionais, meu objetivo ao final deste capítulo, entre outras coisas, será demonstrar que *não é possível uma Ciência do Direito sem epistemologia*, nem tampouco uma *epistemologia jurídica sem Ciência do Direito*.

### 4.1 O Estatuto Científico do Direito na Doutrina Brasileira

Darei início a este capítulo fazendo uma síntese de algumas das concepções dominantes, na doutrina jurídica brasileira, a respeito do que vem a ser a *Ciência do Direito* em termos conceituais. Para tanto, selecionei como representativas as concepções de dois autores com obras muito populares e difundidas a respeito do tema: Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, passando brevemente também pelas implicações epistemológicas de uma das teorias explicativas do Direito mais célebres em nosso país, qual seja, a já clássica *Teoria Tridimensional do Direito*, de Miguel Reale.

Na sequência, apresentarei uma crítica a duas concepções epistemológicas, ambas de autores nacionais, que argumentam - de diferentes formas - em prol de um elevado grau de ceticismo em relação às possibilidades de concretização de uma efetiva ciência do Direito.

A primeira destas concepções, sustentada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, relativiza profundamente as possibilidades científicas do Direito. A segunda, defendida por Marcelo Campos Galuppo, vai além: advoga expressamente em favor de uma noção de Direito *não-científico*. Pretendo esclarecer as razões pelas quais ambas as posturas terminam por sabotar a concretização efetiva dos postulados jurídicos e filosóficos do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Contemporâneo.

Em seguida, pretendo demonstrar a inadequação da postura localizada no outro extremo: o *cientificismo* no Direito - a ideia de que o caráter científico do Direito pode ser declarado como uma espécie de "valor moral", desacompanhado de um esforço epistemológico sério, analítico e robusto. Uma concepção que exemplifica o objeto de minha crítica, neste particular, é aquela sustentada por José Carlos Sousa Silva. Argumentarei que esse tipo de postura *não é científica*, mas sim *cientificista*, e que em última instância não

passa de um simples discurso moral disfarçado (ainda que claramente bem intencionado). Insisto: a questão das possibilidades do conhecimento no Direito é uma questão filosófica – mais especificamente, epistemológica – e portanto não pode ser reduzida a argumento moral, de autoridade ou de conveniência. O objetivo é combater aquilo que denomino de *paralaxe epistemológica*<sup>228</sup>.

#### 4.1.1 Ciência Jurídica: desafios conceituais

Se queremos estabelecer algumas definições a respeito do status científico do Direito contemporâneo – e meu objetivo, aqui, é dar particular atenção para a forma como o caráter científico do Direito é trabalhada pela doutrina nacional -, se faz oportuno começar pela análise da forma como alguns autores tradicionais da bibliografia jurídica pátria lidam com as noções preliminares relativas ao tema. Sobre isso, Diniz escreve o seguinte:

Importa, numa ordem preliminar de considerações, levantar a seguinte indagação: *que é ciência jurídica?* Sobre esta questão encontramos todas as respostas possíveis e imagináveis, porque o termo 'ciência' não é unívoco e porque há uma surpreendente pluralidade de concepções epistemológico-jurídicas que pretendem dar uma visão da ciência jurídica, cada qual sob um critério diferente. A ciência do direito distingue-se pelo seu método e também pelo seu objeto.<sup>229</sup>

Diniz anotar que o principal – e mais básico - problema da epistemologia jurídica contemporânea consiste em “encontrar uma definição única, concisa e universal, que abranja as inúmeras manifestações em que se pode apresentar o direito”<sup>230</sup>. Ela escreve, também, que

<sup>228</sup> A contradição está no fato de o jurista ou operador do Direito *endossar* a ideia de *ciência jurídica* quando pretende argumentar em prol do caráter *determinado* do Direito – negando, paradoxalmente, essas mesmas qualidades científicas quando argumenta em prol de seu caráter *responsivo*. Em outras palavras, quando o caso defendido demanda uma apologia ao direito positivo, à estabilidade da jurisprudência e à previsível recepção do argumento sustentado por parte das normas postas, a argumentação tende a dar ênfase no caráter “duro”, científico, vinculativo e técnico do Direito. Por outro lado, quando o caso que se defende demanda mais *responsividade* do que *determinabilidade*, tende-se a reforçar o caráter de “textura aberta” do Direito – ou seja, dá-se ênfase em sua natureza surpreendente, inovatória, não-vinculativa, criativa, de verdadeira “arte” à serviço dos espíritos bons e corajosos em prol da realização de elevados ideais de Justiça. Essa postura, de caracterizar o Direito como *científico* ou como *poético*, como *epistème* ou como *ars*, indiscriminadamente, de acordo com os interesses do argumento que se busca construir, é o que denomino de *paralaxe epistemológica* no Direito.

<sup>229</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

<sup>230</sup> Para Diniz, "O grande problema consiste em encontrar uma definição única, concisa e universal, que abranja as inúmeras manifestações em que se pode apresentar o direito e que o purifique de notas contingentes, que velam sua verdadeira natureza, assinalando as essências que fazem dele uma realidade diversa das demais. [...] No entanto, não há entre os autores um certo consenso sobre o conceito do direito; impossível foi que se pusessem de acordo sobre uma fórmula única. Realmente, o direito tem escapado aos marcos de qualquer definição universal; dada a variedade de elementos e particularidades que apresenta, não é fácil discernir o mínimo necessário de notas sobre as quais se deve fundar seu conceito". O único ponto de discordância que

"A ciência jurídica é considerada ora como *scientia*, pelo seu aspecto teórico, ora como *ars*, pela sua função prática. Outros ainda dão ao problema uma solução eclética"<sup>231</sup>. Por isso, "É imprescindível que a pesquisa jurídico-científica adote um método apropriado, porque a segurança e a validade do resultado do pensamento científico dele advém"<sup>232</sup>. A constatação das dificuldades para o estabelecimento de uma *ciência do Direito*<sup>233</sup> são compartilhadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr., que observa o seguinte:

[...] no caso do Direito, a questão se complica sobremaneira, pois aí, ao contrário de outras ciências, como a Economia, a Sociologia, a Etnologia, a Antropologia, uma separação mais ou menos clara entre o cientista e o agente social é extremamente difícil de ser feita, o que pode ser percebido pela antiga questão de saber se a doutrina jurídica como tal é, ela própria, uma das *fontes* do próprio Direito. Mais talvez do que nas outras ciências, uma segunda dualidade entre 'teoria pura' e 'teoria aplicada', entre 'investigação' e 'aplicação' torna-se, no caso, um problema agudo. A Ciência do Direito, nestes termos, não apenas se debate entre ser compreensivo-valorativa ou axiologicamente neutra mas também, para além disso, uma ciência *normativo-descritiva*, que conhece e/ou estabelece normas para o comportamento<sup>234</sup>.

Além das dificuldades desta separação entre o *cientista* e o *agente social*, própria do Direito, o fenômeno jurídico ainda compartilha com os demais campos de estudo humanos e sociais a complexidade de conciliar as dimensões da compreensão com a valoração. Com observa Ferraz Jr., nos fenômenos humanos a explicação vem acompanhada de um ato de compreensão, isto é, "[...] o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos

---

manifesto, quanto a este ponto em particular, é a vinculação de Diniz à uma ideia de "busca por essências" do Direito. Com efeito, para fins de filosofia – inclusive jurídica –, buscar a "essência" das coisas é uma postura incompatível com as revoluções pelas quais a filosofia da linguagem passou no século XX. É um ponto de partida ultrapassado, até mesmo pré-kantiano. Ver: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

<sup>231</sup> Ibid., p. 30. Uma observação: é justamente quando as *mesmas pessoas* e as mesmas instituições começam, em diferentes momentos e por motivo de conveniência, a adotar ora um discurso epistêmico (*scientia*), ora outro (*ars*), é que se configura o já mencionado fenômeno que denomino *paralaxe epistemológica no Direito*.

<sup>232</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

<sup>233</sup> Não se deve confundir os problemas epistemológicos para a definição de uma Ciência do Direito com o simples uso plurívoco da expressão, que naturalmente pode ser utilizada de diferentes formas, mais "elásticas" e de alcance mais amplo. Como observa Diniz: "A expressão *ciência do direito* vem sendo empregada em sentido amplo em sentido estrito. Em sentido amplo o termo ciência do direito indica qualquer estudo metódico, sistemático e fundamentado dirigido ao direito, abrangendo nesta acepção as disciplinas jurídicas, tidas como ciências do direito, como a sociologia jurídica, a história do direito etc. Em sentido estrito, o vocábulo abrange a ciência do direito, propriamente dita, ou ciência dogmática do direito. [...] Se se conceber, como o faz Miguel Reale, que as dimensões ônticas do direito são fato, valor e norma, a ciência do direito deve levá-las em conta, sem que com isso fique comprometida a sua natureza especificamente jurídica, ante o sentido dialético de suas investigações, que dá prevalência à norma, embora a estude em função do fato e do valor". Ibid., p. 218.

<sup>234</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

fenômenos, valorando-os. A introdução do compreender traz para a ciência o discutido conceito de valor".<sup>235</sup>

Uma dupla dimensão do fenômeno jurídico também é ressaltada por Radbruch<sup>236</sup>, que destaca o movimento pendular do Direito entre diferentes dualidades (teoria/prática, orientação empírica/teleológica, dimensão histórica/filosófica:

O resultado da ciência do direito, portanto, só pode ser dois sistemas jurídicos fragmentários, ajuntados de forma precária, mas não um sistema jurídico uniforme. É seu destino inexorável que deva unir a meta e o método de uma ciência normativa ao objeto e ponto de partida de uma ciência empírica; que deva chegar a um sistema de meios e fins, não podendo, como a ética, a partir de uma finalidade dada, pesquisar os meios necessários para alcançá-la com liberdade científica, pois está atada à efetividade da lei em vigor.

Assim, na dupla tarefa da ciência do direito: de um lado interpretação, de outro lado construção e sistema, revelou-nos a mistura não totalmente equilibrada de tarefas teórico-empíricas e prático-teleológicas, que constitui a peculiaridade dessa ciência, comparável apenas à estrutura bem similar da teologia evangélica; a qual, fundamentando a dupla possibilidade de um tipo de funcionamento mais empírico-histórico e outro mais teleológico-filosófico, determinou a constante oscilação do pêndulo de sua história de um extremo a outro; que, em última instância, também decide sobre sua força de atração sobre o indivíduo [...]<sup>237</sup>.

Apesar do reconhecimento expresso destas dificuldades, as análises de Diniz e Ferraz Jr compartilham um denominador comum: ambos apontam que o Direito possui diversos fatores que contribuem para o argumento em favor de sua cientificidade, sendo que a *sistematicidade* dos conhecimentos surge como o principal deles. Diniz irá afirmar que:

A Jurisprudência possui caráter científico, por se tratar de conhecimento sistemático, metodicamente obtido e demonstrado, dirigido a um objeto determinado, que é separado por abstração dos demais fenômenos. A sistematicidade é um forte argumento para afirmar a cientificidade do conhecimento jurídico.<sup>238</sup>

<sup>235</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

<sup>236</sup> Em relação a este autor, é sempre importante ter em mente que o Radbruch do pós-guerra – cujo pensamento pode ser conferido, sobretudo, no pequeno clássico “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” – é um jusfilósofo muito diferente do positivista que assinava seus primeiros trabalhos. Até hoje é discutível se podemos falar em um “primeiro Radbruch” e “segundo Radbruch” (positivista, depois jusnaturalista) ou se existe uma linha de continuidade entre as obras do autor nas diferentes fases da sua vida, apenas com a marca de uma mudança de enfoque.

<sup>237</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

<sup>238</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

Ferraz Jr., por sua vez, endossará tal observação, concluindo que "A sistematicidade é, portanto, argumento para a cientificidade"<sup>239</sup>.

A análise da teoria epistemológica contida na obra de Diniz demonstra que ela se filia à *Teoria Tridimensional do Direito* de Reale<sup>240</sup> e, de forma sutil, rejeita o ceticismo filosófico das concepções jurídicas que entendem o Direito como "insuscetível de conhecimento de ordem sistemática"<sup>241</sup>. Ela dá ênfase, também, na importante ideia de que a Ciência do Direito é inafastável da Filosofia do Direito<sup>242</sup>, na medida em que aquela tem seus sentidos delimitados pela epistemologia, que é um ramo da filosofia<sup>243</sup>.

A teoria tridimensional de Reale, como se sabe, estipula que o Direito "possuiria uma especificidade ontológica fundada numa dialética de implicação e polaridade". Dessa forma, na teoria de Reale, o Direito seria "uma composição de um *Modelo Ontológico* entre os fatos, valores e normas"<sup>244</sup>. Nas palavras de Reale:

Parece-me incontestável que, a essa altura do desenvolvimento dos estudos, ocorreu uma alteração radical no *paradigma* segundo o qual vinha sendo considerada a experiência jurídica, que passou a ser estudada de maneira igualmente tridimensional tanto pelo jusfilósofo como pelo jussociólogo ou o jurista, cada um em função do respectivo objeto de pesquisa. [...] a Ciência do Direito é uma *ciência normativa*, mas a norma deixa de ser simples juízo

<sup>239</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

<sup>240</sup> "[...] o sistema jurídico é aberto e incompleto, uma vez que o direito é um fenômeno dinâmico e bastante complexo, com aspecto multifário, contendo várias dimensões: normativa, fática e axiológica. De maneira que o sistema jurídico compõe-se de três subsistemas isomórficos: o de normas, o de fatos e o de valores. Se esta isomorfia se quebrar surgem lacunas, que podem ser colmatadas passando-se de um subsistema a outro". DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 297.

<sup>241</sup> "Para uns, adeptos do ceticismo científico-jurídico, o direito é insuscetível de conhecimento de ordem sistemática, afirmando com isso que a ciência jurídica não é, na realidade, uma ciência, baseados na tese de que o seu objeto (o direito) modifica-se no tempo e no espaço, e essa mutabilidade impede ao jurista a exatidão na construção científica, ao passo que o naturalista tem diante de si um objeto permanente ou invariável, que lhe permite fazer longas lucubrações, verificações, experiências e corrigir os erros que, porventura, tiver cometido". DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32-33.

<sup>242</sup> "Para Miguel Reale, a ciência do direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para a realização ordenada da convivência humana. Logo, os *modelos do direito* ou *dogmáticos*, elaborados no âmbito da ciência do direito, são estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e de eficácia na sistemática do ordenamento jurídico". *Ibid.*, p. 143.

<sup>243</sup> "É, portanto, a filosofia do direito, enquanto epistemologia jurídica, que vai tratar dos problemas da ciência do direito, procurando dirimi-los, delimitando o sentido de 'ciência', a especificidade do objeto e do método da especulação jurídico-científica, refletindo sobre o caráter teórico, prático ou crítico da Jurisprudência, distinguindo a ciência do direito das outras que, igualmente, têm por material de pesquisa os fenômenos jurídicos, indagando acerca da natureza científica do saber jurídico. Este último problema é o central da epistemologia do direito, pois se houver uma filosofia ou teoria da ciência jurídica que possibilite uma jurisprudência como rigorosa ciência do direito, as demais questões serão, satisfatoriamente, respondíveis". *Ibid.*, p. 35.

<sup>244</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 143, jul./dez. 2013.

lógico, à maneira de Kelsen, para ter um conteúdo fático-valorativo [...]. Vale notar que, quer se tenha aceito ou não expressamente a *teoria tridimensional do direito* quatale, o certo é que, graças a ela, impôs-se a consciência da necessidade de um novo paradigma para se ter uma idéia global e congruente da experiência jurídica, empregando eu o termo ‘paradigma’ no sentido que lhe dá T. Kuhn, como ponto de partida da renovação da ciência, o que, no plano ontológico, corresponderia ao ensinamento de Heidegger sobre o valor essencial e fundante do ato de ‘mostrar’ algo que se oculta<sup>245</sup>.

Cumprido destacar que aqueles pontos que identifiquei acima (rejeição do ceticismo filosófico e conexão íntima da ciência do Direito com a filosofia jurídica) estão em harmonia com o argumento que busco construir no presente trabalho, no que diz respeito à importância de uma (re)construção epistemológica que privilegie a autonomia do Direito, própria do Constitucionalismo Contemporâneo, e que seja pautada pela rejeição ao ceticismo filosófico e suas implicações pragmático-relativistas<sup>246</sup>.

De volta à obra de Diniz, o problema central da concepção dela a respeito das possibilidades de conhecimento no Direito reside *na sua adesão à discricionariedade e ao ativismo judicial*, como se extrai da passagem abaixo:

Resta-nos, por derradeiro, concluir que a função jurisdicional, quer seja ela de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente, criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada, por estar sofrendo sempre injunções de modificações sociais e valorativas, estando, portanto, sempre se perfazendo.<sup>247</sup>

Mais do que meramente “tolerar” tais coisas, como se males inevitáveis fossem, Diniz se mostra uma verdadeira entusiasta do ativismo judicial, enxergando nele a própria forma legítima de *renovação* do Direito.

<sup>245</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 151.

<sup>246</sup> “[...] por não haver um ‘equilíbrio epistemológico’ na abordagem científica do direito, a investigação jurídico-científica torna-se difícil [...]”. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

<sup>247</sup> DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 295.

#### 4.1.2 Discricionariedade e Ativismo Judicial

Em um primeiro momento, quando Diniz afirma que a função jurisdicional não é passiva e sim *ativa*, ela não está de forma alguma indo na contramão do Direito como integridade (Dworkin) ou da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck). A crítica ao ativismo judicial, por óbvio, não é uma apologia ao velho exegetismo mecânico do juiz *bouche de la loi*. A interpretação/aplicação não é ato volitivo ou discricionário, mas nem por isso é estático e passivo.

O problema, na teoria de Diniz, são os instrumentos que balizam essa função dinâmica e criativa. A autora irá falar no uso, pelos juízes, dos “tesouros da engenhosidade” (?) para elaborar uma justificação “aceitável” para que o juiz se atenha “intuitivamente” às finalidades da lei, com “sensibilidade”. Em outras palavras, essa metodologia parece muito mais um discurso moral(ista) do que um método propriamente dito. Neste particular, a teoria do conhecimento exposta por Diniz não é uma epistemologia de forma alguma, mas sim um mero discurso moral de “correção” das “lacunas” do Direito por força de um agente externo – qual seja, a sensibilidade moral do julgador, que nas situações “corretas” irá se valer de uma caixinha-de-surpresas-retórica (“os tesouros da engenhosidade”) para construir um argumento que torne a decisão “aceitável”.

Em outras palavras, um dos problemas cruciais da teoria da decisão de Diniz é que a autora procura conciliar a *legitimidade do ativismo e da discricionariedade judicial* com uma matriz epistemológica que entende o Direito como *conhecimento sistemático e científico*, no qual certezas axiológicas (que, por óbvio, não se confundem com verdades absolutas metafísicas) são possíveis<sup>248</sup>. Afinal, Diniz ressalta expressamente que toda sentença tem como pressuposto “uma certeza objetiva do sistema jurídico” em que se apoiou.

Por óbvio, qualquer pretensão de conciliar concepções tão díspares demandaria um arcabouço teórico imensamente sofisticado e original – teoria esta que Diniz nem sequer começa a construir, em momento algum de sua obra. Ora, ao referir que a sentença pressupõe “uma certeza *objetiva* do sistema jurídico”, a autora está reconhecendo expressamente que o sistema jurídico é efetivamente capaz de produzir *respostas corretas* (de novo: “corretas” em

---

<sup>248</sup> “A decisão do juiz não é incondicionada, pois as suas valorações ou estimações não são projeções do seu critério axiológico pessoal, uma vez que ele emprega como critérios avaliativos as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação com as situações fáticas que deve solucionar tendo em vista o momento atual. Não há uma criação livre, sem freios, porque o próprio direito é uma projeção necessária da estrutura social, valorativa e normativa em que se integra. Toda sentença pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico (entendido em seus subconjuntos) em que se apoiou. Acrescenta o juiz a esse sistema a norma individual que edita ao julgar o caso sub judice, nele inspirando-se”. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 294.

um sentido sistêmico-hermenêutico, e não metafísico-jusnaturalista) para os problemas concretos que se apresentam diante dele<sup>249</sup>.

Como já apontei anteriormente em meu livro *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial*<sup>250</sup>, Diniz divide a decisão judicial em dois momentos: o primeiro seria *cognitivo*; o segundo, *volitivo*. No primeiro, o juiz faria um apanhado intelectual de todas as *decisões possíveis* para o caso em tela. Neste primeiro momento, ele deve ser orientar pela lei, pela jurisprudência, pela doutrina, pelo caráter técnico-científico do Direito e pelas “balizas contidas no sistema jurídico”.

No segundo momento, o juiz se vê diante de uma metafórica cestinha cheia das “decisões possíveis” encontradas na etapa anterior. Como a solução do caso concreto demanda tão somente uma-e-não-mais-do-que-uma decisão, o juiz então, exercendo a sua vontade, escolhe e retira do cesto uma das “decisões possíveis” e descarta as demais (Diniz denomina este procedimento de “eleição”).

À toda evidência, Diniz se filia a uma espécie de teoria integrativa sistêmico-hermenêutica “pela metade”. Ela parece acreditar que, em cada caso concreto, o Direito é um processo cognitivo, construtivo e científico *até um certo ponto* (um ponto de certa forma “místico”, indefinido e indefinível). A partir deste misterioso “ponto”, todas as possibilidades que ainda sobram são insuscetíveis de hierarquização pela via do raciocínio jurídico sistêmico. A partir de tal “ponto”, não é mais possível falar em “certo/errado”, “correto/incorreto” ou “verdadeiro/falso”. A partir do *Ponto*, o juiz cruza uma espécie de *fronteira final* das possibilidades de conhecimento no Direito. Cruzada tal linha, todas as possibilidades lá inseridas são igualmente válidas e aceitáveis e, ao juiz, não resta outra coisa a fazer senão um simples exercício de *escolha*.

A primeira coisa que salta aos olhos, aqui, é que esta dualidade entre a etapa cognitiva e a etapa volitiva não passa de uma reimaginação da jurássica dicotomia – já completamente refutada pela filosofia jurídica crítica do positivismo normativista – entre os chamados *easy cases* e *hard cases*. Como se sabe, dentro da velha concepção do positivismo da primeira

---

<sup>249</sup> “Se o juiz constrói sua decisão através das ‘*pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica*’, e se essa não é ‘*uma criação livre, sem freios*’ na medida em que o Direito ‘*é uma projeção necessária da estrutura social, valorativa e normativa em que se integra*’, então o juiz está devidamente amparado para realizar um processo de descobrimento/construção de uma decisão constitucionalmente adequada para o caso concreto – o que é *muito diferente* de eleger meia dúzia de *soluções possíveis* para então *escolher uma delas* como sendo aquela *aplicável* ao caso em questão”. ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 118.

<sup>250</sup> ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 114.

metade do século XX, os *easy cases* seriam aqueles passíveis de respostas corretas, aqueles casos que podiam ser resolvidos pelos mecanismos normativos previamente disponíveis. Já os *hard cases* eram aqueles que, por sua maior complexidade, não permitiam respostas “corretas” e dependiam da discricionariedade (ato de vontade) do julgador para serem devidamente resolvidos.

A “novidade” aqui, na epistemologia jurídica de Diniz, é que a autora pega estas categorias antagônicas, que lidavam com casos separados (*easy x hard*) e transforma elas em *etapas necessárias de toda e qualquer decisão* (momento 1 + momento 2). O “momento 1”, cognitivo, equivale à velha noção de *easy case*. O “momento 2” (volitivo) equivale à concepção de *hard case*. A conclusão evidente é que a metodologia de Diniz é *ainda mais tolerante e permissiva, em relação à discricionariedade judicial, do que o era os positivismo normativistas* em Kelsen e, posteriormente, Hart.

Ora, o positivismo jurídico legitimava a discricionariedade judicial como “inevitável”, mas tão somente nos chamados *hard cases*. Até mesmo os positivistas acreditavam que, em certos casos, era possível identificar uma resposta jurídica adequada para a situação concreta sem dar nenhuma margem de espaço, nem sequer mínima, para as vontades subjetivas do julgador.

A concepção de Diniz, por sua vez, *naturaliza a discricionariedade judicial em todo e qualquer caso levado à apreciação do juiz, por banal que seja*<sup>251</sup>. Para ela, toda decisão jurídica, por mais simples que seja o caso em questão, irá sempre envolver um componente *cognitivo* e outro *volitivo*. O resultado disso é que, embora flerte com a teoria do Direito de Reale, de matriz claramente pós-positivista, *a teoria de Diniz acaba representando um retrocesso em relação ao positivismo jurídico, no que diz respeito à discricionariedade judicial e ao voluntarismo do intérprete-aplicador*<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> “O órgão jurídico ao aplicar uma norma terá que fazer uma interpretação, ante a sua indeterminação essencial, que ocorre quando o seu elaborador deixa ao que a aplicará a permissão de decidir por uma ou outra direção ou quando o seu sentido verbal não é unívoco, apresentando ambigüidade como consequência da discrepância entre a vontade real da lei e a declarada por ela. Em todos esses casos aparecem várias possibilidades para a aplicação jurídica. Essa dupla indeterminação legal conduz o intérprete a apontar quais as soluções possíveis. A determinação dessas possibilidades hermenêuticas é um ato cognoscitivo, mas, como a solução do caso exige uma eleição entre todas, é também volitivo por criar uma norma de escalão inferior. De modo que a sentença não deriva apenas de um ato de conhecimento, mas também de um ato de vontade. [...] Conhecidos os fatos provados e as normas aplicáveis, surge o ato de vontade, que escolhe a norma a aplicar, dentre as suas possíveis soluções. Sendo assim, o ato de conhecimento é condição do volitivo”. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 292-293.

<sup>252</sup> Em um quadro esquemático, Diniz deixa evidente que, para ela, a aplicação do Direito parte primeiramente de uma ideia de *subsunção* - e que eventuais “operações técnicas” mais complexas se fazem necessárias apenas em caso de verificação de lacunas, antinomia ou obscuridades textuais. Ao raciocinar nestes termos, ela dá mais um exemplo de sua filiação à velha e já superada distinção entre “easy cases” e “hard cases”. Ver: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 496.

A análise da epistemologia jurídica na obra de Diniz permite concluir, assim, que a autora flerta com a crítica ao positivismo jurídico e busca pensar a Ciência do Direito em termos de pós-positivismo. O problema é que ela faz isso sem qualquer amparo teórico adequado, inclusive frequentemente se valendo das lógicas internas próprias do formalismo positivista<sup>253</sup>.

O resultado disso é que, na obra de Diniz, a superação do positivismo por meio da ciência jurídica acaba se traduzindo não em epistemologia, mas sim na forma de um *discurso moral* que aposta nos valores e na *sensibilidade do julgador* para que estes atuem como *fatores externos de correção e colmatação de “lacunas” legais*.

Com uma base epistemológica tão frágil (e apostando numa espécie de infiltração purificadora do Direito pela moral), não chega a ser surpreendente constatar que Diniz acaba por legitimar posturas acentuadamente antidemocráticas – como a ideia de que o Direito, em última instância, se renovaria “por meio do Judiciário” (não seria pelas tensões e atritos entre diferentes atores sociais, por meio da política e pelo processo legislativo de produção democrática do Direito?).

#### 4.1.3 Os Três Modelos Explicativos de Ferraz Jr.

Dando sequência à problemática inerente à construção de um conceito de Ciência do Direito, Ferraz Jr. dirá o seguinte:

Envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito tem por objeto central o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões, etc. Para captá-lo, a ciência jurídica se articula em diferentes modelos, determináveis conforme o modo como se encare a questão da decidibilidade. Cada um destes modelos representa, assim, uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico.

O primeiro modelo, que poderíamos chamar analítico, encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões, isto é, dado um conflito hipotético e uma decisão hipotética, a questão é determinar suas condições de adequação: as possibilidades de decisão para um possível conflito. [...] Nesse caso, a ciência do direito aparece como uma sistematização de *regras* para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista.

---

<sup>253</sup> Até mesmo a concepção de hermenêutica jurídica de Diniz se mostra bastante limitada e alheia às transformações pelas quais este campo do conhecimento passou no último meio século. Ela dirá que a hermenêutica serve, basicamente, como um instrumento de verificação de existência de lacunas jurídicas e de afastamento de contradições e antinomias jurídicas. Ou seja, ainda é uma concepção que enxerga a hermenêutica jurídica como uma espécie de procedimento de depuração gramatical e de sintaxe. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 204-205.

O segundo modelo vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa. Trata-se de uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu *sentido*. Pressupõe-se, nesse caso, que o ser humano é um ser cujo agir tem um significado, ou seja, seus menores gestos, mesmo seus mecanismos involuntários, seus sucessos e seus fracassos têm um sentido que lhe dá unidade. A ciência do direito, neste caso, se assume como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. Por seu caráter, esse modelo pode ser chamado *hermenêutico*.

O terceiro modelo encara a decidibilidade como busca das *condições* de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Estabelece-se uma relação entre a hipótese de decisão e a hipótese de conflito, procurando-se determinar as condições dessa relação para além da mera adequação formal entre conflito e decisão. O ser humano aparece aqui como um *ser dotado de funções*, isto é, um ser que se adapta por contínua evolução e transformação, às exigências de seu ambiente. Segue a concepção da ciência do direito como investigação das *normas* de conveniência, estando a norma encarada como procedimento decisório, constituindo-se, então, o pensamento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas. Por seu caráter, esse modelo pode ser considerado *empírico*.<sup>254</sup>

Uma discordância pontual, porém importante, que o argumento que construo ao longo do presente trabalho tem com a teoria de Ferraz Jr. Da análise de suas obras, depreende-se que ele compreende a hermenêutica como sendo *um modelo explicativo da ciência jurídica como um todo*. Conforme já visto, segundo o autor, a ciência jurídica poderia ser explicada por meio de três paradigmas totalizantes distintos: o analítico, o hermenêutico e o empírico. Estes modelos sustentariam, respectivamente: a ciência do Direito como *teoria da norma*; a ciência do Direito como *teoria da interpretação* e a ciência do Direito como *teoria dogmática da argumentação jurídica*.

Sustentando entendimento diverso, procuro demonstrar, no presente trabalho, que *a hermenêutica não é um modelo de explicação integral da ciência jurídica*. Em outras palavras, ela não é uma teoria geral, totalizante, da ciência jurídica. Quero sustentar que a adoção de uma matriz hermenêutica opera apenas como um método de abordagem, dependendo ainda de: *a*) uma principiologia de objetivos (que, no caso, se encontra no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, concretizado no Estado Democrático de Direito); *b*) uma metodologia geral - mais precisamente, uma *matriz epistemológica*.

Isso não significa, é claro, que Ferraz Jr. enxergue estes três aspectos (analítico, hermenêutico e empírico) como *estanques*. Pelo contrário: o autor faz a ressalva de que todos estes aspectos estariam "inter-relacionados", e afirma que "o problema da unidade sistemática

---

<sup>254</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66.

do saber dogmático" estaria justamente na dificuldade em compreender e explicar "o modo como se dá esse inter-relacionamento". No entanto, não fica claro, na obra do autor, a forma como as três teorias (que, segundo ele, explicam a ciência do direito de forma ampla e totalizante - e partindo de perspectivas distintas e até mesmo excludentes) poderiam se "inter-relacionar" na forma de uma "unidade" capaz de transcender todas e cada uma das abordagens originais<sup>255</sup>.

Partindo da perspectiva que adoto no presente trabalho, também não é possível concordar com Ferraz Jr. quando ele sustenta que o atual *status* científico do Direito foi modificado, na medida em que "seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas sim de *decidibilidade*"<sup>256</sup>. Um dos meus argumentos centrais no presente se dá justamente no sentido de que não é possível haver um efetivo *controle sobre os limites da decidibilidade* sem adentrar na questão das *possibilidades de conhecimento dentro da ciência jurídica*.

Dito de outro modo, a questão da *verdade* (aí entendida de forma não absolutizada e não metafísica, mas sim na forma de enunciados científicos corretos de acordo com a sistemática do ordenamento jurídico), que é matéria própria da *epistemologia* enquanto área da *filosofia*, é *condição de possibilidade* para a *definição de padrões de adequação e correção das decisões judiciais*.

De qualquer forma, estas observações não nos devem induzir ao erro de imaginar que a obra de Ferraz Jr. aposta no decisionismo ou na discricionariedade judicial. Pelo contrário: *o autor critica expressamente as limitações das concepções decisionistas e céticas*.<sup>257</sup> O que se constata é que o autor aparentemente sugere que a discricionariedade seria, em certos momentos, inevitável<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>257</sup> "Veja, a propósito, o que ocorre com as chamadas concepções decisionistas do direito (por exemplo, Schmitt, 1970), que tentam fundar a legitimidade das normas jurídicas em decisões. As normas, concebidas elas próprias como decisões, só poderiam ser fundadas em outras decisões, devendo haver, então, uma decisão última que estabelecesse inapelavelmente a legitimidade da série. Que significa, porém, esta legitimidade? Concepções decisionistas aceitam em geral a tese do positivismo lógico de que as questões da razão prática (tecnológicas) não são capazes de verdade, ou seja, de que normas são enunciados prescritivos aos quais não cabe a alternativa verdadeiro/falso. Essa tese, de certo modo, pressupõe a irracionalidade dos juízos jurídicos e morais que só podem ser concebidos como atos de *crença*. Com isto, a legitimidade passa a ser um momento de justificação do direito, sem qualquer base na verdade, apenas um exercício de controle do comportamento que funciona e tem sucesso: a primeira decisão legitima-se enquanto suscita crença". *Ibid.*, p. 326.

<sup>258</sup> "Na verdade, porém, a decisão jurídica ocorre em situações onde não há aquela simetria entre alternativas e consequências, sendo a decisão não um ato de escolha da solução ótima, mas uma opção pela alternativa que satisfaz os requisitos mínimos de aceitabilidade". FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 97.

#### 4.1.4 Uma Crítica à “Epistemologia das Ciências Culturais” de Ovídio

Já Ovídio Araújo Baptista da Silva, um dos mais celebrados processualistas brasileiros do último meio-século, em sua obra *Epistemologia das Ciências Culturais*, apresenta uma dura crítica a todos aqueles que atacam a discricionariedade judicial – em particular, Ronald Dworkin<sup>259</sup>. Ovídio, ao contrário de Diniz, não endossa o *ativismo judicial*, mas naturaliza a discricionariedade. Para o autor, trata-se de um elemento inseparável do ato humano de julgar<sup>260</sup>. Ele critica abertamente a postura “científica” no Direito, associando ela com velhas ilusões próprias do positivismo e do velho jusnaturalismo. De acordo com o autor:

As sentenças podem ser justas ou injustas, muito justas ou muito injustas, escandalosamente injustas, assim como, ao contrário, podem ser sentenças excepcionalmente justas. Aqui reside o problema fundamental dos juristas 'cientistas', de que faz parte Dworkin, para os quais falar em *justiça* seria fazer metafísica, ou cair no *arbítrio*, posto que a justiça de uma sentença não podendo ser *quantificada*, como as experiências empíricas, seria necessariamente uma proposição imprestável, além de arbitrária. [...]

Para o jurista comprometido com os métodos científicos, tudo o que possa ir além da demonstrabilidade objetiva seria metafísica, ou *juízos de valor* que, ainda pensam eles, brigariam com a *neutralidade*, o pressuposto básico de qualquer ciência. Mas essa sonhada neutralidade científica há muito caiu em desuso. Essa neutralidade, comum ao jusnaturalismo e ao positivismo, tem o direito como *presuposto*. Ele aparece ao julgador já pronto, despejado pela fábrica legislativa.<sup>261</sup>

A principal fragilidade da teoria epistemológica de Ovídio, todavia, é que ela se mostra absolutamente desprovida de fundamentos coerentes. Com efeito, em certos momentos o autor busca combater o cientificismo no Direito<sup>262</sup>, sustentando que se trata de uma área do conhecimento humano que não comporta “certezas” e “verdades”, ao contrário das ciências chamadas naturais<sup>263</sup>. Em outros momentos, no entanto, ele dirá que - neste momento histórico

<sup>259</sup> "Há outro ponto de sua doutrina que igualmente não posso aceitar. É sua insistência em que os juízes não gozam de *discricionariedade* no ato de julgar". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 20.

<sup>260</sup> "O juiz de nossa realidade cotidiana, o juiz de carne e osso, é um ser humano como nós. Esperar que ele se dispa de seus compromissos ideológicos, de sua formação cultural, de seus valores morais, para tornar-se um autômato, em última análise, pensar-se naquele *indivíduo* livre e desligado de sua comunidade cultural, é sonhar ainda o sonho do *Iluminismo*". Ibid., p. 94.

<sup>261</sup> Ibid., p. 41.

<sup>262</sup> "Quero afirmar que a epistemologia das ciências (em seu sentido moderno) é imprópria para o Direito". Ibid., p. 18.

<sup>263</sup> Ovídio traz à baila, em defesa de seu argumento, uma passagem na qual Ernst Cassirer fala sobre o pensamento de Ortega Y Gasset: "'E a tarefa da ciência natural consiste em penetrar debaixo das aparências mutáveis até chegar à natureza ou textura permanente [...]. A vida humana não é uma coisa, não tem natureza e, conseqüentemente, precisamos resignar-nos a pensar nela em termos, categorias e conceitos que serão radicalmente diferentes do que projetam luz sobre os fenômenos da matéria". CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica*. São Paulo: Mestre Jou, 1972. p. 271. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 59.

em que vivemos - não faz mais sentido falar em “certezas” e “verdades”<sup>264</sup> nem mesmo nas ciências naturais<sup>265</sup>. Ovídio não sustenta uma visão coerente neste particular: ora ele dá a entender que o Direito, por suas especificidades, não pode atender a requisitos científicos alcançados por outros campos do conhecimento – e ora afirma que as noções de verdadeiro/falso não valem mais para simplesmente nenhum campo do conhecimento, abraçando um relativismo epistemológico generalizado e absoluto<sup>266</sup>. Mas, de forma curiosa e surpreendente (e, é forçoso reconhecer, também visivelmente contraditória), ele encerra o seu argumento tentando enquadrar o Direito dentro de uma nova concepção científica: o Direito seria uma ciência “cultural”, “analógica”, “prática” e “não explicativa”.

Os problemas da teoria de Ovídio, neste particular, são bastante evidentes. Ele busca afastar o Direito da epistemologia – mas, não obstante, pretende que o Direito seja classificado dentro de um “novo” conceito de ciência (“análogica”). Ora, mas como uma *ciência* poderia ser *não-epistêmica*? Estas contradições conceituais saltam aos olhos na referida obra do autor, e comprometem qualquer pretensão de sistematicidade que o seu argumento poderia desejar ter.

A fragilidade da teoria “epistemológica” (ou “anti-epistemológica”) de Ovídio aparece de forma mais acentuada quando ele apresenta o ponto crucial da sua tese de superação do normativismo antidiscricionário dworkiniano, qual seja: a distinção entre *discricionariade* e *arbitrariedade*. Para Ovídio, a discricionariade é natural e inafastável, enquanto que a arbitrariedade seria uma distorção inaceitável dos poderes do juiz.

A questão que permanece, no entanto, é a seguinte: uma vez que Ovídio rejeita a lógica<sup>267</sup>, o normativismo e até mesmo qualquer pretensão epistemológica no Direito<sup>268</sup>, *como seria possível construir critérios críticos adequados e aptos a permitir uma distinção, nos*

<sup>264</sup> "Supor que nossos magistrados possam despir-se de sua condição cultural para julgar como magistrados absolutamente neutros, como lógicos puros, é de uma superficialidade que se tornou ridícula em nossos dias". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 102.

<sup>265</sup> “Tenha-se presente, porém, como hoje é moeda corrente entre os ramos mais evoluídos das ciências experimentais, que nem mesmo estas estão livres da interferência humana de cientista, a quebrar o antigo dogma da neutralidade própria das ciências experimentais. Sem falar em fenômeno análogo nas matemáticas”. Ibid., p. 08.

<sup>266</sup> “Hoje, depois de Einstein, mas particularmente depois de Thomas Khun, falar em *neutralidade* científica e em *verdades*, mesmo nas ciências experimentais, é assumir uma atitude grosseiramente anacrônica, pois é sabido que todo o progresso científico contemporâneo orienta-se no sentido de tornar evidente que as chamadas “verdades científicas” muitas vezes são desacreditadas em poucos anos”. Ibid., p. 41.

<sup>267</sup> “Devemos ter presente que, através da lógica, nada apreendemos. Ela não passa de um instrumento através do qual procuramos transmitir a nossos interlocutores o que já sabemos”. Ibid., p. 103.

<sup>268</sup> “A ânsia de Dworkin com a veracidade das sentenças denuncia seu apego aos critérios epistemológicos das ciências, tais como elas são modernamente compreendidas. No fundo, seu pensamento parte da premissa de que as proposições próprias das ciências do espírito, das disciplinas eminentemente culturais, serão verdadeiras ou falsas, como “verdades” científicas”. Ibid., p. 41.

*casos concretos, entre discricionariedade e arbitrariedade?* Em outras palavras: se não há nenhum cientista legitimado a proceder com uma análise externa sobre os parâmetros de adequação da decisão judicial, *quem decide o que é “arbitrário” e o que é meramente “discricionário”?*<sup>269</sup>

O ataque de Ovídio a Dworkin, é forçoso reconhecer, se mostra prejudicado em virtude de uma série de má-compreensões evidentes, da parte do saudoso processualista brasileiro em relação à teoria do jusfilósofo norte-americano. Talvez um dos problemas centrais, aqui, resida no fato de que o “Dworkin” que Ovídio critica se resume às três obras mais tradicionais do autor, publicadas nos anos 1970 e 1980 (a saber: “Levando os Direitos a Sério”, “O Império do Direito” e “Uma Questão de Princípio”). A própria bibliografia de *Epistemologia das Ciências Culturais* indica que estes foram os únicos três livros de Dworkin consultados por Ovídio. Isso levou o mestre gaúcho a algumas confusões conceituais que provavelmente teriam sido desfeitas caso ele tivesse levado em considerações certas obras posteriores de Dworkin, especialmente “A Justiça de Toga”, de 2006.

Por exemplo: Ovídio, de forma incorreta, acusa Dworkin de associar a *discricionariedade judicial* como um verdadeiro sinônimo de *positivismo jurídico*, de forma que para Dworkin (segundo Ovídio), “a existência de mais de uma resposta ‘legítima’ somente seria defendida pelos positivistas”<sup>270</sup>. Ora, basta ter ciência dos acalorados debates que Dworkin teve em oposição ao ceticismo filosófico (Stanley Fish), ao relativismo filosófico (Rorty) e ao pragmatismo da *law and economics* (Posner) para perceber que a cruzada intelectual de Dworkin, ao longo de mais de quatro décadas, nunca foi limitada ao positivismo jurídico – seu alvo primordial, isso sim, é a *discricionariedade judicial*<sup>271</sup>.

Ao contrário do que Ovídio sugere, Dworkin jamais estabeleceu uma ideia do tipo “toda discricionariedade judicial é uma manifestação do positivismo”. Pelo contrário: para o jusfilósofo norte-americano, a discricionariedade judicial é *um fenômeno mais amplo*, que pode ser levado a cabo por teorias jurídicas absolutamente alheias ao positivismo normativista

<sup>269</sup> É verdade que alguém poderia queixar-se de que, em Dworkin, a definição de limites para o agir discricionário é mais simples na teoria do que na prática – mas isso não muda o fato de que, em Dworkin, ao menos a teoria dá uma solução para o problema, ao passo que, na anti-epistemologia de Ovídio, não se vislumbra uma solução para o impasse *discricionário/arbitrário* nem mesmo em tese, nem mesmo no plano teórico.

<sup>270</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 44.

<sup>271</sup> Ovídio também se equivoca quando acusa Dworkin de defender uma “concepção de jurisdição apenas declaratória”. Para Ovídio, um juiz cuja função seja apenas declaratória estaria impossibilitado de fundamentar a sentença, na medida em que “fundamentar pressupõe, necessariamente, a possibilidade de existir na lei duas ou mais soluções legítimas”. Aqui, Ovídio não apenas endossa a concepção de Diniz no que diz respeito à decisão enquanto “ato de escolha” como, ainda, confunde o construtivismo hermenêutico de Dworkin como um apelo ao velho juiz “boca da lei”, como se Dworkin fosse um paleopositivista pré-kelseniano. *Ibid.*, p. 99.

de Hart, que foi o alvo original das críticas de Dworkin nos anos 1970. Vale observar que, de certa forma, na última década de vida de Dworkin, o seu maior adversário intelectual não foi nenhum representante de correntes juspositivistas, mas sim o ícone máximo do pragmatismo cético economicista nos Estados Unidos: Richard Posner.

Curiosamente, ao mesmo tempo em que denuncia Dworkin por indevidamente aplicar em seus alvos o rótulo de “positivista”, Ovídio acusa o autor norte-americano de ser um representante de escolas de pensamento absolutamente díspares e inconciliáveis. Em certos momentos, Ovídio ilustra Dworkin como sendo um iluminista retrógrado e preso a uma “torre de marfim”, sem compromisso com a prática do Direito<sup>272</sup>. Em outros, como sendo um positivista inconsciente<sup>273</sup>, defensor de uma teoria absolutista<sup>274</sup>. E ainda, a certa altura, Dworkin surge até mesmo como sendo um defensor tardio do “direito natural”<sup>275</sup>.

Isso não impede Ovídio, no entanto, de revelar a sua simpatia por uma espécie de pragmatismo realista, inclusive quando afirma expressamente a sua identificação com o chamado *realismo jurídico* norte-americano, quando refere que:

Para mim, que sempre fui advogado forense, é mais fácil aceitar o ponto de vista de um ilustre magistrado americano, um dos principais nomes do chamado *realismo*, quando ele assevera que a maioria dos pleitos são 'pleitos sobre fatos' [...].<sup>276 277</sup>

<sup>272</sup> "Trata-se de obras acadêmicas sem a menor preocupação com a praxis judiciária, com visível compromisso iluminista, determinante da separação entre 'direito' e 'fato'". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 20.

<sup>273</sup> "É precisamente neste ponto que a concepção de Dworkin, em seu afã de busca da 'verdade' e das sentenças 'certas' -, de seu elogio à pura *objetividade* - aproximam-no dos positivismo, que ele tanto combate". Ibid., p. 94.

<sup>274</sup> "Como antes ficou dito, o jusnaturalismo racionalista e o positivismo igualam-se em ponto essencial: ambos são sistemas *absolutos*, ou seja, são sistemas inflexíveis em seus pressupostos. Para o jusnaturalismo, a concreção do direito decorre do *ius naturale*, ou da *naturalis ratio*; para o positivismo, o direito é um produto criado pelo homem, expresso pelo texto de lei promulgada pelo legislador. Fora daí não há Direito". Ibid., p. 89.

<sup>275</sup> "Emerge, aqui, uma questão fundamental sobre a relação estabelecida por Dworkin entre a resposta 'correta' e o *positivismo* que, pela sua importância, terei de tratá-la mais adiante. Segundo ele sugere, a existência de mais de uma resposta 'legítima' somente seria defendida pelos positivistas. É necessário, no entanto, adiantar o seguinte: em certo sentido, todos somos positivistas, na medida em que estamos subordinados, coercitivamente, à lei promulgada pelo Estado. Temos de trabalhar e aplicar o *direito positivo*; e neste sentido seremos, necessariamente, positivistas. Como mostrou Norberto Bobbio, a classificação que deve ser feita será entre 'direito natural' e 'direito positivo' [...]. Portanto, ou seremos positivistas ou defensores – ainda – do direito natural". Ibid., p. 44-45.

<sup>276</sup> Ibid., p. 19.

<sup>277</sup> Há dois outros pontos que tornam evidente as más-compreensões de Ovídio em relação a Dworkin. Primeiro: ele afirma que o jusfilósofo norte-americano “se vale dos chamados *hard cases*” para dar-lhes “natureza de casos controversos”. Pelo contrário: Dworkin é, talvez, o maior responsável pela refutação definitiva da velha distinção entre *easy cases* e *hard cases* – uma justaposição que servia para endossar o argumento positivista em prol da discricionariedade judicial, a mesma que Ovídio defende de forma reiterada e insistente. Dworkin, portanto, não “se vale” de tal distinção: ele a sepulta. Segundo: Ovídio acusa Dworkin (e todo e qualquer normativismo, aliás) de “se preocupar apenas com normas” e não dar atenção “aos fatos”. Ora, mas este *gap* entre fato e norma, que era um defeito do positivismo normativista kelseniana, já havia

A determinação de Ovídio no sentido de negar as possibilidades racionalistas e sistematizantes da epistemologia jurídica, aparentemente, é norteado por uma concepção que associa qualquer tipo de jusracionalismo sistêmico com absolutismo teórico. Ovídio enxerga contornos “autoritários” na ideia de uma teoria rigorosa da decisão. Não fica claro, no entanto, *de onde partiria esse “autoritarismo”* (da doutrina? Do cientista jurídico?). O autor parece preocupado com o “perigo” de o Direito, diante de uma epistemologia rigorosa, ficar fechado às possibilidades de penetração da moral para dentro do campo jurídico. O rigor jusracionalista, assim, “fecharia” as portas para as possibilidades de uma interpenetração do Direito pela moral.

Com a devida vênia, não é possível concordar com Ovídio também em relação a este particular. O problema, aqui, parece residir no fato de que ele dá por pressuposto que os sistemas jurídicos modernos são “separados” da moral por *default*<sup>278</sup>, e que apenas uma “flexibilização do raciocínio jurídico” poderia permitir que a “valoração” estivesse em condições de “penetrar no intérprete”<sup>279</sup>.

O autor vai tão longe nesta crença – da necessidade de “correção externa” do Direito pela moral que ele chega ao extremo de *negar que a normatividade possa operar como um instrumento de realização da justiça*:

---

sido superado por Hart (ao ponto de ele mesmo, muitos anos depois, descrever a si próprio como sendo um positivista *soft*). Este problema não apenas não está presente na teoria de Dworkin como, a bem da verdade, já havia sido identificado e superado por Hart muito antes de Dworkin formular a sua famosa crítica contra o mestre britânico. A análise de Ovídio falha ao ignorar este importante aspecto, o que o faz insistir no seguinte equívoco: "O *normativismo*, exacerbado nos países do direito codificado, inverte a estrutura do chamado 'silogismo judicial'. Antes de partir dos 'fatos', como era próprio do direito romano clássico, os operadores forenses buscam, inicialmente, a regra (a norma legal), com a qual formam a 'premissa maior' do silogismo, para, em momento subsequente da operação exegética, 'subsumir' o 'fato' na 'norma'. Este estilo exegético é pressuposto por Ronald Dworkin, que despreza os 'fatos', interessado apenas na compreensão da 'norma'". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 75.

<sup>278</sup> Esta concepção de Ovídio – da separação entre o Direito e a moral – parece decorrer de uma ideia de normatividade anterior ao advento do Constitucionalismo Contemporâneo. Dentro do paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito, tem se mostrado mais forte a concepção de que o Direito e a moral compartilham uma co-originariedade. Ou, dito de outro modo, o fato de que a moral não deve atuar como um fator de correção externa do Direito não muda a circunstância de que, com o Constitucionalismo Contemporâneo, se deu uma efetiva “invasão” do Direito pela moral, na forma de uma principiologia jurídica que se coloca como parte integrante e constitutiva da normatividade. Isso porque: “[...] se o Direito tem um elevado grau de autonomia, não se quer dizer com isso que ele esteja despido de qualquer conteúdo moral. Ao contrário, por tudo o que aqui foi dito, pode-se perceber que há, sim, uma origem mútua entre direito e moral, principalmente quando se olha para uma sociedade que precisa dar respostas ao que restou de Auschwitz”. STRECK, Lenio Luiz. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 149.

<sup>279</sup> “É neste ponto que o jusracionalismo se iguala ao positivismo, enquanto concepções servis ao absolutismo, que não deixam margem à razoabilidade porque, essencialmente, esta flexibilização do raciocínio jurídico deixa penetrar no intérprete uma parcela, mais ou menos apreciável de valoração, sabido como é que os valores não entram nos sistemas modernos, filiados à doutrina da separação de poderes”. SILVA, op. cit., p. 82.

As 'certezas', que não existem nem mesmo nas ciências naturais, não são - nunca foram - critérios ou objetivos próprios do Direito. A justiça, para desgosto de nossos teóricos, não poderá ser *normatizada*. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural (e inevitável) *discricionariedade* do ato jurisdicional se transforme em *arbitrariedade* [...].<sup>280</sup>

Persiste, no entanto, a questão que já assinalamos: *como “impedir” que a discricionariedade se “transforme” em arbitrariedade* (supondo, como quer Ovídio, que a discricionariedade não seja arbitrária em si)? As respostas que o saudoso processualista nos apresenta, aqui, são claramente insuficientes e simplórias, não tendo o condão de constituir uma legítima “epistemologia das ciências culturais”. Como já observado, Ovídio parece apostar na *correção externa do Direito pela moral*. Aqui, segundo ele, estaria a “pedra de toque” para distinguir o *discricionário* do *arbitrário*.

É neste ponto que se elimina o risco do arbítrio. A subjetividade essencial ao ato de julgar (produzir sentenças justas) não é uma subjetividade arbitrária, pessoal do julgador. Ela deve estar sustentada nos valores da comunidade a que ele pertence, além disso, adequada a seu tempo.<sup>281</sup>

Como se vê, Ovídio descarta o construtivismo “coletivo” (ideia do Direito como um longo romance em cadeia, escrito por múltiplos autores) de Dworkin como sendo uma espécie de “dogmatismo” normativista, de viés absolutista. Ele substitui estas concepções de integridade e coerência no Direito pela aposta no agir solipsista do juiz, entendido este como um intérprete antenado com as sensibilidades morais do seu meio e de seu tempo.

A distância que separa as duas concepções é enorme: enquanto Dworkin aposta em uma teoria de adequação cujas respostas estão *dentro do Direito* (os *princípios jurídicos*), Ovídio prefere em uma abordagem “anti-epistemológica” que rejeita os formalismos teóricos como sendo prisões conceituais herdadas do positivismo jurídico. Por isso, *na contramão de Dworkin*, ele irá apostar em uma “teoria sem teoria”, cujas respostas estão *fora do Direito*: elas residem, nas palavras do autor, “nos valores da comunidade a que ele (o juiz) pertence”, e decorrem de uma subjetividade “adequada a seu tempo”<sup>282</sup>. Em outras palavras: na *moral* enquanto esfera extrajurídica de valores<sup>283</sup>.

<sup>280</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 86.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>282</sup> Curiosamente, ao mesmo tempo em que advoga uma leitura “anticientífica” para o Direito em geral, Ovídio por vezes parece não ter problemas em enxergar a sua área de especialização – o direito processual – como um campo eminentemente científico. Ele chega a afirmar expressamente que “Nós - refiro-me aos processualistas e a nossa ciência - trabalhamos com o instrumental teórico das ciências experimentais [...]”.

É igualmente digno de nota que Ovídio aposta na *hermenêutica jurídica* como uma ferramenta para que sejam evitadas as arbitrariedades judiciais<sup>284</sup>. No entanto, ele não apenas enxerga Dworkin como uma espécie de *outsider*, um autor alheio/estranho à abordagem hermenêutica, como ele também não dialoga com nenhum dos autores fundamentais da hermenêutica no século XX, como Heidegger ou Gadamer<sup>285</sup>. Isso o leva ao equívoco de apostar, em última instância, em uma verdadeira *hermenêutica relativista*<sup>286</sup> - que jamais encontraria amparo nas obras de Gadamer ou Heidegger<sup>287</sup>.

Apesar de endossar entusiasticamente a discricionariedade judicial, Ovídio parece reconhecer que, na prática judiciária brasileira, não se tem vislumbrado sucesso na difícil

Todavia, ele não explica de que forma um campo específico de estudos dentro do Direito – o direito processual – poderia ser “científico” ao mesmo tempo em que o Direito, como um todo, “não” o é. Ver: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 53.

<sup>283</sup> "A justiça efetivamente é uma *resposta* a um sentimento originário de repulsa ante uma injustiça. Naturalmente uma resposta individual, portanto comprometida com a formação cultural de quem exterioriza essa reação. A reação espontânea contra a injustiça, essa sim, é uma das virtudes mais excelsas do Homem". Ibid., p. 94.

<sup>284</sup> "[...] uma vez superado o positivismo, para recolocar o Direito (especialmente o processo) no campo das ciências hermenêuticas, os julgamentos, as sentenças enfim, tornar-se-ão um reflexo da constelação de valor válidos para as circunstâncias históricas que os produziram". Ibid., p. 105.

<sup>285</sup> Ovídio afirma que "Minha intenção é demonstrar que a afirmação de Dworkin, de que a *discricionariedade* é um equívoco cometido pelos positivistas, é falsa. Para tal, vou relacionar um grupo qualificadíssimo de juristas e filósofos que, longe de serem positivistas, mesmo assim, admitem tranquilamente que o julgador disponha de poder *discricionário*". Ele então traz à baila citações de Castanheira Neves, Josef Esser e Arthur Kaufmann. Em relação a Esser, cumpre observar que todas as obras do autor que foram utilizadas como referência por Ovídio são anteriores aos meus antigos trabalhos de fôlego de Dworkin. Em relação aos demais (pelo menos no âmbito das referências utilizadas por Ovídio em sua obra), fica evidente que não conseguem, da mesma forma que o processualista gaúcho, superar o problema do apelo à moral como um instrumento de correção externa do Direito. Ibid., p. 97.

<sup>286</sup> "O longo desvio introduzido em minha exposição procurou cimentar uma relação que me parece ineliminável entre o pensamento dos juristas que procuram soluções judiciais certas, ou seja, iluminadas pela *verdade* e pelas *certezas*, e os outros - dentre os quais me incluo - que consideram o julgamento judicial, como qualquer julgamento humano, capaz de permitir outras alternativas - igualmente legítimas - em razão de uma semelhante *razoabilidade*". [...] "Este grupo convive e trabalha com a *contingência*, não com a segurança das decisões 'corretas'. Pensam que o sentido do vocábulo *correto* poderia próprio para as ciências lógicas, nunca para o Direito. E hoje se sabe que nem a matemática e menos ainda as ciências experimentais, como a física e a química, alcançam o sonhado patamar da *verdade* fora da História [...]. Essa concepção ingênua, comprometida com a neutralidade do cientista, caiu como mais um mito da era moderna. Obviamente, queiramos ou não, teremos de aceitar que o jurista e, mais diretamente, o juiz não escape à carga de sua formação cultural, quando julga". Ibid., p. 14-17.

<sup>287</sup> Uma das referências que Ovídio adota, como base para sua ideia de *uma hermenêutica jurídica que convive perfeitamente bem com a discricionariedade judicial*, é Karl Engisch. Para Engisch, "O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir - na minha opinião é mesmo de admitir - a existência de discricionariedade no seio de nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, nota-se, neste sentido: no sentido de que no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo 'espaço de jogo' será havida como sendo a melhor e a 'justa'. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe". ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 227.

(impossível?) tarefa de *legitimar a discricionariedade e, ao mesmo tempo, coibir e vedar a arbitrariedade*.

Do juiz concebido como um ser inanimado, desligado de sua cultura, estamos hoje nas mãos de juízes que se tornaram arbitrários, por uma contingência inelutável. Como eles não foram preparados para fundamentar suas decisões - que o sistema, aliás, nem mesmo admite -, as infundáveis alternativas oferecidas por uma linguagem essencialmente *pluriunívoca*, permite-lhes julgar como querem. [...]

Os tribunais e eles próprios limitam-se a 'explicar' como descobriram a 'vontade da lei'. Em geral, antes de comprometer-se com o julgamento, o juiz já preparou o 'caso' de tal modo que dele fossem expurgados os fatos e circunstâncias que o emoldam. Isto permite-lhe *subsumir* o 'caso' na regra, através do critério de *subsunção*, perante o qual a originária *analogia* que caracteriza a essência dos fatos reais, torna-se *identidade*.<sup>288</sup>

No entanto, a forma como Ovídio critica a postura comum a tantos juízes (de decidir primeiro e “justificar” retroativamente de forma retórica depois de já terem escolhido como decidiriam) se mostra difícil de compreender diante da aposta do autor na discricionariedade judicial. Fica a pergunta: na medida em que o autor *naturaliza a discricionariedade e rejeita quaisquer tipos de formalismos epistemológicos* aptos a operar como instrumentos de análise da adequação e acerto/equívoco de uma decisão judícia, *como se pretende continuar reclamando do “livre decisionismo” dos juízes depois disso?*

Estes são, em suma, os sérios problemas que fragilizam por demais o desejo de Ovídio de explicar o Direito como uma “ciência prática”<sup>289</sup>, de caráter “não explicativo”<sup>290</sup>, que “não se realiza no discurso acadêmico”. A teoria “anti-epistemológica” de Ovídio, à toda evidência, é absolutamente incompatível com a crítica do positivismo jurídico de matriz dworkiniana, com a Crítica Hermenêutica do Direito capitaneada no Brasil por Lenio Streck e com qualquer teoria jurídica crítica que dialogue adequadamente com o antirrelativismo da virada linguística capitaneada no século XX por Heidegger e Gadamer.

No entanto, existem dois pontos sustentados por Ovídio que vêm absolutamente de acordo com o argumento geral que apresento no presente trabalho. O primeiro deles é a observação de que a obra de Dworkin carece do “apoio determinante de um definido esquema

<sup>288</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 124.

<sup>289</sup> "Nem positivismo nem jusracionalismo. O direito é uma ciência prática, que não se realiza no discurso acadêmico. Ou realiza-se nas relações espontâneas da comunidade social, nas incontáveis relações jurídicas, que formam o direito material, ou realiza-se através da Jurisdição. Nossas necessidades e contingências históricas e políticas indicam-nos que devemos buscar um caminho intermediário entre aqueles dois absolutismos". *Ibid.*, p. 102-103.

<sup>290</sup> "Com estas ligeiras observações, sobre tema tão árduo e vasto, penso que me foi possível dar uma ideia aceitável da profunda distinção entre as ciências que buscam a verdade e as ciências humanas, que são ciências não explicativas, mas compreensivas". *Ibid.*, p. 126.

metodológico para o seu efetivo cumprimento”. Ovídio irá buscar essa observação em Castanheira Neves<sup>291</sup>. Parece-nos que tal constatação não apenas procede como poderia ser melhor enunciada da seguinte forma: falta, em Dworkin, todo um chão epistemológico propriamente dito. O que o jusfilósofo norte-americano constrói é: a) uma crítica desconstrutiva do positivismo jurídico hartiano; b) uma teoria da decisão; c) uma principiologia interpretativa. Não há, em seu trabalho, uma reconstrução da ciência jurídica apta a romper com o modelo epistemológico do positivismo normativista. Ovídio e Castanheira Neves têm razão neste ponto. Outro ponto no qual estamos de acordo com Ovídio diz respeito à crítica feita ao repúdio dos juristas em geral no sentido de reconhecer o valor científico do raciocínio analógico<sup>292</sup>.

#### 4.1.5 A Postura Anti-Epistemológica

Assim como Ovídio, também Marcelo Campos Galuppo irá defender a ideia de uma teoria jurídica “anti-epistemológica”. Inicialmente, ele sugere que o conceito de *correção normativa* é mais apropriada para o Direito do que o de “verdade”. Me parece que ele tem razão neste particular. Afinal de contas, a palavra “verdade” possui múltiplos significados, não raro de alcance muito amplo, e o seu uso descuidado poderia evocar uma ideia (já superada pela filosofia jurídica contemporânea) de correspondência entre um enunciado normativo e uma determinada realidade do mundo físico, da mesma forma como ocorre nas chamadas ciências naturais.

Para fins das diferentes abordagens jusfilosóficas contemporâneas que trabalham com a ideia de *respostas corretas* no Direito, o uso da palavra *verdade* não pretende ter nenhum alcance para além daquilo que Galuppo chama de *correção normativa*. Pelo contrário: de fato, é exatamente disso que se está falando, ou seja, de “verdade” entendida no sentido de

<sup>291</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 20.

<sup>292</sup> Apesar da concordância com o diagnóstico de Ovídio neste particular, não é possível concordar com a explicação que ele oferece. Ele dirá que o “repúdio devotado à analogia” no Direito moderno seria oriundo do fato de que a analogia é incapaz de “produzir verdades definitivas, como pretendem sê-las as ‘verdades’ científicas”. O autor é incoerente neste ponto, na medida em que ele mesmo define, em outros momentos de sua obra, que nenhuma ciência (seja social ou natural) contemporânea trabalha com a ideia de verdades “definitivas” – no que, aliás, o autor está coberto de razão. A abordagem de Weinreb, neste particular, nos parece mais acertada. Ver: WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Destaco, ainda, que Ovídio se mostra igualmente incoerente quando diz que é “uma verdade óbvia” que a analogia é “a apreensão para que se chegue à segurança do raciocínio jurídico”. Com a devida vênia, é impossível deixar de observar que causa perplexidade ver o autor falando em “verdades óbvias” no meio de uma obra entusiasticamente dedicada ao argumento de que não existe tal coisa denominada “verdade” (muito menos “óbvia”). Essa livre alternância entre ceticismo relativista e absolutismo retórico é uma das várias fraquezas da teoria jurídica “anti-epistemológica” levada a cabo por Ovídio. Ver: SILVA, op. cit, p. 106 e 119.

*respostas tecnicamente corretas e juridicamente adequadas dentro de um determinado contexto normativo-sistêmico em um dado lugar e momento.* Talvez, de fato, Galuppo tenha razão na sua desconfiança em relação ao uso descuidado do termo “verdade”. Talvez, noções como *correção normativa, respostas corretas* (Dworkin) ou *respostas constitucionalmente adequadas* (Streck) sejam mais eficientes no sentido de deixar claro que seus proponentes não estão, de forma nenhuma, em busca de verdades metafísicas<sup>293</sup>.

Minha principal divergência com o modelo epistemológico pós-positivista sugerido por Galuppo reside no fato de que ele, de forma paradoxal, defende uma epistemologia jurídica “não científica” (o que o aproxima da abordagem de Ovídio):

Resumindo, a epistemologia pós-positivista substitui a busca pela verdade no conhecimento jurídico pela busca pela correção normativa na aplicação adequada de normas jurídicas a um determinado contexto. Isto se liga à contraposição aristotélica (e tomista) entre a ordem das coisas que são sempre e a ordem das coisas que são na maioria das vezes. As coisas que são sempre do mesmo modo, são necessárias, e regem-se pela ciência, que implica a noção de conhecimento verdadeiro (episteme). Já as coisas que são a maioria das vezes não se regem pela verdade, pois não são necessárias. É o caso daquilo que capaz de produzir o bem ou o mal para o homem. É o caso da prudência<sup>294</sup>.

O autor, evidentemente, fica nos devendo a resposta para a seguinte questão: *como poderia ser possível uma epistemologia sem epistême?* Ora, a partir do momento em que Galuppo parte da justaposição entre *epistême* e *prudentia* e conclui (equivocadamente, a meu ver) que o Direito seria tão somente uma espécie de saber prudencial (*prudentia*) e não uma

---

<sup>293</sup> “Ou seja – e isso já aparece com clareza no *corpus aristotelicus*: falar em ‘verdade’ num determinado campo do conhecimento não implica necessariamente na busca por uma verdade universal, absoluta e imutável, nem por uma verdade matematicamente demonstrável (a menos, é claro, que o domínio em questão seja precisamente o da matemática), nem por uma verdade que exceda os limites que a matéria em questão comporta. Por isso, falar em *respostas corretas em Direito* não significa sugerir que os juízes estariam, doravante, obrigados a encontrar – por meio de profundas elocubrações filosóficas – respostas jurídicas definitivas e inatacáveis, perfeitas e absolutas. Significa tão somente reconhecer um pressuposto elementar de qualquer campo do conhecimento humano, qual seja, *a possibilidade de se distinguir o verdadeiro do falso e o correto do incorreto*. Isso porque, ao refutarmos a possibilidade de respostas corretas em Direito, estaríamos novamente caindo na armadilha cético-relativista de que ‘não existem verdades’ (ou, pelo menos, de que elas não existem nas ciências humanas). Ora, mas no momento em que adotássemos a crença da ausência de padrões verificáveis de verdade/falsidade no Direito, *estariamos ao mesmo tempo abrindo mão de qualquer possibilidade de crítica racional ao conteúdo das decisões judiciais*. Pergunta-se: dado o pressuposto de que ‘não existe verdade’ no Direito, como poderíamos falar numa ‘decisão correta’ por parte de determinado juiz ou tribunal? Como falar em “má decisão”? [...] Dito de outro modo: ou o Direito é tão somente aquilo que é enunciado por quem tem o poder de dizê-lo, *ou* o Direito opera como uma superestrutura – à cuja integridade e coerência sistêmica estão submetidos mesmo aqueles que estão imbuídos do dever/poder de julgar os casos concretos”. ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 100-102.

<sup>294</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 205, 2005.

*epistême*, então por óbvio não poderia existir uma *epistemologia pós-positivista* – a menos que se adote o expediente de criar uma “epistemologia não-epistêmica” ou semelhante quimera. Dito de outro modo: ou o Direito contemporâneo detém uma dimensão epistêmica, ou simplesmente não existe não pode existir nenhum tipo de “epistemologia pós-positivista”.

Outro equívoco que me parece bastante flagrante, no modelo epistemológico sugerido por Galuppo, reside no fato de que ele afirma que “ciência (e verdade) implicam previsão, o que é impossível no direito”<sup>295</sup>. Trata-se de uma afirmação que gera perplexidade, e é realmente difícil compreender as razões que levam o autor a sustentar um argumento tão frágil e claramente equivocado.

Ora, ao contrário do que sustenta Galuppo, existe no Direito um grau bastante razoável de previsibilidade. Mesmo na realidade da prestação jurisdicional brasileira - pautada por um “livre decisionismo” hostil a qualquer espécie de fundamentação epistemológica e indiferente a noções hermenêuticas modernas como coerência e integridade sistêmica –, é forçoso reconhecer que o Direito ainda admite uma margem de previsibilidade tão grande (senão maior) do que outras ciências sociais aplicadas<sup>296</sup>.

É claro que, se Galuppo fala em “previsão” no sentido de uma certeza matemática, de forma que se possa localizar uma resposta posicionada em local determinado em todas as situações em que uma pergunta se apresentar, então, de fato, o Direito não é mesmo uma ciência. Mas a inadequação deste critério fica evidente diante do fato de que, nestes termos, nenhuma ciência humana ou social estaria apta a continuar sendo chamada de “ciência”. Aliás, por tal critério, até mesmo algumas ciências ditas exatas – como, por exemplo, a física quântica – também deixariam imediatamente de sê-lo.

O contraste entre as abordagens céticas de Ovídio e Galuppo é muito interessante. Ovídio, como já vimos, aposta em uma *ciência do Direito não-epistemológica*. Ele deseja manter a ciência no(do) Direito, mas entende que a epistemologia é descartável. Galuppo, por

---

<sup>295</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 206, 2005.

<sup>296</sup> Sobre as dificuldades inerentes às ciências sociais, escreve Boaventura de Sousa Santos que: "Ernest Nagel, em *The Structure of Science*, simboliza bem o esforço desenvolvido nesta variante para identificar os obstáculos e apontar as vias da sua superação. Eis alguns dos principais obstáculos: as ciências sociais não dispõem de teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente controlado, a prova adequada; as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; as ciências sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função do conhecimento que sobre ele se adquire; os fenômenos sociais são de natureza subjectiva e como tal não se deixam captar pela objectividade do comportamento; as ciências sociais não são objectivas porque o cientista social não pode libertar-se, no acto de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 36.

sua vez, advoga uma *epistemologia jurídica não-científica*<sup>297</sup>. Ele entende possível uma epistemologia sem ciência. Embora as construções teóricas destes autores, quanto a este tema em particular, não sejam tão sofisticadas quanto as de Rorty (que analisaremos no capítulo final do presente trabalho), elas não conseguem superar as mesmas objeções que comprometem os esforços relativistas da teoria rortyana. Voltaremos a este tema mais adiante.

A análise das obras dos autores abordados no presente capítulo contribui para a compreensão a respeito dos motivos que nos levam a constatar uma profunda penetração, no senso comum teórico dos juristas brasileiros, da ideia de que, para todos os fins práticos, simplesmente não existem limites epistemológicos no Direito. É razoável supor que essa verdadeira rejeição preliminar à ideia de que juristas estariam limitados por constrangimentos epistemológicos – e que deveriam responder, portanto, aos limites rigorosos de uma ciência social aplicada – decorre, num primeiro momento, de um desejo profundo e generalizado de *superar os formalismos dos velhos positivismo* (o paleopositivismo e o positivismo normativista kelseniano).

Ocorre, no entanto, que esse “estado de natureza epistemológico” cobra um preço muito caro: quando o Direito é reduzido a um deserto de ceticismo pragmatista, incapaz de se filiar de forma coerente a qualquer tipo de substância, o resultado disso é a abertura das portas para que a racionalidade jurídica seja substituída por discursos ideológicos ou morais, por desmandos do poder econômico e por conveniências da política. É por isso que se faz importante compreender que a ideia de uma epistemologia jurídica moderna - pautada pelo método hermenêutico (em harmonia com os avanços na filosofia da linguagem conquistados ao longo do século XX) e comprometida com a concretização do Estado Democrático de Direito – não representa, de forma alguma, um anseio de retorno à velha pretensão positivista de transformar a Ciência do Direito em uma racionalidade instrumental que mimetiza os métodos e posturas das chamadas “ciências exatas”.

Falar em *Ciência do Direito Contemporâneo*, dentro do argumento que desenvolvo no presente trabalho, significa o contrário: a ideia de epistemologia jurídica enquanto *instrumento de interdição do poder e de efetivação e concretização de direitos e garantias fundamentais*. Por certo, isso não pode ser realizado por meio do recurso indiscriminado ao vício da *paralaxe epistemológica* - a postura pragmática de caracterizar o Direito ora como

---

<sup>297</sup> “Em poucas palavras, o Pós-Positivismo recusa ao Direito o estatuto de uma ciência. Nosso saber não é científico. Não precisa sê-lo. Sobretudo não pode sê-lo, se estiver a serviço da emancipação. Como indicava Viehweg, talvez devêssemos pensar como pensavam os romanos: não em uma Ciência do Direito, mas em uma *Juris prudentia*”. GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 206, 2005.

científico, ora como poético, ora como *epistème*, ora como *ars*, de forma casuística e assistemática, de acordo com a conveniência retórica em prol da tese que se busca defender em um determinado caso concreto.

No entanto, a partir do momento em que estamos adotando como axiomas a *hermenêutica jurídica contemporânea* e o objetivo de concretização do *Estado Democrático de Direito*, por certo é preciso ter em mente que o resgate da importância da *epistemologia jurídica* (filosofia *no* Direito) não pode se perder, no meio do caminho, em posturas *cientificistas* (que banalizam o *científico*) e tampouco em teorias que representem um retrocesso a superados formalismos juspositivistas ou a discursos morais de matriz metafísica.

Neste sentido, um perfeito exemplo deste tipo de postura claramente bem-intencionada, porém gravemente equivocada e potencialmente perigosa, pode ser encontrada na obra “Direito é Ciência”, de José Carlos Sousa Silva. O referido trabalho é uma declaração de amor ao Direito enquanto ciência e, como toda declaração de amor, privilegia o passionalismo e o romantismo em detrimento do pensamento crítico e analítico.

Com efeito, em sua apaixonada defesa do caráter científico do Direito, o autor acaba reduzindo toda a epistemologia jurídica a um mero *discurso moral bem-intencionado*. É um exemplo de concepção de “ciência” idealizada, pueril e, de certa forma, até mesmo banalizada<sup>298</sup>.

Ao confundir “ciência” com um mero discurso dogmático de autoridade (*cientificismo*)<sup>299</sup>, misturando as esferas da moral e do Direito até o limite do abstratamente poético, não chega a ser surpreendente que o autor termine a sua intransigente defesa do caráter científico do Direito sustentando que esta cientificidade se realiza, em última instância, por meio do ... Direito Natural<sup>300</sup>! Ou seja, enquanto Ovídio defende a ideia de uma *Ciência do Direito não-epistemológica* e Galuppo advoga em prol de uma *epistemologia jurídica não-científica*, Sousa Silva embarca em um passionalismo *cientificista*<sup>301</sup> que

<sup>298</sup> “A ciência tem valor próprio. A sua missão é universal. Só serve ao bem. É completa no que exprime”. SILVA, José Carlos Sousa. *Direito é ciência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 16.

<sup>299</sup> “A origem da ciência está vinculada à curiosidade do ser humano no sentido de querer explicar a verdade pura do seu conhecer sobre certa realidade. A ciência é expressão, sem dúvida, do saber humano no seu mais elevado nível. A sua importância é universal. Alcança tudo e serve a todos. O conhecimento científico é o mais profundo do ser humano. É, portanto superior a todos os demais outros”. *Ibid.*, p. 67.

<sup>300</sup> “O Direito Natural é, face ao exposto acima, imprescindível para o básico conhecimento científico de conteúdo jurídico capaz de ter eficácia plena no seu desenvolver para alcançar o seu dever ser. [...] Assim, os que estudam a Ciência do Direito precisam ir muito longe, buscando o auxílio de outras ciências e no Direito Natural começa a indicação necessária para que não fiquem apenas no que lhes indica o formalismo jurídico”. *Ibid.*, p. 54-56.

<sup>301</sup> “A ciência não falha e por isso mesmo as suas recomendações devem ser seguidas por todos. A sua importância é, sem dúvida, universal. Assim, é acolhida pela humanidade. Funda-se na verdade. Expressa o saber incontestável. Desse modo, ocupa espaço no universo sem nenhuma rejeição. [...] O conhecimento científico é, portanto, universalmente válido e com resultados sempre benéficos para todos”. *Ibid.*, p. 18-19.

desemboca em uma “*Ciência*” *Dogmático-Metafísico-Moral do Direito*. À toda evidência, trata-se de uma verdadeira quimera.

A leitura crítica da referida obra nos oferece um alerta importante, qual seja, de que a defesa de uma epistemologia jurídica não pode ser feita “de qualquer modo”. *Qualquer empreendimento intelectual neste sentido demanda, hoje, um diálogo profundo, crítico e analítico com os avanços pelos quais os ramos da filosofia da linguagem e da ciência passaram ao longo do último século.*

Epistemologia jurídica não pode ser confundida com *discurso moral*, metafísica ou com declarações de boas intenções. Por outro lado, no outro extremo, não pode ser confundida com *dogmatismo formal*<sup>302</sup>, com fórmulas analítico-matemáticas para resolução de conflitos e com velhas concepções que buscavam emular, no Direito, a metodologia das chamadas ciências “naturais” ou “exatas”.

Uma teoria epistemológica do Direito contemporâneo precisa, dentre outras coisas: a) ser concreta, sistêmica e coerente com o modelo político-jurídico do Estado Democrático de Direito (entendido este como o Direito que nasce do Constitucionalismo Contemporâneo); b) opor limites semântico-significativos, hermenêuticos, conceituais, técnicos e analíticos ao exercício da atividade jurisdicional (epistemologia enquanto instrumento de limitação/interdição do poder); c) estar apta a superar o fenômeno da *paralaxe epistemológica* (ou seja, a postura contraditória de evocar o caráter científico do Direito apenas quando se deseja argumentar em prol da autoridade do Direito - ou quando se discursa em âmbito acadêmico -, deixando a evocação deste caráter científico completamente de lado, ou até mesmo negando-o, nos demais momentos). Voltarei a este tema de forma mais aprofundada no último capítulo deste trabalho.

#### **4.2 O “Pós-Positivismo” na Prática Judiciária Brasileira**

Nesta segunda parte do capítulo, procederei com uma análise da forma como o Judiciário brasileiro opera, na prática, com a noção de “pós-positivismo”. Meu objetivo é identificar, na prática das instituições, os traços característicos daquilo que poderíamos denominar de pós-positivismo “à brasileira”. Pretendo demonstrar, ao final deste capítulo, os riscos que a naturalização do chamado “ativismo judicial” pode trazer ao projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>302</sup> “A Ciência do Direito precisa estar apoiada em realidades incontestáveis [...]”. SILVA, José Carlos Sousa. *Direito é ciência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 40.

#### 4.2.1 A Aposta na Discricionarietà Judicial

O *status* do positivismo jurídico no Brasil, hoje, é bastante curioso. Por um lado, houve o aparente estabelecimento de um consenso no sentido de que o positivismo jurídico seria uma doutrina ultrapassada, que o juiz – ao contrário de outros tempos - não mais se resume à mera *bouche de la loi* e que o Direito é mais do que a “letra fria da lei”.<sup>303</sup> Por outro lado, parece igualmente disseminada a ideia de que o juiz deve realizar a sua função fazendo uso da mais ampla liberdade de decidir (a sua “discricionarietà”), de seus sentimentos e de profundas elocubrações de foro íntimo e pessoal – em uma verdadeira relação sujeito-objeto com os textos das normas aplicáveis ao caso concreto, relação esta mediada pela sua consciência.

As consequências disso são evidentes: ao mesmo tempo em que, na doutrina jurídica brasileira, se constata em grande parte uma derrota formal do positivismo jurídico enquanto teoria coerente e academicamente respeitável, por outro lado essa desejada vitória não teve o condão de produzir os resultados lógicos que dela seriam esperados. A antiga discricionarietà judicial de inspiração positivista – que abria as portas para o juiz julgar de acordo com a sua vontade nos assim chamados *hard cases* – foi substituída por uma nova prática discricionária que se mostra ainda mais desprovida de limites definidos. Sob certos aspectos, o “pós-positivismo” à brasileira resultou em um positivismo *piorado*. Nos termos do velho adágio popular, “a emenda saiu pior do que o soneto”.

De certa forma, pode-se dizer que o pragmatismo judiciário hoje em voga no nosso país “assimilou” as teorias de autores como Dworkin, bem como se apropriou de seu vocabulário técnico (sobretudo quanto à importância dos “princípios”). Mas o fez não em nome do *fechamento operacional* pretendido por Dworkin, como instrumentos de limitação do poder dos juízes e de reafirmação da autonomia, coerência e integridade do Direito, mas sim como um *instrumentalismo de ordem prática*. Por aqui, as doutrina de Dworkin e Robert Alexy foram profanamente misturadas (talvez “confundidas” fosse um termo mais adequado) e convertidas em um discurso de justificação de uma discricionarietà judicial ainda mais ampla e irrestrita do que aquela que se verificava no modelo positivista. Significa dizer: a vitória dos críticos da discricionarietà judicial foi convertida em discurso de legitimação e

---

<sup>303</sup> Aliás, o simples fato de que, no Brasil, os operadores do Direito continuam confundindo o velho positivismo exegético com o positivismo normativista kelseniano já sugere a dificuldade de uma superação efetiva da doutrina positivista. Com efeito, como superar com propriedade o legado de Kelsen se a sua teoria e epistemologia do Direito, até hoje, sequer foram adequadamente compreendidas?

fundamentação de uma prática judicial que veio a *consagrar a discricionariedade*, ao invés de sepultá-la junto com o positivismo jurídico normativista.

As formas como esse fenômeno se manifesta na prestação jurisdicional brasileira vão além do problema da discricionariedade judicial. A inexistência de um “chão teórico” adequado e de uma visão coerente da integridade sistêmica do ordenamento jurídico desaguam em um caos decisionista. A busca por uma eficiência artificial, por sua vez, leva a nossa prática judiciária a flertar com uma mistura entre as tradições da *civil law* com a *common law*, com resultados que causam arrepio a ambas as tradições.

Ao adotar esse verdadeiro “*common law* improvisado de conveniência”, sem qualquer respeito à lógica que orienta esta prática em outros países, o jurisprudencialismo brasileiro se torna simplesmente uma práxis marcada pela aleatoriedade e pela mais ampla e irrestrita discricionariedade judicial<sup>304</sup>.

Evidentemente, criticar a forma como o Judiciário brasileiro trabalha com a ideia de precedentes não significa que, em um modelo de *civil law*, os juízes “não poderiam” ou “não deveriam” levar em consideração a jurisprudência dos tribunais. Não há dúvidas de que a doutrina dworkiniana da coerência e integridade no Direito, embora nascida de uma reflexão em uma tradição da *common law*, é perfeitamente compatível com o sistema da *civil law*. O que se critica, aqui, não é a tentativa de colocar em prática a concepção de Dworkin sobre o Direito como “romance em cadeia”. Pelo contrário: o problema da nossa prática judiciária atual é o fato de que os precedentes, sendo múltiplos e “atirando para todas as direções possíveis”, são claramente selecionados tão somente para servirem, retroativamente, como fundamentação de uma postura prévia tomada pelo julgador. Primeiro decide-se e, na seqüência, procura-se uma ementa jurisprudencial alinhada com a decisão tomada. Ou seja:

---

<sup>304</sup> “[...] não se pode deixar de mencionar, nessa etiologia, o caótico sistema recursal vigente no Brasil, que tende a concentrar a verdadeira autoridade judiciária nos seus tribunais centrais, produzindo no meio jurídico uma cultura de passividade frente ao poder político. Em outras palavras, o fato de que praticamente todas as decisões prolatadas pelos juízes são revisadas nos órgãos recursais cria a impressão de inutilidade de se produzir decisões que não estejam adequadas ao pensamento dos tribunais superiores, pois estas serão, inevitavelmente, reformadas quando chegarem a eles. Com isso, a práxis judiciária brasileira de certa forma se aproxima daquela da *common law*, sistema jurídico baseado na tradição produzida por seus juízes. [...] os juristas brasileiros não estão preparados para isso. [...] a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e ao norte-americano. Sequer os rudimentos da teoria de precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas”. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30-31.

não existe a criação propriamente dita de precedentes, em um sentido estrito.<sup>305</sup> Neste sentido, Rodriguez<sup>306</sup> observa que:

O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias cortes, como exemplares de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto.

É interessante notar que não temos no Brasil a formalização de argumentos, de razões para decidir, mas apenas de resultados, das respostas que serão oferecidas diante de determinada espécie de pedido. Por exemplo, a Súmula 37 do STJ (DJ 17/3/1992 p. 3172) afirma, simplesmente: ‘São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato’. Qualquer fundamento jurídico que leve a esta conclusão estará de acordo com a súmula.

Portanto, não é de estranhar que, no Brasil, os casos jurisprudenciais costumem ser utilizados ad hoc, apenas para reforçar a argumentação desta ou daquela posição jurídica sustentada por um juiz, por um advogado ou por um membro do Ministério Público. Eles não têm força vinculante alguma e tampouco têm a argumentação jurídica dogmática – questão importante a se discutir em relação ao tema da segurança jurídica.

Com efeito, não existe “sistema de precedentes” sem regras claras sobre as condições que fazem com que um determinado caso pretérito seja convertido em “precedente” – ou seja, o que faz com que determinado julgado seja ou não paradigmático. Da mesma forma, não existe “precedente” sem regras prévias sobre o grau de vinculação que tais precedentes geram.

O simples ato volitivo de escolha, por parte do juiz, desta ou daquela ementa jurisprudencial, especialmente quando estamos falando de matérias sobre as quais existem “precedentes” para todos os gostos, não constitui de forma alguma uma efetiva *fundamentação* da decisão proferida, mas sim tão somente o apelo a um argumento de autoridade – qual seja, a referência a uma decisão pretérita deste ou daquele tribunal. Este tipo

<sup>305</sup> “Como é autoevidente, esse modelo subsuntivo-dedutivo preocupa-se apenas com a instrumentalidade da decisão; estabeleceu-se (tacitamente, ao menos) que uma vez que a conclusão decorra adequadamente das premissas, tem-se ela por válida. Não há cuidado com os fatos, não há preocupação com a arbitrariedade das escolhas dos ‘universais’. Ora, se tanto o método ‘gramatical’ quanto o ‘sistemático’ ou o ‘teleológico’ podem ser fundamento do rigorismo do raciocínio, a solução carece de justificação na opção por um método em vez do outro. [...] Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitos como ‘universais’. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o ‘método jurisprudencial’. E, se a menção isolada de texto é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal”. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>306</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 224

de expediente serve apenas para atender, de forma retórica, o *critério formal* da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Seria até desnecessário observar que esse estado de coisas coloca em cheque o modelo de prestação jurisdicional democrática consagrada na Constituição Federal. Por óbvio, quando o Art. 93, IX da C.F estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que a Norma Fundamental estabelece não é tão somente uma formalidade burocrática para aumentar a carga de trabalho dos juízes, mas sim a consagração de um pressuposto do Estado Democrático de Direito. A fundamentação das decisões judiciais não é “tema de casa” do juiz, ou um ônus para o julgador, mas sim um *direito do cidadão* – qual seja, o direito de saber, de forma clara e convincente, quais foram as razões que fizeram com que sua pretensão fosse ou não provida.

Se esta fundamentação se torna perfunctória, meramente formal e/ou pré-estabelecida, essa garantia democrática se perde por completo. Pior: como já dissemos, ela compromete as demais garantias democráticas processuais, pois de nada adianta que sejam formalmente observados os requisitos do contraditório e do devido processo legal se o juiz eventualmente já tem a sentença pronta na cabeça desde o seu primeiro contato com os autos.<sup>307</sup>

#### 4.2.2 Enunciados: uma normatividade “alternativa”

Em termos gerais, o Judiciário brasileiro permanece preso à concepção de Direito (e às noções de cientificidade do Direito) próprias do positivismo normativista. Mas, sob certos aspectos, *não respeita nem sequer os postulados mais básicos das teorias sobre fontes jurídicas próprias das velhas concepções analítico-formais*. No Brasil, com frequência, colóquios de magistrados e encontros aleatórios “legislam” por meio de “orientações interpretativas” e “enunciados” teoricamente desprovidos de qualquer normatividade, mas que paradoxalmente são aplicados como se normas fossem – chegando-se até mesmo ao cúmulo de aplicá-los *contra legem*.

Exemplifica-se: na velha sistemática do Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869 de 1973), os prazos eram contados de forma “corrida” – sem distinção entre dias úteis,

---

<sup>307</sup> “A pedra de toque está na *applicatio*. É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta. O texto do precedente é fundamental para sua compreensão, sim, mas o texto não é a norma. Ou, no que importa aqui, o texto não é o comando dado pelo julgador. O comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea. É preciso buscar pela aplicação: uma aplicação é que poderá dar indícios para outra (e é preciso ter em conta que a próxima aplicação é sempre outra aplicação: uma solução de caso nunca é a solução automática de outro caso).” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

fins de semana e feriados para fins de prosseguimento da contagem. Esta antiga e costumeira metodologia foi alterada pelo Art. 219 do “novo” Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015, que entrou em vigor em março de 2016). No entanto, muitos magistrados que atuam nos Juizados Especiais Cíveis se apressaram em esclarecer que tal regra “não seria aplicável” nos juizados.

Longe de ser uma questão defendida por apenas umas poucas vozes solitárias, esta posição constrangedoramente equivocada conquistou a sua principal defensora na voz da Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrichi. O argumento central em prol de tal posição é que a nova regra de contagem de prazos “atentaria” contra os “princípios fundamentais” do Juizado Especial Cível: *simplicidade, economia processual e celeridade*.

A Ministra foi acompanhada, neste entendimento, pelos corregedores-gerais dos Tribunais de Justiça, signatários da carta resultante do 71º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil (Encoge). O resultado disso: em junho de 2016, no 39º Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje), realizado em Maceió, foram aprovados o Enunciado Cível 165 e o Enunciado da Fazenda Pública 13, “regulamentando” (!) a não aplicação da regra do novo Código de Processo Civil na esfera dos Juizados Especiais Cíveis (e também nos Juizados da Fazenda Pública).<sup>308</sup>

De um ponto de vista analítico-normativo, pergunta-se: *como isso é possível?* Ora, a Lei 9.099/95, que regula os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, *não contém regra própria e específica para contagem de prazos*. A referida legislação adotou, desde sempre, a velha regra insculpida no Art. 184 do CPC de 1973. Tal dispositivo legal, como se sabe, foi revogado, juntamente com o inteiro teor da Lei nº 5.869/73, pela entrada em vigor da Lei nº 13.105/15 - o “novo” Código de Processo Civil.

Logo, não existindo mais a regra consagrada no Art. 184 do antigo diploma legal, nem tampouco existindo regra própria prevista na Lei 9.099/95, o procedimento próprio dos Juizados Especiais Cíveis simplesmente *não tem opção normativa* senão aplicar as novas regras insculpidas nos artigos 218 a 224 do novo Código de Processo Civil. A alternativa seria a inexistência absoluta de qualquer regra sobre esta questão em particular. Isso porque não existe - e nunca existiu! - na Lei 9.099/95 um dispositivo equivalente ao artigo 184 do antigo CPC ou ao artigo 224 do novo CPC. O procedimento dos juizados sempre buscou esta regra no Art. 184 da Lei nº 5.869/73, aplicando subsidiariamente este comando legal do antigo

---

<sup>308</sup> A notícia encontra-se disponível no endereço eletrônico: PRAZOS processuais de juizados especiais passam a ser contados em dias corridos. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 5 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-05/prazos-juizados-especiais-passam-contados-dias-corridos>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

CPC. Ora, mas esta regra foi *extirpada* do nosso ordenamento jurídico. Salvo nos casos envolvendo disposições transitórias, a velha regra não pode mais produzir efeitos jurídicos. *Juridicamente, ela não existe mais*. Como poderia, então, ser “mantida”? *Mantida* “aonde” – no céu platônico das ideais?

O entendimento da ministra Nancy Andrighi, é forçoso dizer, esbarra em um verdadeiro paradoxo de metafísica jurídica. O apelo que ela faz a “*princípios*” do Juizado Especial Cível é, no tocante a esta matéria, absolutamente equivocado. Princípios jurídicos não podem definir sistemática de cômputo de prazos. *Princípios jurídicos não fazem aritmética*. Nenhum princípio jurídico pode definir que o prazo de interposição de um recurso será de 5, 10 ou 15 dias: só uma regra - escrita, pré-estabelecida, objetiva - pode fazê-lo.

Da mesma forma, nenhum princípio jurídico pode definir, por si só, que a contagem será feita só em dias úteis, ou em dias corridos, ou se vai começar no primeiro dia após a publicação ou não. Estas regras são, por definição, de natureza arbitrária. Demandam estipulação formal prévia, no Direito positivo democraticamente produzido pela via legislativa. São questões que não envolvem conteúdo substancial do Direito à luz da Constituição ou de garantias fundamentais. São matéria de mera contabilidade processual. São questões logísticas, operacionais. Não podem prescindir de regras jurídicas escritas. Não podem ser normatizadas unicamente por princípios jurídicos. Conceber o contrário é tão absurdo quanto imaginar que um princípio jurídico poderia ter o condão de definir valores de custas processuais, ou o calendário de feriados do Judiciário em um determinado ano, ou o número de dias de prazo que a parte tem para interpor determinado recurso. Com a devida vênia, tais fantasias são tão absurdas quanto a abstração metafísico-jurídica na qual resvala o entendimento da Ministra Andrighi.

Não se pode “*presumir*” uma regra de contagem de prazos, sem fundamento em legislação democraticamente produzida, apenas por meio do expediente de apelar retoricamente para princípios jurídicos aleatórios. Logo, só restariam duas alternativas: ou o procedimento dos juizados adota a regra do novo CPC, que substituiu a anterior, ou se vê desvinculado de qualquer regra, flutuando no vazio normativo. Os participantes do Fonaje optaram pela última opção, “tapando” a lacuna normativa com um ... “Enunciado Cível”! Ou seja: em um primeiro momento, a noção de princípios jurídicos é utilizada, de forma absolutamente canhestrada, para negar vigência à dispositivo de lei federal vigente. Em um segundo momento, o vácuo normativo criado por tal heresia é preenchido por uma norma bastarda *ad hoc*, verdadeira “legislação impostora”. E o Direito democraticamente produzido, consagrado no texto do novo Código Civil (cuja redação passou por anos e anos de debates

técnicos e por toda uma *via crucis* regimental), é descartado com absoluta impunidade epistemológica e hermenêutica<sup>309</sup>.

Um outro exemplo, igualmente ilustrativo e sintomático: o novo diploma processual civil consagra os fundamentos da sentença como sendo "elementos essenciais" da mesma (Art.489, II) e dispõe que "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão" (§1º) se a decisão "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (§ 1º, I). Da mesma forma, não se considera fundamentada a decisão que "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso" (§1º,II) ou "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (§1º, VI), dentre outras situações elencadas. Desapareceu, no novo diploma legal, a referência à "livre apreciação" das provas pelo juiz (Art. 131 do Código de Processo Civil anterior – Lei 5.869 de 1973).

Uma leitura mais apressada e superficial do novo texto legal poderia sugerir que a mudança seria, no fim das contas, meramente perfunctória. Afinal, o antigo Art. 485 do código anterior já elencava "os fundamentos" da sentença como sendo "requisitos essenciais" da mesma. *No entanto, deve ter-se em mente que o juiz, dentro da mentalidade do antigo diploma processual, estava amparado pelo paradigma filosófico da "consciência" e pelo comando legal da "livre apreciação da prova"*. Cumpre observar, além disso, que o próprio Art. 458 do velho código definia os fundamentos da sentença como sendo meramente a parte da decisão na qual o juiz "analisará as questões de fato e de direito".

Ou seja, *na sistemática do diploma legal anterior, não existia, verdadeiramente, um "dever de fundamentar"* (frise-se: o que, desde 1988, se dava ao arrepio da garantia constitucional insculpida no Art. 93, IX da Constituição Federal). O que existia, na prática, era um dever muito genérico de "analisar" - ou seja, de construir um estofamento retórico mínimo de justificação para a decisão que estava sendo tomada. Com efeito, "fundamentar" é uma exigência muito mais profunda do que meramente "analisar" ou "justificar". Ao contrário da

---

<sup>309</sup> “[...] em geral, os juristas brasileiros agem de maneira *personalista* ao decidir casos concretos e têm a tendência de *naturalizar seus conceitos* ao refletir sobre o direito em abstrato. [...] Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas *opiniões pessoais* sobre o problema que têm diante de si do que demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. *Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente*: sua individualidade está acima das eventuais ‘razões do Tribunal’ que, alias, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14.

simples *análise* ou *justificação* retórica, *a fundamentação pressupõe um compromisso sistematizante, qual seja, a observância à coerência e à integridade do Direito.*<sup>310</sup>

Pode-se dizer, diante disso, que o novo Código de Processo Civil estabelece *um novo paradigma interpretativo* no direito processual civil brasileiro, visando libertar as nossas práticas jurisdicionais dos atavismos do positivismo jurídico normativista, da discricionariedade judicial e dos excessos criativos do “panprincipiologismo” pós-positivista. O novo diploma legal, sem dúvida, representa um claro avanço no sentido de instituir uma nova cultura jurídica, na qual os juízes se vêem adstritos ao Direito, e não o contrário.

As reações a esta recente mudança paradigmática têm sido das mais variadas. Em um precedente positivo, em julho de 2016, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.541.729, decidiu no sentido de que a decisão judicial precisa responder a todas as questões levantadas pelo autor. Por conta disso, a 3ª Turma do STJ anulou uma decisão que havia imposto multa a terceiro (que não integrava a causa principal), na medida em que a decisão restou silente a respeito de argumentos relevantes que foram levantados pelos recorrentes<sup>311</sup>.

Por outro lado, em seminário realizado pela Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) em agosto de 2015 (mais de seis meses antes do início da vigência do atual Código de Processo Civil), cerca de 500 magistrados que participaram do evento anunciaram posteriormente, para toda a comunidade jurídica nacional, que ao fim do evento haviam “aprovado” nada menos do que 62 “enunciados” contendo “orientações” sobre a aplicação do novo diploma legal que estava para entrar em vigor<sup>312</sup>. Alguns destes enunciados buscaram relativizar os requisitos estabelecidos pelo Art. 489 do novo código.

---

<sup>310</sup> Isso porque, após a chamada “virada linguística” da filosofia do século XX, não é mais possível cindir “interpretação” e “aplicação”. O Direito, evidentemente, não está imune à superação da filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto, razão pela qual não se pode mais admitir a ideia de um juiz que “primeiro escolhe” o que irá decidir e depois se preocupa em “justificar” a sua escolha. Com efeito, “decidir” não é “escolher”. É por isso que a fundamentação da decisão judicial pressupõe uma reconstrução do caminho técnico que levou à decisão – ou seja, não é algo que possa ser simplesmente “colado”, a posteriori, em uma decisão já tomada, de acordo com a conveniência e com as preferências ideológicas subjetivas do julgador. Sobre a superação da ideia de que o Direito seria uma mera racionalidade instrumental e a impossibilidade de cindir interpretação e aplicação, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71-92.

<sup>311</sup> A notícia sobre a referida decisão encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: DECISÃO judicial deve dar respostas a todas as questões levantadas pelo autor. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09/sentenca-responder-todas-questoes-levantadas-autor>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

<sup>312</sup> O inteiro teor dos referidos enunciados pode ser obtido no seguinte endereço eletrônico: ENUNCIADOS aprovados. In: SEMINÁRIO - O poder judiciário e o novo código de processo civil. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Entre outras deliberações, os enunciados aprovados estabeleciam que "o art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais" (Enunciado nº 47).

Seria o caso de nos perguntarmos o que levou os membros do evento a chegarem em uma conclusão tão peculiar, na medida em que a Lei 9.099/95, que regula os Juizados Especiais Cíveis, é absolutamente silente a respeito de tais questões e, desde sempre, se valeu do Código de Processo Civil de 1973 como norma suplementar. Seria o caso de perguntar: o CPC de 1973 era norma suplementar mas o novo CPC que o substitui "não é"? Assim sendo, quem ocupará o vácuo normativo que passa a existir? Esse vácuo normativo será solucionado por um enunciado da Enfam? Mas como um enunciado do Enfam pode ter a pretensão de possuir eficácia normativa?

Igualmente interessante é o Enunciado nº 9, que converte uma obrigação do juiz (consagrada no Art. 489, § 1º, V e VI do novo CPC) em uma obrigação exclusiva das partes. Nos termos do referido enunciado:

É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

Ou seja: pela lógica de tais enunciados, de nada adiantou que o legislador, pela via democrática, tenha produzido um comando legal visando estabelecer exigências para a decisão judicial. "Magicamente", por meio de enunciados prévios apócrifos, um seminário aleatório de magistrados pretende ter o condão de "terceirizar" o ônus que o legislador colocou sobre os ombros do juiz, transferindo-o integralmente para ... as partes!

#### 4.2.3 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

Seria equivocado imaginar que apenas instâncias inferiores, no Brasil, estariam viciadas nesta lógica discricionária. Nos últimos anos, até mesmo o Supremo Tribunal Federal tem sido pródigo em exemplos de ativismo incoerente. No começo de 2016, quando do julgamento do HC nº 126292, o STF surpreendeu a comunidade jurídica nacional ao decidir pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Indo na contramão de sua própria jurisprudência consolidada, o STF

decidiu, naquele caso, que tal possibilidade não configuraria ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência<sup>313</sup>.

A comunidade jurídica e acadêmica, em peso, criticou a decisão – apontando-a como inconstitucional. Diversos juristas, ignorando o gesto ativista do STF em si e limitando-se a uma crítica na seara penal-constitucional, insistiram que o Estado Democrático de Direito pressupõe que um réu só possa ser preso depois do esgotamento definitivo de todas as instâncias possíveis. É um argumento problemático: diversas democracias ocidentais (incluindo várias que são consideradas, por observadores internacionais, como democracias mais saudáveis e desenvolvidas do que a nossa) admitem a prisão do réu antes de esgotadas todas as instâncias recursais possíveis.

Outro argumento, desenvolvido na mesma linha, seria de que qualquer mudança neste sentido seria "impossível", na medida em que a garantia consagrada no Art. 5º, LVII da C.F seria "cláusula pétrea" por força do Art. 60, § 4º, IV da Constituição. Isso é bastante discutível, na medida em que o referido dispositivo constitucional veda *a deliberação sobre emenda constitucional apta a abolir direitos e garantias fundamentais*, o que evidentemente não é o caso. Entender que um réu pode ser preso depois de ser condenado em duas instâncias não é uma "abolição" da presunção de inocência. Implica tão somente em estabelecer critérios de aplicação para o fato elementar de que esta norma, assim como nenhuma outra, pode ser aprioristicamente absoluta.

Em outras palavras: a discussão de natureza penal e constitucional que existe por trás desta questão é legítima. O princípio da presunção de inocência e o Estado Democrático de Direito são compatíveis com a ideia de que um réu possa ser preso depois de condenado em duas instâncias – antes, portanto, do esgotamento de todas as vias recursais? É discutível. Juristas comprometidos com direitos e garantias fundamentais eventualmente podem sentir-se tentados a automaticamente repelir qualquer ideia neste sentido – mas isso coloca diante deles o incômodo ônus de concluir que países como Estados Unidos, Inglaterra, França ou Alemanha (que admitem a prisão do réu antes do esgotamento de todas as instâncias) seriam todos possuidores de sistema penais “injustos” e que, em última instância, “não seriam” democracias ou modelos de Estado Democrático de Direito – uma afirmação indiscutivelmente problemática e de difícil respaldo em dados comparativos com a realidade brasileira.

---

<sup>313</sup> Para mais detalhes, ver notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal: PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. *Notícias STF*, Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

Esta é uma questão da maior importância, que deveria ter originado amplos debates na sociedade brasileira e, se fosse o caso, levado a uma mudança normativa pela via adequada: qual seja, por meio de emenda constitucional. No entanto, como já aconteceu outras vezes em nosso passado recente<sup>314</sup>, o debate público e o caminho da produção democrática do Direito pela via legislativa foram substituídos por uma decisão judicial arbitrária, discricionária e inovatória – que essencialmente atirou pela janela anos e anos de doutrina jurídica qualificada e de interpretações jurisprudenciais pretéritas (do próprio STF, inclusive). Significa dizer: antes de discutir se o réu pode, em uma democracia, ser preso antes de esgotadas todas as instâncias recursais (o que, como já vimos, é uma questão jurídica válida e discutível), a pergunta mais importante que deveria ter sido feita é: *o STF poderia ter alterado o conteúdo da norma constitucional, de forma solipsista, casuísta e discricionária, sobretudo em se tratando de questão envolvendo direito fundamental?*<sup>315</sup> Acreditamos que, neste ponto em particular, a resposta é negativa e bastante óbvia.

---

<sup>314</sup> Por exemplo: em meu livro “Positivismo Jurídico e Discricionabilidade Judicial”, critiquei as decisões do STF no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 em maio de 2011. Na ocasião, o STF reconheceu, por unanimidade, a possibilidade de união estável para casais do mesmo sexo – malgrado o comando constitucional em sentido contrário, insculpido no Art. 226 § 3º da C.F. Argumentei, naquele trabalho, que a justiça da pretensão material em si (à qual sou absolutamente favorável) não poderia ser usada como justificativa para que o STF, se valendo de ativismo judicial, decidisse de forma arbitrária e discricionária uma questão que precisava ser debatida em sociedade e levada ao Legislativo. Isso porque “avanço” nos costumes sociais, sem participação da sociedade, dos juristas, dos acadêmicos e dos representantes democraticamente eleitos não é, no fim das contas, “avanço” algum – mas sim mero exercício arbitrário e solipsista do poder. Ver: ABEL, Henrique. *Positivismo e discricionabilidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 161.

<sup>315</sup> Em excelente artigo sobre o tema, publicado em 04 de março de 2016 no site *Consultor Jurídico*, Aury Lopes Jr critica a decisão do STF. Em sua análise, ele descobriu diversos argumentos contrários à tese penal-constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado. Ele alerta, sobretudo, para os riscos desse tipo de “populismo penal”, frisando que “a legitimação da atuação do juiz/tribunal não decorre da aceitação popular ou da maioria da população. Não é um modelo político, de eleição. Todo o oposto. O papel do juiz no processo penal é o de ser o guardião da máxima eficácia dos direitos e garantias da Constituição, ainda que para isso ele tenha que decidir contra a maioria”. Lopes Jr oferece até mesmo um argumento para explicar por que a garantia constitucional brasileira (presunção de inocência até o trânsito em julgado), apesar de não encontrar respaldo na maioria das democracias ocidentais (inclusive nas mais sólidas e tradicionais), seria justificável para a realidade brasileira. Ele dirá que esses comparativos com o Direito estrangeiro “desconsideraram as inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos, que começam na investigação preliminar (nos Estados Unidos o modelo é policial, mas eles possuem — no âmbito estadual — mais de 17 mil agências policiais... na França o modelo é de Juiz de Instrução e na Alemanha, desde 1974, é um modelo de promotor investigador), passando pelo julgamento de primeiro grau (há uma distinção crucial: são países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no sistema recursal e desaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso, nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas – a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável”.

Vale lembrar: há hipóteses em que o Judiciário é instado pela Constituição (sobretudo no atual paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo) a atuar de forma destacada e interferir em questões de ordem política. Isso não apenas não é excessivo como é amplamente desejável em uma democracia contemporânea. O fenômeno da *judicialização da política* – que por vezes dá ao Judiciário um papel de co-garantidor dos direitos da cidadania – é, em termos gerais, absolutamente compatível com a figura do Estado Democrático de Direito. Não se deve confundir *judicialização da política* com *ativismo judicial*, figura esta que é pautada pela discricionariedade e pela apropriação indevida, por parte do Poder Judiciário, de prerrogativas de poderes alheios. A judicialização da política é um instrumento de garantia da substância da democracia contemporânea. O ativismo judicial, ao contrário, é um vício que gera um verdadeiro déficit democrático<sup>316</sup>.

Cabe insistir neste ponto: a distinção entre *judicialização da política* e *ativismo judicial* não é acadêmica, retórica ou artificial. A judicialização da política não enfraquece o Direito – pelo contrário, antes o fortalece. Traz o Poder Judiciário para uma condição de maior protagonismo enquanto garantidor, sobretudo, de direitos e garantias fundamentais. Representa instrumento de otimização do Estado Democrático de Direito. O *ativismo judicial*, por sua vez, viola os princípios mais elementares do Constitucionalismo Contemporâneo, na medida em que subverte a autonomia do Direito e, como acontecia em tempos pretéritos,

---

Apesar de seu brilhantismo, o mencionado artigo falha em um ponto que nos parece fundamental e que merece insistência: *a polêmica penal-constitucional (um réu pode ser preso já a partir da condenação no segundo grau?) representa um debate político-jurídico válido*. A sociedade tem o direito de se colocar essas perguntas e, querendo, promover uma alteração legislativa pela via democrática da emenda constitucional. Pensar de forma contrária seria flertar com o autoritarismo e alargar o conceito de "cláusulas pétreas" para além de seu significado constitucional concreto. Em outras palavras: a decisão do STF não é ruim apenas no mérito penal. Se assim fosse, ela seria uma decisão "ruim" apenas aos olhos de quem compartilha da opinião penal de Lopes Jr - e seria uma decisão "boa" para quem torce pela relativização da presunção de inocência. A questão fulcral aqui é que, sob uma perspectiva hermenêutica e epistemológica, *a decisão do STF é falha independente da opinião que temos sobre o mérito da discussão penal em si*. Ela é falha porque atropela o processo democrático, bem como a coerência e integridade do Direito pátrio, e num gesto de ativismo arbitrário "emenda" a Constituição de forma antijurídica e casuística, ao arrepio da sociedade, da doutrina, da jurisprudência e das instâncias legislativas. Ver: LOPES JR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 4 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

<sup>316</sup> Cumpre observar que, embora de forma minoritária, existem autores que sustentam que, na realidade, o Judiciário brasileiro não seria ativista. Para estes autores, os críticos do ativismo judicial estariam equivocados no diagnóstico do problema em virtude de escolherem casos isolados, "pontos fora da curva", e utilizá-los como se fossem ilustrações adequadas do todo. O "equivocado" diagnóstico do ativismo judicial brasileiro seria, dentro desta leitura, apenas um problema de "recorte" inadequado dentro do universo das decisões judiciais brasileiras. Para um exemplo desta abordagem, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier/Konrad Adenauer/Campus, 2012. Para uma análise crítica sobre os equívocos desta desconstrução pretendida por Pogrebinschi, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 290-295.

transforma novamente o Direito em uma mera racionalidade instrumental e discurso de legitimação a serviço do poder. Coloca, novamente, o Direito a reboque da política.

#### 4.2.4 As Características do Pós-Positivismo “à Brasileira”

Todas estas constatações nos permitem concluir que, na raiz do problema do “pós-positivismo” brasileiro, reside uma notória má-compreensão do positivismo jurídico. A culpa disso, por óbvio, não é dos juízes, nem dos promotores ou dos advogados que hoje estão exercendo as suas respectivas profissões, mas sim da cultura jurídica que os formou.

O positivismo jurídico, desde que iniciado o seu processo de desprestígio intelectual, foi sempre atacado nos meios acadêmicos em virtude de suas limitações mais evidentes, na medida em que superada a ideia de que o Direito seria meramente um sistema de regras desprovidas de uma principiologia com peso normativo. Mas, como já seria de se esperar, a má compreensão do positivismo jurídico levou, conseqüentemente, a uma má compreensão sobre os princípios que deveriam nortear uma postura “pós-positivista”. O resultado foi a popularização de uma cultura jurídica na qual os “operadores do Direito” se enxergam como algo análogo ao Super-Homem de Nietzsche, ansioso por se libertar das amarras da “letra fria da lei” e buscar o “verdadeiro espírito” do Direito e da Justiça através de reflexões íntimas e bem intencionadas, orientados por suas consciências e valores morais<sup>317</sup>.

É fundamental compreender que Dworkin cria a doutrina dos princípios como uma ferramenta de *fechamento operacional do sistema* (ou seja, uma forma de limitar as possibilidades de atuação dos magistrados e de sua “liberdade de decidir”). A crítica à discricionariedade judicial é peça central no ataque geral que Dworkin faz ao positivismo jurídico de Hart. No entanto, de forma trágica, na prática jurisprudencial brasileira a obra de Dworkin foi recepcionada como uma espécie de “convite” à discricionariedade judicial. Dito de outra forma, os princípios jurídicos passaram a ser vistos como instrumentos em prol da criatividade moral dos julgadores. A ideia de princípio jurídico foi reduzida a um artifício retórico de conveniência, uma “carta na manga”, apta a justificar qualquer escolha que se queira fazer. Em nossa jurisprudência pátria, princípios jurídicos começaram a ser

---

<sup>317</sup> “Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma *argumentação não sistemática*, fundada na *autoridade dos juízes e dos tribunais*; mais preocupada com o *resultado do julgamento* do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15.

simplesmente “criados”, de forma artificial, casuística e desprovida de critérios. Streck batizou esse triste fenômeno de *panprincipiologismo*.<sup>318</sup>

Dito de outro modo: o “pós-positivismo” à brasileira assimilou o desprestígio teórico universal do positivismo jurídico, que ocorreu progressivamente ao longo do último meio século, *mas passou ao largo da crítica à discricionariedade judicial*. Pior: estabeleceu, pelo menos implicitamente, que a discricionariedade judicial seria justamente o caminho para a superação do positivismo jurídico normativista (que o senso comum dos juristas confunde com positivismo primitivo exegético, ou seja, apego literal à “letra fria da lei”)<sup>319</sup>. É daí que surge o apelo ao “bom juiz” (sensível, idealista e ativista) em justaposição ao antigo “juiz mau” (o julgador frio e desprovido de sentimentos, que julgava os casos concretos apenas com base “na lei”).

Esse tipo de simplificação banal do positivismo jurídico - e das complexidades para superá-lo - é algo que explica, em grande medida, o estado de coisas no qual nos encontramos atualmente<sup>320</sup>. O resultado hoje, em nosso país, é uma práxis judiciária que não satisfaz

<sup>318</sup> “Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX [...]”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 493.

<sup>319</sup> “A caracterização do *pós-positivismo*, no que atine a grande maioria da doutrina brasileira, se restringe a afirmá-lo como o *locus* em que os princípios são levados a sério. Desse modo, é apontada como a principal característica do modelo pós-positivista de teoria do direito a emergência dos princípios e seu reconhecimento como *norma* jurídica. Não que esta assertiva seja totalmente falsa, mas ela esconde o problema que realmente se encontra no cerne dos debates que emergem no seio do *pós-positivismo*: a preocupação com a indeterminação do direito e a impossibilidade de se prever, abstratamente, todas as hipóteses de aplicação”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170.

<sup>320</sup> “O que ocorre é que, dependendo de como se olha os princípios, estes perdem essa aludida normatividade. Viram enunciados performativos. Ou expressões com forte anemia significativa. Valem, pois, nada. Ora, se os pensarmos como ‘valores’, meros postulados ou ‘mandados de otimização’, sua normatividade se fragiliza muito. Neste caso, os princípios ficam à dis-posição (*Ge-stell*) do intérprete, inclusive para que ‘invente’ novos...! E essa fábrica não para ... Agora mesmo o STJ judicializou o amor, com base no princípio da ... felicidade. [...] O que ocorre é que estamos sofrendo uma espécie de *bullying* principiológico. Com o panprincipiologismo, ocorre uma fragilização daquilo que é ponto central do novo direito (pós-bélico, como diria Mário Losano): o seu elevado grau de autonomia. Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do EDD) – não podem vir a corrigi-lo”. STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

nenhum tipo de reflexão minimamente crítica<sup>321</sup>, seja de matriz positivista ou antipositivista<sup>322</sup>.

É importante esclarecer que a crítica que se faz a este estado de coisas, no presente trabalho, está centrada no compromisso principiológico com a democracia contemporânea e com mecanismos efetivos e funcionais de limitação e interdição do poder. É por isso – por ser antidemocrática, autoritária, personalista e desprovida de *accountability* social e democrático – que insistimos que a discricionariedade judicial é deletéria, e não meramente por ela não prestar contas com uma determinada teoria X ou Y. Por óbvio, a prática judiciária brasileira, a rigor, não teria nenhuma obrigação de se amoldar às teorias de Dworkin, Alexy ou Müller. Nossa prática judiciária poderia construir gradativamente, no cenário político-jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, uma racionalidade jurídica pós-positivista própria, específica em relação à realidade social brasileira e suas características singulares.

Criticar o decisionismo dos juízes no Brasil contemporâneo à luz das obras de Dworkin não significa uma pretensão de “colonizar” nossos magistrados, vinculando-os obrigatoriamente à uma teoria alienígena sob pena de serem acusados de “ignorantes”. O Brasil poderia, tranquilamente, produzir uma cultura jurídica própria, sistemática e dotada de coerência interna, ainda que com “heresias” em relação aos referências teóricos originais, construindo algo análogo àquilo que López Medina denomina de *Teoría Impura do Direito*<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Um exemplo. Considere a seguinte afirmativa: “Por sua parte, os juízes não podem decidir segundo suas preferências. Devem sempre justificar sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos. [...] Lendo decisões de tribunais brasileiros, constatamos que, infelizmente, a maioria não oferece fundamentações adequadas. Os argumentos empregados são frequentemente retóricos ('não cabe dúvida', 'é preclaro'), não oferecem uma avaliação detalhada das várias opções interpretativas ou se satisfazem com referências a autoridades (famosos juristas, tribunais superiores), considerando que o prestígio pode justificar uma opinião. Isso é um grave defeito da cultura jurídica. Somente decisões fundamentadas em argumentos sérios satisfazem os requisitos constitucionais e convencem as partes de que a justiça é bem administrada”. Tal afirmação poderia tranquilamente constar em qualquer obra de um autor antipositivista e vinculado à hermenêutica, como Streck. Todavia, a citação é de Dimitri Dimoulis, um positivista ferrenho (aliás, um dos poucos autores brasileiros contemporâneos assumidamente filiados ao positivismo jurídico normativista). Ver: DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

<sup>322</sup> Analisando um acórdão recente do STJ (EDcl no MS 21315/DF), Streck se propõe um desafio interessante: criticar a referida decisão sob a ótica de autores clássicos, oriundos das mais diversas matrizes teóricas. Streck, então, passa a analisar a decisão sob a ótica das teorias de Windscheid, Hart, Habermas, Alexy, Dworkin, Raz, Shapiro, Waluchow, Müller, Luhmann e Kelsen, para concluir que a decisão não passaria pelo crivo epistemológico de absolutamente nenhum deles. Ver: STRECK, Lenio Luiz. Um encontro de titãs: Kelsen, Hart & Cia analisam acórdão do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 07 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>323</sup> Em sua obra *Teoría Impura Del Derecho*, o jurista colombiano Diego Eduardo López Medina desenvolve um argumento interessante: ele sugere que a produção das teorias jurídicas é dividida entre *locais de produção* (centros culturais tradicionais, leia-se Europa e Estados Unidos, nos quais são desenvolvidas teorias com pretensões *transnacionais*) e *locais de recepção* (países de desenvolvimento tardio e periféricos na história colonial, como é o caso de toda a América Latina), onde se busca construir tão somente teorias *locais*, de alcance nacional, a partir de uma influência mitigada das grandes obras provenientes dos prestigiosos centros

O que obviamente não é aceitável, no entanto, é “adotar” autores como Dworkin, Alexy, Habermas e Müller apenas como adornos retóricos para afetações de erudição. Não é possível se filiar à teoria dos princípios jurídicos de Dworkin para, no mesmo ato, utilizar estes princípios como instrumentos de legitimação da discricionariedade judicial. Não é possível adotar simultaneamente Dworkin e Alexy (apenas porque ambos trabalham com a terminologia dos “princípios” no Direito), misturá-los no liquidificador e produzir uma retórica jurídica no sentido de que “princípios são valores”, legitimando todo e qualquer tipo de correção externa do Direito pela moral<sup>324</sup>. Sobre isso, Streck dirá que:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização; o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). [...] podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmatismos tomam emprestado pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade<sup>325</sup>.

Em outras palavras, o desafio para o cenário brasileiro pós-Consituição de 1988 poderia ser resumido em três opções distintas: instituir uma prática coerente própria, que

---

de produção. “Mitigada” porque, segundo Medina, só o que chega até estes locais de recepção são as obras “de referência”, desacompanhadas do entorno, ou seja, do debate e das depurações teóricas do meio em que a teoria foi produzida. Apesar de isso potencialmente implicar em um ambiente hermenêutico pobre, Medina irá sustentar que esse estado de coisas não é necessariamente um mau, pois permite um processo de *reinterpretação* das obras referenciais sob a ótica de uma nova e específica realidade social e política, permitindo o surgimento de teorias “impuras”, que ganham novo significado na medida em que rompem com a visão “canônica” desenvolvida nos *locais de produção*. Significa dizer: mixagens teóricas e reinterpretações realizadas longe do local de origem das teorias jurídicas consagradas são processos que não são necessariamente banais, podendo resultar em novas compreensões autênticas do Direito nos *locais de recepção*. Infelizmente, no Brasil, as “heresias” teóricas parecem ser sistematicamente concebidas como óbice à evolução do Estado Democrático de Direito, jamais como catalisador deste processo. Ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

<sup>324</sup> “É interessante notar que a recepção brasileira de autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy gerou impacto nulo sobre nossa jurisprudência e nosso modo de operar o direito. Não é incomum que os tribunais brasileiros, inclusive o STF, citem tais autores em suas decisões. No entanto, tais citações costumam servir como argumento de autoridade: servem apenas para demonstrar erudição. Não há indício de que os modelos de racionalidade jurídica presentes na obra desses autores tenham tido qualquer influência sobre o modo de raciocinar dos operadores de nosso direito. Tal fato mostra como nossa tradição é forte e coesa; capaz de incorporar a obra destes teóricos em seu registro próprio, sem se deixar influenciar efetivamente por eles”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15.

<sup>325</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 289.

possa ser posteriormente estudada, compreendida e enunciada na forma de uma teoria geral; construir uma teoria da decisão própria, adequada às singularidades brasileiras ou, em última hipótese, filiar a prática jurisdicional pátria a algum arcabouço teórico já devidamente estabelecido, assimilando-o de forma íntegra e coerente.

Isso não significa, de forma alguma, que as pesadas críticas que a academia jurídica brasileira vem fazendo nos últimos anos contra o decisionismo, a discricionariedade judicial e o ativismo não estejam rendendo nenhum tipo de fruto. Na redação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), é marcante a influência da Crítica Hermenêutica de Streck e de outras correntes críticas deste “pós-positivismo à brasileira”, viciado pelo panprincipiologismo arbitrário e por um pragmatismo decisionista.

#### 4.2.5 Os Perigos da Naturalização do Ativismo Judicial

Analizamos, ao longo dos últimos sub-capítulos, diversos exemplos ilustrativos das dificuldades enfrentadas, no Brasil, por qualquer tipo de iniciativa que busque trabalhar com limitação e interdição do poder e estabelecimento de limites para o exercício da autoridade<sup>326</sup>. E a situação da prática judicial contemporânea, em nosso país, se torna ainda mais crítica

<sup>326</sup> Em artigo publicado no site Consultor Jurídico em outubro de 2015, o desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná Clayton de Albuquerque Maranhão e o juiz de Direito Fernando Andreoni Vasconcellos manifestaram sua revolta e indignação contra os críticos em geral (e Lenio Streck, em particular) dos enunciados do Enfam, que ambos consideram como "uma iniciativa louvável". Segundo eles "a impressão que se tem das ideias recentemente defendidas por Lenio Streck é a de que juízes estariam proibidos de fazer doutrina, de participar de atividades acadêmicas, de contribuir para a ciência do Direito, de discutir e de se atualizar em seminários e cursos de formação continuada, incumbindo-lhes exclusivamente o exercício prático da magistratura". Com todo o respeito aos autores do referido artigo, é forçoso observar que a opinião nele exposta é insustentável. Ora, nem Streck e nem qualquer outro crítico dos infames “Enunciados” da Enfam disse que juízes "não podem fazer doutrina" ou que "não podem contribuir para a ciência jurídica". *Pelo contrário: podem e devem.* Isso é ótimo e salutar. Mas precisam ter em mente que, *quando estão fazendo ciência jurídica, não são mais figuras de autoridade, mas sim estudiosos e acadêmicos como qualquer outro.* Pergunta-se: *desde quando doutrinadores fazem “enunciados” - prontos e acabados, imperativos e com ânimo de voz de comando?* Ora, reflexão acadêmica nas ciências jurídicas e sociais se faz com publicação de artigos e de livros, com seminários, simpósios, debates, etc. O ato de um grupo de magistrados se assenhorar do conteúdo interpretativo do novo diploma legal, como se fez com estes enunciados, nada tem de "acadêmico" ou de preocupação autêntica com a coerência da doutrina jurídica. *Demonstra, isso sim, um evidente viés pragmático-instrumentalista, eivado de corporativismo e constrangedoramente alheio à democracia e indiferente à doutrina jurídica. Direito sem práticas sociais compartilhadas não é Direito.* Como é que um grupo de "sábios magos" pode definir, a priori, os limites interpretativos de uma nova lei que sequer entrou em vigor - ou seja, que sequer chegou a estabelecer uma relação dialética com a dimensão da faticidade? É de se supor que os autores do artigo sejam movidos pelas melhores intenções ao defender os malfadados enunciados em questão, mas simplesmente não é possível compartilhar de tão generosa indulgência para com uma conduta tão incompatível com a democracia e com os cânones contemporâneos da interpretação jurídica. O episódio é ilustrativo de como as autoridades brasileiras têm dificuldade para se expressar sem recorrer a palavras de ordem e ao paradigma da autoridade. (Artigo disponível no endereço eletrônico: MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Criação de enunciados interpretativos sobre novo CPC é iniciativa louvável. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-09/criacao-enunciados-interpretativos-cpc-louvavel>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

diante do fato de que certos juristas, na contramão dos esforços democráticos e hermenêuticos da academia jurídica nos últimos trinta anos, insistem em endossar o ativismo judicial – frequentemente confundindo esta postura abusiva com a *judicialização da política*, para concluir que se trata de algo “inevitável” neste momento da história.

É o caso, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover. Em entrevista concedida ao popular site Consultor Jurídico em julho de 2016, ela afirma que criticar o ativismo judicial “é uma loucura”. Isso porque:

O juiz atual tem que ser ativo, sim! Claro que tem que ter limites, que são a razoabilidade, a motivação, não pode se substituir ao administrador. Mas o juiz tem que ser ativo porque o Judiciário é protagonista do Estado de Direito. Ele é construtor do Estado de Direito e, se os outros poderes se omitem como acontece muitas vezes com as políticas públicas porque a administração não faz o que deveria fazer, a posteriori o juiz tem que intervir. O Judiciário está assumindo esse papel por omissão dos outros poderes. Por que foi o Supremo que teve que decidir sobre o aborto de fetos anencéfalos quando tinha 20 projetos de lei no Congresso dizendo a mesma coisa? Mas eles se divertem mais fazendo comissão parlamentar de inquérito ou fazendo o processo do impeachment... Então, a Justiça ocupa o espaço. E hoje a configuração do Judiciário é completamente diferente. O seu papel, a sua função é diferente.<sup>327</sup>

Com o devido respeito à renomada jurista, a confusão que ela faz aqui entre *ativismo judicial* e *judicialização da política* é evidente. Ora, quando o Judiciário atua em virtude de “omissão de outros poderes”, porque “a administração não faz o que deveria fazer”, trata-se de uma hipótese que nenhum jurista teria dúvida em classificar como um exemplo de judicialização da política. Com efeito, o Judiciário *não está* sendo ativista quando ele atua como garantidor, em caráter subsidiário, sem usurpar competências e orientado por princípios jurídicos de forte densidade constitucional.

Grinover faz o elogio do ativismo judicial de forma confusa, ora citando características próprias de um fenômeno diverso – a judicialização da política –, ora endossando o poder criativo e sem limites dos juízes:

Acabei de entregar à editora um livrinho de dez ensaios que vai se chamar *Ensaio sobre a Processualidade – Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, em que digo todas essas coisas que parece que ninguém tem muita coragem de dizer. Por exemplo, sobre a jurisprudência. A jurisprudência hoje tem uma função criadora. Não adianta dizer que é só interpretação. Primeiro eram as súmulas, aí veio a eficácia vinculante das

<sup>327</sup> MATSUURA, Lilian; VASCONCELLOS Marcos de. "Com executivo e legislativo em crise, o judiciário tomou conta de tudo" *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ações constitucionais, agora veio a eficácia vinculante de julgados e de precedentes no Código de Processo Civil. Tudo está mudando.<sup>328</sup>

Veja-se que, além de afirmar expressamente que os juízes estão legitimados a exercer uma “função criadora” que transcende a mera interpretação (na medida em que “não adianta dizer que é só interpretação”), Grinover ainda faz uma leitura do novo Código de Processo Civil como sendo um instrumento de *ampliação* da discricionariedade judicial – uma concepção que vai na contramão dos objetivos mais elementares que inspiraram a redação do novo diploma legal nesta questão em particular.

Pergunta-se: de que forma se poderia entender que o Art. 489 do novo CPC, ao aprofundar de forma significativa a importância e o rigor da fundamentação das decisões judiciais, estaria incentivando e endossando a discricionariedade judicial? Da mesma forma: quando o Art. 926 do novo diploma legal consagra que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, como é possível negar que o arcabouço jusfilosófico por trás deste texto encontra-se nas bandeiras da *coerência* e *integridade* do Direito, hasteadas vigorosamente por Dworkin (e, no Brasil, pela Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Streck)?

Dito de outro modo: é possível falar em “pós-positivismo”, recepcionando uma teoria interpretativa orientada pela crítica à discricionariedade judicial, e – por meio de mixagens teóricas – usá-la como instrumento retórico para legitimação de uma prática pautada pelo ativismo judicial? A resposta, aqui, me parece necessariamente negativa.

Por outro lado, é forçoso elogiar a coerência de Grinover no que diz respeito à questão do autoritarismo. Grinover, é verdade, faz apologia ao ativismo judicial. Mas, exibindo admirável coerência, ela também faz apologia expressa do autoritarismo político puro e simples – inclusive sugerindo que o Brasil seja governado por algum tirano “importado” da China, por uma questão de “eficiência”<sup>329</sup>:

---

<sup>328</sup> MATSUURA, Lilian; VASCONCELLOS Marcos de. "Com executivo e legislativo em crise, o judiciário tomou conta de tudo" *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

<sup>329</sup> Sobre este deslumbramento que a questão da eficiência provoca em certos juristas, cumpre ressaltar o seguinte: "Há dois pontos aqui que merecem consideração. Primeiro: um modelo democrático, com efeito, deixa muito a desejar como forma de controle social (a antítese da democracia, o totalitarismo, se mostra perfeito para tal objetivo). Ora, se o objetivo de um determinado sistema social é meramente garantir que as pessoas andem nos trilhos da ordem vigente, a única coisa necessária para tanto é a coerção, a força. Quanto mais restritos forem os direitos aos quais os cidadãos fazem jus e quanto mais limitada for a possibilidade de demandas, tanto maior será a 'paz social', a ordem e outras 'qualidades' de um ordenamento jurídico que nem sempre operam, necessariamente, como uma expressão do bem comum. Segundo: o Direito, entendido dentro do conceito da democracia moderna, existe justamente para garantir que essa paz social não seja absoluta, ou seja, que não seja obtida através de quaisquer meios, como a repressão às opiniões divergentes, o sufocamento das aspirações sociais, a 'coisificação' dos indivíduos como meios para fins determinados pelo

[...] Estou voltando da China. Vocês não imaginam o que é a China hoje. Em dez anos eles refizeram cidades inteiras. Beijing foi refeita. Eu conheci Beijing antes. Eram cortiços. Não sei quantas pessoas moravam num pequeno apartamento, com um banheiro comum, uma cozinha comum. Hoje não tem cortiço, não tem favela. Também fui para o interior da China e vi que todo mundo mora dignamente. Nós temos que importar um tirano. (risos) Não vou dizer um ditador porque é feio, mas um tirano provisório por 20 anos, fazer uma seleção entre os chineses.<sup>330</sup>

Se existe algo universal nas críticas feitas ao ativismo judicial, este algo reside no compromisso com a democracia, na preocupação com os abusos do poder e no combate ao autoritarismo. Com frequência, apologistas do ativismo judicial demonstram uma relação ambígua e confusa com os princípios basilares da democracia. Grinover, neste particular, é mais coerente: ela não deixa dúvidas de que considera a “eficiência” mais importante do que a democracia. Neste ponto, ela se mostra mais esclarecida e consciente do que muitos que defendem o ativismo judicial sem perceber que *essa postura tem como pressuposto implícito um indisfarçável ceticismo em relação à democracia*.

---

poder vigente, etc. [...] A existência de 'conflituosidade social', por si só, não pode portanto ser considerada como algo negativo no contexto de um modelo democrático. Pelo contrário: a democracia pressupõe autenticidade nas relações sociais, liberdade de expressão e ampla defesa dos direitos individuais e coletivos. A litigiosidade disso decorrente é inevitável e, novamente, a alternativa seria apostar num modelo pautado pelo autoritarismo. [...] essa mesma “difusão” das instâncias de poder que gera problemas e que, por vezes, “engessa” e atrapalha o processo de tomada de decisões, por outro lado, se manifesta como um pressuposto de qualquer democracia que não seja meramente formal, ou seja, a não concentração do poder é pressuposto e condição de possibilidade para a democracia. Dessa forma, se percebe o equívoco de condenar a democracia, enquanto modelo, por supostas deficiências que, na realidade, nada mais são do que pressupostos do ambiente democrático. ABEL, Henrique. O protagonismo político-econômico da China no cenário global e seus efeitos sobre o modelo de democracia liberal ocidental: perspectivas sobre o futuro da democracia no século XXI. In: VITA, Jonathan Barros; MALISKA, Marcos Augusto. *Direitos fundamentais e democracia II*. Org: CONPEDI/UFSC. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 461-486.

<sup>330</sup> Ato contínuo, o entrevistador, visivelmente (e compreensivelmente) perplexo, perguntou: “Vinte anos de provisório?”. Grinover, prontamente, respondeu: “Ué, a nossa ditadura não durou isso? Quer dez anos? Em dez eles conseguem fazer tudo”. Tais conclusões podem parecer despropositadas, até absurdas, mas na realidade são perfeitamente compatíveis com a velha concepção do Direito enquanto mera *racionalidade instrumental*, e denotam um aprisionamento (ainda que inconscientemente) aos formalismos do positivismo normativista (e da sua absoluta cisão entre *Ciência do Direito* e o mundo prático da aplicação). A ausência de compromissos com os princípios político-jurídicos do Constitucionalismo Contemporâneo faz com que a luxúria pelo poder surja como uma opção tentadora em cada momento de incertezas ou crises. Por outro lado, autores profundamente comprometidos com a questão da democracia, como Rosanvallon, irão dizer que a única saída para as dúvidas e incertezas do ocidente contemporâneo encontram-se na *radicalização* da democracia, e não na *negação* desta. Para Rosanvallon, “*El problema es decisivo, pues en esta confusión de las definiciones puede arraigar un relativismo altamente cuestionable. Y en ese contexto también nacen, a la inversa, pretensiones normativas listas para erigir en absoluto una experiencia singular. La única forma de salir de esa fluctuación problemática entre un relativismo insostenible e impulsos normativos consiste en formular la definición más desarrollada de la democracia, la que incluye todas sus dimensiones y todas sus formas. Referida a una tal definición ampliada, la democracia traza el horizonte de una organización de la vida social en ciernes, que nadie puede pretender haber realizado aún. La oposición entre un centrismo occidental arrogante y una sospechosa retórica diferencialista sólo se puede superar con esa condición. La única definición universal posible de la democracia es, pues, la que radicaliza sus exigencias*”. ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*. Paidós: Barcelona, 2010. p. 306.

A desconfiança em relação à democracia moderna nada tem de novo. Na primeira metade do século XX, tanto o socialismo real quanto o fascismo (incluindo a sua variação alemã) ostentavam a pretensão de “superar” a democracia – não apenas pela força e pelas armas, mas também no campo das ideias. A esquerda autoritária da época, por sua vez, não enxergava na democracia ocidental nada além de uma fantasia burguesa, tão historicamente destinada ao fracasso e ao colapso quanto o próprio capitalismo. O fascismo, por sua vez, desprezava a democracia liberal e se apresentava como uma doutrina mais qualificada e avançada, sobretudo em termos de ciência política. A democracia ocidental moderna era vista como ineficiente, medíocre, como um modelo que tolerava a fraqueza e que, em virtude disso, levaria a sociedade à debilidade. Sobre isso, Bobbio dirá que:

Não é por acaso que tanto os extremistas de esquerda quanto os de direita mantêm sob suspeita a democracia, inclusive do ponto de vista das virtudes que ela alimenta e das quais necessita para sobreviver. No linguajar de uns e outros, democracia é sinônimo de mediocracia, entendida como domínio não só da camada média, mas também dos medíocres. O tema da mediocridade democrática é tipicamente fascista. Mas é um tema que encontra seu ambiente natural no radicalismo revolucionário de qualquer coloração. [...] Também com respeito à moral e à doutrina da virtude, os extremistas das margens opostas se encontram e, ao se encontrarem, conseguem achar bons motivos para se contrapor aos moderados: as virtudes guerreiras, heróicas, da coragem e da ousadia, contra as virtudes consideradas pejorativamente mercantis da prudência, da tolerância, da razão calculadora, da paciente busca da mediação, necessária nas relações de mercado e naquele mais amplo mercado de opiniões, de ideias, de interesses em conflito, que constitui a essência da democracia, na qual é indispensável a prática do compromisso.<sup>331</sup>

É possível dizer que o fenômeno moderno do “ativismo judicial” surge nos Estados Unidos, ao longo (mas principalmente na segunda metade) do século XX. O fato de que o ativismo judicial é hoje um fenômeno relativamente incorporado e “naturalizado” dentro das práticas jurisdicionais do país mais poderoso do mundo em termos econômicos, tecnológicos e militares é, com certeza, um dos fatores que explica o fascínio e o respaldo que o ativismo judicial encontra perante parcela significativa dos juristas brasileiros.

Trata-se, todavia, de uma má-compreensão. Primeiro, porque é altamente discutível que o ativismo judicial seja um instrumento adequado de qualificação da democracia, mesmo considerado no contexto particular dos Estados Unidos. Dworkin, o segundo jusfilósofo mais

---

<sup>331</sup> BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda*. São Paulo: Editora UNESP, 2001. p. 74.

citado do século XX<sup>332</sup>, era norte-americano e dedicou grande parte de sua carreira acadêmica à crítica do ativismo e da discricionariedade judicial, insistindo sempre na importância do *judicial restraint*.

É oportuno lembrar que, embora os Estados Unidos sejam uma liderança mundial em diversas áreas, a qualidade geral de seu sistema democrático não é uma delas<sup>333</sup>. Por isso, essas “importações” acompanhadas de pouca reflexão crítica se mostram particularmente perigosas, especialmente quando levamos em consideração que, no Brasil, qualquer debate político sobre modelos norte-americanos tende a descambar para os extremos de um antiamericanismo ingênuo ou de um constrangedor colonialismo cultural.

Em segundo lugar – e ainda mais importante –, é preciso ter em mente que, mesmo que se entenda que o ativismo judicial é perfeitamente compatível com a democracia, dentro do modelo norte-americano, isso não significa que tal prática possa ser “exportada” para ordenamentos jurídicos com desenvolvimentos constitucionais absolutamente diversos. A toda evidência, não poderia ser mais distinta a forma como os Estados Unidos e o Brasil adentram o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, adequando-se ao Direito democrático ocidental dos últimos setenta anos. No Brasil, este ingresso é propiciado pela via de um *reboot* sistêmico – a criação de uma nova ordem jurídica, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988. O caminho norte-americano, por outro lado, se deu de forma absolutamente diversa.

Como se sabe, a ordem jurídica dos EUA ainda permanece, de forma sólida e estável, sob a égide de sua Carta Magna original, datada de 1789. Todavia, mais significativo ainda é o fato de que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a Constituição dos Estados Unidos foi alterada tão somente por *seis* emendas constitucionais, aprovadas entre 1951 e 1992.<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle Pearse. The most-cited law review articles of all time. *The Michigan Law Review*, [S.l.], v. 110, n. 8, 2012.

<sup>333</sup> Segundo o conceituado *Democracy Index*, compilado pelo grupo de mídia *The Economist*, em 2015 os Estados Unidos ocupavam a 20ª posição no ranking das melhores democracias do planeta, logo atrás do Uruguai (único país da América Latina no "Top 20"). Os EUA, segundo o *Democracy Index*, estão em último lugar dentro do grupo de vinte nações que podem ser consideradas como sendo "Democracias Plenas". O Brasil ocupa a 51ª posição no ranking e é classificado como uma "Flawed Democracy" (democracia "falha", "defeituosa" ou "incompleta"). Embora a posição norte-americana seja muito boa, em termos gerais, é impossível deixar de observar que se trata de uma classificação surpreendentemente medíocre para o país que ostenta a maior economia do planeta, o maior PIB, o maior PIB per capita e que detém a dianteira tecnológica e militar no mundo contemporâneo. O relatório completo do *Democracy Index*, relativo ao ano de 2015, pode ser acessado pelo seguinte endereço eletrônico: DEMOCRACY index 2015: democracy in an age of anxiety. *The Economist*, London, 2015. Disponível em: <<http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

<sup>334</sup> Texto disponível no site do U.S. National Archives and Records Administration, acessível pelo endereço eletrônico UNITED STATE. National Archives and Records Administration. College Park, MD, 2016. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

Destas, apenas três podem ser associadas com mecanismos de aperfeiçoamento da democracia e como indicativos de aproximação da realidade política americana em relação aos princípios do Constitucionalismo Contemporâneo: a Vigésima-Segunda Emenda, de 1951, que limitou o número de vezes nas quais um Presidente eleito pode ocupar o cargo (apenas dois mandatos, totalizando oito anos); a Vigésima-Quarta Emenda, de 1964, que passou a proibir a cobrança de qualquer tipo de taxa para que o cidadão estivesse habilitado a votar, efetivamente ampliando a participação democrática e evitando discriminações baseadas em renda (que afetavam sobretudo os afro-americanos, parcela da população que ainda é profundamente marginalizada, social e economicamente, como consequências dos longos anos da chaga da escravidão); e a Vigésima-Sexta Emenda, de 1971, que proibia o governo de negar o direito de voto, por razão de idade, a qualquer cidadão maior de dezoito anos (a reivindicação social em prol da redução da idade para o voto ganhou força, na época, pela vasta atuação dos movimentos estudantis, sobretudo em reação à Guerra do Vietnã). Esta foi a última emenda que expandiu o direito de voto de forma a torná-lo mais abrangente para uma maior quantidade de cidadãos.

Este fato apenas corrobora a já notória percepção de que, nos Estados Unidos, o avanço da ordem constitucional pátria rumo aos padrões do Constitucionalismo Contemporâneo, no último meio século, se deu mais pela via judiciária, por meio do ativismo judicial, do que pela via legislativo-constitucional.

Isso não representa qualquer motivo para espanto, na medida em que estamos falando de um país legatário da tradição da *common law*, e tampouco sugere que este instrumento – o ativismo judicial – seja recomendável e democraticamente adequado para ser exportado para países como o Brasil – que, além de pertencer a uma tradição jurídica distinta, ainda por cima ingressou no paradigma político-jurídico do Constitucionalismo Contemporâneo por meio de uma nova Constituição Federal - formal, analítica, dogmática, material<sup>335</sup> e "prolixa"<sup>336</sup>.

O se conclui, enfim, da análise da prática judicial brasileira contemporânea, é que os paradigmas referenciais mudam – *mas o senso comum teórico dos juristas permanece o mesmo*. Com trinta anos de redemocratização, ainda não conseguimos superar o fetiche pela autoridade, o apego ao instrumentalismo jurídico, a discricionariedade judicial e tampouco o encantamento com a “eficácia” do poder arbitrário.

O positivismo jurídico foi “superado” não por uma nova compreensão do Direito, compatível com o Constitucionalismo Contemporâneo, mas sim por um *discurso pragmatista*

---

<sup>335</sup> SILVA, José Afonso Da. *curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40

<sup>336</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 73

*de incentivo e legitimação à correção externa do Direito pelo senso pessoal de moralidade política do julgador.* É uma prática que “demoniza” o positivismo normativista e se diz “pós-positivista” ao mesmo tempo em que repristina um dos piores legados do positivismo kelseniano: a discricionariedade judicial. Sobre isso, Streck observará que:

O que ocorreu é que voltamos a *um lugar de onde nunca saímos*: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma ‘autônoma razão teórica’ e quando ela não é ‘suficiente’ delegamos tudo para a razão prática...! [...] Por que isto é assim? Porque os juristas assumem posturas paradoxais. Se é possível considerar superado o paradigma objetivista (lembramos que Descartes e Kant já o superaram há tantos séculos), ao mesmo tempo aposta-se cada vez mais no mito do dado, como é o caso específico das súmulas vinculantes e os efeitos de uma decisão sobre outras (como consta no projeto do novo CPC e já prevê o CPC em vigor). Melhor dizendo, quer-se superar o mito da plenipotenciabilidade da lei (onde a lei é igual ao direito) com outras (novas) tentativas objetivistas e objetificadoras. [...] Na verdade, está-se diante de um sincretismo ad hoc: quando interessa ao establishment dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’, decorrente dessa ‘livre convicção’, ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e suas decorrências, como o pranprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc), apela-se ao mito do dado ... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!<sup>337</sup>

Aparentemente, quanto mais as coisas mudam, mais elas continuam iguais. Enquanto o Direito ocidental do último meio século reivindica para si um elevado grau de autonomia perante a política e um compromisso sem precedentes com a democracia e com um constitucionalismo dirigente, o poder no Brasil parece passar por contínuas adaptações darwinianas para continuar operando dentro de uma lógica estamental, excludente, corporativista e desobrigada de qualquer *accountability* perante a sociedade e a Constituição. Não ocorreu uma superação epistemológica do positivismo normativista. O Direito ainda é compreendido, sobretudo em países de cidadania e cultura democrática rarefeitas como o Brasil, estritamente sob a ótica de um *paradigma da autoridade*.

---

<sup>337</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 114-118.

## 5 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Na primeira parte deste capítulo, farei uma breve análise comparativa entre as matrizes analítica, hermenêutica e sistêmica. Examinarei a forma como a perspectiva sistêmica lida com a questão do tempo e analisarei brevemente as implicações epistemológicas da *autopoiesis* de Luhmann e da matriz hermenêutica. Após, apresentarei uma crítica (centrada principalmente em Rorty) às concepções que buscam transformar a hermenêutica em uma “pós-epistemologia”.

Meu objetivo aqui é demonstrar: primeiro; que a teoria luhmanniana é uma *sociologia jurídica*, e não uma *epistemologia*. Segundo: que *também a hermenêutica não deve ser compreendida como uma epistemologia* (ela é uma metodologia interpretativa vinculada a uma determinada filosofia da linguagem). Terceiro: que as abordagens em sentido contrário (Rorty) tendem a desfigurar o projeto hermenêutico, reduzindo-o a um discurso relativista. Quarto: que o pragmatismo, o relativismo e o ceticismo são posturas filosóficas absolutamente desarmônicas com o projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito.

### 5.1 Os Desafios para a Construção de uma Epistemologia Jurídica Pós-Positivista

Começarei este capítulo fazendo uma síntese daquilo que Rocha denomina de “as três matrizes jurídicas”. Irei sugerir que a sociologia jurídica desempenha um papel importante para que o papel e os desafios do Direito no mundo democrático contemporâneo possam ser corretamente compreendidos. Sustentarei, no entanto, que estes caminhos apontados pela sociologia jurídica não podem criar, por si só, uma epistemologia jurídica pós-positivista. Ato contínuo, farei uma breve síntese sobre as contribuições de Luhmann para a sociologia do Direito e resumirei algumas críticas mais costumeiras a respeito da teoria jurídica luhmanniana.

Irei sugerir, em seguida, que a hermenêutica jurídica representa um novo paradigma para o Direito enquanto método interpretativo, mas que – justamente por isso – *hermenêutica jurídica não é epistemologia jurídica*. O principal alvo da minha crítica, aqui, será o trabalho de Richard Rorty – possivelmente o mais destacado defensor da ideia contrária. Demonstrarei que o “abandono” da epistemologia, conforme defendido por Rorty (ou a transformação da hermenêutica em uma espécie de “nova epistemologia”, como querem alguns dos seguidores

de Rorty), desemboca invariavelmente no relativismo e abre caminho para o autoritarismo e para o arbítrio do poder.

Dando sequência a este capítulo, apresentarei uma crítica às abordagens céticas, relativistas e pragmáticas dentro do Direito, sustentando que as mesmas são incompatíveis tanto com o paradigma político-jurídico vigente na maior parte do mundo ocidental democrático (o Estado Democrático de Direito) quanto com o paradigma interpretativo da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck) e da coerência e integridade dworkinianas.

### 5.1.1 As Três Matrizes Jurídicas

Apenas este breve mapeamento do presente capítulo, visto acima, já demonstra - por si só - que a definição dos contornos de uma epistemologia jurídica adequada para o Direito contemporâneo mostra-se como um desafio de peso, agravado pelas dificuldades e instabilidades da democracia e da política no mundo contemporâneo neste começo de século XXI (conforme trabalhado no primeiro capítulo do presente trabalho). Natural que seja assim, na medida em que ignorar estas dificuldades cumulativas da teoria e de sua adequação à prática representaria um retorno ao velho erro de cindir, artificialmente, os mundos da “teoria” e da “prática” – como se a prática não fosse um modo de verificação e comprovação da teoria e a teoria não fosse condição de possibilidade para qualquer prática minimamente orientada e consciente. Rocha expõe o problema da seguinte forma:

[...] somente uma nova Matriz Teórica poderá permitir a reconstrução da teoria jurídica contemporânea para a compreensão e transformação dos acontecimentos deste início de século. Esta proposta deve ser também encaminhada conjuntamente com a elaboração de uma nova cultura política, voltada a uma forma de sociedade democrática.<sup>338 339</sup>

<sup>338</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141, jul./dez. 2013.

<sup>339</sup> A hipótese esboçada por Leonel Severo Rocha no referido artigo tem pontos de contato com a tese central do presente trabalho, mas não se confunde com ela. Rocha elenca três diferentes *matrizes jurídicas*, que seriam âmbitos teóricos distintos a partir dos quais se torna possível compreender e elencar diferentes posturas intelectuais que guardam traços em comum. Seria possível até mesmo classificá-las dentro de um critério de evolução histórica: da analítica para a hermenêutica e desta para a desejada concretização de uma matriz pragmático-sistêmica, apta a transcender as limitações de ambas as matrizes anteriores. O presente trabalho, por sua vez, adota um ponto de partida distinto, enxergando a hermenêutica jurídica do século XX não como uma matriz já superada, mas sim como *um novo paradigma de método interpretativo ainda carente de realização plena*. Isso ocorre porque, embora este novo paradigma interpretativo seja adequado ao novo momento histórico-político-jurídico do ocidente democrático pós-Segunda Guerra (o *Estado Democrático de Direito*), a hermenêutica jurídica da segunda metade do século XX ainda não se viu devidamente acompanhada de uma epistemologia jurídica igualmente renovada e transformadora. Além disso, a hipótese trabalhada por Rocha, salvo engano, atribui à hermenêutica a qualidade de uma epistemologia jurídica pós-

Para Rocha, as três matrizes jurídicas “básicas” poderiam ser denominadas: *Analítica*, *Hermenêutica* e *Pragmático-Sistêmica*. A matriz analítica trabalha com a ideia de um sistema fechado, com foco nas normas e orientada por uma dimensão de temporalidade<sup>340</sup>. Nesta matriz, ocorre uma predominância da sintaxe.<sup>341</sup> Além dos méritos epistemológicos da teoria kelseniana já destacados no Capítulo 2.2 do presente trabalho, Rocha destaca mais um: “O normativismo kelseniano foi quem introduziu a perspectiva dinâmica do Direito, explicando os processos de produção e autorreprodução das normas”.<sup>342</sup>

Trata-se de uma inovação digna de nota, na medida em que rompe com a concepção estática, que era própria do velho jusnaturalismo, no qual as normas deveriam se adaptar a ideais metafísicos perenes e imutáveis. No entanto, as teses kelsenianas, mesmo com a contribuição de Bobbio, permanecem deficientes enquanto modelos explicativos do Direito contemporâneo, na medida em que:

---

analítica, o que vai na contramão de um dos principais argumentos que apresento no presente trabalho, qual seja: de que *a hermenêutica jurídica representou uma revolução interpretativa, de método, e não uma superação epistemológica da velha analítica*. Um dos fatos que corroboram com esta visão é a constatação de que, na cultura jurídica brasileira, a ampla popularidade das teorias hermenêuticas “pós-positivistas” (Dworkin, Streck) convive com um senso comum teórico (sobre a natureza e as possibilidades de conhecimento dentro do Direito) ainda absolutamente prisioneiro da esquemática analítica do positivismo normativista kelseniano. Sobre este ponto específico, remeto ao Capítulo 3.3 do presente trabalho. Em outras palavras, embora a tese deste trabalho esteja de acordo com a afirmação de Rocha de que se faz necessária “uma nova Matriz Teórica para “permitir a reconstrução da teoria jurídica contemporânea” e permitir “a compreensão e transformação dos acontecimentos deste início de século”, por outro lado deve restar esclarecido que, para Rocha, essa “nova matriz” significa a busca por uma superação do “normativismo de segundo grau” da matriz hermenêutica. De forma distinta, dentro da tese do presente trabalho, esta “nova matriz” significa a busca por uma epistemologia jurídica pós-positivista que venha justamente possibilitar que as transformações do novo paradigma hermenêutico possam se realizar em sua plenitude.

<sup>340</sup> “Esta matriz faz referência à filosofia analítica, uma perspectiva racional moldada, basicamente, a partir da pretensão de transformar o saber em ciência. No âmbito do Direito significou uma perspectiva voltada a forjar uma ciência jurídica. Como bem salienta Rocha, ‘a filosofia analítica encontrou o seu desdobramento na teoria geral do Direito, através da análise lógico-formal das normas jurídicas’ (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 95). Trata-se de uma orientação teórica muito forte no século XX. [...] Essa Matriz revela os contornos assumidos pela razão moderna no âmbito do Direito, sobretudo em relação ao chamado Normativismo Jurídico. Essa perspectiva teórica tornou-se a matriz dominante na Modernidade e o autor referencial, certamente, foi Hans Kelsen [...]. Uma construção teórica calcada na ideia de *norma jurídica* e na construção de uma linguagem rigorosa para o Direito. Uma racionalidade que organiza o poder da normatividade jurídica através de um Estado forte e da lógica normativa. Uma hierarquia de normas que forma um escalonamento no qual o fundamento de validade de uma norma passa a ser dado por outra norma hierarquicamente superior e válida na conjuntura normativa, dando ao ordenamento consistência e coerência suficiente para se ter a concepção de um ‘sistema fechado’”. FLORES, Luis Gustavo Gomes. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. p. 54.

<sup>341</sup> “A filosofia analítica (*Teoria Geral do Direito*) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o Direito, principalmente, por Hans Kelsen [...] e por Norberto Bobbio [...]. Estes autores podem ser considerados neopositivistas, pois postulam uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto Direito. Trata-se de uma metateoria do Direito, que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e Direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 143, jul./dez. 2013.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 144.

[...] a analítica ainda é uma matriz bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado liberal clássico, não interventor. Portanto, bem limitada politicamente, gerando também consequências teóricas graves, devido à sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla.<sup>343</sup>

Rocha observa também que é possível fazer um comparativo entre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale com o modelo kelseniano. Isso porque ambas podem ser consideradas matrizes jurídicas ontológicas. A diferença é que a teoria de Reale seria fundada em uma dialética triangular na qual “o Direito seria uma composição entre os fatos, valores e normas”<sup>344</sup>, ao passo que, no modelo ontológico kelseniano, essa estrutura piramidal operaria de forma vertical e hierárquica, com sua legitimidade emanando, de cima para baixo, da *Norma Fundamental*.

Em oposição à analítica, a matriz hermenêutica trabalha como uma concepção de sistema *aberto*. O ponto de observação deixa de estar nas normas e passa para o *operador*. A dimensão temporal, por sua vez, cede espaço para o campo *social*.<sup>345</sup> Embora, internacionalmente, as concepções hermenêuticas do Direito sejam muito associadas com a obra de Dworkin, é oportuno lembrar que o primeiro passo em uma direção que vai da analítica para a hermenêutica foi dado por Hart, malgrado o fato de ser um autor que ainda trabalhava dentro da perspectiva do positivismo normativista<sup>346</sup>.

Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico. [...] A tese do Direito como instituição social significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem”.<sup>347</sup>

Dentro de uma concepção hermenêutica, o Direito pode ser explicado como sendo um conceito interpretativo. Streck dirá que “não é qualquer direito que vale e é legítimo, mas

<sup>343</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 145, jul./dez. 2013.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>345</sup> “A Matriz Hermenêutica é uma perspectiva que, basicamente, ocupa-se das várias possibilidades de sentido, propriamente, com a dimensão semântica da linguagem. Como menciona Rocha, ‘está voltada à análise dos conteúdos de sentido das proposições, colocando o problema da interpretação de textos (Gadamer) [...]’. A Hermenêutica surge como uma reação crítica à filosofia analítica, uma forma de transcender a lógica rigorosa do positivismo e normativismo jurídico”. FLORES, Luis Gustavo Gomes. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. p. 56.

<sup>346</sup> Este é um dos motivos que levariam Hart a enxergar-se, retroativamente, como um positivista *soft* (ou “inclusivista”), em oposição a representantes de um positivismo jurídico mais focado na analítica e com uma concepção mais restritiva sobre as fontes do Direito, como é o caso de Raz.

<sup>347</sup> ROCHA, op. cit., p. 145.

apenas aquele que passou pela prova de uma ‘razão hermenêutica’, ou seja, da *applicatio jurídica*’.<sup>348</sup> Isso porque:

[...] se é correto que a fragmentação teórica que ocorre a partir do positivismo, por meio da tese da separação total entre o direito e a moral, deve ser duramente criticada, também é certo que não há mais espaço para se pregar um retorno idílico ao passado, na tentativa de uma repriminção das posturas realistas que alicerçavam as doutrinas do Direito natural clássico. Há certa ingenuidade filosófica nelas, pois se perdem na crença de que o Direito apenas é como qualquer outro dado natural existente no “cosmo”. De fato, a “revolução copernicana” da subjetividade é incontornável. [...] Daí a necessidade de se buscar uma outra via. Uma via na qual o ser humano não é apenas um ente que descreve uma objetividade pré-dada (e, depois, predada), mas, também, não é um ente assujeitador dos objetos. Essa via é a via da autocompreensão e da transcendência. Essa via é a hermenêutica (filosófica)!<sup>349</sup>

Por fim, para a Matriz Pragmático-Sistêmica, “o ponto de partida são as análises de Luhmann sobre a *Teoria dos Sistemas Sociais*”<sup>350</sup>. Em oposição à concepção de sistema *fechado* (Matriz Analítica) e *aberto* (Matriz Hermenêutica), a Matriz Pragmático-Sistêmica opera com a ideia de sistema *complexo*. Neste sentido:

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que, por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. [...] Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside, então, em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios.<sup>351</sup>

O foco da observação se desloca das *normas* (Analítica) e do *operador* (Hermenêutica) para o *processo de organização e decisão*. A dimensão privilegiada, dentro desta matriz, deixa de ser a *temporal* (Analítica) ou *social* (Hermenêutica) para dar lugar ao mundo da *prática* (sem ignorar, evidentemente, as dimensões temporal e social).

<sup>348</sup> STRECK, Lenio Luiz. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 149.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>350</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 147, jul./dez. 2013.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 147.

### 5.1.2 A Dimensão Temporal na Perspectiva Sistêmica

O tempo, na perspectiva sistêmica, é entendido de uma forma que talvez se pudesse definir como “utilitária”, na medida em que se apresenta como um fator elementar dentro um conceito-chave da teoria sistêmica, qual seja, o da *sincronização*. Luhmann afirma, categoricamente, que “*o tempo é somente um esquema que serve para a sincronização*”<sup>352</sup>. Essa sincronização deve ser compreendida na medida em que, para a teoria sistêmica, o tempo só existe quando surge uma diferença do tipo antes/depois, ou passado/futuro. Isso porque:

[...] ‘A diferenciação atual/não atual, ou presente/não presente, é indispensável para o surgimento de uma observação esquematizada como tempo’, e ‘[...] dentre todas as diferenciações atualmente utilizadas em relação ao tempo, a de passado/futuro é a que melhor serve, aparentemente, para compatibilizar os conceitos temporais com a transformação das estruturas sociais que ocorrem paralelamente’.<sup>353</sup>

A importância da sincronização para a análise do funcionamento operacional de um sistema, segundo Luhmann, se dá em virtude do fato de que “*sem essa distinção elementar, não se poderia atualizar aquilo que designamos como causalidade e processo produtores de efeitos de conexão*”.<sup>354</sup> Em outras palavras, toda troca de informações entre um sistema e o meio – ou uma irritação ou perturbação causada pelo meio no sistema – implica em consequências explicáveis por relações de causa/efeito, que só podem ser verificadas e compreendidas na medida em que se atualiza o *status* do sistema através de um processo de diferenciação entre o *status quo ante* e a efetiva situação atual do sistema.

É deste processo de diferenciação que aparece a interferência, no sistema, do meio (ou de outro sistema). Isso se dá porque o nosso campo de ação está limitado ao presente, que funciona como o “ponto cego” da observação temporal.

Estas distinções e conceitos, à primeira vista, poderiam parecer demasiadamente abstratos e afastados da realidade prática. Todavia, é importante ter em mente que a Teoria dos Sistemas Sociais tem suas raízes na *cibernética*<sup>355</sup> e, portanto, apesar da complexidade de

<sup>352</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 218.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 214 e 219.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>355</sup> É curioso o fenômeno que se constata em torno do termo “cibernética”. De forma equivocada, o mesmo entrou para a linguagem coloquial (e para a cultura popular) como um sinônimo de “robótica”, ou como subgênero desta. Naturalmente, essa confusão nasce do termo “ciborgue”, cunhado em 1960 por Manfred Clynes e Nathan Kline, em artigo científico no qual ambos demonstravam as vantagens de sistemas que mesclavam homem e máquina para fins de exploração espacial. O termo hoje é utilizado para qualquer organismo biológico que tenha suas capacidades ampliadas pelo uso da tecnologia, o que talvez represente um uso demasiadamente elástico do conceito. O conceito de “cibernética”, por sua vez, foi cunhado no livro

suas construções abstratas, sua preocupação central diz respeito à maneira como os sistemas sociais interagem com um meio inevitavelmente inseguro e indeterminado, e como o processo de tomada de decisões nos permite conduzir as sociedades da melhor maneira possível (ou seja, aquela que diminui ao mínimo possível a diferença entre os fins humanos propostos/pre tendidos e a realidade em si).

O ponto de partida da ideia do tempo na teoria dos sistemas *autopoiéticos*<sup>356</sup> é a noção de que vivemos na *simultaneidade*, o que implica em ninguém ser beneficiado por uma passagem de tempo diferente ou privilegiada. Uma pessoa pode ter a impressão – em virtude do seu cotidiano atribulado, por exemplo – de que sua vida está passando muito rápido, ao passo que outra pessoa pode não compartilhar dessa sensação psicológica, ou até mesmo senti-la de maneira absolutamente contrária, achando sua vida tediosa e demasiadamente arrastada e vagarosa.

Independentemente dessas sensações pessoais, impõe-se o fato de que tudo o que acontece, acontece ao mesmo tempo. Sendo assim, na perspectiva temporal, ninguém se encontra em “vantagem” ou “desvantagem”. A simultaneidade traz como consequência o fato de que não temos controle sobre os *êxitos* de nossas ações, planejamentos e decisões. Conforme Luhmann:

[...] a cibernética (condução) é antes de tudo um processo que procura diminuir as diferenças entre o fim proposto e a realidade. O resultado final é que não se pode, basicamente, predizer nem controlar, mas somente tentar diminuir constantemente as diferenças entre planejamento e realidade.<sup>357</sup>

O *presente*, enquanto única instância possível do agir com liberdade, é o ponto fundamental a partir do qual tomamos decisões. O objetivo destas decisões é precisamente “inverter” a lógica do tempo, na medida em que o planejamento busca dar estrutura ao futuro,

---

de mesmo nome lançado em 1948 pelo matemático Norman Wiener. O termo deriva do grego κυβερνήτης (kybernētēs) – mesma raiz da qual se originou a palavra “governo” – e que significa timoneiro, governante ou piloto. Na realidade, longe de estar limitada à engenharia e à ciência da computação, a cibernética é o estudo interdisciplinar da estrutura dos sistemas regulatórios, e possui estreita conexão com a teoria dos sistemas. O objetivo central da cibernética é compreender os processos internos de um sistema e a maneira como a qual ocorrem as cadeias de causalidade e os ciclos que vão da ação ao objetivo desejado. Os estudos da cibernética proporcionam maneiras para examinarmos as estruturas e funções de qualquer sistema, incluindo sistemas sociais, objetivando também torná-los mais efetivos e eficientes.

<sup>356</sup> “Os sistemas autopoiéticos se constituem de comunicações. Já os atores sociais são aqueles que constroem, na sociedade, os processos decisórios. Podem ser caracterizadas como a própria sociedade, as interações e as organizações. No Direito, a organização mais importante é o Poder Judiciário, que, no Brasil, por exemplo, tem uma função desparadoxizante; tem de tomar decisões frente à indeterminação e a incertezas”. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

<sup>357</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 217.

trabalhando com projeções dentro dos horizontes abertos, embora sem condições de *definir* o estado futuro do sistema.

Essas “metas” e “objetivos”, na teoria sistêmica, podem ser melhor entendidos como a diferença entre estados pelos quais temos preferências (e que, em decorrência disso, são objeto de intervenção) e entre aqueles que não são objeto de nenhuma ação interventiva<sup>358</sup>. Conforme destacado por Rocha, Luhmann define o Direito como sendo uma estrutura em três níveis: *temporal*, *social* e *prática*. O Direito, nessa ótica, apresenta-se precisamente como um mecanismo de *controle do tempo* (ou seja, das decisões que “moldam” o fator temporal dentro do sistema).<sup>359</sup> A maneira como o evento se liga com a ação e com o tempo é esclarecida por Luhmann da seguinte forma:

[...] every event brings about a total change in past, present, and future – simply because it gives up the quality of being present to the next event and becomes a past for it (i.e., for its future). This minimal displacement can change the perspective of relevance that structures and bounds the horizon of past and future. In this sense, every event brings about a total modification of time. The temporal punctualization of elements as events is possible only in

<sup>358</sup> Em outras palavras, as decisões presentes que buscam projetar efeitos no futuro não têm como garantir a eficácia dos meios de ação escolhidos, nem os efeitos secundários decorrentes dessas próprias decisões, tampouco compreender completamente a influência do passado no estado presente do sistema. Para melhor compreensão destes fatores, devemos analisar brevemente a noção de *retroalimentação* (*feedback*). O *feedback* é o fenômeno através da qual o processo de saída de informações de um sistema no presente influencia a maneira como este processo de saída se dará no futuro. Esse fenômeno pode se manifestar na forma de um *feedback* positivo ou negativo. O *feedback* positivo ocorre quando a retroalimentação aumenta ou eleva o evento/fator que a causou, auto-reforçando o efeito (*self-reinforcing*). O *feedback* negativo, por sua vez, tende a reduzir o elemento de entrada que o gerou, tendo portando um aspecto de auto-correção e balanceamento do sistema. Um exemplo de *feedback* positivo seria a reação em cadeia decorrente de uma explosão atômica. Já um exemplo de *feedback* negativo seria o fenômeno da *homeostase*. Imagine-se, por exemplo, um ecossistema envolvendo duas espécies de animais: os predadores *A* e as presas *B*. Um súbito aumento significativo na população dos *A* causará um decréscimo na população dos *B*, que enfrentará um número maior de caçadores (que dependem dos *B* para sobreviver). A população reduzida dos *B* não terá condições de sustentar uma população tão grande de *A*, o que virá a provocar falta de alimento para os animais *A* e, finalmente, um decréscimo populacional destes. Ao final das contas, o ecossistema terá auto-corrigido a distorção inicial (súbito aumento na população dos *A*) por meio do *feedback* negativo.

<sup>359</sup> “O excessivo fechamento operacional promovido pela dogmática jurídica é o que torna o Direito extremamente conservador. A dogmática jurídica sob contornos de ressonâncias ‘precárias’ do normativismo, é elaborado através da produção de *normas contrafáticas*. Uma estratégia de repetição que acentua posturas estabelecidas no passado com a pretensão de controlar o futuro. Num contexto onde as novas tecnologias da informação indicam uma dinâmica praticamente instantânea, torna-se mais nítida a defasagem temporal do Direito (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 195; OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007) através da diferença entre a dinâmica do Direito e da sociedade. Observando isso, Rocha menciona a existência de um paralelismo temporal. A defasagem na concepção temporal do Direito gera a impressão de existirem duas concepções temporais distintas e desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 197). Assim torna-se importante compreender como o Direito operacionaliza a construção de sua temporalidade em face da sociedade contemporânea”. BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. p. 65.

time and only thanks to time, but through passing away and through total modification it realizes a maximum freedom vis-à-vis time. This freedom is acquired at the expense of structural formation, because it becomes necessary to regulate the reproduction of events by events.<sup>360</sup>

O conceito do tempo na perspectiva dos sistemas autorreferenciais também está intimamente ligado com as noções de *ação* e *evento*. Podemos entender um evento como sendo um “átomo temporal”, a menor “partícula” social possível. Um evento singular, numa representação do espaço-tempo, não passaria de um mero ponto<sup>361</sup>.

### 5.1.3 Epistemologia e *Autopoiesis*

Concluimos assim, de forma sintética, a análise das Três Matrizes Jurídicas conforme entendidas por Rocha. Como se vê, a Teoria dos Sistemas Sociais luhmanniana se apresenta como uma matriz sociológica privilegiada para o estudo e compreensão do Direito contemporâneo, sobretudo em uma realidade social marcada pela hipercomplexidade e pela “liquefação” (Bauman) dos costumes e papéis sociais tradicionais. À toda evidência, a teoria de Luhmann, ao focar na questão da complexidade e dos desafios de comunicação entre diferentes sistemas sociais, coloca-se como uma matriz sociológica adequada para uma (re)construção da epistemologia do Direito contemporâneo<sup>362</sup>.

Duas questões, no entanto, se impõe. *Primeiro*: a Matriz Pragmático-Sistêmica, por si só, representa uma nova matriz epistemológica? Ela pode ser considerada uma *epistemologia jurídica*? *Segundo*: ela deve ser entendida como uma instância de *superação* da Matriz Hermenêutica? A Matriz Pragmático-Sistêmica seria um “terceiro momento evolutivo” em uma linha de desenvolvimento iniciada pela Analítica, superada pela Hermenêutica e que

<sup>360</sup> LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 287.

<sup>361</sup> Luhmann também sustenta que as pessoas individualmente consideradas possuem um papel importante no esquema passado/futuro. Segundo o autor: “People symbolize the unity of the know/unknow schema, interpreted through the temporal difference of past and future. They thus absord, as it were, attentiveness to time, they serve as tangible symbols of time. They integrate past and future in their actions, and they have to be individual, that is, distinguishable, so that it becomes visible that this can happen in very different ways”. LUHMANN, Niklas. *The reality of the mass media*. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 73.

<sup>362</sup> “Todos esses fatores nos exigem uma revolução epistemológica que, rompendo com a departamentalização dos campos da racionalidade dominantes, que isoladamente trabalham a analítica, a hermenêutica e a pragmática, aponte para uma perspectiva pragmático-sistêmica. Isto é, permita a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da linguística (Saussure, 1985), inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a histórica. Desse modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito do que para uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo. Trata-se de vislumbrar as possibilidades de uma nova perspectiva da reflexão jurídica que passa a dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do Direito”. ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 148, jul./dez. 2013.

atinge seu ápice epistemológico com a Pragmático-Sistêmica? Irei sugerir algumas soluções para estas duas questões e argumentarei em favor da adequação de tais respostas.

Pela ordem: não parece haver razão para compreendermos a Matriz Pragmático-Sistêmica, derivada da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, como sendo propriamente uma *epistemologia jurídica* - até porque tal entendimento não encontra o devido respaldo na obra de Luhmann. Para Luhmann, o fato de que no interior da sociedade são produzidas possibilidades de observação exterior é algo que não invalida, apenas complementa, as “autodescrições” dos sistemas de funções em si.<sup>363</sup> Desta forma:

Não se trata de que a sociologia possa substituir o instrumental e as teorias particulares dos sistemas de funções; ou que possa decidir sobre Deus e a justiça, a educação, ou a otimização do princípio da utilidade. Ela não pode se constituir em um melhor conhecimento, ou em uma forma de crítica, já que, numa sociedade funcionalmente diferenciada, falta para tanto (como a sociologia bem o sabe) a autoridade que poderia ser obtida por estar situada em uma metaposição.<sup>364</sup>

Da mesma forma, para Rocha, a “teoria sistêmica do Direito, comunicando a norma jurídica com o social e a práxis significativa, fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do Direito [...]”<sup>365</sup>. Ora, na medida em que a teoria dos sistemas representa um *contributo* para a *construção* de uma *nova* teoria do Direito, por óbvio ela não pode representar, em si mesma e antecipadamente, uma teoria do Direito ou epistemologia jurídica.

Além disso, Teubner irá apontar que a ênfase da teoria luhmanniana na fragmentação, diferenciação, separação, fechamento e heteroreferência representa um aspecto que torna difícil (supondo que possível) uma reconstrução teórica com possibilidades epistemológicas. Para Teubner, a teoria de Luhmann, ao lidar extensivamente com a auto-referência, se vê diante do risco de ser capturada pelo fechamento das próprias construções autoreferenciais que ela mesmo criou.

---

<sup>363</sup> “No âmbito da sociedade, ao menos para a sociologia, é preciso que novos pressupostos de diferenciação entre observador e objetos observados sejam elaborados. Ou então, dizendo conforme uma formulação teórica proveniente de Gotthard Günther: há partes que têm uma maior capacidade de reflexão, do que o todo que as torna possíveis. Ou seja: a própria sociedade produz, em seu interior, possibilidades de observação exterior, não se abandonando assim, às autodescrições de seus próprios sistemas de funções (teologia, pedagogia, teoria do direito, teoria do Estado, teoria do mercado orientada pela economia nacional...), já que essas autodescrições, que atualmente aparecem sob a forma de teoria, confrontam-se a uma observação externa, que não se relaciona nem às normas, nem aos subentendidos institucionais de seus próprios campos de objetos”. LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 362.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 363.

<sup>365</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 148, jul./dez. 2013.

This fragmentation of society into different epistemés is one of the strongest points in Luhmann's theory - and at the same time its 'blind spot'. The emphasis on fragmentation, differentiation, separation, closure, and self-reference of social epistemes creates problems, to say the least, as to how their interconnection, interference, openness, and hetero-reference can be theoretically reconstructed [...]. Unlike Habermas and Foucault who, at any cost, try to avoid the traps of self-reference, Luhmann courageously faces self-referential realities in law and society. He even declares law to be founded on the paradoxes of self-reference (Luhmann, 1988b). But a theory that deals extensively with self-reference, may ultimately be caught in the self-created closure of self-referential constructions. And the obvious problem that autopoiesis theory has to face is how to deal with the interrelations of different autonomous epistemes, their conflicts, their incompatibilities, their interferences [...].<sup>366</sup>

Como se vê, uma das questões centrais para uma Teoria do Direito contemporânea parece residir na necessidade de *uma superação dialética entre as construções da modernidade e o desconstrucionismo pós-moderno*. Ninguém discute que as velhas estruturas da modernidade não se sustentam mais por si só, sendo ingênua a pretensão de qualquer retorno lúdico a um passado idealizado de “certezas concretas”. Por outro lado, no entanto, a hipermodernidade contemporânea tem escancarado, de forma ostensiva, as limitações das teorias desconstrutivistas pós-modernas no sentido de servirem como fundamento eficaz para a construção de novas teorias capazes de reorganizar e dar sentido às promessas da modernidade.

Dito de outra forma, aquilo que Gunther chama de “a invasão da teoria crítica, do pós-estruturalismo, da teoria do discurso e da *autopoiesis*”<sup>367</sup> representa um caminho sem volta em direção à desmistificação dos discursos políticos, sociais, econômicos e jurídicos da modernidade. Trata-se de um avanço profundo nas ciências sociais e de um “ganho de consciência” que não admite retrocessos de qualquer tipo. O desafio que se impõe, no entanto, é o de conciliar o projeto da modernidade, depurado de seus mitos, com as elevadas exigências crítico-desconstrutivas da pós-modernidade.

Streck irá demonstrar, por exemplo, como a teoria de Luhmann se mostra marcadamente influente no pensamento atual de Canotilho – um dos mais renomados constitucionalistas do mundo contemporâneo – e como, ao mesmo tempo, Canotilho não se furta de apontar as limitações da perspectiva sistêmica.

<sup>366</sup> TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 738, 1989.

<sup>367</sup> “However, with the 'Return of Grand Theory' (Skinner, 1985), with the invasion of poststructuralism, critical theory, discourse theory, and autopoiesis in the sociolegal world, the unified discourse of law and society is falling apart again into different cultural provinces. The deplorable result is a fragmentation of theory languages, the 'Jabberwocky' of sociolegal theory. Ibid., p. 727.

Parece não restar dúvida que as críticas dirigidas por Canotilho ao modelo de Estado e de Constituição estão fundadas, em boa parte, na ‘teoria do direito reflexivo’, no interior do qual não se admite a transferência da linguagem de um sistema para outro, tornando-se inaceitável, em termos sistêmicos, aquilo que hoje se denomina de politização do jurídico e judicialização do político. O direito é entendido apenas como funcionalmente estabilizador de expectativas de comportamentos. O sistema jurídico passa a ser um redutor de complexidades, desindexado de todos os demais sistemas de ação. Em termos de direito reflexivo, o direito não transforma a sociedade – apenas reduz as complexidades. Esse modelo de direito, alerta Bercovici, não está livre de críticas: para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da ‘responsabilidade social’ e ‘consciência global’. Ou seja, critica-se a ‘utópica’ pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenados pela ideia de “responsabilidade social”.<sup>368</sup>

O “paradoxo” aqui, reside no fato de que, sob certa ótica, o chamado “constitucionalismo dirigente” está morto – ao menos enquanto “dirigismo revolucionário e normativismo plenipotenciário” (Streck). Mas, ao mesmo tempo, enquanto Teoria da Constituição – e não como teoria geral do constitucionalismo – a concepção de “Constituição Dirigente” ainda vive.

É neste contexto que as teorias de matriz luhmanniana podem se mostrar resistentes a uma compatibilização com os preceitos do Constitucionalismo Contemporâneo, principalmente em virtude das dificuldades de harmonização da ideia de autorreferencialismo sistêmico “com qualquer teoria da Constituição (ainda) preocupada com a implementação dos direitos previstos no texto constitucional e a materialidade principiológica ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito”.<sup>369</sup> Se faz oportuna também, em relação a este ponto, a advertência feita por Dworkin, no sentido de que:

[...] the epistemology of any domain must be sufficiently internal to its content to provide reasons, viewed from the perspective of those who begin holding convictions within it, for testing, modifying or abandoning those convictions.<sup>370</sup>

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>370</sup> DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, Spring, 1996.

Da mesma forma, também se observa aqui que as dúvidas que Streck coloca a respeito das possibilidades construtivas e epistemológicas da matriz luhmanniana são perfeitamente compatíveis, até semelhantes, com as já referidas advertências feitas neste sentido por Teubner.

#### 5.1.4 Hermenêutica Jurídica e Epistemologia: a Armadilha Relativista

Analisando o problema sob diferentes perspectivas – seja em Luhmann, Rocha, Teubner, Streck ou Canotilho – a resposta para a primeira questão que apresentei neste capítulo (*a Matriz Pragmático-Sistêmica pode ser considerada uma epistemologia jurídica?*) parece ser claramente negativa. Não, a matriz pragmático-sistêmica *não é uma epistemologia jurídica*, mas sim um novo paradigma sociológico, uma teoria da sociedade, uma sociologia da (e para a) pós-modernidade.

O esforço desenvolvido para a análise desta primeira questão desemboca, quase que automaticamente, no segundo questionamento que apresentei, qual seja: *a Matriz Pragmático-Sistêmica seria uma superação da Matriz Hermenêutica – de forma análoga à qual a Hermenêutica pretende ser uma superação da velha Analítica?* De certa forma, essa questão é parcialmente respondida na busca pela resposta à questão anterior. Na medida em que a Matriz Pragmático-Sistêmica mostra-se sobretudo como uma *matriz sociológica* e a Hermenêutica Jurídica contemporânea se firma como uma teoria geral sobre as condições e possibilidades da interpretação, não é possível falar em “superação” de uma matriz por outra. O que cabe analisar é até que ponto estas abordagens são compatíveis ou não. Conforme já vimos, existem alguns desafios evidentes para um esforço de conciliação entre o Constitucionalismo Contemporâneo, a Hermenêutica Jurídica e as teorias de matriz luhmanniana.

Por outro lado, resta evidente que as críticas oriundas desta matriz exerceram significativa influência nas teorias constitucionalistas atuais (como reconhece Canotilho), o que parece colocar as teses derivadas de Luhmann dentro daquilo que Teubner chama de “invasão” da teoria crítica (uma “invasão” que gera, sim, um problema - *a fragmentação na atual compreensão entre as relações entre Direito e sociedade* -, mas não obstante um “problema” que nasce de uma salutar tomada de consciência, oriunda de um processo de desconstrução de discursos anteriores, comprometidos por formalismos analíticos e aprisionados em axiomas político-ideológicos frequentemente irrefletidos).

Em outras palavras, se a teoria sistêmica não tem o condão de “refutar” ou “superar” o Constitucionalismo Contemporâneo e a Matriz Hermenêutica, por outro lado é certo que ela representa uma “invasão crítica” que não admite retrocesso. É desta forma que podemos compreender a afirmação de Canotilho, referida por Streck, no sentido de que “algumas das análises desenvolvidas sob a perspectiva autopoiética lançaram sérios golpes à nossa postura moderna, humanista e normativista”<sup>371</sup>.

Retoma-se, aqui, o já referido “paradoxo” do chamado constitucionalismo dirigente – que está “morto” dentro de uma perspectiva já ultrapassada mas, não obstante, permanece vivo e forte enquanto teoria geral do constitucionalismo – e, como parece ser o caso, também como estratégia jurídico-política de concretização de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, a adesão à Matriz Hermenêutica como instrumento privilegiado de compreensão e adequação do paradigma do Estado Democrático de Direito (oriundo do Constitucionalismo Contemporâneo) poderia conduzir a um outro extremo teórico: qual seja, o de compreender a hermenêutica jurídica como se esta fosse uma *epistemologia jurídica autossuficiente*. Pretendo demonstrar que esta abordagem não apenas excede os limites razoáveis da abordagem hermenêutica como – pior ainda – *subverte a sua principilogia antirrelativista*.

A concepção de uma “epistemologia jurídica hermenêutica” é uma verdadeira alquimia reversa, que transmuta o ouro em chumbo. De forma paradoxal, essa ideia transforma uma teoria crítica antidogmática e antirrelativista<sup>372</sup> em uma nova *dogmática relativista* – um verdadeiro pesadelo hermenêutico.

Um dos mais conhecidos proponentes desta ideia (do “fim da epistemologia”) é Richard Rorty. Antes de prosseguirmos, é necessário esclarecer que Rorty não se preocupa propriamente em sustentar que a hermenêutica é *uma epistemologia*, mas sim que, no mundo contemporâneo, *não haveria mais espaço para a epistemologia*<sup>373</sup>. Sobre isso, Merald Westphal dirá que:

---

<sup>371</sup> “Ainda recentemente, respondendo às críticas de que a relativização da Constituição dirigente anda a par com a aceitação dos postulados da teoria dos sistemas autorreferenciais (Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Helmut Wilke), Canotilho não discordou da afirmação de que algumas das análises desenvolvidas sob a perspectiva autopoiética lançaram sérios golpes à nossa postura moderna, humanista e normativista”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 137.

<sup>372</sup> “Hoje, a hermenêutica está entrando em um contexto que confere às ciências humanas uma nova tarefa significativa. A hermenêutica sempre defendeu a firmeza da compreensão ante o ceticismo histórico e a arbitrariedade subjetiva”. DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 201.

<sup>373</sup> “I have been insisting that we should not try to have a successor subject to epistemology, but rather try to free ourselves from the notion that philosophy must center around the discovery of a permanent framework for inquiry. [...] In my view, the great virtue of Dewey, Sellars, and Feyerabend is that they point the way toward, and partially exemplify, a nonepistemological sort of philosophy [...]”. RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. New Jersey: Princeton University Press, 1979. p. 380-381.

[...] Richard Rorty anuncia o fim da epistemologia. Ele deixa claro que não está fornecendo, com o auxílio de Quine e Sellars, uma nova e melhor epistemologia, mas sim um completo abandono da ideia completa de uma teoria do conhecimento, para a qual nenhuma tarefa legítima pode ser identificada.<sup>374</sup>

A abordagem de Rorty se difere de outros autores (como Westphal, por exemplo) que, inspirados por Rorty, pretendem transformar a hermenêutica numa *sucessora* da epistemologia. Tal pretensão não encontra respaldo na obra de Stein, que não vê na hermenêutica “o fim” da epistemologia e que considera que é discutível a existência de uma oposição entre teorias do conhecimento fundacionistas e a hermenêutica<sup>375</sup>. Na mesma linha, sobre as pretensões da hermenêutica e suas relações com a epistemologia, Streck observará que:

A hermenêutica não chega a estender a sua pretensão aos campos específicos em que tem autoridade aquele tipo de análise que se preocupa com os problemas da teoria do conhecimento e os problemas metodológico-epistemológicos. Porém, é preciso ter claro que a hermenêutica apresenta um espaço que deve ser examinado como sendo o lugar que se enraiza qualquer teoria do conhecimento ou uma epistemologia.<sup>376</sup>

Cumprido destacar, ainda, que essa “guinada” rortyana, que parte de Heidegger rumo a um relativismo epistemológico parcialmente declarado, *é uma postura que não encontra guarida também na obra de Gadamer*. Justamente por isso, autores inclinados a endossar a tese rortyana da “morte da epistemologia” irão dizer que Gadamer protagoniza uma espécie de “sequestro conservador” da teoria de Heidegger, ao dar uma importância central para o valor da tradição.

Os críticos de Gadamer geralmente são propensos a admitir ‘que existem preconceitos legítimos’ [...]. Mas o peso dado por ele à tradição tem levado muitos, despertando uma distinção da esteira de Hegel, a retratar Gadamer como um heideggeriano ‘direitista’, diferente dos ‘esquerdistas’ que desenvolvem a hermenêutica heideggeriana, como Derrida e Foucault. Tanto no debate Gadamer-Habermas como no debate Gadamer-Derrida, os oponentes de Gadamer, não prestando muita atenção à tradição como fonte de crítica, retratam-no com demasiada inclinação contra a crítica, a favor da tradição. Jack Caputo, por exemplo, descreve a hermenêutica de Gadamer

<sup>374</sup> WESTPHAL, Merold. A hermenêutica enquanto epistemologia. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (Org.). *Compêndio de epistemologia*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 645.

<sup>375</sup> “Não vamos aqui chegar ao ponto de afirmarmos o fim das teorias do conhecimento, nem queremos decidir se a hermenêutica seria uma nova epistemologia que se opõe às epistemologias fundacionistas”. STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 63.

<sup>376</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 438.

como ‘um gesto reacionário’ muito confortante em relação à verdade da tradição.<sup>377</sup>

Há diversos problemas nesta pretensão de transformar a hermenêutica heideggeriana em uma “epistemologia prática pós-moderna”, progressista, apta a substituir a epistemologia tradicional. A primeira crítica que se pode fazer é que esta postura se mostra incrivelmente ingênua no seu trato com o problema (crucial no mundo contemporâneo) dos limites e da possibilidades de interdição do poder (político, militar, midiático, econômico, etc).

Ao eleger a “tradição” como inimigo preferencial, o relativismo pós-moderno tão bem representando por Rorty parece acreditar que todo tipo de opressão e autoritarismo emana, sempre e necessariamente, das forças “conservadoras” e “reacionárias” da “tradição” – o que, para dizer o mínimo, representa uma má-compreensão muito grave a respeito das principais lições aprendidas a duras penas pela humanidade ao longo do século XX. Ora, toda questão que diz respeito aos excessos da autoridade e à opressão injustamente sofrida por indivíduos ou diferentes grupos humanos gira em torno do fenômeno do *poder* – e o poder não emana necessariamente da tradição.

Pelo contrário: uma cadeia de incontrolável violência e abuso de poder pode nascer justamente: a) como resultado de um processo de ruptura com a tradição (veja-se o exemplo da Revolução Francesa ou da Revolução Russa); b) como resultado de um discurso e/ou projeto de contornos ou pretensões progressistas, revolucionárias ou transcendentais.

Veja-se, por exemplo, o exemplo do fascismo italiano e do nazismo alemão da primeira metade do século XX. O fascismo, em seu plano teórico, pretendia ser uma síntese dialética tanto do socialismo marxista quanto do modelo de democracia capitalista liberal encarnado pelos Estados Unidos. Ele combinava elementos da tradição (a romantização da “pureza” de uma identidade racial perdida, a extrapolação do mito da “nação”) com outros elementos abertamente “transformadores”.

Se isso se verifica nos crimes, abusos de poder e atentados a direitos humanos perpetrados pelos regimes de extrema-direita, tanto mais essa constatação se mostra procedente nos países que passaram pela experiência do chamado “socialismo real”, nos quais as piores atrocidades possíveis foram cometidas por um poder absoluto e sacralizado que atuava justamente em nome do *combate à tradição* – fazendo com que todas as esperanças

---

<sup>377</sup> WESTPHAL, Merold. A hermenêutica enquanto epistemologia. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (Org.). *Compêndio de epistemologia*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 668.

depositadas nas experiências socialistas acabassem dando origem àquilo que Žizek denomina de “possivelmente, o maior fiasco ético-político em toda a história da humanidade”<sup>378</sup>.

Em outras palavras, a “guerra à tradição” do relativismo pretensamente “pós-epistemológico” de Rorty, ao esvaziar o potencial que a fundamentação discursiva possui enquanto mecanismo de enfrentamento e interdição do poder, acaba abrindo uma perigosa porta para o estabelecimento da *razão pela força*, uma advertência que Perelman já antecipava com extrema clareza. Para Perelman, o ceticismo filosófico relativista, “reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia”, abandona as decisões e a resolução dos conflitos de interesses inerentes à sociedade a um amálgama de “fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência”<sup>379</sup>.

Dworkin denomina Rorty de “o mais proeminente expoente americano do “ceticismo arquimediano extensivo”<sup>380</sup>, que seria um forma extremada de ceticismo exterior. Em “O Império do Direito”, Dworkin trabalha com a distinção (que ele retomará, anos depois, em seu artigo “*Objectivity and Truth: You’d Better Believe it*”) entre o que ele chama de *ceticismo interior* e *ceticismo exterior*. Enquanto que este último é uma postura mais ampla e geral, que nega a possibilidade de quaisquer proposições verdadeiras, o ceticismo interior opera dentro do contexto de uma determinada prática, campo do conhecimento ou aspecto da vida.

De forma ilustrativa, uma pessoa que acha que condutas sexuais consensuais entre adultos (desde que não tragam dano a ninguém) não podem ser objeto de nenhuma espécie de juízo moral é adepto de uma forma de ceticismo *interior*. Isso porque esta pessoa não está negando a existência de juízos morais, nem a possibilidade de fazê-los ou hierarquizá-los. Pelo contrário: ele se apoia na possibilidade geral de valorar as condutas humanas para emitir *um juízo cético de alcance limitado*, que dialoga com a moralidade (ao invés de negá-la) ao mesmo tempo em que projeta uma sombra de ceticismo sobre algo específico e pontual.

<sup>378</sup> “Many leftists hate me when I argue that twentieth-century communism might have been the biggest ethico-political fiasco in the history of humanity. I think there is no other soft explanation. Some things were done well here and there, but globally it was a fiasco. But the problems, to which communism tried to provide an answer, are still here, more than ever. They are returning”. ŽIZEK, Slavoj. *Demanding the impossible*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 21.

<sup>379</sup> “[...] este ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência, individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões ‘escolha razoável’, ‘decisão razoável’, ‘ação razoável’ passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor. [...] Com o desmoronamento da filosofia prática, com a negação do valor de todo raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável, passam a ser simples palavras vazias que cada um poderá encher de um sentido conforme a seus interesses”. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

<sup>380</sup> DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 95, Spring, 1996.

É isto que levará Dworkin a descartar o ceticismo exterior, por ser uma postura desprovida de qualquer valor filosófico digno de nota<sup>381</sup>. Também é justamente com base neste ponto que Dworkin constrói as suas principais críticas à postura cético-relativista de autores como Rorty:

Someone defending the view that no such reason can in fact tip the balance either way in any controversial case faces an enormously difficult task, much more difficult than that faced by someone who wants to argue for one decision rather than another in a particular case. How can he avoid appealing to some very general and abstract theory, like legal positivism? Someone defending a global claim of indeterminacy about morals or ethics or aesthetics – that there is never a right answer to any question about what we ought to do or how we ought to live or what is wonderful – has an even greater problem, and his need for a very abstract theory delivering these global conclusions seems even more evident. These are truly heroic claims, of vast theoretical pretension, and trying to dress them in the modest clothes of common sense of practicality is more comic than persuasive.<sup>382</sup>

De forma sintética, poderíamos destacar dois pontos na crítica de Dworkin ao ceticismo relativista de Rorty. Primeiro: é um equívoco imaginar que a ideia de “respostas corretas” na seara do Direito exija uma vinculação com algum tipo de pressuposto metafísico<sup>383</sup>. Da simples observação banal de que respostas morais ou jurídicas corretas não podem ser encontradas em árvores<sup>384</sup>, não decorre a conclusão de que não seja possível falar em respostas corretas no campo da filosofia moral ou do Direito. Segundo: o cético-pragmático-relativista sempre precisa ter em mente que a sua teoria de negação lhe impõe dificuldades teóricas tão grandes (senão maiores) do que aquelas enfrentadas pelos defensores da tese contrária.

---

<sup>381</sup> “O único ceticismo que vale alguma coisa é o ceticismo interior, e é preciso alcançá-lo por meio de argumentos da mesma natureza duvidosa que os argumentos aos quais ele se opõe, e não ser reivindicado de antemão por alguma pretensão à complexa metafísica empírica”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 108.

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 139, Spring, 1996.

<sup>383</sup> “To say that truth is not out there is simply to say that where there are no sentences there is no truth, that sentences are elements of human languages, and that human languages are human creations ... The world does not speak. Only we do. The world can, once we have programmed ourselves with a language, cause us to hold beliefs. But it cannot prepare a language for us to speak. Only other human beings can do that”. RORTY, Richard. *Contingency, irony, and solidarity*. Cambridge: CUP, 1989. p. 05. Rorty está absolutamente correto nesta observação, e de fato tal constatação é fatal para qualquer pretensão metafísica na filosofia moral. Ocorre, no entanto, que este enunciado em nada prejudica ou refuta a abordagem hermenêutica de coerência e integridade dworkinianas, ou da forma como esta matriz teórica foi desenvolvida por Lenio Streck no Brasil, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito. Cabe insistir: a postura filosófica de rejeição ao ceticismo, ao pragmatismo e ao relativismo não significa endossar nenhum tipo de retorno a elucubrações de cunho metafísico.

<sup>384</sup> “That is why an epistemological challenge that comes to nothing more than insisting that moral properties are not physical properties must fail”. DWORKIN, op. cit., p. 120.

A ideia de que o ceticismo possa ter consequências vastas e revolucionárias – aptas a implodir todos os paradigmas conhecidos –, ao mesmo tempo em que se apóia em uma “filosofia do homem comum” (Posner) ou em “jogos de linguagem” (Rorty) nada mais é do que uma ilusão lisonjeira. Com efeito, não é possível construir “A Mãe de Todas as Teorias” com base em antiteoria, ou na negação da filosofia, ou em uma teoria que faz apologia ao simplismo do senso comum.

É neste ponto que este debate sobre Teoria do Direito precisa caminhar em harmonia com a filosofia. Não há como combater posturas jurídicas como o positivismo jurídico, o panprincipiologismo, o decisionismo e o culto à autoridade sem identificar as matrizes filosóficas que dão sustentação para essas posturas e teorias, quais sejam: o ceticismo, o utilitarismo<sup>385</sup> e o consequencialismo<sup>386</sup>.

Não se trata, no entanto, de um mero debate acadêmico ou de preciosismo teórico. *A definição dos fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo é condição de possibilidade para a autonomia do Direito enquanto instrumento de concretização e realização do projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito.* O esfacelamento epistemológico do Direito o torna incapaz de atuar como ferramenta de contingenciamento, limitação e interdição do poder. As consequências disso implicam na completa impossibilidade de realização das promessas do Constitucionalismo Contemporâneo. Reduzido a um “jogo de palavras”, o Direito acaba por fim sendo reduzido a um mero *jogo de poder* – o que fatalmente o leva a ser (re)colonizado pela política e pela economia.

É fundamental ter em mente que a discussão sobre epistemologia jurídica, no ocidente democrático contemporâneo, não diz respeito a teorias abstratas sobre *qualquer Direito*, ou sobre um Direito ideal, mas sim a um modelo político-jurídico específico e muito bem definido: o Estado Democrático de Direito, fruto de um longo processo de evolução originado no Estado Liberal Clássico e que passa pela sua evolução na forma do Estado Social do começo do século XX. Significa dizer: estamos falando de um modelo de Direito, fundado no Constitucionalismo Contemporâneo, que tem matrizes político-jurídicas muito claras e bem estabelecidas, e que possui uma substância moral determinada e compromissos explícitos.

---

<sup>385</sup> “A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. [...] Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial – e, pelo menos em minha opinião, boa parte do nosso direito, inclusive nosso direito constitucional, não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 90.

<sup>386</sup> “Isso porque há uma forte afinidade entre uma concepção utilitarista de justiça e uma concepção positivista de legalidade: não é por acaso que os dois fundadores do positivismo jurídico moderno, Bentham e Austin, eram utilitaristas por excelência. *Ibid.*, p. 350.

Nada disso é passível de realização, no mundo prático, fora do axioma de que *as arenas da economia e da política, neste novo momento histórico, precisam necessariamente ser assujeitadas pelo Direito*. Falar em *autonomia do Direito*, no Constitucionalismo Contemporâneo, é precisamente isso: a descolonização do mundo do Direito e sua conversão em instrumento de interdição dos poderes político, econômico e outros (midiático, etc). É precisamente o contrário do que a humanidade vivenciou em momentos históricos diversos, nos quais o Direito – operando a reboque das forças políticas e econômicas - atuava essencialmente como um mero discurso de legitimação do poder.

#### 5.1.5 Pragmatismo, Relativismo e Ceticismo na Filosofia Jurídica

É neste ponto que podemos desvelar aquela que talvez seja, sob a ótica da filosofia jurídica, a maior fragilidade do ceticismo pragmático tão bem representado pela obra de Rorty: a sua completa incapacidade de construir uma epistemologia apta a lidar com o *problema do poder* (mais especificamente, com a devida *fundamentação dos mecanismos de limitação e interdição do poder*).

Por que isso ocorre? Dworkin explicará que este ceticismo do tipo rortiano exerce um charme sedutor sobre as pessoas, na medida em que possui um caráter “ecumênico”. A adesão a este tipo de ceticismo permite que a pessoa seja neutra, modesta e austera em suas justificações, na medida em que esta pessoa renuncia expressamente, de forma “humilde” e “tolerante”, a qualquer pretensão de que suas opiniões ou leituras possuam qualquer tipo de superioridade moral (ou aproximação da realidade) em relação a qualquer outra opinião ou leitura divergente. No entanto, este cético “arquimediano” (o termo é de Dworkin) encontra-se absolutamente livre para defender as suas concepções morais de forma tão ou mais apaixonada do que antes de aderir ao ceticismo rortiano.

Em outras palavras: o ceticismo “arquimediano” liberta a pessoa do ônus e do fardo de ter que refletir (e sistematizar internamente) sobre a *substância* e os *fundamentos* de suas crenças morais, ao mesmo tempo em que permite que esta pessoa continue mantendo, absolutamente intactas, todas as suas convicções morais prévias. Um exemplo ilustrativo: uma pessoa cética continuaria absolutamente livre para lutar contra ou a favor do aborto, por exemplo – ela apenas não precisaria mais se preocupar em justificar os fundamentos da sua crença moral ou filosófica, pois ela teria previamente abraçado a concepção de que nenhuma de suas crenças ou preferências é “mais verdadeira”, “mais correta” ou “superior” de nenhuma forma.

Em síntese, o cético fica livre para abrir mão de suas convicções morais ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, mantém elas intactas. Dworkin observará que, de forma muito apropriada, Rorty chama esse peculiar estado mental de “ironia”<sup>387</sup>.

No campo dos debates políticos ou morais, esse tipo de postura se mostra potencialmente danoso. Na medida em que o enfrentamento de diferentes concepções morais ou políticas se desprende de toda a sua substância, ele se converte simplesmente em uma disputa de força e poder. Esvaziado de qualquer conteúdo substancial, a tendência é de que o embate seja resolvido na base do poder econômico, do poder político, do local privilegiado de fala ou da autoridade. E é claro que, se tudo o mais falhar, sempre é possível resolver o impasse pela via da coerção física ou das armas. Ou seja, o romantismo pretensamente “pacifista” e “tolerante” do ceticismo arquimediano na verdade nada tem de pacificador, nem de tolerante: *ele converte o confronto entre diferentes abordagens racionais em uma batalha cultural no qual nenhuma possibilidade de razão, nem sequer hipotética, pode assistir a qualquer um dos lados*. Identificados os polos opostos, só o que importa para cada um dos lados da disputa é identificar quais são as melhores estratégias para manipular, enfraquecer e fazer capitular o lado adversário, “inculcando” nas vozes discordantes os valores que compartilhamos.

A razão comunicativa é substituída pela guerra cultural, em um “vale-tudo” onde a única coisa que importa, de forma pragmática, é “derrotar” o adversário. As tomadas de posição carregadas de passionalidade permanecem no mesmo lugar onde sempre estiveram, só que agora esvaziadas de sua substância e de seus fundamentos filosóficos e reflexivos. Trata-se de uma espécie de anti-aristotelismo<sup>388</sup>: ao contrário do Estagirita, que sustentava a importância de a *razão* se libertar da *paixão*, o ceticismo pragmatista transforma o Direito e as práticas sociais em *paixão* livre da *razão*.

---

<sup>387</sup> “Archimedean skepticism offers people torn in that way exactly what they want. It is agreeably ecumenical. It allows its partisans to be as culturally modest and relative as anyone might wish, to abandon all claims as to their own morality’s ultimate truth or even superiority to other moralities. But it allows them to do this while still embracing their morality as enthusiastically as ever before, denouncing genocide or abortion or slavery or gender discrimination or welfare cheats with all their former vigor. They no longer claim objective truth for these convictions; they no longer think their thoughts ‘mirror’ an external ‘reality’. But they still hold them with the same intensity. They can be as willing to fight or even die for their beliefs as they ever were, but now with a difference. They can have their moral convictions and lose them too. Richard Rorty calls this state of mind ‘irony’. DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 93, Spring, 1996.

<sup>388</sup> Para uma demonstração mais detalhada sobre a forma como as teorias de matriz cético-pragmáticas não conseguiriam, até hoje, superar as objeções levantadas por Aristóteles (e sobre as consequências lógicas da refutação do ceticismo filosófico para qualquer teoria da decisão jurídica), ver: ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 92-125.

Dentro desta lógica peculiar – irônica, de fato –, somos livres para defendermos de forma apaixonada as nossas preferências ideológicas. Só o que não podemos fazer é acreditar na ilusão de que nossas preferências são mais ou menos razoáveis do que as preferências de outras pessoas. Não existem, portanto, padrões de maior ou menor correção, nem de erro ou acerto. O que existem são diferentes visões particulares, todas com o mesmo valor e igualmente válidas. Por essa ótica peculiar, a crítica ao trabalho escravo é tão válida quanto a apologia ao trabalho escravo e endossar a pornografia infantil é tão razoável quanto abominá-la e condená-la. Só o que realmente “importa” e “faz diferença prática” são as formas de derrotar o lado adversário, no confronto das ideias. É o império da forma em detrimento da substância.

Céticos pragmáticos, vale observar, geralmente não gostam de ser rotulados de “relativistas”. Sentem-se, frequentemente, “injustiçados” com tal rótulo. O problema é que simplesmente não conseguem conciliar as suas teorias com uma rejeição clara ao relativismo filosófico e suas consequências. Por óbvio, o simples ato de dizer “eu não quero que a minha teoria seja rotulada de relativista” não possui o condão de depurar, retroativamente, uma teoria contaminada por conclusões relativistas. Em um sucinto artigo publicado no site *Empório do Direito*, o autor Bruno Torrano encampa essa indignação e apresenta um resumo dos principais “pontos de defesa” do pragmatismo-estilo-Posner contra as tradicionais e costumeiras críticas de relativismo:

O pragmatismo jurídico não é relativista. Pragmatistas acreditam que o conhecimento humano é, ao mesmo tempo, local e perspectivo, e que o significado de proposições depende de suas consequências práticas. Podem ser considerados anti-essencialistas, historicistas (segundo a máxima de Oliver Wendell Holmes: ‘A vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência’) e falibilistas. Não são, todavia, céticos ou relativistas em sentido forte: afirmações como ‘tudo é relativo’ ou ‘não existem verdades morais’ não fazem diferença prática, pois até mesmo céticos e relativistas radicais declinam agir nos termos de suas crenças céticas e relativistas – isto é, não são céticos quanto seus próprios ceticismos e não presumem que o relativismo vale apenas para si mesmos ou para a comunidade na qual se inserem. Mais do que isso, pragmatistas não negam que  $2 + 2 = 4$ , nem que a conclusão de silogismos é verdadeira se as premissas forem verdadeiras. De forma mais limitada, em decorrência de suspeitas quanto ao empreendimento metafísico, pragmatistas duvidam que alguém possa provar que o relativismo ou o ceticismo estão errados.<sup>389</sup>

---

<sup>389</sup> TORRANO, Bruno. Richard Posner em: O que (não) é o pragmatismo jurídico. *Empório do Direito*, [S.l.], 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

Fica aqui evidente, neste particular, a confluência entre o pragmatismo de Posner, resumido por Torrano, e o ceticismo pragmático de Rorty: a preocupação com o que se denomina genericamente de "diferença prática". Ou seja, não se trata de negar fatos ou dados de difícil refutabilidade (sobretudo se eles puderem ser facilmente demonstrados por meio de uma demonstração matemática ou por meio de um silogismo mecânico elementar), mas na adoção da postura que Dworkin denomina de “neutralidade” combinada com “austeridade”<sup>390</sup>. É “neutra” porque não toma partido na disputa moral teórica entre duas posições antagônicas (por exemplo, a questão sobre o aborto ser moral ou imoral). É “austera” porque pretende se livrar da “gordura desnecessária” dos argumentos morais, concentrando sua atenção apenas no aspecto prático que diz respeito a como influenciar ou manipular as pessoas para que, no conflito cultural, suas escolhas derrotem as preferências adversárias no mundo prático.

Já observamos o caráter anti-aristotélico de tal postura, e tal constatação não surge à toa: no fundo, com toda a sua pretensão de ser uma “filosofia esclarecida” e moderna, o pragmatismo cético nada mais é do que uma tardia repristinação da velha sofística grega pré-socrática. *Nada pode ser mais pré-socrático do que a crença de que todas as noções de verdadeiro e falso decorrem de mero convencionalismo arbitrário, e de que o importante não é a correção do discurso mais sim o poder dele de seduzir, encantar, convencer e influenciar.* Aquilo que hoje chamamos de filosofia grega clássica nasce, no mundo antigo, precisamente como uma resposta ao convencionalismo pragmático dos sofistas<sup>391</sup>.

A questão filosófica sobre a verdade (e a possibilidade de identificá-la e conhecê-la) era um dos pontos nevrálgicos no debate entre Sócrates (e seus discípulos) e a tradição sofista. A questão da verdade simplesmente não figurava entre as preocupações dos sofistas, que podiam tranquilamente ensinar a argumentar em favor de uma ideia e, ato contínuo, a favor da ideia contrária – sem qualquer tipo de constrangimento<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> “It claims neutrality about the substance of ordinary positive moral convictions because it takes no sides between the opinion that terrorism is immoral and that it is not. It claims austerity because it purports to rely on non-moral arguments to defeat the face value view, which it holds to be bad philosophy, not mistaken morality”. DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 93, Spring, 1996.

<sup>391</sup> “Com a tese convencionalista dos sofistas, a verdade deixava de ser prioritária. A palavra, para os sofistas, era pura convenção e não obediência nem à lei da natureza e tampouco às leis divinas (sobrenatural). Como era uma invenção humana, podia ser reiventada e, conseqüentemente, as verdades estabelecidas podiam ser questionadas”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119.

<sup>392</sup> “Os sofistas – que podem ser considerados os primeiros positivistas – defendiam o convencionalismo, isto é, de que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. Claro que, com isso, a verdade deixava de ser prioritária”. STRECK, Lenio Luiz. Da ‘justeza dos nomes’ à ‘justeza da resposta’ constitucional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 43, n. 50, p. 93, jul/dez 2008.

Para a tradição iniciada por Sócrates (e depois consagrada e aprofundada nas obras de Platão e, posteriormente, Aristóteles), os sofistas eram tidos como charlatões, que se preocupavam apenas em desenvolver talentos retóricos e aparências, ignorando por completo a distinção entre meras opiniões do senso comum (*dóxa*) e as verdades dotadas de constância e universalidade (*alétheia*). O mais destacado representante do pensamento sofista na antiga Grécia, Protágoras, rejeitava por completo a ideia de Demócrito sobre a existência da *phýsis* (a dimensão do mundo físico dotada de qualidades eternas e imutáveis) e sustentava que as coisas são (ou deixam de ser) na medida em que cada homem a faça ser (ou não ser). Dentro desta abordagem, a possibilidade identificação de qualquer espécie de universalidade é abolida *a priori*<sup>393</sup>.

A questão da transformação do debate em confronto estratégico, por sua vez, fica claramente evidenciada no resumo que Torrano<sup>394</sup> faz das concepções de Posner a respeito do pragmatismo jurídico “não apostar na discricionariedade judicial”:

O fato de pragmatistas serem pessimistas quanto à capacidade de grandes construções teóricas sobre moralidade, justiça e hermenêutica efetivamente

<sup>393</sup> Curiosamente, embora Protágoras pareça abandonar a busca pela verdade, Bertrand Russel observa que ele: “[...] ainda parece admitir que uma opinião seja melhor do que outra, no sentido pragmático, mesmo que esta posição esteja sujeita à crítica lógica geral contra o pragmatismo. Pois, se perguntarmos qual de duas opiniões é de fato a melhor, voltamos imediatamente à noção da verdade absoluta”. RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 64. Como fica claro na leitura desta passagem, Russel evidencia que esta objeção permanece atual, valendo tanto para o antigo ceticismo pragmático de Protágoras quanto para as correntes pragmatistas da modernidade.

<sup>394</sup> No artigo já referido, Torrano busca sustentar que o ceticismo pragmático de Posner seria uma doutrina rejeitada por ser vítima de “má-compreensão”. Com a devida vênia, não é possível concordar com tal argumento. Primeiro, porque o pragmatismo posneriano está muito longe de ser alvo de “ampla rejeição”. Os fatos apontam precisamente para o contrário: nenhuma doutrina exerceu tanta influência sobre a jurisprudência norte-americana, nos últimos trinta anos, quanto a *Law and Economics* de matriz posneriana. Posner é, com efeito, o jurista mais citado do século XX (com Dworkin ficando em segundo lugar). Portanto, a única coisa da qual o pragmatismo de Posner é “vítima” é de uma recepção excessivamente entusiástica, sobretudo entre juízes norte-americanos, entidades representativas do setor financeiro e interesses corporativos diversos (frequentemente acusados, aliás, de patrocinar – visando benefício próprio - a divulgação e difusão de teorias, estudos e trabalhos alinhados com a *Law and Economics*). Em segundo lugar, ao elencar resumidamente os pontos que comprovariam que o pragmatismo de Posner “não é” relativista e nem discricionário, só o que Torrano faz é demonstrar que autores cético-pragmáticos como Posner não gostam de ser chamados de “relativistas” – não obstante o fato de que suas teorias são claramente alheias à qualquer preocupação efetiva com a discricionariedade judicial e com a ausência de coerência e integridade na jurisprudência. De qualquer forma, é interessante observar que Torrano já havia realizado anteriormente uma “defesa teórica” semelhante – só que não do *pragmatismo posneriano* e sim do *positivismo jurídico*. Este empreendimento é levado a cabo (com muito mais propriedade do que a sua rápida apologia ao pragmatismo de Posner) em seu livro “Do Fato à Legalidade”. Embora eu evidentemente não esteja de acordo com as conclusões do referido autor (no sentido de que “Definitivamente, o positivismo jurídico excludente é a única teoria do direito que permite uma ‘compreensão integral do direito’ [...]”), por outro lado me parece que ele de fato tem razão em sua premissa, no sentido de que o positivismo jurídico é frequentemente mal compreendido, sobretudo no Brasil, e de que a teoria jurídica contemporânea poderia se beneficiar de uma releitura mais qualificada da analítica própria do positivismo jurídico, sobretudo em sua variante radical/excludente. Sobre isso, ver: TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

guiarem ou restringirem o comportamento político de oficiais do sistema (e, especificamente, juízes) não conduz à conclusão de que eles apostam no poder discricionário de magistrados. Pragmatistas, simplesmente, sustentam que existem maneiras mais efetivas de modificar o curso do comportamento humano do que a ilusão de insistir em argumentos morais que, na melhor das hipóteses, revelam as crenças mais profundas e os sonhos mais belos dos teóricos que os elaboram – crenças que não podem ser hierarquizadas em abstrato e que, na prática, entram em conflito com incontáveis outras crenças defensáveis de outras pessoas. Como alternativa, pragmatistas preferem aderir a ensinamentos que podem ser submetidos a métodos experimentais, como os da psicologia cognitiva, da ciência comportamental e da ciência política, a fim de averiguar quais atos estratégicos e quais armas retóricas podem ser empregadas para gerar incentivos e constrangimentos nas vontades individuais de seres imperfeitos que, não raro, querem ter a razão a todo custo e tendem a ser vaidosos, invejosos, teimosos e sedentos por quantias cada vez maiores de poder<sup>395</sup>.

Ou seja, o pragmatista não acredita na importância de construções teóricas sobre justiça e hermenêutica porque são céticos a respeito da eficácia destas enquanto instrumentos de interdição do poder discricionário dos juízes.

É uma premissa sólida. Mas a questão fulcral aqui é: o que o pragmatismo pode nos oferecer, como alternativa, na forma de um instrumento coerente e sistemático de interdição de poder? A resposta é clara: absolutamente nada. Não há, para o pragmatista, uma maneira de construir mecanismos epistemológicos prévios que sejam aptos a interditar e limitar o poder. Só o que se pode fazer é, no mundo prático, vencer cada “guerra” retórica de uma vez, isoladamente.

Até mesmo o vocabulário do pragmatista é beligerante: ele descarta a filosofia, a hermenêutica e noções complexas de justiça para centrar suas atenções nas “armas retóricas” e “atos estratégicos” que, por meio de técnicas de inculcamento e reforço positivo e negativo (“incentivos e constrangimentos”) para influenciar e direcionar as “vontades individuais” dos juízes (o pragmatista não enxerga a decisão judicial como um ato de interpretação/aplicação, preferindo ressuscitar o antigo mito discricionário da decisão enquanto “exercício da vontade”).

Neste conflito onde apenas os fins práticos importam, aparentemente todos os métodos são válidos, incluindo “psicologia cognitiva” e “ciência comportamental” – quanto mais o método puder ser “submetido a métodos experimentais”, melhor.

Inclusive, seguindo nessa linha de pensamento, seria oportuno nos perguntarmos: que outras “armas” previamente aprovadas por “métodos experimentais” seriam válidas nesta

---

<sup>395</sup> TORRANO, Bruno. Richard Posner em: O que (não) é o pragmatismo jurídico. *Empório do Direito*, [S.l.], 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

batalha pragmática pelo convencimento alheio? Será que a hipnose e a programação neurolinguística também seriam opções válidas? Salvo engano, o pragmatismo cético não dispõe de nenhum fundamento filosófico capaz de invalidar tais opções.

O pragmatismo, ao tentar escapar do rótulo de “relativista”, apenas confirma a sua condição de *discurso de poder* disfarçado de filosofia. O lema de tal postura poderia ser: “vencer é preciso, fundamentar não é preciso”. De fato, é verdade que o pragmatismo, a rigor, não tem nenhum compromisso com a discricionariedade judicial e com o arbítrio. *O problema não reside em nenhum tipo de “adesão”, mas sim no fato de que o ceticismo pragmático simplesmente não se preocupa com esse tipo de questão e, conseqüentemente, não elabora nenhuma forma de construir um conhecimento sistêmico apto a interditar, de forma geral e coerente, o exercício do poder e o papel das autoridades.* Sobre a raiz desse problema, Dworkin observará que:

Selective skepticism about value, under the name of ‘subjectivism’ or ‘emotivism’, has for a long time been regarded as the most plausible form of Archimedean skepticism. It is also the most dangerous. No one – not even the most committed post-modernist or anti-foundationalist – thinks his views should affect how physicists or mathematicians actually work. But is now strenuously argued that since there is no objective truth about interpretation or art or morality there can be no standard of merit or success in artistic or moral or legal thought beyond the interest of a theory arouses and the academic dominion it secures. This auto-da-fe of truth has compromised public and political as well as academic discussion. [...] We can’t be skeptical, even about values, all the way down.<sup>396</sup>

No entanto, é importante observar, para não evitar a aplicação de rótulos descabidos, que o pragmatismo cético de Rorty não deve ser confundido com o desconstrutivismo pleno levado a cabo por autores como Stanley Fish. Rorty não deseja levar o relativismo característico da pós-modernidade às últimas conseqüências. Pelo contrário: como observa Ian Ward, a ambição de Rorty é efetivar uma “acomodação” entre o anti-fundacionalismo (exemplificado pelo pragmatismo de John Dewey) e o “textualismo” de Heidegger<sup>397</sup>.

Rorty estaria, assim, em um “meio-termo” entre Dworkin e o desconstrutivismo pós-moderno, ao qual se filia grande parte do movimento conhecido como *Critical Legal*

<sup>396</sup> “It claims neutrality about the substance of ordinary positive moral convictions because it takes no sides between the opinion that terrorism is immoral and that it is not. It claims austerity because it purports to rely on non-moral arguments to defeat the face value view, which it holds to be bad philosophy, not mistaken morality”. DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 89, Spring, 1996.

<sup>397</sup> WARD, Ian. *Introduction to critical legal studies*. 2nd ed. Oxfordshire: Routledge-Cavendish, 2004. p. 176.

*Studies*<sup>398</sup>. Rorty, ao contrário dos desconstrutivistas, aposta em um *construtivismo discursivo* – porém orientado tão somente por um pragmatismo que descarta a preocupação com fundamentos teóricos e substância moral.

Feita esta observação, é impossível deixar de fazer a crítica de que o pragmatismo cético de autores como Rorty e Posner pecam por uma verdadeira ingenuidade, qual seja: a pretensão de que podem “escapar” das clássicas e tradicionais refutações sofridas pelo ceticismo ao longo de toda a história da filosofia, apostando meramente em uma “nova roupagem”.

O neoceticismo, em sua faceta mais extremada (Fish), se vê preso em uma desilusão pessimista e niilista incapaz de justificar quaisquer sentidos textuais determinados. Já em sua roupagem “intermeditária” (Rorty), o neoceticismo falha completamente em estabelecer padrões de coerência e substância para os discursos políticos e morais. Por exemplo: o relativismo rortiano é desprovido de qualquer instrumento apto a invalidar a ideia de que a apologia à escravidão é tão moralmente aceitável quanto o combate à escravidão. Mas, para piorar, ele sequer possui fundamentos que possam constranger, epistemologicamente, uma pessoa que seja contra a escravidão em um determinado país e favorável em outro.

Vale destacar, uma vez mais: é evidente que Rorty não faz uma *aposta* no uso da força, nem na discricionariedade dos agentes de poder. O que ele deseja expressamente, como ideal, é uma sociedade liberal pautada pela solidariedade, na qual a força seja substituída pela *persuasão* e por um diálogo construtivista<sup>399</sup>.

Rorty pretende construir justamente uma alternativa otimista para o fatalismo de autores como Foucault ou Derrida, para viabilizar o surgimento de políticas pós-modernas mais bem-humoradas e construtivas. Rorty não defende um relativismo que vá nos conduzir à barbárie ou opressão. Ele deseja o fim da busca por uma fundamentação metafísica para a

---

<sup>398</sup> “The debate between hermeneutic and deconstructionist alternative theories of interpretation has remained virulent within the CLS movement”. WARD, Ian. *Introduction to critical legal studies*. 2nd ed. Oxfordshire: Routledge-Cavendish, 2004. p. 182.

<sup>399</sup> “A liberal society is one whose ideal can be fulfilled by persuasion rather than by force, by reform rather than revolution, by the free and open encounters of present linguistic and other practices with suggestions for new practices. But that is to say that an ideal liberal society is one which has no purpose except freedom, no goal except a willingness to see how such encounters go and to abide by the outcome. It has no purpose except to make life easier for poets and revolutionaries while seeing to it that they make life harder for others only by words, and not deeds. It is a society whose hero is the strong poet and the revolutionary because it recognizes that it is what it is, has the morality it has, speaks the language it does, not because it approximates the will of God or the nature of man but because certain poets and revolutionaries of the past spoke as they did. To see one’s language, one’s conscience, one’s morality, and one’s highest hopes as contingent products, as literalisations of what once were accidentally produced metaphors, is to adopt a self-identity which suits one for citizenship in such an ideally liberal state”. RORTY, Richard. *Contingency, irony, and solidarity*. Cambridge: CUP, 1989. p. 60.

ideia de “verdade”, mas a permanência das paixões políticas e do apelo emocional dos discursos.

O problema, conforme já apontado, é que essa abordagem não apenas anula a diferença entre “moral” e “imoral” como admite, ainda, que as pessoas *transitem simultaneamente entre posições e discursos absolutamente incoerentes e antagônicos*, na medida em que tudo faz parte do “jogo” de interesses onde só o que importa é vencer cada batalha de uma guerra cultural e estudar as melhores formas de derrotar a narrativa adversária. Alimentado por tal filosofia, os discursos ético, moral, político e jurídico perdem não apenas em *substância*, mas em *coerência*.

Como ressalta Dworkin, a preocupação do relativismo rortiano com uma postura de modéstia é absolutamente procedente. Devemos, sim, ser sempre intelectualmente modestos e conscientes da possibilidade de que podemos rever nossas posições e mudar de ideia no futuro. É importante ouvir o próximo e se preocupar mais com diálogo construtivo do que julgamentos apriorísticos e rivalidades ideológicas desnecessariamente extremadas.

Ocorre, no entanto, que nada em tal postura tem o condão de dar fundamento para a ideia medular do ceticismo de Rorty, qual seja: de que, em última instância, todas as nossas opiniões são igualmente “erradas” (e, portanto, equivalentes) porque nenhuma delas pode estar “certa”<sup>400</sup>. Nós temos, sim, boas razões para acreditarmos que estamos certos quando condenamos o horror do Holocausto – e que, conseqüentemente, os nazistas estavam errados. Temos, sim, boas razões para acreditarmos que estamos certos sobre a repulsa e rejeição moral e jurídica à escravidão – e que, portanto, o direito vigente na época do Brasil Colonial estava moralmente errado ao permitir semelhante barbárie. Para Julián Mariás:

[...] o relativismo anula, se não a ‘essência’, pelo menos alguma coisa que lhe seria ainda mais penoso se ele fosse conseqüente consigo mesmo: a *função vital* da verdade. Com efeito ‘minha’ verdade não me basta e para que ela seja efetiva e realmente *minha*, para que eu possa aderir a ela e nela me apoiar, é necessário que não seja ‘minha’ e sim *das coisas* <sup>401</sup>.

Dworkin observa que a pretensão do relativismo rortiano, de possibilitar uma sociedade mais feliz e alegre ao mesmo tempo em que desprovida das substâncias de suas crenças mais caras e fundamentais, não passa de uma ilusão:

<sup>400</sup> DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 122, Spring, 1996.

<sup>401</sup> MARIÁS, Julián. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966. p. 131.

The only kind of skepticism that counts, anyway, is the really disturbing kind, the chilling internal skepticism that grips us in a dark night, when we suddenly cannot help thinking that human lives signify nothing, that nothing we can do matter when we and our whole world will in any case perish in a cosmic instant or two. That kind of skepticism cannot be owned or disowned by semantic reclassifications or meta-ethical refinement. It takes hold as a terrifying, overwhelming, substantive fact, and until its grip is loosened by competing conviction we cannot be sophisticated or ironic, or anything else but hollow or paralyzed or sad<sup>402</sup>.

Ao transformar tudo em “jogos de palavras”, as teorias jurídicas cético-pragmáticas acabam legitimando, em última instância, a transformação de todas as disputas sociais, morais, políticas e jurídicas em jogos de *poder*. Tal postura, se é potencialmente perigosa no âmbito de debates morais no seio da sociedade, se mostra muito mais temerária na esfera jurídica. Afinal de contas, a existência de limites claros e definidos ao exercício do poder é uma condição de possibilidade para a realização plena e manutenção saudável do Estado Democrático de Direito.

O ceticismo filosófico não apenas anula o valor e o sentido de nossas vidas, bem como a “função vital” da noção de “verdade”, mas também abre as portas para que a “lei do mais forte” ressurgja com diferentes indumentárias – na forma de arbitrariedades levadas a cabo pelo poder político, pelo poder econômico, pelo poder midiático, pela força bruta, pelas armas ou pelo rearranjo de maiorias de ocasião.

## 5.2 Perspectivas e Abordagens para uma Teoria Epistemológica Pós-Positivista

Neste capítulo final, irei proceder com a análise de diferentes abordagens e perspectivas ontológico-filosóficas que se mostram aptas a contribuir para uma (re)construção viável de uma epistemologia do Direito nesta quadra da história – uma que seja efetivamente coerente e integrada com o paradigma jurídico-político do Constitucionalismo Contemporâneo. Examinarei, neste capítulo, as diferentes formas com as quais Direito lida (e lidou no passado) com a tensão entre passado e futuro, autonomia e heteronomia e como estas tensões operam em um movimento oscilatório entre *determinabilidade* e *responsividade*.

Meu objetivo, aqui, é demonstrar que uma epistemologia jurídica efetivamente *pós-positivista* deverá ser capaz de compreender e explicar o Direito como um processo dinâmico, em permanente movimento, assegurando coerência e consistência epistemológica ao Direito e possibilitando a efetiva superação do *paradigma da autoridade*.

---

<sup>402</sup> DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, p. 129, Spring, 1996.

### 5.2.1 As Mitologias no Direito Moderno

Quais são os fundamentos do Direito na modernidade? Quais são os “mitos de origem” destes fundamentos? De que forma a narrativa político-jurídica da modernidade é construída? Quais são as estratégias temporais e espaciais que a modernidade utiliza para possibilitar a determinabilidade, a aplicação, a fundamentação e a legitimidade do Direito? Estas são algumas das questões que Peter Fitzpatrick busca elucidar em “*Modernism and the Grounds of Law*”.

Ao longo da obra, o autor retorna diversas vezes à ideia que pode ser considerada como sendo o axioma central de toda a sua concepção sobre o Direito, qual seja: de que o fenômeno jurídico opera como um pêndulo que está permanentemente em movimento entre duas dimensões distintas. A primeira é a da *determinabilidade*, a segunda é a da *responsividade*. Sobre isso, Fitzpatrick dirá que:

Law, as the rule of law, has to be ever-responsive and indeterminate, capable of extending to the infinite variety which constantly confronts it.<sup>403</sup> [...] For there to be a rule of law, for law to rule, it ‘itself’ must have determinant force. Yet if it were merely or fixedly determinant, if it were not responsive, it would cease being able to rule a situation which had inexorably changed around it.<sup>404</sup>

Isso ocorre porque, sem a dimensão da determinabilidade, o sistema normativo se dilui por completo. Cria-se um anarquismo casuístico no qual, em última instância, a normatividade desaparece por completo. As respostas aos problemas judicializados se daria ao arrepio de qualquer critério de *posicionamento e determinabilidade* da norma, esfacelando por completo qualquer aspiração de segurança jurídica e desconstituindo a própria ideia de normatividade – na medida em que a norma, por definição, precisa ser anterior ao fato ou ato ocorrido ou realizado no mundo social. Sem a dimensão da determinabilidade, nada disso seria possível, pois os padrões de construção da resposta jurídica seriam, todos eles, criados apenas em um momento posterior à demanda. Ou seja, depois do ingresso do ato/fato no mundo jurídico e depois da provocação por prestação jurisdicional.

Por outro lado, desprovido de *responsividade*, o Direito perderia aquilo que Reale identifica como sendo as suas dimensões fático-sociológica e deontológico-filosófica. Converteria-se em uma sistema de respostas fixas, estáticas e previamente estabelecidas, de

---

<sup>403</sup> FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 4.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 6.

forma integral e totalizante, antes mesmo das perguntas. Representaria uma tentativa artificial de aprisionar o futuro dentro do passado, “congelando” o presente.<sup>405</sup>

Para Fitzpatrick, isso coloca o Direito diante de um paradoxo que, segundo o autor, se confunde com uma pretensão de alcance mais amplo e geral que habita desde o início o imaginário da própria modernidade: *a demanda por certeza, previsibilidade e posições garantidas e previamente estabelecidas - todavia integradas com a capacidade de dar respostas para tudo o que está além deste posicionamento prévio.*

A identificação deste impasse faz com que Fitzpatrick veja Freud como o criador de mitos por excelência da modernidade. A raiz deste impasse da normatividade já se encontrava, segundo Fitzpatrick, devidamente “mitificada” por Freud em sua narrativa encontrada em “Totem e Tabu”.

De forma resumida, a narrativa apresentada por Freud em “Totem e Tabu” pode ser apresentada da seguinte forma: na aurora da humanidade, só o que existe é uma *horda primordial*. Esta pequena tribo incivilizada e brutal não possui liberdade: ela é governada com mão de ferro pela autoridade onipresente de uma *figura paterna*. Ao mesmo tempo em que é amado por seus filhos, este pai primordial é também odiado por eles, na medida em que estes filhos cobiçam o seu poder, os seus privilégios e anseiam pela liberdade e autodeterminação que não possuem. Esta frustração reprimida levará estes filhos a cometerem o *crime original* por meio do qual a sociedade é fundada: *o assassinato da autoridade paterna primordial*.

Este crime original representa não apenas o momento no qual a *horda* se converte em uma *sociedade primitiva* como, também, marca o momento a partir do qual *o reino das possibilidades adentra ao mundo*. Os filhos outrora oprimidos conquistam a sua tão sonhada liberdade e a vida sai do estado estático anterior para uma nova realidade que abrange possibilidades que jamais seriam possíveis no velho contexto da autoridade suprema do pai primordial.

No entanto, a autoridade secular e religiosa da figura paterna precisa ser de alguma forma substituída. Esta renovação se dá através do totem. O culto personalístico à uma autoridade viva que encarna o terreno e o transcendental ao mesmo tempo é substituído pela adoração a um símbolo religioso. Há uma transferência do poder, que deixa de estar localizado numa pessoa e passa a estar localizado em uma coisa, em algo que é ao mesmo tempo objeto inanimado e fonte das leis mundanas e divinas. *Ocorre uma institucionalização,*

---

<sup>405</sup> “This law is determinant but never completely so and it responds to what ‘for the time being’ is beyond the determinant. Yet law never responds completely either and so the determinant persists. Completeness in each orientation would result in either stasis or dissolution”. FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 79.

*ainda que rudimentar e primitiva, do poder. Estamos diante, portanto, da forma como o Direito entra no mundo.*

Por óbvio, atualmente não se reconhece nenhum valor antropológico real a estas narrativas freudianas de origem – e é provável que o próprio Freud não enxergasse elas como um relato apurado de fatos verídicos ocorridos no mundo pré-histórico, mas sim como uma mera hipótese apta a substituir as observações empíricas das quais não dispomos<sup>406</sup>. Dessa forma, a narrativa freudiana de origem da sociedade e das leis deve ser compreendida enquanto parábola psicanalítica, como um mito moderno, e não como uma tentativa cientificamente adequada de explicar como de fato teria se dado, nas comunidades humanas ancestrais, a passagem do coletivo para o individual e da horda para a civilização<sup>407</sup>.

Fitzpatrick irá se apropriar deste mito porque, apesar desta narrativa não ter nada para nos dizer a respeito da realidade histórica efetiva das coletividades ancestrais, ela por outro lado diz muito a respeito do *imaginário mítico da modernidade*. Para Fitzpatrick, esse mito de origem freudiano é esclarecedor para uma melhor compreensão das dimensões determinada (estática) e responsiva (dinâmica) do Direito.

De fato, são diversos os paralelos que podemos traçar entre a narrativa de *Totem e Tabu* e o imaginário social, político e jurídico do mundo contemporâneo. Na narrativa mítica freudiana, a ordem vigente é estabelecida por meio de um ato de ruptura – o crime primordial do assassinato da autoridade paterna. No entanto, este ato fundador da nova ordem civilizada é convertido em crime tão logo a nova realidade político-social se estabelece. A mesma sociedade que nasce do assassinato da autoridade é aquela que proíbe terminantemente qualquer crime semelhante. O que antes era condição de possibilidade para a liberdade passa agora a ser proibido, criminoso, uma ameaça para a ordem social.

Impossível não perceber as semelhanças entre esta narrativa e o fenômeno moderno do *poder constituinte originário*. Na reflexão de Paulo Bonavides sobre o tema, também encontramos referência a este caráter de certa forma inexplicável e misterioso – quase místico

---

<sup>406</sup> “Freud himself was, in Totem and Taboo and later work, repeatedly equivocal about whether the primordial parricide actually happened or whether it was a constructed myth of origin, a ‘just so story’ [...]. In the elusiveness of origins the deed cannot be known to have happened or known not to have happened. Since the deed originates human culture and our ability to know, and to order and represent what we know, how may we, with Freud, so ‘safely’ know it? [...] All of which makes poignant Freud’s particular problem with veracity – his anxiety, even obsession about the actuality of the deed. He often and vigorously asserts that it was a deed, that it happened ‘in reality’, that it is ‘historical truth’ (Freud 1960: 125, 161; 1985b: 225). [...] But even the assumption of history becomes uncertain. The supposed event is ‘only a hypothesis’, a ‘fantastic’ one, and, in all, ‘a substitute for the observations which we are without’ (Freud 1960: 109, 141-2; 1985a: 154)”. FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 13-17.

<sup>407</sup> “‘The great crime’ was ‘the beginning of society’. It was ‘the great event with which civilization began’. Or, in another version, after the event the brothers enter into ‘a sort of social contract’”. Ibid., p. 21.

e religioso – do poder que *constitui* a ordem e que, uma vez utilizado, desaparece e se torna proibido.

O poder constituinte originário ou primário admite uma análise *política* ao redor dessa indagação central: devemos tratá-lo como questão de fato, fora da dimensão dos valores, ou associá-lo a um princípio de legitimidade que nos consentiria manifestar preferência valorativa pelos titulares desse poder? [...] ‘Um constitucionalista da Restauração francesa – Béranger – encarava também a titularidade do poder constituinte como uma questão de fato. A inquirição sobre a pessoa a quem esse poder havia de pertencer recebera dele, conforme adverte Paul Bastid, uma crua resposta: a quem tiver o poder de agarrá-lo. Sendo um poder emergencial, ‘um poder que aparece com as crises e com elas desaparece’, vem ele coberto de pessimismo nas reflexões do restaurador. Agitar esse problema – o de saber ou determinar qual o titular de semelhante poder – afigura-se-lhe temerário, conforme ressalta Bastid, pois ‘o poder constituinte tem algo de misterioso, sendo imprudente inquirir-lhe a origem’.

A imagem de Donoso, que os compêndios de Direito Constitucional geralmente estampam, exprime também o teor revolucionário do poder constituinte, familiar às épocas de crise e ruptura institucional e desprezado de considerações pertinentes à sua legitimidade: ‘Não é um poder que o legislador possa localizar nem o filósofo formular, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições; se aparece alguma vez, aparece como o raio que rasga o seio da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e se extingue’.<sup>408</sup>

Fitzpatrick dirá que, para Freud, *a legalidade surge como o primeiro requisito da civilização*<sup>409</sup>. O império da ordem normativa, ele mesmo criado por meio de um ato bárbaro de selvageria, se impõe como o instrumento que delimita a civilização na medida em que a separa da selvageria. Ou seja, a transição da barbárie para a civilização não acaba com a ameaça da barbárie – que se mantém como uma ameaça potencial permanente. Esta transição, ela mesma concretizada por um ato de barbárie, apenas joga a selvageria para a ilegalidade.

A transição da horda primitiva para um arranjo civilizado incipiente trará consigo a substituição da autoridade paterna toda-poderosa, agora falecida, pela figura religiosa do totem – o animal sagrado que simboliza o caráter vinculativo e impositivo das normas sociais. O totem encarna a identidade do grupo e, por isso, é adorado e inviolável.

No entanto, de forma paradoxal, o culto totêmico institui momentos específicos (festas e festivais) nos quais o comportamento habitualmente mandatório não apenas é dispensável como, mais do que isso, *a adoção de um comportamento diametralmente oposto se faz essencialmente impositiva*. Os excessos, usualmente condenáveis, tornam-se obrigatórios<sup>410</sup>.

<sup>408</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 125.

<sup>409</sup> FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 36.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 23.

Nestes momentos de exceção, as condutas habitualmente rejeitadas pela moral do grupo – gula, embriaguez, agressividade, promiscuidade – deixam de ser crimes ou pecados e se convertem em regras. *A repressão civilizatória é temporariamente substituída pela gratificação dos instintos*<sup>411</sup>. Até mesmo o maior de todos os crimes, a destruição do totem (que revive o crime fundador da sociedade, o assassinato do pai todo-poderoso), se torna parte da celebração.

Após este primeiro momento de análise, concentrado na *origem*, Fitzpatrick trabalha a questão da *posição*. Aqui, ele irá sustentar que a própria ideia da modernidade é construída por meio de um processo de *diferenciação* e *exclusão* do outro – o colonizado, o nativo, o escravo, etc<sup>412</sup>. *Perceba-se como a questão da origem do Direito, construída em cima de uma narrativa mítica, conserva este mesmo aspecto no momento em que ocorre aquilo que*

---

<sup>411</sup> Evidentemente, aqui é impossível deixar de pensar no paralelo entre tal situação e o fenômeno social das festividades anuais do Carnaval – o período no qual todas as noções habituais de moralidade (inclusive sexuais) são “invertidas” e *os excessos hedonistas não apenas são permitidos como se tornam essencialmente obrigatórios*. O curioso é que este costume, que é profundamente enraizado na cultura brasileira (apesar de suas origens em festas similares estrangeiras), não representa uma negação da moralidade tradicional vigente, nem algum tipo de “rebelião” contra a moral vigente. Pelo contrário: *o curto período de excessos e desvarios quase que mandatórios apenas reafirma as normas morais vigentes durante todo o resto do ano*. Esta ideia de um rompimento com a ordem tradicional, periódico e institucionalizado, é explorado no interessante filme “The Purge” (“Um Dia de Crime”), de 2013, do diretor James DeMonaco. Na trama do referido filme, depois de um colapso político, econômico e social completo, a vida nos Estados Unidos é recolocada nos trilhos por obra de um governo ultraconservador capitaneado por um grupo autodenominado de “Os Novos Pais Fundadores da América”. Sob este novo regime, a sociedade se reergue em poucos anos, com forte crescimento econômico e baixíssimos índices de criminalidade e desemprego. Esta nova realidade dionisíaca é interrompida apenas uma vez por ano, pelo período de 24 horas, para realização de uma festividade nacional conhecida como “O Expurgo”. Durante este evento, amplamente promovido e festejado pelas autoridades constituídas, todos os serviços públicos são suspensos e *a normatividade vigente é temporariamente suspensa*, sendo que nenhum tipo de ação cometida durante “O Expurgo” é passível de punição ou responsabilização jurídica de nenhum tipo. A política habitual de tolerância zero à criminalidade é substituída, por curto espaço de tempo, não apenas pela *tolerância* como pelo *incentivo eufórico ao extravasamento dos instintos mais baixos, agressivos, selvagens e violentos*. Assim como no *Totem e Tabu* de Freud, a trama parece trabalhar com a ideia da *necessidade de uma reencenação periódica dos crimes que “fundam” a ordem vigente* - como se, para valorizar e tornar eficiente a nova prática social ordeira, fosse necessário periodicamente *relembrar e visitar o pior momento da realidade anterior*, que de certa forma representa a linha divisória entre o fim da velha ordem e o nascimento da nova.

<sup>412</sup> “Henrique Dussel sintetiza esse legado do ideário colonialista sob o nome de mito da modernidade, que segundo o autor pode ser sintetizado em sete proposições: 1) a civilização europeia entende-se como a civilização superior e a mais desenvolvida; 2) esse senso de superioridade a obriga, na forma de um imperativo categórico, a “desenvolver” (civilizar, educar, erguer) as civilizações subdesenvolvidas, bárbaras e primitivas; 3) o caminho para tal desenvolvimento deve ser aquele percorrido pela Europa no seu próprio desenvolvimento através da antiguidade e da Idade Média; 4) onde os bárbaros ou primitivos se opuserem ao processo civilizatório, a praxis da modernidade deverá, em última instância, recorrer à violência necessária para a remoção dos obstáculos à modernização; 5) essa violência tem um caráter quase ritualístico, na medida em que o herói civilizado eleva sua(s) vítima(s) ao patamar de participantes do processo de sacrifício redentor ao qual são submetidos; 6) do ponto de vista da modernidade, o bárbaro/primitivo vive num estado de culpa. Isso permite à modernidade apresentar-se não apenas como inocente de suas brutalidades, mas ainda como sendo uma força que emancipará e redimirá suas vítimas de suas respectivas culpas; 7) dado esse traço civilizatório e redentor da modernidade, o sofrimento e sacrifício (o “custo” da modernização) imposto (aos povos “imatuross”, ao sexo “frágil”, às raças escravizadas, etc.) são necessários e inevitáveis”. ABEL, Henrique. A política e a sociedade do pós-guerra fria sob a ótica da modernização reflexiva e da crítica pós-colonial. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 121-136, jul./dez. 2011.

*Fitzpatrick denomina de "posicionamento" (o estabelecimento pela diferença). Basta lembrar a forma como os processos colonialistas europeus foram profundamente influenciados por narrativas míticas como aquela sustentada por Hegel - no sentido de que os europeus da época estariam legitimados pela "graça divina" em sua missão de "levar o progresso ao mundo"*<sup>413</sup>. Para Hegel, em oposição a este direito do colonizador (que agia enquanto encarnação da “mente do mundo” em determinada época), *as culturas e povos de outras nações simplesmente não tinham qualquer direito:*

O povo que recebe tal princípio como seu princípio natural fica com a missão de aplicá-lo no decorrer do progresso e na consciência de si do espírito universal que se desenvolve. Tal povo é o povo que, na época correspondente, domina a história universal. Mas só uma vez pode ser o povo dominante (§ 346º), e em face do direito absolute que lhe cabe como representante do grau atual do desenvolvimento do espírito do mundo, nenhum direito têm os outros povos que, tais como aqueles que já representaram uma época passada, nada são na história universal.<sup>414</sup>

Para Fitzpatrick, o paradoxo das dimensões *determinada e responsiva* do Direito surge novamente aqui. O autor irá sustentar que a modernidade busca construir uma narrativa histórico-político-jurídica que, além de assentada em certos fundamentos *míticos*, almeja e deseja ser *uma narrativa rígida, preocupada apenas com a dimensão jurídica do “determinado”*. No entanto, se o Direito de fato estivesse preso neste reducionismo, ele estaria condenado a ser impotente e imprestável em sua missão de manter a civilização de pé e frear a sempre presente ameaça potencial da barbárie. Isso, no entanto, não ocorre – e o motivo é simples: *o Direito não é passível de ser reduzido a este tipo de posicionamento*

---

<sup>413</sup> Dussel irá ilustrar o nascimento da modernidade da seguinte forma: “No século XV, até 1492, a hoje chamada Europa Ocidental era um mundo periférico e secundário do mundo muçulmano. A Europa Ocidental nunca fora o “centro” da história pois não ia além de Viena, ao leste, já que até 1681 os turcos estiveram perto de seus muros, e além de Sevilha em seu outro extremo. A totalidade de seus habitantes, da Europa latino-germana, não era mais de cem milhões (inferior à população do império chinês sozinho nesta época). Era um cultura isolada, que fracassara com as Cruzadas por não poder recuperar alguma presença num pólo nevrálgico do comércio do continente euro-asiático: a conquista do lugar onde estava localizado o Santo Sepulcro era, na realidade, o lugar onde o comércio das caravanas procedentes da China que chegavam a Antioquia (atravessando o Turão e o Turquestão chinês) se ligavam com as vias de navegação do Mar Vermelho e Pérsico na atual Palestina. [...] Impedidos os europeus de poderem controlar o Mediterrâneo oriental, tiveram de ficar isolados, periféricos do mundo muçulmano. [...] Nesta situação, falar de uma Europa como começo, meio e fim da História Mundial – como era a opinião de Hegel – era cair numa miopia eurocêntrica. A Europa Ocidental não era o ‘centro’, nem sua história nunca fora o centro da história. Será preciso esperar por 1492 para que sua centralidade empírica constitua as outras civilizações como sua ‘periferia’. Este fato da ‘saída’ da Europa Ocidental dos estreitos limites dentro dos quais o mundo muçulmano a prendera constitui, em nossa opinião, o nascimento da modernidade. 1492 é a data de seu nascimento, da origem da ‘experiência’ do ego europeu de constituir os Outros sujeitos e povos como objetos, instrumentos, que podem ser usados e controlados para seus próprios fins europeizadores, civilizatórios, modernizadores”. DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p. 112.

<sup>414</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 309.

*estático*. Para Fitzpatrick, o Direito é sempre chamado e invocado para *dar certeza diante da incerteza* – o que, em última instância, é o mesmo que reconhecer que o Direito só pode existir na medida em que *pressupõe a incerteza como sua condição de possibilidade*.

É por isso que uma certeza atingida em caráter permanente simplesmente configuraria um estado de “ser” enquanto realidade estática - que permaneceria “sendo” na qualidade de *um dado pronto em si*, sem qualquer necessidade de recurso ao Direito. Fitzpatrick dirá que, *para o Direito, sempre precisa haver um “algo a mais”*, na medida em que o Direito não pode existir aprisionado em uma *posição fixa*, pois isso o tornaria inútil e ineficiente para todo e qualquer fim prático.

### 5.2.2 Determinabilidade e Responsividade, Autonomia e Heteronomia

Como vimos, o ponto crucial aqui é, novamente, a questão de como o Direito pode se apresentar, “em si mesmo”, se ele é tão dividido entre *determinação* (posicionamento) e capacidade de dar respostas para o novo e para o imprevisível (*responsividade*). A insistência neste problema é central na estratégia de Fitzpatrick para a construção de uma crítica àquilo que poderia ser chamado de seu “alvo principal”: *as contínuas tentativas da modernidade de caracterizar o Direito como um fenômeno autônomo, independente e auto-suficiente*.

A razão desta crítica encontra-se na ideia de que *o Direito precisa combinar aquilo que é determinado com aquilo que está além de qualquer possibilidade de determinação*. Precisa dispor de instrumentos posicionados para dar respostas a problemas que nascem no seio de uma faticidade cotidiana indeterminada e indeterminável, em permanente processo de renovação e mudança.

Fitzpatrick irá observar que há uma série de outros “paradoxos” que permeiam o fenômeno jurídico. Por exemplo: *o Direito precisa ser violento e, ao mesmo tempo, precisa ser automaticamente identificado com a ideia de não-violência*<sup>415</sup>. Ele transcende a violência (na condição de instrumento civilizado para resolução de conflitos) ao mesmo tempo em que resguarda para si o monopólio da violência, que em última instância atua como garantidora da eficácia do Direito, na medida em que assegura e possibilita o seu caráter *coercitivo*.

Outro exemplo: o Direito demarca aquilo que está *fora do Direito* e, ao mesmo tempo, *progressivamente assimila o que estava fora sem nenhum prejuízo à sua estrutura*. Ou seja: o Direito assimila, integra e por vezes redefine e reinventa as suas próprias origens, sem processos de rompimento.

---

<sup>415</sup> FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 77.

Podemos pensar, a título ilustrativo, na luta das mulheres pelo direito ao sufrágio, no começo do século XX. Primeiro, o Direito enquadra as militantes de tal causa como “foras-da-lei” e desordeiras. Sua bandeira é tida como antijurídica. Após certos constrangimentos e pressões sociais e políticas, o direito de voto para as mulheres adentra o ordenamento jurídico sem qualquer espécie de ruptura ou necessidade de reformulação ou “reinvenção” do sistema normativo vigente. Os mecanismos que supostamente tornavam “impossível” ou “antijurídica” a reivindicação simplesmente “desaparecem”.

A nova prerrogativa que adentra o mundo do Direito não apenas o faz sem qualquer conflito com a normatividade pré-existente como é ainda, retroativamente, transformada em uma demonstração de virtude do sistema. O voto feminino, até ontem entendido como incompatível com a democracia (e até perigoso para ela), agora não apenas é admissível como é naturalizado como verdadeiro pressuposto democrático, como uma qualidade do sistema, como algo que nunca poderia ter sido de outra forma. Ou seja: como já se observou acima, *o Direito reescreve retroativamente a suas próprias origens, num processo permanente de (re)construção de uma narrativa coesa e ininterrupta, apta a dialogar ao mesmo tempo com o passado e com o futuro, sem “cortes” na narrativa.*

Como um último exemplo de paradoxo, Fitzpatrick observará que o Direito, para se fazer efetivo, *adota estratégias de definição de espaço e até mesmo controle do tempo.* Para ilustrar este ponto, ele utiliza como exemplo a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Como sabemos, este documento é um “marco zero” de origem para o poder constitucional e para a autoridade legal daquele país. A referida Declaração, com efeito, *constitui* os colonos da nova nação como *povo*. Cabe recapitular, aqui, o que já falamos anteriormente neste capítulo sobre o *poder constituinte originário*. A Declaração representa este momento “misterioso”, no qual um poder que *não* se encontra habitualmente à disposição dos homens surge subitamente nas mãos destes, por curto espaço de tempo, como uma espécie de graça divina análogo ao fogo com o qual Prometeu presenteou a humanidade. E, por meio deste poder raro e excepcional, *o povo dos Estados Unidos*, em sua dimensão jurídica, foi criado. De um segundo para outro, *aqueles que até então eram colonos agora estavam devidamente constituídos enquanto povo de uma nação soberana.*

Ora: o paradoxo, aqui, é evidente. Estamos diante de um documento político-jurídico que – a partir do momento de sua enunciação - funda uma nação independente e soberana e constitui o povo desta enquanto tal. Mas, se é assim, como é que este ato constitutivo pode ser promulgado por *representantes políticos*, mediante *autorização do povo*, como *expressão do poder popular*? Como “o povo” pode expressar ou autorizar algo antes mesmo deste povo

existir? Como o próprio ato que constitui o povo enquanto povo poderia ter sido, retroativamente, legitimado por este povo – que sequer existia, juridicamente, antes da Declaração?<sup>416</sup>

O Direito, aqui, se vale de uma estratégia de manipulação temporal de fazer inveja ao velho dilema do ovo e da galinha. O documento jurídico que constitui uma coletividade enquanto povo irá legitimar o seu poder no próprio povo que sequer existe antes da promulgação daquele ato jurídico constitutivo. Voltando ao dilema do ovo e da galinha, seria mais ou menos como dar a seguinte resposta para o problema de “quem veio antes?”: o ovo veio antes – mas quem encomendou o ovo foi a galinha.

Ironias à parte, este é um exemplo daquilo que observa Fitzpatrick: às vezes, no Direito, *o presente vem antes de si próprio*. Ou, como diz Zizek, o Direito por vezes constrói narrativas nas quais um novo estado de coisas é dado como *já realizado* no momento de seu anúncio.

Vimos que, para Fitzpatrick, o Direito oscila permanentemente entre *determinabilidade e responsividade* – e que a modernidade tem repetidamente criado mitos que buscam ignorar essa dinâmica, “congelando” o Direito em uma prisão determinística unidimensional.

A resposta que Fitzpatrick irá sugerir para este dilema se dá no sentido de considerar que *a relação entre estas duas dimensões é de “aposição”*, no sentido de que elas são próximas e aplicadas/aplicáveis uma à outra, ao mesmo tempo em que são paralelas e opostas. Isso porque, segundo ele, ao mesmo tempo em que o Direito precisa trabalhar com determinabilidade para ter efetividade e sentido, por outro lado é preciso ter em mente que *o Direito sempre pode ser outro, diferente daquele que ele é em um dado espaço e tempo*. Por causa destas dificuldades, ele irá sustentar que a decisão judicial deve sempre ser tão aberta,

---

<sup>416</sup> “The wondrous thing about a declaration, Zizek recounts, is that its utterance brings about a new ‘state of things as already accomplished’ (Zizek 1992b: 97). Here time runs widdershins and the present precedes itself. This is a time of mystery and, aptly enough, the Declaration of Independence, as an origin for constitutional and legal authority, itself seeks some initial security in a deity. But even this transcendent recourse, by ‘appealing to the supreme judge of the world’, is cast in the law. This is, moreover, a sadly constrained modern deity which is allowed by the founders only to evidence ‘the rectitude of our intentions’. Duly fortified, they proceed to make the declaration ‘in the name, and by the authority of the good people of these colonies’, a standard yet momentous resort in modern revolutions. But how can the people authorize the Declaration or do anything else until they are constituted as a people, something which the Declaration is itself seeking to do? Here the declaration would seem to fall prey to the criticism so often directed at attempts to originate law and society in an artefact which is already legal, such as the social contract. To adopt Rousseau’s succinct version of that criticism, ‘men would have to have already become before the advent of law that which they become as a result of law’ (Rousseau 1968:87)”. FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 79.

responsável (no sentido de prestar contas às demandas da sociedade) e passível de revisão quanto possível<sup>417</sup>.

Fitzpatrick dirá que, para dar condições práticas de determinabilidade e concretude ao Direito, a modernidade lança mão de estratégias territoriais. A mais notável e estável destas estratégias territoriais é o modelo do moderno *Estado-Nação*. Todavia, os fenômenos do *imperialismo* e, posteriormente, do *globalismo* surgem também como “evoluções” da estratégia nacionalista. No entanto, de modo algo paradoxal, estas estratégias de localização acabam se convertendo em *representações territoriais do dilema entre determinabilidade e responsividade*.

[..] the dangerous dimension of nation’s universalism can be emancipatory and appropriative, a division reflected in debates over whether nationalism in ‘third world’ countries is a force for liberation and self-realization as a particular people or whether it is compromised within the generality of nation [...] It can be both”.<sup>418</sup>

A ideia de Fitzpatrick – de que o Direito precisa lidar com as complexidades desta permanente oscilação entre uma dimensão *determinada* e outra *responsiva* – encontra grandes semelhanças com as concepções de Teubner expostas em seu artigo “*How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law*”. Para Teubner, a sociedade contemporânea é caracterizada por uma fragmentação de diferentes aproximações epistemológicas. Isto leva o Direito a ser apanhando em meio ao que Teubner chama de uma “armadilha epistemológica”. E, por sua vez, isto se traduziria em uma simultânea dependência e independência do Direito em relação a outros discursos sociais<sup>419</sup>.

Este paradoxo, para Teubner, faria o Direito moderno oscilar permanentemente entre posições cognitivas de *autonomia* e *heteronomia*. Perceba-se que, apesar da terminologia distinta, é evidente aqui o paralelo entre Teubner e Fitzpatrick no que diz respeito à dimensões *determinada/autônoma* e *responsiva/heterônoma* do Direito.

Law cannot take over full epistemic authority to other social discourses. Rather, as a precondition for the incorporation of social knowledge, the legal system defines certain fundamental requirements relating to procedure and methods of cognition. [...] To a certain degree, a constructivist perspective

<sup>417</sup> “The relation between these consequent dimensions of law, I have argued, is one of apposition, where apposition would comprehend, as it does, things being proximate and applied to each other among with their parallel and opposed”. FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 104.

<sup>418</sup> Ibid., p. 127.

<sup>419</sup> TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 730, 1989.

would favor such attempts to 'proceduralize' the conflict between epistemic autonomy and heteronomy in modern law.<sup>420</sup>

As outras duas teses centrais de Teubner no referido artigo são de que, primeiro, sob a ótica de uma epistemologia construtivista, as percepções do Direito não podem ser identificadas com algum tipo de correspondência com uma realidade social que existe "lá fora"<sup>421</sup>. Pelo contrário: *o Direito operaria como um sujeito epistemologicamente autônomo que constrói a sua própria realidade social*. Teubner esclarece, no entanto, que essa autonomia não pode ser arbitrária, tampouco solipsista.

Law as a communicative network produces legal communications. That is not to say that the law arbitrarily 'invents' social reality. A constructivist perspective should not be confused with 'methodological solipsism' (Fodor, 1980); it rather looks for a 'middle path' between representationalism and solipsism (Varela, 1984: 217). Legal constructivism, then, presupposes the 'existence' of an environment for the law. The point is not a monadological isolation of the law, but the autonomous construction of legal models of reality under the impression of environmental perturbations. Legal order from social noise!<sup>422</sup>

Segundo: para Teubner, não seriam os indivíduos humanos, por meio de suas ações intencionais, que produziriam o Direito enquanto *artefato cultural*. Pelo contrário, *seria o Direito, enquanto processo comunicativo, que produziria atores humanos enquanto artefatos semânticos*, por meio de suas operações jurídicas<sup>423</sup>.

A “armadilha epistemológica” para a qual Teubner alerta é também percebida por Geoffrey Samuel. Para ele, o Direito conseguiu se manter como uma disciplina estável ao custo de um preço muito alto: uma adesão exacerbada ao paradigma da autoridade<sup>424</sup>. Por

<sup>420</sup> TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 751, 1989.

<sup>421</sup> “Foucault's main contribution to a social epistemology is to liberate the core concept of 'discourse' from any transcendental or psychic foundation. [...] Foucault's starting point is constructivist: reality is not something external to cognition, but is constituted, 'constructed' by cognition itself. [...] Discourse in Foucault's account is much richer than the abstract orders of signs in structuralism. It is social practice, not social structure; it is parole, not langue. The basic elements of the discourse are not signs, but énoncés, that is, social usage of language that constructs reality”. *Ibid.*, p. 735.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 740.

<sup>423</sup> “It would be wrong, however, to view the incorporation of social knowledge as 'irrational'. Given the inherent tension between scientific and juridical realities and the authority of modern sciences, it seems quite rational for the law to attempt to make the legal reality constructs at least compatible with recent developments in the sciences”. *Ibid.*, p. 740.

<sup>424</sup> “The text and court decision have an absolute authority and thus an important aspect of law as a discipline - and one that it shares with theology - is that it is a subject that imposes upon itself an auctoritas paradigm”. SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 437, Dec. 2009.

conta deste "sucesso", o Direito se vê, nestes tempos modernos de maior complexidade social, ameaçado pela perspectiva de uma verdadeira "falência" epistemológica e filosófica<sup>425</sup>.

Geoffrey Samuel dirá que o Direito permanece forte e durável enquanto disciplina, apesar de profundo dissenso interno, em virtude de uma série de razões. Entre as principais, ele destaca três. Primeiro: na tradição da *civil law*, o Direito, em sua origem, conta com um objeto de estudo muito bem definido - qual seja, o *Corpus Juris Civilis*. Segundo: o Direito possui firmes raízes *institucionais*<sup>426</sup>. Terceiro: apesar dos fortes dissensos internos, o Direito projeta para a sociedade uma *aparência de coerência e racionalidade*.<sup>427</sup>

No entanto, em uma sociedade cada vez mais complexa e comprometida cada vez mais com a democracia enquanto princípio, este paradigma de autoridade se torna cada vez menos suficiente para continuar assegurando a manutenção integral das estruturas do Direito. As deficiências filosófico-epistemológicas do Direito não podem mais ser contornadas. Geoffrey Samuel dirá que:

[...] a discipline gains much of its epistemological strength through the consensus of those that work within it and once this consensus starts to dissipate then the discipline itself is threatened. Such dissipation is a possibility when the frontiers of a discipline are ill-defined and fluid, resulting from a mass of sub-divisions within the discipline and their merging into other knowledge areas [...]. If a discipline is to survive, what it needs, he says, is a strong 'discipline' exercised by those within it - ideally the practitioners - on the assertions made by those claiming its status.<sup>428</sup>

Para o autor, este impasse epistemológico demanda uma reflexão mais contínua e aprofundada. Ele dirá que existe uma clara distinção entre o Direito e disciplinas como a sociologia ou a economia, e o cerne desta distinção reside na questão dos *meios de validação* do conhecimento. De qualquer forma, permanece a necessidade de o Direito ser capaz de dar a sua própria contribuição para a construção de uma epistemologia social.

Para Geoffrey Samuel, a solução ideal para o Direito seria migrar do *paradigma da autoridade* para um *paradigma de coerência*. O desafio aqui seria precisamente o de trabalhar

---

<sup>425</sup> "Why has law proved such a stable discipline? And has this stability been achieved at a price that is now threatening the discipline with philosophical and epistemological bankruptcy?". SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 432, Dec. 2009.

<sup>426</sup> "A second reason for the strength is law's firm institutional roots. [...] No doubt this institutionalization is true of other disciplines as well and one might note here something of a parallel development with respect to theology. [...] even today, with respect to some religions, a distinction between 'legal' and 'theological' scholarship is difficult if not impossible to make. For both law and theology are founded, as disciplines, on the authority of given texts". *Ibid.*, p. 441.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 440.

com *um conceito de coerência mais "sutil"*, capaz de dialogar com os fatos sociais sem resvalar em pretensões de exatidão ou precisão matemática.

O paradoxo para o qual aponta o autor reside no fato de que o paradigma da autoridade, que vem atrelado a um *paradigma da simplicidade*, funciona de maneira extremamente eficaz para garantir o funcionamento cotidiano do Direito. Esta simplicidade assegura ao direito estabilidade, previsibilidade e um certo grau de certezas. *Mas este mesmo paradigma de simplicidade é, simultaneamente, uma grave ameaça para a própria integridade do Direito enquanto disciplina* – ele torna o Direito suscetível à desintegração, enquanto campo do conhecimento, para se tornar eventualmente uma mera técnica ou discurso de poder<sup>429</sup>. Para piorar, Geoffrey Samuel observa que qualquer iniciativa de reflexão mais aprofundada a respeito destes fundamentos epistemológicos do Direito corre não apenas o risco de ser considerada uma pretensão “elitista” e “intelectualista” como, ainda, tende a ser recebida com a mais profunda indiferença por parte dos chamados *operadores do Direito* – na medida em que o que interessa, para estes, é trabalhar em prol dos interesses de seus clientes (advogados) ou agir dentro da aplicação padronizada dos cânones habituais da dogmática jurídica (juízes, promotores)<sup>430 431</sup>.

---

<sup>429</sup> “One can of course understand why law remains trapped within this simplicity paradigm. Justice seemingly requires stability, certainty, and predictability in law, and complex systems and chaos theory hardly seem good paradigm candidates. Indeed they threaten the very stability of law as a discipline and thus the simplicity paradigm accords more closely with the authority paradigm.[...] Legal scholars and their students are imprisoned in a paradigm framework (authority and simplicity) within which the very possibility of radical epistemological thinking is by definition prohibited”. SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 456, Dec. 2009.

<sup>430</sup> “[...] those inside the law who do try to push forward the parameters are always in danger either of being accused of elitism (or worse) by their colleagues or of threatening the stability of law as a discipline. Practitioners will not, of course, be concerned by this authority-dominated state of affairs - indeed, they may well welcome it - although they will probably never subscribe to the new kind of conceptual formalism being asserted by 'interpretative legal theory' since what matters to practitioners is their clients' interests and not the coherence of legal taxonomy”. *Ibid.*, p. 457.

<sup>431</sup> Esta, talvez, seja uma das razões pelas quais se mostra particularmente difícil superar a herança da epistemologia jurídica do positivismo normativista kelseniano, que afastava o Direito da Ciência do Direito, transformando esta em um mera metalinguagem sobre o seu objeto de análise, cujo funcionamento cotidiano no mundo prático não era do interesse do cientista do Direito. Sobre isso, Geoffrey Samuel dirá que: “For what the public law theorists were to provide was a theory of law itself. And they were able to do this through the abandoning of the historico-hermeneutical approach and the merging of the structural (conceptual) element with a causal scheme founded on the idea of law as a pyramid of norms. Starting at the bottom of the pyramid each norm was legal if it were validated by its causal relation with a higher norm. This merging of the causal with the structural was to lay the foundation for Hans Kelsen's epistemology of law. The dramatic influence of Kelsen's theory on legal thinking in Europe today surely bears witness to the extraordinary powerful impact of nineteenth-century German public law theorizing on Western legal thinking in general. And while this theory can certainly be seen as a product of Pandectist culture, it remains the case that it can be imposed on any system of law that is organized within a hierarchical corporate state”. *Ibid.*, p. 448.

Em outras palavras, o risco iminente de uma *falência epistemológica* do Direito é algo que, paradoxalmente, parece não ser de interesse direto dos operadores do Direito. Warat, aqui, talvez observasse que isso acontece porque nenhuma destas questões se faz presente no horizonte das preocupações que integram o *sensu comum teórico* dos juristas.

### 5.2.3 O Pêndulo de Fitzpatrick e a Hermenêutica Jurídica

Retornando para a questão proposta por Fitzpatrick – de que o Direito oscila permanentemente entre *determinabilidade* e *responsividade* – é preciso destacar que, por óbvio (e o próprio Fitzpatrick faz esta observação), este ponto de partida não tem o condão de resolver, por si só, os seguintes problemas: *como definir ou identificar os limites do Direito entre determinabilidade e responsividade? Como a decisão judicial é construída e sustentada?*

Isto nos leva a seguinte questão: *é possível conciliar este diagnóstico com a teoria do Direito como integridade de Dworkin e com a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck?* Trata-se de uma questão importante para o presente trabalho, já que o argumento central que busco construir no presente trabalho adota a hermenêutica jurídica de matriz dworkiniana como opção ideal enquanto metodologia interpretativa.

A primeira coisa que importa esclarecer aqui é que as ressalvas de Fitzpatrick a Dworkin vem de uma direção completamente distinta daquela que é costumeira e usual entre os críticos de Dworkin, sobretudo nos Estados Unidos. Dworkin é frequentemente acusado por seus adversários intelectuais de ser um *liberal* (não no sentido econômico, mas político), de promover uma teoria excessivamente *idealista* e incompatível com a prática jurídica e, em certos casos, até mesmo de ser uma espécie de *jusnaturalista* (posição endossada, por exemplo, por Ferrajoli).

Fitzpatrick não endossa nenhuma destas críticas. Ele critica Dworkin por um flanco localizado no extremo oposto da crítica habitual. Para Fitzpatrick, a insistência de Dworkin em *respostas corretas* no Direito e sua fixação na dimensão jurídica da determinabilidade fazem de Dworkin nada além de um *neopositivista*.

The rigour of positivist jurisprudence exemplified earlier by Hart can also be found in its current champion, Dworkin, with his according legal rules a

distinctive constancy and then, in the same work, utterly denying constancy to them.<sup>432</sup>

Como se vê, para Fitzpatrick, Dworkin termina por negar o caráter de constância do Direito, o que faria dele uma espécie de “novo campeão” do positivismo jurídico, apenas dando seguimento a uma tradição cujos campeões anteriores foram Hart e Kelsen.

Aqui, é necessário fazer uma distinção importante: *Fitzpatrick não é contrário a adoção de estratégias que busquem conciliar as dimensões de determinabilidade e responsividade do Direito*. Pelo contrário: a própria sobrevivência do Direito enquanto prática social depende disso. *O que Fitzpatrick critica é a adoção de todo e qualquer mito, mecanismo ou teoria que, de forma intencional ou acidental, termine por negar esta ambivalência, esta “dimensão dupla” do Direito*.

O primeiro ponto que destaco, aqui, é que não parece haver incompatibilidade entre a teoria de Fitzpatrick e a hermenêutica jurídica nos moldes trabalhados por Streck. Ao substituir a ideia de “respostas corretas em Direito” pela noção de “respostas constitucionalmente adequadas”, a Crítica Hermenêutica do Direito coloca a Constituição como o *locus* privilegiado de uma construção teórica que se mostra capaz de conciliar as dimensões jurídicas da determinabilidade e da responsividade. *O próprio Fitzpatrick identifica as constituições como sendo uma das várias espécies possíveis de estratégias aptas a dar substância para este terreno que existe “no meio” das duas diferentes dimensões do Direito*.

A única ressalva que Fitzpatrick faz neste sentido é que a Constituição obviamente demanda interpretações, e tais interpretações podem eventualmente dar margem a uma discricionariedade judicial ainda mais ampla e profunda do que poderia eventualmente ocorrer em uma estratégia mais centrada em legislações infraconstitucionais<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 102.

<sup>433</sup> Em uma troca de e-mails com Fitzpatrick, em 08/09/2015, ele encaminhou para mim as seguintes observações sobre esta questão (ver anexos, ao final do presente trabalho): “Of course, stratagems have been devised in order to lend something like substance to this realm in-between the responsive and the determinate. Legal positivism could be seen itself as such a stratagem, and paradoxically it could be seen as impelled by law’s very responsiveness and the need to secure some kind of resolution of a determinate kind whenever a decision is made in and as law. Constitutions are also another obvious attempt to, as it were, tie down law by way of some ultimate resort which at least could restrict the range of reference available when bringing the responsive into determination. But notoriously, of course, constitutions themselves are subject to ‘interpretation’ and going on the experience of some interpretations of some constitutions they are hardly any less likely to be flexible and subject to judicial discretion of a wide ranging kind than ‘ordinary’ legal decisions. Indeed, given the generality for which constitutions typically provide, it could be said that the range of discretion of a judicial kind, and indeed of other kinds, in making legal decisions would be usually much wider than with more detailed or ordinary legal provisions [...]”.

Não entrarei no mérito, aqui, de analisar se é possível transpor o fosso teórico entre as posições de Fitzpatrick e Dworkin. Trata-se de análise que foge das pretensões e escopo do presente trabalho, e que demandaria um estudo mais direcionado e aprofundado a respeito dos pontos de contato e afastamento das duas teorias<sup>434</sup>. Para fins do argumento que desenvolvo no presente trabalho, é suficiente observar que *a crítica desconstrutiva dos fundamentos mitológicos do Direito moderno, levada a cabo por Fitzpatrick, não é incompatível com uma das matrizes teóricas centrais deste trabalho, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) no modelo sedimentada no Brasil por Streck*.<sup>435</sup>

Ao trabalhar a teoria dworkiniana da integridade com ênfase na revolução filosófico-linguística protagonizada sobretudo por Heidegger e Gadamer no século XX, a CHD representa de certa forma uma teoria que dá um passo adiante em relação ao antipositivismo de Dworkin. Na teoria de Dworkin, há que se reconhecer que existe, de certa forma, um flanco mais aberto para eventuais críticas e rótulos do tipo “apego excessivo ao determinismo no Direito” e “positivismo normativista de terceira geração, disfaçado de antipositivismo” –

---

<sup>434</sup> Uma aproximação possível, ainda que parcial, entre as teorias de Dworkin e Fitzpatrick, poderia talvez ser articulada da seguinte forma: Fitzpatrick rejeita a ideia de uma *resposta correta* na *decisão judicial*, mas não no *Direito*. Isso porque a *decisão judicial* lida com o *Direito em movimento* e com a transformação/evolução das normas – ou seja, tem um papel *responsivo*. Como haveria aqui, segundo ele, um caráter inafastável de imprevisibilidade, não se poderia antever uma resposta “correta” previamente identificável. Mas isso não vale, necessariamente, para o *Direito* enquanto estudo de questões jurídicas trabalhadas no plano da *hipótese*. Estes casos jurídicos abstratos, por estarem à margem de questões de alteridade, imprevisibilidade e de demandas inovatórias, poderiam configurar um espaço “pré-judicial”, no qual seria possível falar em *respostas corretas no Direito* - de uma forma que já não é mais possível, pelo menos não com a mesma determinabilidade, quando se trata de uma demanda judicial real (que já lida com o *Direito em movimento*, em fluência, e que por isso já abarca a dimensão da responsividade e os papéis sociais e políticos da decisão judicial). Dito de outro modo: talvez se possa falar em respostas corretas no *Direito* sem prejuízo da tese de Fitzpatrick, desde que se reconheça que esta possibilidade de respostas corretas *não* seria integralmente possível na *decisão judicial de um caso concreto*, pelo menos não com a mesma precisão e rigor com que se poderia identificar uma resposta correta em um *problema jurídico em abstrato, hipotético*.

<sup>435</sup> Fitzpatrick, de certa forma, é cético em relação às possibilidades de a decisão judicial ser absolutamente livre de um certo grau de influência do próprio julgador. Ele dirá que a decisão judicial, ao fim das contas, não é passível de determinação prévia, tendo inevitavelmente um caráter de parcialidade e arbitrariedade. Isso não significa, no entanto, que o autor não veja a discricionariedade judicial como um problema a ser enfrentado. A concepção dele é radicalmente antipositivista, mas não adere ao ceticismo filosófico e tampouco é indiferente à discricionariedade judicial. Debatendo a questão diretamente com Fitzpatrick, pude perceber um claro ponto de convergência entre as concepções dele e a estratégia antidiscionária da Crítica Hermenêutica do Direito, qual seja: a aposta no rigor da fundamentação das decisões como mecanismo de limitação do poder discionário do juiz. Para Fitzpatrick, uma das formas de combater o problema da discricionariedade judicial seria colocar os juízes diante da obrigação de ser mais explícitos sobre a fundamentação e o processo de formação das decisões jurídicas. Segundo ele, isso teria um duplo efeito positivo: primeiro, no plano simbólico, demonstraria que os juízes agem de forma imparcial e livres de pressões sociais e políticas. Segundo: fundamentações mais densas e detalhadas teriam o efeito de construir bases sólidas que permitissem colocar à prova as fundamentações jurídicas utilizadas, permitindo uma avaliação mais precisa sobre a sua adequação, imparcialidade e equidade. Ou seja: embora não concorde com a noção dworkiniana de “respostas corretas em Direito”, Fitzpatrick identifica o rigor na fundamentação judicial como um mecanismo adequado de combate à discricionariedade judicial e que não apenas qualifica a prestação jurisdicional no plano simbólico como, ainda, contribui para a coerência e integridade do ordenamento jurídico – o que vem absolutamente de encontro com a abordagem antidiscionária própria da Crítica Hermenêutica do Direito e sua referência localizada na “resposta constitucionalmente adequada”.

críticas estas que encontrariam pouco amparo (e fariam pouco sentido) num confronto com os fundamentos linguístico-hermenêuticos da CHD.

*Da abordagem de Fitzpatrick, sustento que existem dois pontos de maior importância e que devem ser levados em consideração por qualquer esforço de (re)construção de uma epistemologia jurídica adequada ao Direito contemporâneo: primeiro, a rejeição a construções de natureza mítica e/ou artificiosa como fundamentos “ocultos” do Direito. Exemplos básicos disso, apenas para apontar alguns, seriam o “mito do dado”, a “vontade do legislador”, a “consciência do julgador”, o “clamor popular”, etc.*

Segundo, a necessidade de, desde um ponto de partida ontológico, compreender o Direito como um fenômeno não *estático*, mas sim *dinâmico*. Ou seja, não como um mapa no qual é possível trabalhar com localizações e posições pré-definidas, mas sim como um instrumento em movimento (Fitzpatrick irá sugerir a figura do *pêndulo*).

#### 5.2.4 Ontologia e Epistemologia dos Objetos Institucionais Abstratos

Estas conclusões a respeito da ontologia do fenômeno jurídico nos levarão à teoria que Anne Ruth Mackor constrói com base no trabalho de John Searle, sobretudo em relação as ideias desenvolvidas pelo autor em suas obras “*Making the Social World*” e “*The Construction of Social Reality*”.

Em seu artigo “*Law as an Abstract Object, Law as an Empirical Object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation*”, Mackor sustenta que *uma abordagem epistemológica para o Direito depende de uma abordagem ontológica prévia*.

[...] in the last two decades or so social ontology has regained popularity and rightly so, or so I would argue. Only if we have a clear picture of the fundamental categories that legal objects belong to and of the way in which these objects can be said to exist, can we begin to discuss the epistemological questions on what knowledge law’s model or conceptual apparatus of the world is based and whether and how we can have empirical scientific knowledge of legal phenomena. Only then can legislators acquire a clear view of the role that empirical (social) sciences can play in the creation and assessment of laws.<sup>436</sup>

A abordagem ontológica sugerida por Mackor pode ser resumida na busca por respostas a duas questões. A primeira delas: *qual seria a natureza ontológica dos objetos, propriedades e*

---

<sup>436</sup> MACKOR, Anne Ruth. Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 444, 2013.

*relações criadas e estabelecidas pelos legisladores? Depois, em um segundo momento: os objetos jurídicos abstratos seriam “reais” – e, em caso afirmativo, em qual sentido?*

Após estas questões iniciais, viriam as indagações de natureza propriamente epistemológica, que Mackor sintetiza também na forma de duas questões cruciais. Primeiro: *até que ponto o modelo jurídico do mundo é baseado em conhecimento empírico, no senso comum ou em algo diverso? Segundo: existe uma discrepância fundamental entre o que nós acreditamos saber da parte das ciências empíricas e o modo como raciocinamos desde dentro do ponto de vista de vista jurídico?*

Mackor sustentará que a doutrina legal e a ciência jurídica atuam na criação de *objetos jurídicos abstratos*, de forma semelhante ao legislador. Esta abordagem é interessante porque distingue a *criação legislativa* da *criação do Direito*, que passa a ser entendido como um constructo mais amplo e abrangente.

Em outras palavras: apenas o legislador, de fato, está apto a “legislar” de forma propriamente dita. Não há nenhuma novidade em relação a isto. Mas a *criação do Direito*, dentro da abordagem de Mackor, existe *para além da tarefa legislativa*. Isso ocorre porque, para ela, o legislador faz mais do que legislar: ele cria fatos institucionais e objetos institucionais abstratos, de natureza jurídica. No entanto, nesta tarefa, *ele não possui exclusividade. Desta construção normativa, participam também os juristas*<sup>437</sup>.

De que forma isso ocorre? Por óbvio, os juristas e cientistas do Direito não “legislam”. O que ocorre é que, segundo Mackor, os *objetos institucionais abstratos* criados pelos legisladores geram *efeitos* que vão além das intenções destes criadores. Mais do que isso: *estes objetos institucionais abstratos podem vir a gerar até mesmo outros objetos institucionais abstratos que não foram propriamente criados (pois não decorrem da vontade direta de um ato legislativo), mas que não obstante são gerados para dentro do sistema jurídico.*

Como o papel do jurista, do cientista e do pesquisador é justamente contribuir para a otimização do funcionamento sistêmico do ordenamento jurídico, frequentemente estes *objetos institucionais abstratos gerados* serão detectados precisamente por aqueles, e não por agentes políticos imbuídos da prerrogativa legislativa.

---

<sup>437</sup> “Thus, whereas the law creates objects, properties and relations and therewith a legal ontology, the task of legal doctrine is not only to discover this legal ontology, but also to help to systematize and improve it. Therewith the legal doctrinal knowledge about law is partly empirical but mainly just as (onto)logical in nature as the law itself”. MACKOR, Anne Ruth. Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 467, 2013.

The answer is that even though (abstract) legal objects are intentionally created by officials, and thus are ontologically subjective in Searle's sense of that term, part of the higher-order facts about these objects are created neither by officials nor by scholars. Obviously, officials strive for consistency and clarity and so (large) part of the consistency and clarity of the system is intentionally created by them. However, in a complex legal system, it is hard to keep an overview of the system and of all possible applications of all standing declarations. As a consequence, some of the logical properties of the legal system are not intentionally created. Those higher-order facts that are unintended, I call generated rather than created.<sup>438</sup>

A teoria de Mackor é claramente pós-positivista neste particular, na medida em que fica evidente que ela opera com a distinção entre *texto* e *norma*. Mas esta concepção vai além, na medida em que trabalha com três dimensões distintas, quais sejam: o *texto*, por meio do qual o legislador formaliza a criação de um objeto institucional abstrato; o *objeto institucional abstrato* em si, que vem a ser a norma criada e estabelecida pelo texto mas que naturalmente vai além dele; e por último os *objetos institucionais abstratos não-criados* (ou “gerados”), que se manifestam através da relação (onto)lógica de uma multiplicidade de objetos institucionais abstratos dentro de um complexo sistema normativo coerente.

Significa dizer: o legislador tem, evidentemente, o monopólio da *função legislativa*. Todavia, *o poder de legislar não encerra em si o poder de normatizar*. Dentro da concepção apresentada por Mackor, isso ocorre porque, ao criar um *objeto institucional abstrato* e lançá-lo para dentro do ordenamento jurídico, *o legislador não tem controle pleno sobre os efeitos normativos que este ato terá na relação sistêmica deste objeto recém-criado com todo o resto do ordenamento*. Isso porque, como já vimos, o *objeto institucional abstrato* criado pelo legislador pode gerar efeitos imprevisíveis, de caráter normativo, *podendo até mesmo gerar novos objetos institucionais abstratos que não foram criados pelo legislador*.

O resultado disso é que, de forma indireta, os juristas, cientistas jurídicos e pesquisadores também participam, ainda que indiretamente, do fenômeno normativo. Isso acontece porque, embora eles não *legislem*, faz parte do trabalho deles apontar incoerências, contradições, lacunas e relações de causa e efeito dentro do sistema jurídico, com o objetivo de depurar este sistema e de otimizar o seu funcionamento. E, ao trabalhar neste sentido, o cientista jurídico por vezes localiza *objetos institucionais abstratos* que não foram concebidos pelo legislador e que, eventualmente – antes dessa identificação –, podem passar despercebidos pelos próprios operadores do sistema jurídico.

---

<sup>438</sup> MACKOR, Anne Ruth. Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 462, 2013.

Esta concepção não apenas aproxima o Direito da Ciência do Direito como, também, concebe o Direito como uma prática inafastavelmente interdisciplinar, na medida em que os *objetos institucionais abstratos* vinculam não apenas o mundo do Direito e da política como, também, os campos de análise e observação de outras ciências sociais, como a própria Mackor exemplifica.

Unlike a legal official, when a scientist creates the term depression, he does not thereby claim that he also creates the phenomenon or state of affairs depression, he does not declare that depressions exist, he merely asserts it. Note, however, that as soon as depressions and recessions are discovered by economists they might become phenomena that can be created through status function declarations. For example, as soon as the declaration that ‘The Netherlands are now officially in a state of recession’ is collectively recognized by legal officials and the declaration results in specific powers for instance for the Minister of Finance or the President of the National Bank to take emergency measures, recessions have also become institutional states of affairs. Then we have two different types of phenomena, economical and legal, with different criteria of application and most likely with different empirical effects. Therewith these legal types of recession become phenomena suitable to be studied not only from an empirical perspective but also in a (quasi-)logical fashion by legal scholars. As soon as recessions become institutional phenomena we can say that the Netherlands are legally in a state of recession even when the Netherlands are not ‘really’ in a state of recession according to empirical criteria.<sup>439</sup>

A abordagem ontológica adotada por Mackor mostra-se particularmente interessante como uma forma de colocar em nova perspectiva os óbices que os juspositivistas apontam em relação às fontes do Direito. Podemos resumir estes óbices na ideia de que as decisões judiciais não poderiam ser tidas como fontes jurídicas porque isso representaria uma invasão da competência do Poder Legislativo.

De fato, se o Direito for compreendido como normatividade que “nasce pronta” no momento do ato legislativo, então não se poderia reconhecer nenhum valor normativo a qualquer coisa que esteja fora do âmbito estrito das normas criadas pela autoridade legislativa competente. Aliás, este é exatamente um dos argumentos que o *Constitucionalismo Garantista* de Ferrajoli (abordado no capítulo 2.2.4 deste trabalho) opõe à Crítica Hermenêutica do Direito. Como já referimos anteriormente, para Ferrajoli, a ideia de que sentenças sejam fontes seria uma afronta ao Princípio da Legalidade e ao Princípio da Separação de Poderes. Precisamente para manter a coerência de sua teoria em relação a este ponto, Ferrajoli prefere tolerar a *discricionariedade judicial* (ainda que ele insista que ela

---

<sup>439</sup> MACKOR, Anne Ruth. Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, v. 1, n. 3, p. 466, 2013.

deve ser tão mínima quanto possível) do que reconhecer qualquer qualidade de fonte jurídica à sentença.

Todavia, se o Direito for compreendido como um sistema de *objetos jurídicos abstratos*, cuja construção é *progressiva* e não *instantânea*, então os juízes e juristas participam desta atividade criativa do Direito sem agredir os princípios da separação dos poderes e da atribuição exclusiva do Legislativo na criação das leis.<sup>440</sup>

### 5.2.5 Caos na Ordem, Ordem no Caos

Uma noção ambivalente sobre a natureza do Direito também é identificada por Robert E. Scott em seu artigo “*Chaos Theory and the Justice Paradox*”. De forma semelhante às teorias de Fitzpatrick (*determinabilidade x responsividade*) e de Teubner (*autonomia x heteronomia*), Scott dirá que o Direito enfrenta há muito tempo (e, naturalmente, este paradoxo se agrava diante das complexidades da sociedade moderna) um problema que o autor denomina de *Paradoxo da Justiça*. Este paradoxo resulta da tensão permanente entre duas temporalidades distintas do Direito: o presente e o futuro.

Scott dirá que o Direito, para ser pleno, precisa cumprir uma dupla missão: primeiro, *realizar justiça entre as partes em uma disputa particular, situada no momento presente*. Segundo, *regular a conduta de outras partes que venham a enfrentar problemas semelhantes no futuro, para que eles possam aprender e se guiar pela experiência dada pelo Direito nos casos pretéritos*. Ele denomina estas duas missões do Direito, respectivamente, de *Justiça Presente* e *Justiça Futura*. O paradoxo, no entanto, reside precisamente no fato de que *estas duas aspirações são inconciliáveis sem o sacrifício de uma ou outra*.<sup>441</sup>

<sup>440</sup> Por óbvio, tal concepção se mostra absolutamente compatível com as noções dworkinianas de coerência e integridade do Direito, bem como com a ideia de Dworkin sobre o Direito como sendo um “romance em cadeia”. A tese ontológica de Mackor nos permite até mesmo uma provocação ao tradicional argumento positivista da “competência exclusiva do Poder Legislativo”. Poderíamos enunciar esta provocação da seguinte forma: dado o fato de que a *normatização* é um fenômeno mais complexo do que o mero ato de legislar, e que se prolonga no tempo, torna-se perfeitamente possível arguir que o *Poder Legislativo* tem esse nome precisamente porque ele *legisla* com exclusividade, e *não* porque ele *normatiza* com exclusividade. Se assim não fosse, o *Poder Legislativo* poderia ser chamado, sem qualquer prejuízo semântico-significativo, de *Poder Normatizante*. O fato de que tal mudança de nomenclatura viria na contramão da teoria do Direito em sua forma contemporânea apenas evidencia que *a prerrogativa legislativa não equivale a uma exclusividade no papel de normatizar a vida social dentro de um determinado ordenamento jurídico*.

<sup>441</sup> Scott dirá que a literatura conta com bons exemplos que ilustram este dilema: “Victor Hugo, for instance, saw it clearly in *Les Misérables*: The sympathetic Jean Valjean illustrates that justice requires a context-specific recognition of the needs of the disadvantaged, and of how their circumstances might influence their ability or duty to obey the rules. However, Inspector Javert’s obsession derives from the belief that justice also requires rules to control human behavior and to minimize the acts of theft, carelessness, or willful disregard of others that undermine social welfare. [...] Elie Wiesel provides a different manifestation of the paradox in his short but powerful 1961 novel, *Dawn*, in which a Jewish freedom fighter in pre-partition Palestine

The paradox arises from two propositions. First, both criteria must be satisfied in order to achieve a just outcome. Second, these two criteria of justice are usually intractably opposed. Simply put, you can't have it both ways. Thus, we aspire to a just society that satisfies the essential conditions of both Present and Future Justice, and yet we live in a world that often forces us to choose between one or the other.<sup>442</sup>

Segundo Scott, a filosofia do Direito tem tradicionalmente lidado com este problema por meio de duas abordagens distintas<sup>443</sup>. A estratégia “número um” seria privilegiar um dos pólos da continuidade temporal do Direito, em completo detrimento do outro, fazendo isso por meio de uma teoria melhor adaptada para explicar aquele polo previamente selecionado<sup>444</sup>. A abordagem “número dois” seria mais cética: simplesmente reconhecer que o conflito é insuperável e declarar que a pretensão de que o Direito possa atuar como uma construção social neutra seria uma completa impossibilidade. Para Scott, os partidários desta segunda estratégia tendem a deixar conceitos de filosofia jurídica (como as relações entre Direito e moral) de lado e apostar em uma concepção política do Direito<sup>445</sup>. É neste ponto que Scott oferece, de forma original, uma solução potencialmente eficaz para este velho dilema.

My purpose in this Essay is to advance the claim that there is a third option – one that is suggested by the development in science known as Chaos Theory. Chaos Theory concerns the phenomenon of “orderly disorder created by simple processes”. It is the notion that the laws of the physical world cannot predict what is going to happen in the future. This is not because the laws are invalid, but because even when we understand interactions very well, and

---

confronts the dilemma of whether to execute an innocent British officer as a means of sending a signal to the occupying forces. Literature that deals with the Justice Paradox, of course, is not limited to these two examples”. SCOTT, Robert E. Chaos theory and the justice paradox. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 330, 1993.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>443</sup> Para o autor, muito da história do Direito anglo-americano e da filosofia jurídica contemporânea pode ser entendido como uma luta para conciliar esta tensão fundamental. Enquanto que o Direito romano-germânico apostou em um sistema de regras abstratas visando tanto julgar casos específicos quanto guiar o comportamento futuro, o chamado *Common Law*, em um primeiro momento, escapava deste paradoxo. Cada caso era julgado pelos critérios da *Justiça Presente* e, ao mesmo tempo, eles se tornavam aplicáveis aos casos futuros, satisfazendo portanto as condições da *Justiça Futura*. O paradoxo vai surgir, no entanto, na medida em que o sistema se torna mais complexo e uma multiplicidade de padrões passa a emergir. Como estes padrões passados passaram a vincular cada vez mais os juízes, limitando as possibilidades de julgamento por parte destes, as decisões já não podiam mais ser tomadas tão somente com atenção à *Justiça Presente*. A partir deste momento, o paradoxo estava instituído. Para Scott, o sistema da *Common Law* tentará resolver este paradoxo (*Justiça Presente* x *Justiça Futura*) por meio da divisão das funções jurisdicionais em duas competências distintas: as *courts of law* e a *equity* – as primeiras para a *Justiça Futura* e a segunda para a *Justiça Presente*). É como se o sistema jurídico tivesse se dividido em dois para conseguir lidar, no plano prático, com esta tensão entre as diferentes temporalidades do Direito.

<sup>444</sup> Um bom exemplo dessa abordagem seria a escola da chamada *Análise Econômica do Direito* (*Law & Economics*). Segundo Scott, a AED se concentra na perspectiva da *Justiça Futura*. Sobre as questões em que a análise econômica não tem como contribuir significativamente para o estudo das estruturas jurídicas – casos, por exemplo, de equidade distributiva -, a *Law & Economics* tende a simplesmente ficar silente ou mudar de assunto. *Ibid.*, p. 344.

<sup>445</sup> O exemplo ilustrativo, aqui, seriam algumas correntes da chamada *Critical Legal Studies*.

even when the applicable laws are quite accurate and clear, results in specific cases still can be impossible to predict – even though recurring patterns are discernable and remarkably durable. In sum, there is chaos in order, and there is order in chaos.<sup>446</sup>

Pensar ontologia e epistemologia do Direito sob a ótica de uma complexa teoria matemática como a Teoria do Caos, como faz Scott no referido artigo, é algo que poderia deixar alguns juristas e operadores do Direito “de cabelos em pé”. O estranhamento é compreensível. É sempre oportuno o alerta feito Mario G. Losano, no sentido de que o Direito e as ciências sociais em geral devem ter cuidado com apropriações indevidas e irresponsáveis de termos, conceitos e teses oriundas das ciências exatas ou naturais<sup>447</sup>. No entanto, como o próprio Losano destaca, estas transferências (das ciências exatas e naturais para as ciências sociais) de métodos, teorias e conceitos não são de forma alguma proibidas ou inválidas, desde que sejam realizadas com os devidos cuidados transdisciplinares.

Este parece ser o caso da abordagem de Scott neste particular, na medida em que *ele se apropria deste modelo matemático com extrema cautela, quase na forma de uma metáfora, uma analogia, um instrumento heurístico*. Scott não se aventura, de forma alguma, em nenhum tipo de empreendimento teórico irresponsável ou de viabilidade duvidosa (como seria o caso, por exemplo, de se buscar uma “explicação matemática” para o Direito). O objetivo, aqui, é apenas recorrer a um modelo matemático para ilustrar de forma mais adequada como o Direito, enquanto fenômeno complexo, opera na realidade social.

Outra objeção imediata que se poderia fazer ao uso do modelo caótico no presente trabalho diz respeito ao sentimento de vazio, quase de niilismo, que o termo “caos” desperta em seu uso na linguagem coloquial. Ao se falar em “caos” no contexto de uma teoria jurídica, uma possível primeira impressão seria de que a pessoa que enuncia tal ideia está “jogando a

<sup>446</sup> SCOTT, Robert E. Chaos theory and the justice paradox. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 331, 1993.

<sup>447</sup> “[...] Sokal e Bricmont dirigem uma crítica ao relativismo cognitivo, que recriminam ‘pela apropriação indébita de ideias provenientes da filosofia da ciência’. A crítica de Sokal e Bricmont, mesmo impetuosa, flui entre duas margens sólidas: eles ‘não [são] contra a exportação de conceitos’ de uma disciplina a outra, mas ‘apenas contra as extrapolações não argumentadas’; além disso, por serem cientistas, limitam-se a destacar a inexatidão de determinados conceitos científicos usados em textos sócio-humanistas, mas não pretendem ‘com isso invalidar o resto do trabalho daqueles autores, sobre os quais [suspendem] o julgamento’. Em outros termos, um ensaio filosófico baseado no uso equivocado de uma noção científica não seria um mau ensaio filosófico apenas por isso: de fato, a qualidade das noções filosóficas deve ser avaliada pelos filósofos, assim como a qualidade das noções científicas deve ser avaliada pelo cientistas. Na base das críticas está o abuso de termos científicos, que pode consistir no uso de uma terminologia científica sem se ter clara noção de seu significado na ciência original; na transferência de noções das ciências naturais às sócio-humanistas sem explicar o motivo [...]; no uso de termos técnicos quando estes são supérfluos em relação ao contexto [...]; por fim, na ‘manipulação de locuções e palavras, de fato, desprovidas de sentido’ ”. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: Do século XX à pós-modernidade, p. 287.

toalha” em relação a qualquer possibilidade de determinação, previsibilidade, integridade e coerência sistêmica de um ordenamento jurídico ou do Direito em geral, fazendo uma espécie de apologia de algum tipo de “vale-tudo” cético e relativista.

No entanto, nada poderia estar mais longe da realidade. Scott não se vale do modelo da Teoria do Caos para fazer apologia de algum tipo de “absoluta imprevisibilidade” do Direito, mas justamente com o objetivo contrário. Na matemática, *a Teoria do Caos é utilizada como um modelo explicativo que justamente reforça as possibilidades de determinabilidade em um sistema pautado pela complexidade.*

Em outras palavras, o esforço de Scott de explicar o fenômeno jurídico pela Teoria do Caos não é uma apologia à indeterminabilidade e à imprevisibilidade, mas sim um recurso teórico que ajuda a demonstrar que *mesmo sistemas hipercomplexos e aparentemente “imprevisíveis” trabalham com a noção de determinabilidade e possibilitam a observação de padrões de previsibilidade* – ainda que, por vezes, com muita dificuldade. São, em última instância, sistemas *estáveis e determinados* em sua aparente instabilidade e indeterminação.

The first lesson of the whole is the concept of dynamics: all systems are chaotic, in the sense that they are subject to irregularities that make predictions of outcomes in particular cases impossible. [...] I suggest that we should look to Chaos Theory as metaphor for the way to think about contradictions and the tensions inherent in the legal system. At the initial level, Chaos Theory tells us to accept the contradictions, the disorder, in our legal system. All systems, including the legal systems, are unpredictable and erratic. [...] By explicitly applying this to law, it becomes clear that even slight differences in the facts of cases result in wildly disparate judicial outcomes. In both instances, disorder is inevitable.<sup>448</sup>

Quando Scott observa que a aplicação deste modelo de observação ao Direito nos leva à conclusão de que mesmo pequenas diferenças nos fatos podem levar a decisões judiciais muito distintas, é impossível não perceber que esta constatação se mostra perfeitamente adequada ao postulado antipositivista de que o Direito não pode dar “respostas antes das perguntas”. Significa dizer: se é verdade que a decisão judicial não pode ser casuísta ou aleatória, também é verdade que ela não pode ser antecipada abstratamente antes do caso concreto em si. Justamente por isso, as regras jurídicas não nos permitem uma antecipação de sentidos, precisamente porque o texto não opera de forma alheia ao contexto e, portanto, aquele não pode ser compreendido sem a presença deste.

---

<sup>448</sup> SCOTT, Robert E. Chaos theory and the justice paradox. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 348, 1993.

A aproximação da Teoria do Caos com a filosofia jurídica nos apresenta uma perspectiva não apenas antirelativista como, também, otimista. Para Scott, a Teoria do Caos encapsula uma ideia que vai além da mera afirmação de que existe desordem em qualquer tipo de sistema. Mais do que isso, a perspectiva caótica sugere a conclusão de que sistemas e processos caóticos (ou “não-lineares”), com toda a sua imprevisibilidade, são *mais estáveis* do que aqueles em “equilíbrio” (processos lineares).<sup>449</sup>

A conclusão, nesta perspectiva, é de que o *Paradoxo da Justiça* é, em última instância, insuperável. No entanto, isso não é algo negativo. *Nesta perspectiva, a não-linearidade, ou “caos”, é uma característica saudável para um sistema.* Assim, Scott sugere que o Paradoxo da Justiça poderia ser entendido como algo análogo aos infinitos padrões recorrentes produzidos por *um pêndulo em movimento* (impossível não perceber, aqui, a semelhança desta sugestão visual com a imagem do “pêndulo” entre determinabilidade e responsividade, como sugerido por Fitzpatrick). Isso porque os padrões não são idênticos, mas também são diferentes em escala e tamanho.

Dentro desta perspectiva, o fato de que o Direito se vê continuamente em meio a contradições fundamentais não constitui motivo para desespero, desilusão ou desânimo. Para Scott, é justamente a nossa contínua busca pelas soluções destas tensões que, ao fim das contas, mantém nosso sistema jurídico em um estado dinâmico de correção e renovação continuadas<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> “[...] the phenomenon that is substantially responsible for this increased stability is the presence of deep patterns imbedded in all chaotic processes, patterns that recur over and over in mathematics, biology, and physics. As one scientist aptly stated when describing his field, ‘When you reach an equilibrium in biology you’re dead’”. SCOTT, Robert E. Chaos theory and the justice paradox. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 349, 1993.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p. 349.

## 6 CONCLUSÃO

Comecei o primeiro capítulo deste trabalho – uma tese sobre epistemologia jurídica - falando não de filosofia jurídica, epistemologia ou teoria do Direito, mas sim sobre questões políticas e sociais: as dificuldades e contradições da chamada “hipermodernidade”, as dificuldades e angústias atuais da democracia, a complexidade das relações e dinâmicas humanas contemporâneas e a atomização e descentralização do poder. Se fui capaz de construir o meu argumento com sucesso ao longo do presente trabalho, deverá ter ficado claro para o leitor que a opção por uma introdução de caráter histórico, sociológico e político não foi gratuita.

Como sustentei ao longo deste trabalho, sobretudo nos dois últimos capítulos, nenhuma epistemologia que tenha a pretensão de compreender e explicar as possibilidades e condições do conhecimento em relação ao fenômeno jurídico, na realidade político-social hipercomplexa do século XXI, pode se abster de *uma profunda contextualização transdisciplinar com a filosofia, a história, a política e a sociologia* – sob pena de reincidirmos no equívoco do positivismo normativista, que de certa forma tentava construir uma epistemologia jurídica espelhada nas metodologias próprias das ciências ditas “naturais”, “exatas” ou “duras”.

Se é verdade que qualquer esforço epistemológico parte da filosofia e, portanto, nasce na condição de um empreendimento filosófico, por outro lado não pode haver dúvidas de que *uma epistemologia do Direito democrático contemporâneo não pode ser uma teoria puramente filosófica*. Não pode, aliás, sequer ser “pura” teoria – ou seja, uma teoria que se entenda como autossuficiente pelo simples fato de ostentar coerência estrutural interna, sem diálogo intelectual efetivo com a realidade político-social do entorno.

Aqui, é fundamental a superação de um equívoco axiológico que se encontra profundamente enraizado no senso comum: o mito da “separação entre teoria e prática”. Ora, prática jurídica sem teoria é prática desorientada, casuística, assistemática, acidental e alienada de suas próprias finalidades e valores. Por sua vez, teoria jurídica que não presta contas à realidade social e aos problemas reais e cotidianos das sociedades humanas é devaneio, ficção intelectual, abstratismo metafísico ou academicismo descompromissado e burocrático<sup>451</sup>. Quando Zizek afirma, em relação aos dias atuais, que “este é o momento para a

---

<sup>451</sup> “Muitas vezes pensamos que são exigidas novas atitudes para entrar na Filosofia, e que, portanto, ocupar-se com ela implica comportamentos diferentes do cotidiano. Isso chega a nos levar muitas vezes a pensar que devemos abandonar o cotidiano, e que é preciso introduzir-se numa esfera nova e superior, quando, na verdade, mesmo que a Filosofia lide com uma linguagem do cotidiano, quem faz Filosofia não pode abandonar o compromisso com o senso comum e o enraizamento nas formas socialmente aprendidas”. STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 69.

teoria”<sup>452</sup>, por certo ele não está querendo dizer que esta é uma boa hora para nos entretermos com elocubrações intelectuais gratuitas e despreocupadas. Pelo contrário: *este é o momento para a teoria precisamente porque as práticas vêm se mostrando desorientadas*, sob os mais diversos aspectos, em todo o ocidente democrático. Por todo o mundo, a prática suplica pelo socorro de novas teorias.

Contudo, é justamente neste momento de aceitação da complexidade que os cuidados teóricos precisam ser redobrados. Existem diversas estratégias “pós-positivistas” possíveis e muitas delas, apesar de bem intencionadas, podem se revelar imensamente insuficientes ou contraproducentes no sentido de: a) dar efetividade para o projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito; b) prover substância e solidez para a ciência jurídica.

Ao longo deste trabalho, analisei várias destas estratégias que, a meu ver, mostram-se equivocadas ou insuficientes no sentido de estabelecer efetivos fundamentos epistemológicos para o Direito democrático contemporâneo. Entre elas, estão o *Constitucionalismo Garantista* de Ferrajoli (ver capítulo 2.2.4); a *discrecionariade judicial* na forma como endossada por Maria Helena Diniz (capítulo 4.1.2); o *ativismo judicial* (idem); a *Epistemologia das Ciências Culturais* de Ovídio Araújo Baptista da Silva (capítulo 4.1.4); o “anti-epistemologismo” de Marcelo Campos Galuppo (capítulo 4.1.5); a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann enquanto epistemologia (capítulo 5.1.3); a concepção de que a hermenêutica seria em si uma epistemologia, como sugerido por Merald Westphal (capítulo 5.1.1) e, por fim, o projeto relativista e “pós-epistemológico” de Richard Rorty (idem).

Nenhuma destas críticas prejudica, de forma alguma, a adesão axiomática e metodológica à Matriz Hermenêutica como instrumento privilegiado de compreensão e adequação da aplicação do Direito no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo. *O alerta para a importância de uma nova abordagem epistemológica no Direito, da forma como sustento neste trabalho, representa uma estratégia teórica que visa justamente fortalecer os alicerces científicos da matriz hermenêutica*, e não – como uma leitura apressada poderia sugerir – uma tentativa de invalidá-la ou superá-la.

Além disso, minha crítica às posições de Westphal e Rorty (quais sejam, de tratar a hermenêutica como “epistemologia autossuficiente” ou “pós-epistemologia”) também visa demonstrar que tais abordagens acabam, de forma paradoxal e trágica, transformando uma teoria crítica antidogmática e antirrelativista em uma nova *dogmática relativista*. Ou seja: são

---

<sup>452</sup> ZIZEK, Slavoj. *Demanding the impossible*. Cambridge: Polity Press, 2013. p. 32.

perspectivas hermenêuticas que acabam por subverter a própria *principilologia antirrelativista* da matriz hermenêutica.

É preciso deixar claro que, por óbvio, *é inegável que tanto a teoria do Direito de Dworkin quanto a Crítica Hermenêutica do Direito possuem implicações epistemológicas*. O que critico, no presente trabalho, é a indevida instrumentalização da hermenêutica jurídica no sentido de transformá-la em uma “metaepistemologia” ou “pós-epistemologia”.

A força privilegiada da hermenêutica como arcabouço teórico adequado para um combate eficiente ao ceticismo, pragmatismo e relativismo na filosofia do Direito só tem a perder quando aquela matriz é deturpada na forma de algum tipo de “Santo Graal” - ou mistificada como coisa análoga à “Teoria de Tudo” com a qual sonham alguns cientistas no campo da física teórica.

Com efeito, o amparo de uma epistemologia jurídica renovada, elaborada de acordo com os paradigmas trazidos pelo Constitucionalismo Contemporâneo, é algo que não apenas *fortalece a estratégia hermenêutica dentro da teoria do Direito* como, ainda, *cria condições adequadas para protegê-la de eventuais capturas oportunistas por parte de discursos de perfil relativista*.

Evidentemente, as abordagens que critiquei ao longo desta tese constituem um recorte (como, aliás, é inevitável em qualquer trabalho científico), e por certo não esgotam todas as estratégias teóricas que - por conta de suas contradições com o paradigma do Estado Democrático de Direito ou com a Hermenêutica Jurídica – eventualmente estariam sujeitas às mesmas críticas opostas às abordagens anteriormente elencadas.

Isso vale até mesmo para teorias que, parcialmente, podem vir a contribuir para uma (re)construção da epistemologia jurídica, mas que não devem ser vistas como respostas “prontas” para o problema da fundamentação epistemológica da teoria jurídica contemporânea. Penso que um exemplo privilegiado neste sentido estaria no projeto sociológico-epistemológico de Boaventura de Sousa Santos.

A abordagem do referido autor interessa à teoria do Direito na medida em que se mostra um empreendimento intelectual antipositivista<sup>453</sup> e que busca, de certa forma, “resgatar” a dignidade e o valor das chamadas ciências humanas e sociais em um mundo de discursos dominados pelo culto a um cientificismo irrefletido, que transforma as ciências

---

<sup>453</sup> "Neste livro [...], defendo uma posição epistemológica antipositivista e procuro fundamentá-la à luz dos debates que então se travavam na física e na matemática. [...] defendo que todo o conhecimento científico é socialmente construído, que o seu rigor tem limites inultrapassáveis e que a objectividade não implica a sua neutralidade". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 08.

naturais e exatas em dogmas colonizadores dos estudos sociais e das humanidades<sup>454</sup>. Boaventura, de certa forma, deseja enfraquecer as linhas divisórias entre as ciências naturais e sociais<sup>455</sup>.

Se constata em suas obras, também, um importante compromisso com a emancipação dos oprimidos, bem como com a construção de novas narrativas<sup>456</sup> capazes de tirar os povos e sociedades historicamente colonizados de sua condição de atores secundários e de agentes periféricos no teatro geopolítico do mundo (como fica evidente, por exemplo, em seu projeto de “Epistemologias do Sul”).

No entanto, aqui também é imperativo ter em mente que nenhuma *epistemologia sociológica* pode atuar, integralmente, como *epistemologia jurídica*. Em outras palavras: se é verdade que nenhuma epistemologia do Direito, nesta quadra da história, pode ser “puramente filosófica” (ou seja, desconectada das dimensões sociológica e política do Direito), também é verdade que a filosofia e a ciência do Direito não podem se encontrar epistemologicamente fundamentadas tão somente em uma *sociologia*, nem em uma teoria *moral*, nem em uma teoria *política*. E, talvez mais importante do que qualquer uma destas constatações, nos dias atuais se faz urgente sustentar que estes fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo também *não podem* ser externamente fornecidos por uma *teoria econômica*.

Juntamente com a moral e com a política, a economia se transformou hoje no principal predador potencial do Direito. O sucesso da chamada *Law & Economics* no pensamento jurídico norte-americano, aliado ao momento de profunda retração e incerteza econômica

---

<sup>454</sup> "Distingo duas vertentes principais: a primeira, sem dúvida dominante, consistiu em aplicar, na medida do possível, ao estudo da sociedade todos os princípios epistemológicos e metodológicos que presidiam ao estudo da natureza desde o século XVI; a segunda, durante muito tempo marginal mas hoje cada vez mais seguida, consistiu em reivindicar para as ciências sociais um estatuto epistemológico e metodológico próprio, com base na especificidade do ser humano e sua distinção polar em relação à natureza. Estas duas concepções têm sido consideradas antagônicas, a primeira sujeita ao jugo positivista, a segunda liberta dele [...]". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 33.

<sup>455</sup> "[...] primeiro, começa a deixar de fazer sentido a distinção entre ciências naturais e ciências sociais; segundo, a síntese que há que operar entre elas tem como pólo catalisador as ciências sociais; terceiro, para isso, as ciências sociais terão de recusar todas as formas de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista com a consequente revalorização do que se convencionou chamar humanidades ou estudos humanísticos; quarto, esta síntese não visa uma ciência unificada nem sequer uma teoria geral, mas tão-só um conjunto de galerias temáticas onde convergem linhas de água que até agora concebemos como objectos teóricos estanques; quinto, à medida que se der esta síntese, a distinção hierárquica entre conhecimento científico e conhecimento vulgar tenderá a desaparecer e a prática será o fazer e o dizer da filosofia da prática". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. edição. São Paulo: Cortez, 2008. p. 20.

<sup>456</sup> "Depois da euforia cientista do século XIX e da consequente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chegámos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de nós próprios". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 50.

vivididos tanto no cenário internacional quanto interno, tem levado a *Análise Econômica do Direito* (AED) a um notável crescimento de popularidade em nosso país.

O problema, aqui, é que o movimento “Direito e Economia” – que começa nos anos 1960 como uma proposta de racionalidade auxiliar para os processos de tomada de decisões políticas e jurídicas – converteu-se nas últimas décadas em uma espécie de *pragmática totalizante*. Avesa a análises filosóficas e preocupações de ordem constitucional, a maior parte da A.E.D contemporânea tem se manifestado na forma de uma Teoria do Direito completa e integral, malgrado o fato de que todo o seu substrato teórico tem muito pouco (ou quase nada) de jurídico, apostando seus métodos quase que exclusivamente em uma análise econômica<sup>457</sup>.

Ou seja: de uma perspectiva auxiliar, de uma ferramenta à disposição do raciocínio jurídico, a A.E.D tem se convertido, a passos rápidos, em uma pretensa metateoria jurídica cuja consequência direta e inevitável vem a ser a completa colonização (e/ou canibalização) do Direito pelas ciências econômicas. Na visão de Scott:

The Law and Economics perspective thus offered order to a legal world that had unsuccessfully searched for order in the real world. Starting in the early 1960's with the publication of Dean Calabresi's celebrated article on torts and Ronald Coase's transformative article of social cost, and gaining momentum through the publication of Judge Posner's Economic Analysis of Law in 1973, the Law and Economics movement captured the imagination of large segments of the legal establishment.<sup>458</sup>

Rather, the problem with Law and Economics is what I have termed the 'spotlight' effect. While it illuminates brightly everything within its focus, it necessarily casts the periphery in shadow. In short, it is that part of the legal structure that is not susceptible to economic analysis – especially the concerns of distributional equity, that is, Present Justice – that gives us

---

<sup>457</sup> O maior expoente da *Law & Economics* nas últimas décadas é Richard Posner. Ele sustenta que, diante do subjetivismo dos diversos valores humanos e das múltiplas concepções morais existentes, o Direito precisa se preocupar com a observância de um critério racional de melhoria da sociedade, que possa ser efetivamente medido e dimensionado, e que esteja acima das divergências ideológicas, políticas e morais das pessoas e dos agentes de poder. Para Posner, este critério seria a maximização da riqueza. O juiz, dentro desta compreensão, assume o papel de *rational maximizer*, ou seja, um agente público comprometido com a maximização da riqueza material da sociedade e com o uso mais eficiente dos bens e da riqueza disponíveis. Para tanto, Posner defende o que chama de um "pragmatismo cotidiano" e se filia ao que chama de "liberalismo pragmático". Isso porque, para o autor, os operadores do Direito devem entender que restrições materiais e institucionais exercem um papel limitador sobre os juízes e sobre os políticos muito maior do que a ideologia. O “pragmatismo do homem comum” é a forma como Posner lida com a sua descrença em construções teóricas – incluindo aí o próprio pragmatismo enquanto teoria filosófica. Ver: POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>458</sup> SCOTT, Robert E. *Chaos Theory and the Justice Paradox*. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 343, 1993.

pause. [...] they simply have chosen to ignore distributional concerns, because their tools have nothing useful to say about them.<sup>459</sup>

Com a hegemonia discursiva do neoliberalismo no campo político e econômico entre o final dos anos 1970 e os dias atuais (embora hoje, no mundo pós-crise de 2008, em visível declínio), a AED acabou sendo, em grande parte, "sequestrada" por um discurso político-econômico neoliberal<sup>460</sup>, resultando naquilo que poderíamos talvez denominar de "*Law and Reaganomics*".<sup>461</sup>

Dois efeitos decorrem disso: primeiro, as relações entre Direito e Economia dentro da AED acabaram se tornando menos harmoniosas, com a saudável interdisciplinabilidade dos primeiros tempos sendo substituída por uma pragmática economicista que mais atropela o Direito (sobretudo no campo do Direito público) do que tenta propriamente "entendê-lo" ou compor soluções com ele. Em segundo lugar, esta inclinação a um liberalismo econômico

<sup>459</sup> SCOTT, Robert E. *Chaos Theory and the Justice Paradox*. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, p. 344, 1993.

<sup>460</sup> Oportuno observar que este viés político-ideológico, por vezes até mesmo inconsciente, não se fazia presente nas obras que vieram a originar a escola da *Law & Economics*, dentre os quais destaco Ronald Coase. Ele é uma das figuras pioneiras nos estudos que vieram a dar origem ao campo da *Análise Econômica do Direito*. Seu artigo "O Problema do Custo Social", publicado em 1961, se transformou num clássico e hoje é o artigo de análise legal mais citado de todos os tempos. Uma das principais contribuições de Coase para a análise econômica se deu através da introdução do conceito de "custos de transação" nas relações econômicas, uma variável nova que até então não era tradicionalmente analisada pela Economia. Segundo Coase, os *custos de transação* são um ônus, para o qual as partes envolvidas não contribuem, que incide sobre as relações de troca econômicas e sobre o exercício da propriedade privada. Para Coase, em condições ideais, os indivíduos conseguem transacionar seus direitos de modo eficiente, ou seja, com *menor custo social*. No entanto, em cenários e situações de maior complexidade, eles precisarão se valer da ordem jurídica para obter a melhor solução em termos de redução global dos custos de transação envolvidos. Coase, vale destacar, não era contrário à intervenção do Estado na economia. No entanto, pensava que as intervenções nesse sentido eram tradicionalmente feitas de maneira pouco racional, sem análises mais apuradas. Para ele, a regulação normativa precisava compreender melhor as nuances das relações econômicas e se pautar por um modelo de eficiência, que não aumente os custos sociais e que permita a melhor alocação possível de recursos da sociedade. O autor explica que não podemos pensar em termos nem de uma sociedade capitalista absolutamente desregrada, como queriam os economistas liberais mais extremistas, nem agir pensando o mundo de forma idealizada, como se estivéssemos lidando com a perfeição. Ver: COASE, R.H. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

<sup>461</sup> O termo "Reaganomics" foi cunhado nos anos 1980 em referência ao conjunto de políticas adotadas pelo então presidente Ronald Reagan nos Estados Unidos. Essencialmente, as chamadas "Reaganomics" representaram o ingresso, no cenário norte-americano, do discurso econômico e político do chamado "neoliberalismo" (os dois termos eram frequentemente utilizados como sinônimos no cenário político interno dos EUA). O triunfo do neoliberalismo nos EUA, com Reagan, pode ser apontado como o quarto e último grande momento deste discurso na construção da hegemonia quase total a qual ostentou internacionalmente nas décadas de 1980 e 1990. Os três momentos anteriores, que representaram a "fundação" do neoliberalismo contemporâneo, foram: a ascensão ao poder de Pinochet no Chile, em 1973; a grande abertura econômica protagonizada por Deng Xiaoping na China em 1978 e a ascensão de Margaret Thatcher ao poder no Reino Unido em 1979. Segundo David Harvey, professor de Antropologia da Universidade de Nova York, o neoliberalismo pode ser definido como "a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets and free trade.[...]It holds that social good will be maximized by maximizing the reach and frequency of market transactions, and it seeks to bring all human action into the domain of the market". HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 03.

agressivo chega ao ponto de tornar a AED até mesmo potencialmente incompatível com o Estado Democrático de Direito e o Constitucionalismo Contemporâneo. Sobre isso, Copetti dirá que:

Na verdade, o movimento contemporâneo do law and economics ao reduzir a normatividade do direito a preferências individuais incomparáveis entre si, e, mais do que isso, ao determinar que tais preferências são, teórica e abstratamente, standards às satisfações jurídicas, ele se valeu, para tanto, do desenho da superioridade eficiente/otimalidade de Pareto para ditar a satisfação/proteção de direitos pelo paradigma econômico. [...]

Evidentemente, dizer que o law and economics é anticonstitucional é reconhecer o equívoco criado pela possibilidade de se auferir o mesmo nível normativo a direitos que possuem diferenças substanciais e excludentes umas às outras. É como se fosse possível, ou constitucional, privilegiar, mediante critérios econômicos de eficiência, uma ação negocial singular que violasse, ou somente pusesse em risco, direitos primários ou sociais, como a liberdade de locomoção ou de expressão; ou a saúde, por exemplo. [...]

Todavia, em que pese essa ruptura jurídica, ou melhor dizendo, essa concepção antijurídica do direito, o enfoque dado ao law and economics pelos precursores da Escola de Chicago não deixa de ser um enfoque teórico, porque fundado em uma teoria, no caso uma teoria econômica, porém, se analisada seriamente, resvala em uma falácia econômico-substancialista, cujo resultado, isso sim, conseqüentemente, a coloca num patamar antijurídico, no sentido de antitético ao Estado Constitucional desenvolvido a partir do segundo pós-guerra.<sup>462</sup>

O que fica evidente é que, por mais que se possa simpatizar com a Análise Econômica do Direito enquanto instrumento auxiliar de valoração da racionalidade de políticas públicas ou decisões judiciais (e eu pessoalmente compartilho da concepção de que a AED de fato pode prover *insights* valiosos para o Direito, com os dois campos mantendo uma relação saudável – não invasiva - de transdisciplinariedade)<sup>463</sup>, o certo é que não pode se permitir a colonização do Direito, de ponto de vista epistemológico, por um discurso que em última instância tende a se manifestar na forma de um *consequencialismo economicista*.

Feitas estas observações, retorno à minha tese medular neste trabalho: o paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito, fruto do Constitucionalismo Contemporâneo, não se estabelece com autonomia científico-discursiva por si só. Este novo paradigma, marcadamente pós-positivista, demanda, para sua concretização, uma nova epistemologia jurídica igualmente pós-positivista.

<sup>462</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 161.

<sup>463</sup> “A pesquisa em Direito, ao iluminar a historicidade das normas, pode também aqui interagir de forma profícua com a pesquisa econômica na busca de maneiras pelas quais a sociedade pode amadurecer”. ARIDA, Pésio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 71.

Evidentemente, o presente trabalho não tem a pretensão de apresentar uma fórmula para este novo paradigma epistemológico. Minhas pretensões, na presente tese, são bem mais modestas e limitadas: demonstrar a existência da lacuna epistemológica no Direito contemporâneo, e argumentar em prol da necessidade de mudança neste estado de coisas. Ao leitor caberá avaliar se consegui, ao longo do presente trabalho, me desincumbir deste ônus a contento.

No entanto, é óbvio que um estudo sobre os fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo não poderia simplesmente evitar a questão a respeito daquilo que deve ser buscado (e o que deve ser evitado) na construção de uma epistemologia jurídica do Direito democrático dos dias atuais. “Fugir” deste enfrentamento seria simplesmente um gesto de covardia intelectual.

Portanto, o ponto de partida aqui seria a questão de *quais seriam os fundamentos de uma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo*. Os desafios para um empreendimento teórico neste sentido não são poucos. Entre eles, há que se refletir se é possível conciliar a ideia de “autonomia do Direito” (própria do Constitucionalismo Contemporâneo) com o necessário e inescapável fato de que o Direito oscila permanentemente entre um imperativo de *estabilidade* (previsibilidade; segurança jurídica; coerência jurisprudencial; integridade na interpretação, etc) e um imperativo de *renovação* (adaptação a mudanças sociais; novas dinâmicas, necessidades e reivindicações; tradução de novos costumes – ou seja, a capacidade continuada e permanente de *dar respostas para as demandas*, sejam individuais ou coletivas).

Isso significa trabalhar, no Direito, com uma matriz epistemológica que esteja apta a lidar com as complexidades sem precedentes do fenômeno jurídico no mundo contemporâneo e, ao mesmo tempo, *assegurar que a legitimidade e correção do discurso jurídico se dê por critérios de uma racionalidade sistêmica interna, própria do Direito* - e não por mera manifestação de vontade de determinados agentes imbuídos de poder (ou pela invasão indevida de discursos políticos ou econômicos).<sup>464</sup>

Preliminarmente, identifico aqui, diante de tais questões, a necessidade (e o desafio) de construir uma epistemologia jurídica que esteja, entre outras coisas, *apta a transcender o paradigma da autoridade*. Sobretudo porque, vale lembrar, *este trabalho não é (e nem pretende ser) axiologicamente “neutro”*. Explico: na medida em que nos valem da opção

---

<sup>464</sup> “Uma crítica mais abrangente do direito contemporâneo deve questionar a centralidade do Judiciário para o direito e analisar as normas para além dos agentes que ocupam posições no Estado [...]”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 13.

de adotar o modelo do Estado Democrático de Direito como ponto de partida - como axioma fundamental e como *locus* privilegiado da reflexão geral sobre os fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo -, *resta evidente que os valores e princípios que integram este modelo político-jurídico irão se espalhar, da mesma forma, por qualquer esforço de reflexão filosófico-epistemológica que seja construída em cima dele.*

Dito isso, duas questões se fazem importantes aqui, ambas relativas às conclusões deste trabalho. Primeiro: *quais são as ideias e procedimentos que devem ser evitados e superados em uma epistemologia jurídica contemporânea?*

Segundo: *quais são os procedimentos e ideias que uma epistemologia jurídica contemporânea precisa englobar, proteger e concretizar?*

A resposta para a primeira questão, a meu ver, é mais simples. Uma epistemologia jurídica renovada, harmônica com o Constitucionalismo Contemporâneo, *deve ser coerente com as construções filosóficas que ergueram o próprio Constitucionalismo Contemporâneo enquanto construção intelectual coletiva.* Significa dizer: essa epistemologia jurídica, por uma questão de coerência e integridade, *deve confrontar e superar o ceticismo filosófico, o relativismo, o pragmatismo (sobretudo de perfil economicista) e as tentações de retrocesso ao positivismo jurídico normativista, ao paleo positivismo exegético e ao realismo jurídico.*

Ceticismo, relativismo, utilitarismo, consequencialismo e pragmatismo são, em última instância, as principiologias que, sempre e sistematicamente, estão por trás de todas as iniciativas de canibalização da autonomia do Direito democrático, quais sejam: a discricionariedade judicial, o ativismo judicial, o “panprincipilismo”, o decisionismo e as diferentes “apostas de fé” em figuras de autoridade.

A resposta para a segunda questão, sem dúvida, envolve um grau muito maior de complexidade. *O que deve nos orientar, afinal, no esforço de construção de uma epistemologia jurídica do Direito democrático contemporâneo?* Ao fim do longo processo de pesquisa que resultou neste trabalho, penso que algumas pistas concretas neste sentido são possíveis.

Em primeiro lugar, é fundamental ter em mente que um debate sobre epistemologia jurídica, nesta quadra da história e no contexto que já definimos, não pode e nem deve ser enxergado como mero academicismo gratuito, devaneio poético ou formalismo teórico. *Epistemologia* é definição e delimitação das possibilidades de *conhecimento* qualificado – científico - dentro de determinado campo do conhecimento. O *conhecimento científico* depende de clareza e rigor epistemológico para produzir discurso científico. O *discurso científico*, por sua vez, é uma narrativa que opera, entre outras coisas, como um *instrumento*

*de poder* (para o bem ou para o mal). E o projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito, incluída toda a sua substância moral e seus compromissos emancipatórios e de transformação social, é – não obstante – um *projeto de poder*. Em se tratando do estudo do fenômeno jurídico no contexto da normatização das sociedades democráticas hipercomplexas contemporâneas, *as dimensões da ciência e do poder são inseparáveis*. Se perdermos de vista estas relações necessárias e inevitáveis, estaremos ou produzindo uma ciência alienada, ou discursos de poder desvinculados de um compromisso ético, político e jurídico com a democracia contemporânea.

Em outras palavras, *a definição dos fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo é condição de possibilidade para a autonomia do Direito enquanto instrumento de concretização e realização do projeto político-jurídico do Estado Democrático de Direito*. Oportuno frisar novamente: o esfacelamento epistemológico do Direito (a "*epistemological bankruptcy*" sobre a qual alerta Geoffrey Samuel)<sup>465</sup> o torna incapaz de atuar como ferramenta de contingenciamento, limitação e interdição do poder. Esvazia o Direito de sua autoridade científica e retira sua autonomia.

As consequências disso implicam na impossibilidade, parcial ou completa, de realização das promessas do Constitucionalismo Contemporâneo. Reduzido a um “jogo de palavras”, o Direito perde sua capacidade de operar como um instrumento de poder legitimado por uma narrativa ético-científico-reflexiva e acaba sendo reduzido a um mero *jogo de poder político* – o que fatalmente o leva a ser absorvido, canibalizado e (re)colonizado pela política e/ou pela economia.

Dessa forma, a questão das *dinâmicas do poder* assume um papel central em uma epistemologia jurídica do Direito democrático contemporâneo<sup>466</sup>. Com efeito, uma teoria geral das ciências jurídicas que seja incapaz de gerar *constrangimentos e interditos epistemológicos* (para os diferentes poderes que atuam na sociedade) é, por tudo e em tudo, uma teoria inútil – que leva uma prática disfuncional e, por óbvio, antidemocrática. O discurso científico assenta sua autoridade não sobre a violência, a força ou a arbitrariedade, mas sim sobre *a sua*

<sup>465</sup> SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 432, Dec. 2009.

<sup>466</sup> “Num primeiro momento, é conveniente reafirmar em toda a sua amplitude que o discurso científico provoca múltiplos efeitos de poder. Ele não só tem sua gênese na correlação, poder & verdade, senão que, uma vez constituído, o discurso provoca efeitos de poder imediatos, eficientes e com longa repercussão nas diversas esferas sociais e pessoais. Com essa afirmação pretendemos retirar uma das máscaras mais comuns do discurso científico, aquela que o mostra como um saber socialmente neutro, historicamente objetivo e cognitivamente independente dos dispositivos de poder existentes”. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. *A cumplicidade da verdade (científica) e o poder, sua incidência nos modos de subjetivação*. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 178.

*capacidade de se firmar como um instrumento de poder em virtude de seus próprios méritos enquanto narrativa explicativa qualificada, em determinado lugar e época*<sup>467</sup>. Em outras palavras: o discurso científico, qualificado e sistemático, se firma como instrumento de poder e, neste momento, ele interdita os demais poderes (político, judiciário, econômico, midiático, religioso, etc).

É por isso que *uma ciência jurídica desprovida de fundamentos epistemológicos claros não consegue se impor como instrumento de limitação e interdição do poder* – o que leva, em última instância, à sua captura, assimilação ou canibalização por outros discursos científicos, pelo poder político, pela pressão de grupos midiáticos ou sociais, etc. Isso porque:

Em qualquer caso, todas as dimensões do poder implicam uma valoração ética. O poder não é intrinsecamente negativo ou positivo, ele é potencialidade criadora, capacidade articuladora e resultado efetivo. Porém a repercussão desses desdobramentos do poder depende diretamente do sentido (e o sentido é sempre ético) que se dá para as práticas. [...] O poder é potencialidade criadora da prática, é sua mediação ou método e também é seu efeito. Dessa simbologia do poder se derivam novas significações. Em primeiro lugar, o poder não deve ser compreendido como algo naturalmente mau ou intrinsecamente perverso. O poder é a dimensão criadora e estruturante da prática humana; os efeitos perversos do poder vistos desde uma perspectiva ética ou política dependerão do direcionamento das práticas humanas e da valoração social e pessoal que delas se fizer.<sup>468</sup>

Trata-se de um desafio que, em virtude da hipercomplexidade das sociedades democráticas contemporâneas, talvez seja mais difícil do que em outras épocas. Mas não se trata propriamente, no entanto, de um desafio *novo* – mas sim do enfrentamento de um problema que *ressurge ciclicamente* na ciência: a desconstrução de um paradigma ou modelo

---

<sup>467</sup> “Porém a verdade necessita de elementos de contraste, de mediações que venham a validá-la como uma verdade socialmente relevante e pessoalmente aceitável. Nem toda verdade é igualmente verdadeira em cada momento histórico ou para cada pessoa. A verdade deve se constituir por meio da mediação do sentido. O método pelo qual uma verdade se institui como verdadeira para uma pessoa ou para um grupo social contém em si mesmo o poder de estruturar o sentido da verdade, de outorgar validação a uma verdade ou de despojar de validez a outra verdade. A verdade encontra-se no jogo cruzado do poder e do sentido. Nenhuma verdade é perene e todas têm de se validar permanentemente para permanecer como verdades. O jogo de poder ameaça a estabilidade das verdades, situa-as no terreno frágil da historicidade. A cada momento pode ser criada uma outra verdade divergente daquela instituída, pode estruturar-se com um sentido socialmente mais aceitável e seu efeito de poder mais imediato será a desconstrução das verdades precedentes. É nesse jogo de poder e historicidade que a verdade, incluída a verdade científica, insere-se como criação humana. Ela é sentido da ação e efeito de poder”. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. A cumplicidade da verdade (científica) e o poder, sua incidência nos modos de subjetivação. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 170.

<sup>468</sup> RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. A cumplicidade da verdade (científica) e o poder, sua incidência nos modos de subjetivação. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 168-169.

explicativo e o assentamento gradual de um novo paradigma/modelo. O alerta para os desafios da relação entre epistemologia e hermenêutica já aparecia na obra de Dilthey:

Atualmente, a hermenêutica precisa buscar uma relação com a tarefa epistemológica geral de apresentar a possibilidade de um saber sobre a conexão do mundo histórico e de descobrir os meios para a sua realização. A significação fundamental da compreensão foi esclarecida; importa determinar agora a partir das formas lógicas da compreensão e, seguindo em frente, o grau alcançável de universalidade nela.<sup>469</sup>

Igualmente fundamental é o alerta feito por Ernildo Stein para a importância das relações entre hermenêutica e epistemologia (e entre filosofia e ciência<sup>470</sup>):

Não devemos esquecer, enfim, que o paradigma hermenêutico, ainda que represente um novo modelo de racionalidade e seja o pressuposto de toda atividade racional, não substitui a própria razão e o universo das razões com que se envolve a Filosofia analítica. Há certamente na hermenêutica a presença de uma amplitude que deve ser levada em consideração, quando nos movemos no campo lógico das razões. É por isso que a relação entre Filosofia e conhecimento científico se amplia, de uma forma inesperada, quando é levado em consideração o paradigma hermenêutico.<sup>471</sup>

Com base nas perspectivas que apresentei no último sub-capítulo deste trabalho, são muitos os desafios que se impõe para uma epistemologia jurídica efetivamente pós-positivista e adequada ao Direito democrático do presente momento histórico em que vivemos. No plano teórico, a *complexidade* se apresenta como um traço inevitável de qualquer iniciativa ontológica e epistemológica neste sentido.

Uma epistemologia jurídica contemporânea precisa levar em conta o *caráter dinâmico* do Direito. *Não é mais possível tentarmos ilustrar o Direito por meio de imagens estáticas, como “pirâmides” e afins.* O Direito contemporâneo não cabe numa ilustração estática bidimensional. Recursos visuais deste tipo apenas mantém vivo o erro da obsessão por uma explicação estático-determinista do Direito, gerando uma esperança gratuita pelo surgimento de algum tipo de “teoria totalizante” apta a encapsular o Direito em uma explicação teórica capaz de produzir fórmulas de aplicação prática geral e imediata.

Trata-se de uma esperança vã e de um esforço inútil. Uma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo precisa abranger, já em seus axiomas e pontos de partida,

<sup>469</sup> DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 210.

<sup>470</sup> “Estamos agora situados diante do que Schumpeter chamava de ‘destruição criadora’. [...] Isso significa pesquisa interdisciplinar entre Filosofia e conhecimento científico”. STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 86.

<sup>471</sup> STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. p. 123.

um reconhecimento expresso de noções próprias do funcionamento de sistemas complexos e dinâmicos. Precisa partir, desde o início, do reconhecimento da *permanente dinâmica de movimento do Direito entre polos opostos*: a determinabilidade e a responsividade (Fitzpatrick), a autonomia e a heteronomia (Teubner), a Justiça Presente e a Justiça Futura (Scott).

Fitzpatrick utiliza, em suas obras, a imagem do *pêndulo em movimento* para ilustrar o caráter dinâmico do Direito. Mas, conforme algumas referências que apresentei na parte final deste trabalho, mesmo esta visualização em movimento talvez não seja suficientemente complexa para dar conta de uma representação da dinâmica do Direito contemporâneo.

Explico: um movimento pendular tradicional representa *uma oscilação entre dois pontos determinados*. O pêndulo em movimento, por óbvio, não está parado em um ponto estático determinado. Mesmo assim, ele apenas oscila entre um *ponto determinado* “A” e *outro ponto igualmente determinado* “B”, descrevendo uma trajetória simples constituída por uma sucessão de pontos continuamente determinados. Em outras palavras, *isso significa que mesmo a representação do pêndulo, embora introduzindo a visualização da dinâmica e do movimento, não é suficiente para ilustrar a dimensão da indeterminabilidade, da imprevisibilidade e nem a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo*.

Talvez, aqui, na esteira do argumento de Robert E. Scott, a melhor forma de ilustrar a dinâmica do fenômeno jurídico seja o *pêndulo duplo*, frequentemente utilizado na ilustração de modelos caóticos, e cuja dinâmica tende a gerar os padrões próprios daquilo que, em matemática, se denomina de *Atrator de Lorenz*.

Deixando o aspecto ilustrativo de lado, o certo é que uma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo precisa encontrar uma forma de superar uma armadilha evidente: ela precisa ter consistência teórica, coerência e predicados suficientes para que possa se apresentar de forma *impositiva* – ou seja, apta a lidar com a pressão de outros discursos de poder e capaz de gerar constrangimentos epistemológicos nos operadores do Direito. Mas, ao mesmo tempo, *ela não pode se deixar seduzir pela pretensão de constituir um novo discurso monológico de poder*<sup>472</sup>.

Significa dizer: todo discurso científico convertido em paradigma constitui uma narrativa de poder, seja ela emancipatória ou opressora, benéfica ou perniciosa. Este poder é

---

<sup>472</sup> “O discurso monológico tem efeitos totalitários de poder, na medida em que põe em ação crenças que foram socializadas a partir de uma idéia da razão analítica, supostamente capaz de salvar o Eu-Social das indeterminações e ambivalências dos efeitos míticos de sentido. O discurso dialógico, pelo contrário representa um ato de esvaziamento ou de quebra da linearidade das relações ideológicas; é um ato de desvio da verdade que provoca um efeito crítico sobre a ideologia”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade, p. 355.

necessário e indispensável para que o conhecimento científico possa transformar em realidade todo o seu potencial libertador e emancipatório em prol da humanidade e do avanço social. Ao mesmo tempo, esse poder – como todo poder, aliás – carrega dentro de si um potencial para o autoritarismo, para a opressão e para o aprisionamento e subjugação de seres humanos. Isso porque, como sabemos, a ciência, em si, não é nem “boa” nem “má”. A ciência, cumpre frisar, sequer tem condições de refletir sobre estes aspectos éticos, morais, valorativos e deontológicos<sup>473</sup>.

É precisamente por isso que uma relação de proximidade e interdisciplinariedade entre ciência e Filosofia se faz tão fundamental e indispensável: primeiro, numa dimensão *epistemológica*, a Filosofia analisa as próprias condições e limites do conhecimento humano em uma certa área. Ou seja: a ciência *parte* de uma reflexão filosófico-epistemológica e só se faz possível em virtude desta. Segundo, numa dimensão *ética*, a Filosofia atua como instrumento de reflexão valorativa das práticas científicas. Como se vê, *a ciência parte da filosofia e retorna para ela, em um movimento contínuo e permanente*.

Uma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo precisa, portanto, ser “forte” o suficiente para contribuir de forma eficaz para que o Direito possa exercer o seu papel de representatividade, emancipação e desenvolvimento social - *ao mesmo tempo em que seja capaz de colocar limites não apenas na atuação dos poderes político e econômico como, também, no próprio papel dos membros do Poder Judiciário que “falam em nome” do Direito*. Um Direito sem fundamentos epistemológicos sólidos é presa fácil para agendas políticas e econômicas, bem como para vaidades pessoais e atuações personalistas eivadas de solipsismo.

Todavia, ao mesmo tempo, os fundamentos epistemológicos do Direito não devem se converter em dogmatismo generalizado, ou seja, em uma forma monológica de enunciação que se inscreve na sociedade na forma de um discurso de poder excludente, centralizador, tendente a negar a alteridade e a própria dimensão responsiva/heterônoma do Direito. Em relação a isso, Warat defende a importância da *intertextualidade* e o *discurso dialógico*,

---

<sup>473</sup> “Embora questionemos a hegemonia da verdade científica, temos que reconhecer a sua validade, a especificidade de seus métodos e finalidades, a extrema importância do tipo de saber que produz, assim como os efeitos potencialmente positivos que dela se derivam. Os efeitos perversos da racionalidade científica não se anulam nem se neutralizam negando a racionalidade nem a ciência. Não se trata de apostar numa sociedade a-científica ou a-racional, senão numa sociedade em que a ciência e a racionalidade estejam inseridas como saberes e verdades que dialogam sem hegemonias sufocantes com outras formas de verdades e outros sabores. Não apostamos numa pós-modernidade irracional, mas numa metamodernidade simbólica e senso-científica”. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. A cumplicidade da verdade (científica) e o poder, sua incidência nos modos de subjetivação. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 182.

“privilegiando o lugar social da fala, sobre aquilo que se fala e o sujeito da fala”<sup>474</sup>. A analogia que Warat utiliza, aqui, é a do “romance carnavalizado”.<sup>475</sup> Isso porque a forma como “caminha” a Filosofia – e quando falamos de epistemologia, cumpre lembrar mais uma vez, estamos falando necessariamente de filosofia – é distinta da forma como a ciência “avança”. Nas palavras de Stein:

É por isso que o estatuto teórico da Filosofia termina sendo um vasto conjunto de sentenças teóricas unidas por nexos fundamentalmente lógico-linguísticos. Sistema em Filosofia não se constitui simplesmente como a marcha de um discurso que vai produzindo resultados, como na ciência. Ele visa a uma totalidade que pode ser compreendida como tendo uma forma sistemático-compreensiva. Se um sistema nas ciências busca articular o uso e a aplicação ao mundo, o sistema na Filosofia é constituído a partir de um paradigma determinado, no qual são apresentados os elementos fundamentais de articulação do todo. É claro que, nesse contexto, surgirá uma espécie de simetria entre os problemas para os quais o sistema se articula como resposta.<sup>476</sup>

Penso que também é importante, para que se compreenda adequadamente o argumento que foi exposto ao longo deste trabalho, que reste esclarecida a distinção entre *ciências jurídicas* e *Ciência do Direito*. Aquelas até podem integrar um conceito em sentido amplo de “Ciência do Direito”, mas não em sentido estrito. Isso porque as *ciências jurídicas* vêm a ser aquelas ciências que, desde um ponto de partida *externo*, são *aplicadas* ao Direito. Alguns exemplos seriam a sociologia jurídica, a psicologia forense, a Análise Econômica do Direito, a história do Direito, a antropologia aplicada ao Direito, etc.

Estas ciências aplicadas ao Direito são de suma importância para uma compreensão crítica e continuada do fenômeno jurídico, que como se sabe não se encerra apenas em uma dimensão normativa, possuindo também uma dimensão fático-social e outra valorativa. Por isso a importância das *ciências jurídicas* para a *Ciência do Direito* em *sentido amplo*.

<sup>474</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade, p. 352.

<sup>475</sup> “O discurso monológico é uma fala já habitada, hermética, que precisa ser deslocada, abrindo-a para uma gramática livre. E isto deve ser feito de modo tal, que não se torne o discurso ininteligível. Tomando emprestada da literatura uma de suas figuras, direi que para produzir o nível crítico das significações científicas, é preciso provocar a carnavalização do discurso. O romance carnavalizado marca a presença de um diálogo igualitário entre as vozes do personagem e a do narrador. É um romance dialógico. O romance clássico pelo contrário, é monológico; todas as vozes são neutralizadas pela voz do narrador. Ele é o único que fala do mundo. No romance carnavalizado todas as vozes dizem o mundo em pé de igualdade. Em outras palavras, nossa posição é a de fazer surgir, na teoria jurídica variações enunciativas que sirvam a funcionamento produtivo da palavra no interior das relações sociais, democratizando-as. A carnavalização da teoria jurídica colocaria os significantes em permanente situação de produção. Deslocaria o lugar da verdade, consagrado para o território onde se realiza simbolicamente a produção social: nosso cotidiano”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade, p. 354.

<sup>476</sup> STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

No entanto, uma *Ciência do Direito em Sentido Estrito* precisa trabalhar com aquilo que não pode ser fornecido por nenhuma ciência externa aplicada ao Direito. O que distingue a *Ciência do Direito* neste sentido das *ciências jurídicas* não é o mero fato de ter o Direito como objeto de estudo e análise. Ora, como sabemos, o mesmo pode ser dito da sociologia jurídica, da *Law & Economics* e da história do Direito. O que distingue efetivamente uma *Ciência do Direito* propriamente dita das *ciências jurídicas* é a sua *substância epistemológica*.

Mais do que estudar e analisar a chamada dogmática jurídica, uma *Ciência do Direito* em sentido estrito é fundamental para o Direito porque é a ela que cabe a definição dos primeiros princípios, das possibilidades epistemológicas, do próprio *status* científico do Direito. Assim compreendida, a *Ciência do Direito* opera, em todos os níveis da análise jurídica, como uma *Filosofia no Direito*, fornecendo não apenas os instrumentos de críticas mas, sobretudo, *estabelecendo os fundamentos axiomáticos e principiológicos para que o Direito possa se apresentar à sociedade na forma de um discurso dotado de razão comunicativa, e não na condição de um discurso calcado no paradigma da autoridade*.

Se hoje o Direito, sobretudo em países de cidadania e democracia rarefeitas como o Brasil, parece tão distante de um discurso íntegro, coerente e sistemático e mais parecido com um discurso de autoridade puro e simples, certamente não é mera “coincidência” que esse estado de coisas conviva, em nosso país, com um alarmante descaso doutrinário para com a questão dos fundamentos epistemológicos do Direito contemporâneo. A própria cientificidade do Direito é tratada pela grande maioria de seus operadores (e por boa parte dos juristas) como uma incerteza, uma “questão controversa” – por vezes, até mesmo como uma “questão antiga” ou “já superada”, como se o Direito fosse uma coisa que, em última instância, não devêssemos explicar, mas tão somente *sentir*.

Diante deste quadro geral, realmente não deveríamos ficar surpresos ao constatar que o Constitucionalismo Contemporâneo e o pós-positivismo, no Brasil, acabaram sendo recepcionados como uma espécie de *grande discurso moral de alargamento da discricionariedade de magistrados sensíveis e carregados de boas intenções*. Homenageando São Bernardo de Claraval, talvez poderíamos dizer que “de boas intenções, o inferno epistemológico está cheio”.

A derrocada do empirismo lógico, da filosofia analítica e do positivismo jurídico normativista, no decorrer do século XX, podem ter nos levado longe demais na rejeição total à analítica. Penso que a crítica jurídica pátria, pelo menos aquela parte dela que luta contra o ativismo e a discricionariedade judicial e sustenta a importância de um maior *accountability*

por parte das autoridades judiciais, poderia se beneficiar enormemente de uma maior tolerância para com certos aspectos de uma analítica tradicional.

A reflexão analítica, nos dias contemporâneos, não precisa se ater a formalismos semânticos ou raciocínios dedutivos de inspiração matemática, nem tampouco reprimatizar os equívocos do velho empirismo lógico. Talvez o resultado deste “pós-positivismo” (que acabou por consagrar um das piores heranças do positivismo normativista – ou seja, a discricionariedade judicial) seja um sério indicativo de que o afã pós-positivista de enterrar por completo quaisquer iniciativas analíticas pode ter sido, do ponto de vista epistemológico, uma má ideia.

É igualmente digno de nota que, em nosso país, por muito tempo os Estados Unidos foram utilizados como o exemplo preferencial em prol de argumentos que buscavam legitimar e naturalizar o fenômeno do ativismo judicial. Expliquei, no sub-capítulo 4.2.5, os motivos pelos quais estas comparações são problemáticas. Para evitar repetições desnecessárias, irei apenas reiterar a observação de que Brasil e Estados Unidos adentram no paradigma da democracia ocidental contemporânea do último meio século de maneiras absolutamente distintas.

No Brasil, este ingresso se dá pela via de um verdadeiro *reboot* sistêmico (a criação de uma nova ordem jurídica, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988). Nos Estados Unidos, nunca houve esta ruptura institucional, esta “reformatação”. A ordem jurídica americana ainda tem como pedra fundamental a mesma Carta Magna de 1789 - e apenas seis emendas alteraram o texto da Constituição americana desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Ora, é evidente que, dentro de tal sistemática, a adequação do direito americano aos novos tempos, aos novos costumes e à influência dos novos princípios democráticos oriundos do Constitucionalismo Contemporâneo de matriz europeia tenham se dado pela via do Poder Judiciário.

A naturalização da captura do Direito pela política, na prática judiciária norte-americana, jamais representou um consenso (vale lembrar que o mais ilustre crítico da discricionariedade judicial no século XX, Ronald Dworkin, era justamente americano). Ainda assim, a aceitação dessa proximidade temerária entre Direito e política<sup>477</sup> parece ter se mantido

---

<sup>477</sup> “[...] tem ganhado fama em círculos jurídicos do mundo inteiro um estudo da Universidade de Chicago, dos EUA, sobre a lealdade dos juizes da Suprema Corte aos presidentes. Segundo o estudo, de autoria dos professores Lee Epstein e Eric Posner, a Suprema Corte costuma ser bastante fiel aos presidentes do país. Mas os juizes — ou justices, como são chamados — são especialmente leais aos presidentes que os indicaram. De acordo com o levantamento, a lealdade ao governo sobe em média mais de 10% quando o presidente que está no cargo foi o responsável pela indicação. [...] Os autores discutem o que chamam de “efeito lealdade”, que é o nível de concordância que os juizes têm com os presidentes dos EUA. E eles

com base em uma crença implícita de que o jogo de forças da arena política iria sempre assegurar, de forma razoavelmente eficaz, que a autonomia do Direito não viesse a ser excessivamente prejudicada pelas agendas políticas da cúpula do poder em Washington.

No entanto, a tempestade global de incertezas e convulsões políticas que estamos testemunhando nos últimos anos – e que, sem sombra de dúvida, teve neste ano de 2016 o seu momento mais crítico (pelo menos até agora) – parece estar colocando na mesa as primeiras dúvidas sérias a respeito da adequação deste modelo norte-americano caracterizado pela excessiva influência da política sobre o Direito.

Quando o juiz da Suprema Corte norte-americana Antonin Scalia veio a falecer subitamente, em fevereiro deste ano, os adversários do presidente Barack Obama no Congresso dos EUA simplesmente barraram a nomeação de qualquer substituto por parte do presidente. Pouco antes das eleições presidenciais, um editorial do *The New York Times* chamou o gesto de "um golpe contra a Suprema Corte"<sup>478</sup>. E, após a inesperada e surpreendente vitória de Donald Trump na corrida presidencial, existe agora o temor generalizado de que ele chegará a nomear três novos julgadores para a Suprema Corte nos próximos anos, o que na prática significa instaurar naquele órgão uma hegemonia conservadora que poderá durar décadas.

Em artigo recente publicado no *Financial Times*, Mark Mazower sustenta a existência de paralelos entre os Estados Unidos na atualidade e a Alemanha do período do começo da ascensão do nazismo. Um dos paralelos apontados por Mazower vem a ser, precisamente, a "politização do Judiciário"<sup>479</sup>. O artigo serviu como base para uma manifestação na mesma linha, dessa vez por parte do *The Economist*, dando eco às mesmas preocupações externadas por Mazower:

Many liberal democracies appear to be on this path at the moment. Important institutions have suffered a loss of legitimacy. Many of the normal checks on defections from adherence to institutional norms have been weakened. This weakening is pernicious because some important institutions inevitably check others. The long attack on the mainstream media in America, for

---

descobriram que, embora exista uma conhecida lealdade do justice em relação ao partido do presidente que o indicou, a lealdade ao próprio presidente define mais a postura do julgador que posições ideológicas ou partidárias". CANÁRIO, Pedro. Juízes da Suprema Corte dos EUA quase não discordam de quem os indicou, diz estudo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/justices-suprema-corte-nao-discordam-quem-indicou>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>478</sup> A COUP against the Supreme Court. *The New York Times*, New York, 7 Nov. 2016. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2016/11/07/opinion/a-coup-against-the-supreme-court.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&\\_r=2](http://www.nytimes.com/2016/11/07/opinion/a-coup-against-the-supreme-court.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&_r=2)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>479</sup> MAZOWER, Mark. Ideas that fed the beast of fascism flourish today: the crisis of political institutions provides striking parallels with the 1930. *Financial Times*, London, 6 Nov. 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/599fbbfc-a412-11e6-8898-79a99e2a4de6>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

instance, has reduced the ability of the press to hold politicians to account. Public worry over the costs of a loss of democratic legitimacy is itself being used as a justification for the abandonment of other norms. This is a frightening place to be. There is no external other in charge; either we all agree to play by the rules that keep society running or we don't. Either those who recognise the importance of existing political institutions are successful in defending them or they aren't.<sup>480</sup>

Penso que estas análises são extremamente oportunas e acertadas. Mas, ao mesmo tempo, é impossível deixar de manifestar uma certa perplexidade. Afinal, aonde estavam estes observadores até “ontem”? Só agora, no mundo pós-*Brexit* e às vésperas da consagração eleitoral de Donald Trump, é que os observadores políticos se deram conta de que a “politização do Judiciário” representa um arriscado flerte com o autoritarismo? Ora, o saudoso Ronald Dworkin literalmente morreu de velho batendo nesta tecla!

É incrível – e decepcionante – que esta tomada de consciência esteja se manifestando tão tarde (tarde demais?) entre os analistas, cientistas políticos, juristas e observadores críticos. É só agora, quando o nível de descrédito dos políticos atinge níveis calamitosos, que se começa a ver com mais clareza a importância do respeito às estruturas institucionais e normativas da sociedade.

Evidentemente, o Brasil não está de fora do *tsunami* político e econômico que assola todo o ocidente democrático nos dias atuais. Nos últimos dois anos, temos assistido em nosso país uma verdadeira “tempestade perfeita” de instabilidade econômica, acirramento dos ânimos ideológicos e estremecimento das estruturas político-partidárias. A já icônica *Operação Lava Jato*, com todas as polêmicas, críticas e indiscutíveis méritos que a cercam, veio a escancarar a fragilidade epistêmica do nosso Direito pátrio.

Provavelmente o ponto mais crítico desta tensão entre *normatividade sistêmica* e *eficiência* se deu com a decisão do TRF4 no *P.A n° 0003021-32.2016.4.04.8000/RS*, na qual o referido órgão consagrou a tese de que a Lava Jato “não precisa” (!) seguir as regras dos “processos comuns”<sup>481</sup>. Segundo o relator, “É sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada operação 'lava jato' [...], constituem caso inédito (único, excepcional) no Direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”.

<sup>480</sup> HOW strong are the institutions of liberal societies?. *The Economist*, London, 23 ser. 2016. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2016/11/democracy-danger?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/democracy-indangerhowstrongarethelibraryofliberalsocieties>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>481</sup> "LAVA jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 23 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Observe-se que, chegando a tal ponto, estamos diante de uma construção teórica que transcende as distorções mais tradicionais, como é o caso da discricionariedade e do ativismo judicial. Com efeito, a ideia de que “certos casos”, a critério de um juiz, possam simplesmente *existir em um plano fora do raio de abrangência da normatividade conhecida* (existente no ordenamento jurídico), não representa outra coisa senão a criação de um verdadeiro *Metadireito*.

Pergunta-se: dentro desta nova concepção de “Metadireito”, por meio de quais recursos extrajurídicos o julgador fará contato com essas entidades ideais que existiriam fora das estruturas normativas do nosso ordenamento jurídico? Como o juiz fará para “captar”, diretamente de outro plano existencial que está além do nosso, as respostas jurídicas “puras” ou “ideais” que as nossas vãs estruturas normativas terrestres não são capazes de responder? E quais seriam os padrões analítico-filosófico-epistemológicos para distinguirmos os “processos comuns”, nos quais o julgador deve observar as normas existentes, dos “processos incomuns”, nos quais o julgador estaria autorizado a criar uma normatividade própria “ad hoc”?

É forçoso reconhecer que há, nisso tudo, uma mistura de idealismo filosófico, espiritualismo jurídico, neoplatonismo metafísico e até mesmo uma inesperada reprimatização de noções próprias do velho Direito Natural. Só que, ao contrário de outros tempos, este “novo” Direito Natural não se assenta sobre fundamentos cosmológicos, nem teológicos, nem racionalistas – mas sim única e exclusivamente sobre a *vontade (de poder) da autoridade*.

À toda evidência, é impossível não ver nisso tudo os sintomas claros da falência epistemológica do Direito brasileiro. A celebração do “neoconstitucionalismo” enquanto “discurso moral humanista”, legitimado pelo selo do “pós-positivismo”<sup>482</sup>, consagrou este estado de coisas no qual o Direito passa a ser visto como uma técnica discursiva que deve evitar as dificuldades teórico-analíticas de uma epistemologia substanciosa e privilegiar a confiança na discricionariedade de “bons juízes”.

O combate à discricionariedade e ao ativismo judicial, cabe esclarecer, não é uma questão de “bem contra o mal”, nem de inteligência contra o obscurantismo. Quando o TRF4 pretende dar aos atores da *Operação Lava Jato* poderes “supranormativos” ou “extranormativos”, é possível que esteja fazendo isso com as melhores intenções morais (dar

---

<sup>482</sup> “O fato de se apresentar como tema da moda tem lá seus problemas. O mais grave, certamente, diz respeito à banalização terminológica: o uso em excesso do termo promove uma tal elasticidade em seu campo semântico de significações que, ao final, qualquer postura teórica que se apresente de forma crítica com relação ao positivismo, acaba sendo chamada de pós-positivista. Há uma necessidade premente de se realizar uma limpeza na poluição semântica que cerca esta expressão”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica*. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

eficiência ao combate à corrupção na política, atender as pressões sociais e populares, dar sinais fortes contra a assentada cultura da impunidade, etc). *O problema são as violências – reais e simbólicas - e os rastros de destruição epistemológica e hermenêutica que esse tipo de protagonismo ativista desenfreado geram em nosso ordenamento jurídico.*

Esse estado de anemia epistemológica do Direito brasileiro contemporâneo tem dificultado a clareza da distinção entre *aumento do protagonismo do Judiciário e ativismo judicial* até mesmo para juristas notoriamente qualificados. Veja-se, por exemplo, o que diz o Ministro do STF Luís Roberto Barroso sobre a questão do ativismo judicial:

Nas décadas que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional. Não seria exagero afirmar que prevaleceu, em diversas partes do mundo, o modelo americano de constitucionalismo, com suas características de centralidade da Constituição, controle judicial de constitucionalidade e judicialização das controvérsias envolvendo direitos fundamentais. No presente texto, procurei demonstrar que cortes supremas – como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo – passaram a desempenhar, simultaneamente ao papel contramajoritário tradicional, uma função representativa, pela qual atendem a demandas sociais que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. Por evidente, no desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor suas próprias convicções.<sup>483</sup>

Em um primeiro momento, para aqueles que se preocupam com a questão da discricionariedade e do ativismo judicial, parece aqui que estamos diante de um motivo para alívio. Afinal de contas, Barroso deixa claro que a “função representativa” que ele defende não permite que o juiz constitucional imponha “suas próprias convicções”. Mas, sendo assim, então quais seriam estes parâmetros não-solipsistas e não-individuais que permitiriam para o julgador “ir além” da normatividade? O próprio Barroso responde, no mesmo artigo: cabe ao juiz “interpretar o sentimento social, o espírito do seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia”.

Ora, mas quando um juiz faz considerações morais subjetivas e personalíssimas sobre o “sentimento social”, sobre o “espírito de seu tempo” e sobre “o sentido da história”, como as conclusões destas considerações morais poderiam estar separadas das próprias convicções deste juiz? Como a opinião subjetiva de um indivíduo sobre questões extrajurídicas altamente subjetivas (“o espírito do seu tempo”, “o sentido da história”, “o sentimento social”) poderia estar desvinculada da própria subjetividade solipsista e assujeitadora do sujeito opinante?

---

<sup>483</sup> BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 175.

Como se vê, o elogio ao ativismo judicial vem acompanhando de uma completa despreocupação com a epistemologia do Direito contemporâneo – preferindo, antes disso, se envolver em profundas elocubrações filosóficas, de cunho personalíssimo, sobre questões extrajurídicas absolutamente subjetivas: qual é o sentido da história? Qual é o espírito do nosso tempo? Minha dúvida, aqui, seria apenas uma: o que o Direito, enquanto instituição social normativa, tem a ver com essas dúvidas existenciais que só dizem respeito às crenças pessoais de cada indivíduo?

Há motivos de sobra para sermos cétricos em relação a eventuais tentativas de instituir a coerência e a integridade em nosso ordenamento jurídico sem o amparo da filosofia jurídica e, mais especificamente, de estratégias hermenêuticas e epistemológicas. Entre as que estão em andamento no momento, provavelmente a principal delas vem a ser a aposta no “novo” Código de Processo Civil enquanto instrumento fundador de um “sistema de precedentes” no Direito brasileiro – apostando numa mixagem da nossa tradição de *Civil Law* com um novo sistema improvisado de *Common Law*.<sup>484</sup>

Esta estratégia de integração pela via do instrumentalismo processual me parece ingênua, para dizer o mínimo. Parece apostar, num verdadeiro ato-de-fé, que a cultura judiciária brasileira - marcadamente solipsista e sempre resistente a quaisquer restrições às dinâmicas de poder que a favorecem – irá “evoluir” rumo ao aperfeiçoamento democrático pela simples via do “canetaço” legislativo.<sup>485</sup>

---

<sup>484</sup> Sobre isso, Streck e Abboud observarão que: “Ora, o precedente genuíno no common law nunca nasce desde sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente. Ou seja, no common law, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões. Essa realidade é encoberta e escamoteada quando partimos nossas reflexões a partir da premissa o CPC-2015 criou um sistema-de-precedentes. Falta só alguém sugerir que o legislativo elabore precedentes...! O CPC-2015 elenca determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. Mas não se trata de sistema-precedentes. O que não significa que o artigo 927 não possa contribuir para resolução de diversas mazelas judiciais contemporâneas. Contudo, para que essa contribuição não seja feita às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, o CPC-2105 deve ser lido conforme à Constituição — não o contrário! — e para tanto, precisamos parar de iniciar sua leitura como se fosse um dado a instituição do sistema de precedentes no Brasil”. STRECK, Lenio Luiz; ABBODU, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>485</sup> Todavia, cumpre destacar que: a) a predisposição de fortalecer a jurisprudência pode, sim, render bons frutos para a coerência e integridade do ordenamento jurídico brasileiro – desde que sejam deixadas de lado as concepções de “sistema de precedentes” que, na prática, servirão apenas como instrumento de controle dos tribunais superiores sobre as instâncias inferiores, instituindo uma espécie de neopositivismo exegético no

Questiono: como a doutrina jurídica brasileira, sem um *background* epistemológico minimamente qualificado, irá evitar que esta estratégia normativa de *fechamento operacional* do sistema seja desfigurada pelo estamento judiciário e darwinianamente adaptada para operar como um *instrumento de conveniência da política judiciária* – sobretudo em favor das relações de proximidade com a arena política, nos tribunais superiores?

Há muitas questões em aberto a respeito de como poderia se constituir uma *epistemologia jurídica do Constitucionalismo Contemporâneo*. Alguns pontos de partida, no entanto, me parecem claros. O primeiro é bastante óbvio: operadores do Direito, autoridades, juristas, pesquisadores e estudiosos do Direito precisam superar o já mencionado vício da *paralaxe epistemológica*. O Direito não pode ser “rígido” num momento e “flexível” no outro, na medida da conveniência do sujeito enunciante. O Direito não pode ser *epistème* num momento e poesia, prudência ou arte em outro. *A escolha por uma matriz epistemológica implica na aceitação das consequências lógicas e razoáveis da escolha realizada*. O argumento de “textura aberta” que hoje sustenta uma decisão judicial que aprovamos pode ser usado, amanhã, para sustentar uma outra decisão que reputamos abominável. Significa dizer, de forma coloquial, que não se pode trocar de matriz epistemológica como se troca de roupa.

Além daqueles pontos já sustentados ao longo do presente trabalho, é fundamental também que uma epistemologia do Direito democrático dos dias atuais mantenha uma relação íntima com a *fenomenologia do poder*. A Ciência do Direito precisa ser capaz de dar substância epistemológica para o Direito e de fortalecê-lo enquanto discurso de interdição. “Interdição”, aqui, compreendida não apenas como intervenções na vida do cidadão jurisdicionado, mas sobretudo interdição do poder – político, econômico, midiático, religioso, etc. O Direito, na democracia da hipercomplexidade, precisa ter/ser *poder* em duas dimensões distintas e simultâneas: potência e ato. *O Direito é um poder que interdita poderes*.

A lição mais óbvia e elementar sobre a natureza do poder, no entanto, é a de que nenhum poder gosta de ser limitado. É por isso que a longa história do Direito (sobretudo Constitucional), em sua evolução como instrumento de contenção e interdição de poder, é repleta de percalços, retrocessos momentâneos e dificuldades. Para diferentes poderes que atuam na sociedade contemporânea, o Direito serviria muito melhor como mero *discurso de legitimação do poder constituído* do que como *instrumento democrático de interdição de poder*. É por isso que nenhuma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo deve

---

qual o “precedente” passa a figurar na condição idealista que outrora era ocupada pela lei, capaz de “conter dentro de si todo o Direito”; b) o CPC/2015 de fato dá uma contribuição importante para o combate à discricionariedade judicial no momento em que extirpa do ordenamento jurídico a velha figura do “livre convencimento” do juiz.

resvalar na ingenuidade de ser concebida como uma teoria puramente filosófica, ignorando a dimensão fático-social do Direito.

A epistemologia jurídica precisa, em caráter permanente, exercer um papel de análise crítica das dinâmicas de poder na sociedade. Um dos axiomas do qual ela poderia partir, por exemplo, seria este: *à nenhuma autoridade poderá ser permitido conceder a si mesma o poder de criar, por uma criteriologia própria, um enunciado ou standard jurídico que tenha qualquer espécie de efeito prático normatizante sobre a vida alheia.*

Em outras palavras, nenhuma autoridade pode regular a vida de outrem com base em teses pessoais ou hipóteses próprias. É claro que uma tese ou hipótese pode ser doutrinária ou academicamente construída e resultar, por uma via construtiva, em um futuro *standard* interpretativo judicial, dotado de implicações normativas. *Mas este procedimento não pode ser uma construção subjetiva, individual e casuística de uma autoridade (ou de um coletivo delas).* A autoridade não pode se converter em um sistema autossuficiente, fechado, autorreferencial e autorreprodutivo. O papel do poder e das dinâmicas de poder, como se vê, tornam-se peça fundamental no projeto de uma epistemologia do Constitucionalismo Contemporâneo.

Da mesma forma, a epistemologia jurídica contemporânea precisa manter uma relação permanente de diálogo com a hermenêutica jurídica e com a filosofia da linguagem<sup>486</sup>. Ela precisa zelar por um Direito que seja efetivo enquanto instrumento de comunicação com o entorno social. O Direito precisa ser capaz de dizer algo para a sociedade – algo dotado de sentido, valor, coerência e integridade. Nenhuma epistemologia jurídica pode endossar um Direito aleatório e solipsista, que funciona como uma “caixinha de surpresas” para a sociedade e até mesmo para os próprios operadores do Direito, juristas e acadêmicos.

É aqui que reside, também, outro grande desafio para uma epistemologia jurídica adequada ao Direito democrático contemporâneo: ela deve contribuir para que o Direito possa lidar com um *input* cada vez mais complexo (vale lembrar, remetendo novamente ao primeiro capítulo deste trabalho, que tal realidade é um fato que se impõe na democracia contemporânea) e, ao mesmo tempo, que ele seja capaz de devolver à sociedade um *output* tão simples quanto possível – *sem prejuízo* nem da complexidade do *input*, nem da complexidade de seus processos internos e das metodologias e técnicas a serem observadas nestes processos.

---

<sup>486</sup> “Aliás, como venho deixando isso claro principalmente na 3ª edição do Verdade e Consenso, não é ‘proibido’ fazer epistemologia na hermenêutica. Trata-se de níveis diferentes (nível hermenêutico e o nível apofântico). [...] Esse ‘vetor de racionalidade de segundo nível’ – explicitativo – é perfeitamente compatível com a hermenêutica, desde que não se situe como elemento ‘construtor’ do próprio conhecimento (mundo compartilhado na pré-compreensão)”. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 163.

Aqui, o Direito e a Ciência do Direito têm muito a ganhar com uma relação de proximidade com o avanço das tecnologias e, sobretudo, com uma relação interdisciplinar permanente com a sociologia jurídica, com destaque para os esforços da *Teoria dos Sistemas Autopoieticos* no que diz respeito às possibilidades de redução de complexidades no funcionamento operacional e comunicação entre diferentes sistemas.

Em um mundo no qual o discurso científico assume cada vez mais a condição de uma autoridade legitimada não pela força, mas sim pela sua capacidade de dar respostas esclarecedoras e qualificadas para os problemas humanos, também o Direito deve estar atento para o risco de que a (má) qualidade de seus fundamentos científicos tende a comprometer a sua legitimidade enquanto instrumento democrático de controle, regulação e desenvolvimento social – especialmente se queremos pensar o Direito fora de um paradigma estático de legitimação de uma ordem previamente constituída, transcendendo a simplicidade aprisionadora de um *paradigma da autoridade*.

Barretto dirá que “a questão central da filosofia do direito na contemporaneidade reside na necessidade de um diálogo contínuo com as ciências e, especialmente, com a ciência do direito [...]”. O lugar crítico da filosofia do Direito servirá para desconstruir o paradigma “tanto ontológico, como epistemológico e axiológico, do positivismo jurídico, marca registrada da cultura jurídica brasileira durante o último século”<sup>487</sup>.

Assim como, há quatro décadas, Dworkin nos fez refletir com a provocação de que é importante “levar o Direito a sério”, este parece ser o momento de estendermos este alerta para, da mesma forma, trabalharmos em prol de uma Ciência do Direito *levada a sério*. Vivemos em tempos de turbulência, ansiedade, instabilidade e incerteza. A hora da teoria é agora.

---

<sup>487</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de la filosofia*. Barcelona, Montaner Y Simon, 1955. t. 1.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ABEL, Henrique. A política e a sociedade do pós-guerra fria sob a ótica da modernização reflexiva e da crítica pós-colonial. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 121-136, jul./dez. 2011.
- ABEL, Henrique. O protagonismo político-econômico da China no cenário global e seus efeitos sobre o modelo de democracia liberal ocidental: perspectivas sobre o futuro da democracia no século XXI. In: VITA, Jonathan Barros; MALISKA, Marcos Augusto. *Direitos fundamentais e democracia II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 461-486.
- ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012. p. 111.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: ROSA, Alexandre Morais da et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRITO, Adriano Naves de. Prescrição e descrição: o diálogo oblíquo entre ciência e moral. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- CANÁRIO, Pedro. Juízes da Suprema Corte dos EUA quase não discordam de quem os indicou, diz estudo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/justices-suprema-corte-nao-discordam-quem-indicou>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law, and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica*. São Paulo: Mestre Jou, 1972.
- COASE, R.H. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- A COUP against the Supreme Court. *The New York Times*, New York, 7 Nov. 2016. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2016/11/07/opinion/a-coup-against-the-supreme-court.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&\\_r=2](http://www.nytimes.com/2016/11/07/opinion/a-coup-against-the-supreme-court.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&_r=2)>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DECISÃO judicial deve dar respostas a todas as questões levantadas pelo autor. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09/sentenca-responder-todas-questoes-levantadas-autor>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DEMOCRACY index 2015: democracy in an age of anxiety. *The Economist*, London, 2015. Disponível em: <<http://www.yabiladi.com/img/content/EIU-Democracy-Index-2015.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 201.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DORE, Isaak I. *The epistemological foundations of law*. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

DORTIER, Jean-François. *Dicionário de ciências humanas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? *Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, set./dez. 2001.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 25, n. 2, Spring, 1996.

EDEL, Gert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENUNCIADOS aprovados. In: SEMINÁRIO - O poder judiciário e o novo código de processo civil. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FITZPATRICK, Peter. *Law as resistance: modernism, imperialism, legalism*. Dartmouth, 2008.

FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

FITZPATRICK, Peter. *The mythology of modern law*. New York: Routledge, 1992.

FITZPATRICK, Peter. What are the gods to us now? secular theology and the modernity of law. *Theoretical Inquiries in Law*, [S.l.], v. 8, n. 1, Jan. 2007.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FREEMAN, Michael. *Introduction to jurisprudence*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2014.

GAETA, Rodolfo. A filosofia da ciência hoje: a crítica da crítica e o retorno ao realismo. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

GRECO, John; SOSA, Ernest (Org.). *Compêndio de epistemologia*. São Paulo: Loyola, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Haidt, Jonathan. *The righteous mind*. London: Penguin Books, 2013.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford University Press, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

HOW strong are the institutions of liberal societies?. *The Economist*, London, 23 Sept. 2016. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2016/11/democracy->

danger?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/democracyindangerhowstrongarethetheinstitutionsofliberalsocieties>. Acesso em: 20 nov. 2016.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo, 2003.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça?* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. The function of a Constitution. In: TUR, Richard; TWINING, William (Ed.). *Essays on Kelsen*. New York: Clarendon Press, 1986.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

"LAVA jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 23 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. [S.l.], 2004. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17062062/Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky>>. Acesso em: 07 ago. 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES JR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 4 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3: Do século XX à pós-modernidade.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. *The reality of the mass media*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

MACKOR, Anne Ruth. Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, Oxford, v.1, n. 3, 2013.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Criação de enunciados interpretativos sobre novo CPC é iniciativa louvável. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-09/criacao-enunciados-interpretativos-cpc-louvavel>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

MARIÁS, Julián. *Introdução à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1966.

MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L. (Ed.). *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. Chap. 3.

MATSUURA, Lilian; VASCONCELLOS Marcos de. "Com executivo e legislativo em crise, o judiciário tomou conta de tudo". *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

MAZOWER, Mark. Ideas that fed the beast of fascism flourish today: the crisis of political institutions provides striking parallels with the 1930. *Financial Times*, London, 6 Nov. 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/599fbbfc-a412-11e6-8898-79a99e2a4de6>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013.

OKASHA, Samir. *Philosophy of science: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 29.

PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. *Notícias STF*, Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Saraiva, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier: Konrad Adenauer: Campus, 2012.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRAZOS processuais de juizados especiais passam a ser contados em dias corridos. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 5 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-05/prazos-juizados-especiais-passam-contados-dias-corridos>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, jul./dez. 2013.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* para uma crítica do direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORTY, Richard. *Contingency, irony, and solidarity*. Cambridge: CUP, 1989.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. New Jersey: Princeton University Press, 1979.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*. Paidós: Barcelona, 2010.

RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. A cumplicidade da verdade (científica) e o poder, sua incidência nos modos de subjetivação. In: REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira; ROHDEN, Luiz (Org.). *A filosofia e a ciência redesenham horizontes*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SAMUEL, Geoffrey. Interdisciplinary and the authority paradigm: should law be taken seriously by scientist and social scientists? *Journal of Law and Society*, [S.l.], v. 36, n. 4, Dec. 2009.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCOTT, Robert E. Chaos theory and the justice paradox. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 35, n. 1, Article 12, 1993.

SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle Pearse. The most-cited law review articles of all time. *The Michigan Law Review*, [S.l.], v. 110, n. 8, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Carlos Sousa. *Direito é ciência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Da ‘justeza dos nomes’ à “justeza da resposta” constitucional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 43, n. 50, jul./dez. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em: 19 set. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Um encontro de titãs: Kelsen, Hart & Cia analisam acórdão do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 07 jul. 2016. Disponível em: <<http://www>>.

conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>. Acesso em: 20 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 23, n. 5, 1989.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TORRANO, Bruno. Richard Posner em: O que (não) é o pragmatismo jurídico. *Empório do Direito*, [S.l.], 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 01 set. 2016.

TRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNITED STATE. National Archives and Records Administration. College Park, MD, 2016. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade.

WARD, Ian. *Introduction to critical legal studies*. 2nd ed. Oxfordshire: Routledge-Cavendish, 2004.

WESTPHAL, Merold. A hermenêutica enquanto epistemologia. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (Org.). *Compêndio de epistemologia*. São Paulo: Loyola, 2012.

WILSON, Alida. Is Kelsen really a Kantian? In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. *Normativity and norms*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ZIZEK, Slavoj. *Demanding the impossible*. Cambridge: Polity Press, 2013.

**ANEXO A - DECLARATION**

I, **Peter Fitzpatrick**, PhD, Anniversary Professor at the School of Law of Birkbeck, University of London, declare that I supervised the activities developed by the doctoral candidate **Henrique Abel** in his four-month period (September-December 2015) as *Visiting Student* at Birkbeck (“Split-Phd” research period).

I declare my approval of the research and academic activities developed by the Visiting Student in the period mentioned, and express my conviction that the ongoing work on the student’s doctoral thesis is suited and adequate to the research objectives of the candidate, as presented in the thesis’s project.



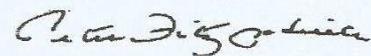
**Professor Dr. Peter Fitzpatrick**  
London, UK  
March 22, 2016

## DECLARATION

I, **Peter Fitzpatrick**, Anniversary Professor of Law at Birkbeck College in the University of London, declare that I accept the co-supervision of the research and doctoral thesis developed by doctoral candidate **Henrique Abel**, mainly supervised by Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto of *Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos*, Brazil, in accordance with the thesis project submitted by the candidate (entitled "The Grounds for Legal Epistemology in Post-Positivism Times: Relations Between Law, Philosophy and Policy in the Contemporary Constitutionalism").

I declare my approval of the activities schedule presented in the candidate's project, covering the period of his visit to the School of Law of Birkbeck College, between September 2015 and December 2015, and declare that I am able to ensure the oversight and supervision of the research activities to be undertaken by the candidate in this college, and that he will benefit from the research facilities and institutional support of the School of Law of Birkbeck College.

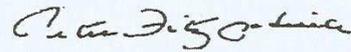
I express my conviction that the submitted project is suited to the applicant's objectives, ensuring all chances of success in the preparation of the thesis that the applicant intends to present in Unisinos, right after the period of his research as Visiting Student in the School of Law of the Birkbeck College.



**Professor Peter Fitzpatrick**  
London, UK  
March 02, 2015

## DECLARATION

I, **Peter Fitzpatrick**, Anniversary Professor of Law at Birkbeck College in the University of London, declare that, having accepted the co-supervision of the research and doctoral thesis developed by doctoral candidate **Henrique Abel**, mainly supervised by Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto of *Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos*, Brazil, and having extensively corresponded with the candidate and discussed his proposed research with him, declare that I find the candidate to be entirely proficient in the use of the English language.



**Professor Peter Fitzpatrick**  
London, UK  
March 25, 2015

### **SPLIT-PhD – RESEARCH AND ACTIVITIES REPORT**

- CANDIDATE: *HENRIQUE ABEL*
- CO-SUPERVISOR: PROF. DR. PETER FITZPATRICK
- PERIOD: *03/09/2015 – 28/12/2015*
- TITLE OF THE THESIS: *THE EPISTEMOLOGICAL FOUNDATIONS OF LAW IN THE PARADIGM OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM: RELATIONS BETWEEN POLICY, PHILOSOPHY AND LAW ON POST-JUDICIAL POSITIVISM TIMES.*

### **LECTURES AND PRESENTATIONS ATENDED**

- 1) HEINZE, Eric. *Hate Speech and Democratic Citizenship*. Presentation held at Wolfson College, University of Oxford, 29/10/2015;
- 2) SACHS, Ben. *Contractarianism as a political morality*. Presentation held at The Aristotelian Society, Senate House, 02/11/2015;
- 3) JAGGER, Bianca. *Why we must defend the Human Rights Act*. Presentation held at the Annual Lecture of Birkbeck School of Law, Senate House, 06/11/2015;
- 4) Conference *Migration – Borders & Violence*, promoted by the Birkbeck Law Review, held at Birkbeck on 13/11/2015 and 14/11/2015;
- 5) DOUZINAS, Costa; TSOUKALAS, Konstatinos. *The Left in Power? The Syriza Government in Greece*. Presentation held at Birkbeck, 27/11/2015;
- 6) ZIZEK, Slavoj. *Hegelian Battles*. Three lectures (two hours each) held at Birkbeck on 02/11/2015, 03/11/2015 and 04/11/2015.

**MEETINGS, REUNIONS AND READING GROUP PARTICIPATIONS**

- 1) First reunion with Professor Peter Fitzpatrick, co-supervisor of the thesis, in his office (07/09/2015);
- 2) Group discussion about the paper “The Exampleless Example of the Infinite Particulars of Early Modern Common Law”, by Peter Goodrich. Presentation by Angela Condello, held at Professor Peter Fitzpatrick’s office.
- 3) Second reunion with Professor Peter Fitzpatrick, in his office, with conversations about the major themes and questions about the thesis in development (24/09/2015);
- 4) Lunch with Professor Peter Fitzpatrick and Ricardo Miranda (14/10/2015);
- 5) Group discussion, held at Professor Peter’s office, about the paper “Putting community under erasure – Derrida and Nancy on the plurality of singularities”, by Marie-Eve Morin (12/11/2015);
- 6) Group discussion, held at Professor Peter’s office, with presentations about the individual researches of the participants (10/12/2015).

**PAPERS – FULL READINGS**

- 1) FITZPATRICK, Peter. *Access as Justice*;
- 2) FITZPATRICK, Peter. *What are the gods to us now? Secular Theology and the Modernity of Law*;
- 3) FITZPATRICK, Peter. *Finding normativity: immigration policy and normative formation*;
- 4) FITZPATRICK, Peter. *Political Agonism and the (im)possibility of Law: Kafka’s Solution*;
- 5) FITZPATRICK, Peter. *Marking time: temporality and the imperial cast of occidental Law*. Birkbeck Law Review, Vol. 1, Issue 1, April 2013;

- 6) FITZPATRICK, Peter. *Ultimate plurality: international Law and the possibility of resistance*;
- 7) GOODRICH, Peter. *The Exampleless Example of the Infinite Particulars of Early Modern Common Law*;
- 8) MORIN, Marie-Eve. *Putting community under erasure: Derrida and Nancy on the plurality of singularities*;
- 9) SAMUEL, Geoffrey. *Interdisciplinary and the authority paradigm: should Law be taken seriously by scientists and social scientists?;*
- 10) SMALL, Mark A. *The normative foundation of social science in Law revisited: a reply to Melton*;
- 11) TEUBNER, Gunther. *How the Law thinks: towards a constructivist epistemology of Law*;
- 12) SACHS, Benjamin. *Contractarianism as a Political Morality*.

#### **RESEARCH – BOOKS/JOURNALS CONSULTED**

- 1) DORE, Isaak I. *The Epistemological Foundations of Law*;
- 2) FITZPATRICK, Peter. *Law as Resistance*;
- 3) FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the Grounds of Law*;
- 4) FITZPATRICK, Peter. *The Mythology of Modern Law*;
- 5) FITZPATRICK, Peter; GOLDER, Ben. *Foucault's Law*;
- 6) FREEMAN, Michael. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*;

- 7) MARTIN, Margaret. *Judging Positivism*;
- 8) MORRISON, Wayne. *Jurisprudence – From the Greeks to Post-Modernism*;
- 9) WARD, Ian. *Introduction to Critical Legal Theory*;
- 10) VEITCH, Scott. *Moral Conflict and Legal Reasoning*;
- 11) SHARRATT, Bernard. *Legal Fictions*;
- 12) WEINREB, L. Loyd. *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*;
- 13) ZIZEK, Slavoj. *Absolute Recoil*;
- 14) ZIZEK, Slavoj. *Demanding the Impossible*.
- 15) *Law, Culture and the Humanities* (Vol. 11, Issue 2, 2015).
- 16) STAVROPOULOS, Nicos. *Objectivity in Law*.
- 17) DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (editors). *Law as Institutional Normative Order*.

#### **RESEARCH – OTHER ARTICLES/PAPERS OBTAINED AND CONSULTED**

- 1) BARRETO, José-Manuel. *Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice*.
- 2) ENGLE, Eric. *Ontology, Epistemology, Axiology: Bases for a Comprehensive Theory of Law*;
- 3) FITZPATRICK, Peter. *Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights*.
- 4) FITZPATRICK, Peter. *Righteous Empire*.

- 5) INOUE, Tatsuo. *Constitutional Legitimacy Reconsidered: Beyond the Myth of Consensus*.
- 6) JIMÉNEZ, Jorge Eliécer Cardona. *Epistemología y derecho. Apuntes para un estudio crítico de la teoría jurídica*.
- 7) LEITER, Brian. *Prospects and Problems for the Social Epistemology of Evidence Law*.
- 8) LIEDERBACH, Mak. *Natural Law and the Problem of Postmodern Epistemology*;
- 9) NICOLSON, Donald. *Taking Epistemology Seriously: 'Truth, Reason and Justice' Revisited*.
- 10) MACHIN, Dean. *Democracy, Judicial Review and Disagreements About Justice*.
- 11) MACKOR, Anne Ruth. *Law as an Abstract Object*.
- 12) MAFFIE, James. *Naturalism, Scientism and the Independence of Epistemology*.
- 13) MENDES, Conrado Hubner. *Is it All About the Last Word?*
- 14) RAELIN, Joseph A. *Toward an Epistemology of Practice*.
- 15) WALDRON, Jeremy. *Legislatures Judging in Their Own Cause*.

#### **BOOKS ACQUIRED**

- 1) DORE, Isaak I. *The Epistemological Foundations of Law*;
- 2) FITZPATRICK, Peter. *Modernism and the Grounds of Law*;
- 3) FREEMAN, Michael. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*;
- 4) WARD, Ian. *Introduction to Critical Legal Theory*;
- 5)

6) ZIZEK, Slavoj. *Absolute Recoil*;

7) ZIZEK, Slavoj. *Demanding the Impossible*.

### **WRITINGS**

- 1) Thesis' introduction: 15 pages;
- 2) New Summary of Contents;
- 3) Chapter 1.1: 30 pages (completed);
- 4) Chapter 2.3: 20 pages (still in development).

### **OTHER ACTIVITIES**

- 1) Meeting with Shabna Begum (Birkbeck) to obtain Visiting Student ID and Library Card (16/09/015).
- 2) Registration as member of the SLSA (Socio-Legal Studies Association);
- 3) Registration as member of The Aristotelian Society;
- 4) E-mail sent to the supervisor of the thesis (11/11/2015), Prof. Vicente de Paulo Barretto, with updates about the research and other activities developed by the candidate;

**From:** Peter Fitzpatrick [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk]  
**Sent:** sábado, 19 de dezembro de 2015 08:37  
**To:** Henrique Abel  
**Subject:** Report

Dear Henrique,

Thank you for your email of 18<sup>th</sup> and for the hugely impressive report. You have covered so much in such a short time and it all reads like a wonderful intellectual adventure except there seems to be too much of this Fitzpatrick person.

Greatly enjoyed our museum adventure. I should have thought of this earlier, but would you mind sending me your residential address in London as I would like to post to you a small gift (a photo card from our garden) for Fernanda.

With all good wishes,

Peter

Peter Fitzpatrick  
Anniversary Professor of Law  
School of Law  
Birkbeck  
Malet Street  
London WC1E 7HX  
Tel: (0)20 3073 8116/(0)1227 710554  
Fax: (0)20 7631 6506  
Email: [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk](mailto:peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk)

**From:** Peter Fitzpatrick [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk]  
**Sent:** terça-feira, 29 de setembro de 2015 16:34  
**To:** Henrique Abel  
**Subject:** To continue  
**Attachments:** Copyright Paper - Final2.doc; Agonism Political and Kafka.doc

Dear Henrique,

Have been thinking about how one could work on the combining of the determinate and the responsive in and as law without giving in to the unlimited 'discretion' seemingly indulged in by Brazilian judges. Of course there has to be an existing referent to which the responsive can attach and relate but that does not restrict 'discretion' to any great extent. And of course the remarkable piece by Peter Goodrich is a brilliant instance of how the huge diversity of referents drawn in by the 'discretion' of these judges in early modernity produced the tradition of the common law and so endowed judicial decision making within that field with some orientation and flexibility whilst maintaining responsiveness. You might find the idea of 'tradition' developed in the first seven or eight pages of the attached paper helpful in conceptualizing that process.

Another way of doing so could be imagining what would be the 'society' that would result from the absence of this tradition or something like it. Here Kafka would be at the forefront and particularly in *The Trial*. The other attachment is a recent paper on this theme and you might like to consider also the particular engagement in that paper with his parable *The Problem of Our Laws*.

All the best for now,  
Peter  
Peter Fitzpatrick  
Anniversary Professor of Law  
School of Law  
Birkbeck  
Malet Street  
London WC1E 7HX  
Tel: (0)20 3073 8116/(0)1227 710554  
Fax: (0)20 7631 6506  
Email: [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk](mailto:peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk)

**From:** Peter Fitzpatrick [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk]  
**Sent:** domingo, 20 de setembro de 2015 06:27  
**To:** Henrique Abel  
**Subject:** Update and Thesis

Dear Henrique,

Thank you for your email of 17<sup>th</sup>. I am glad these matters have been settled and am sorry that it did not prove to be possible to deal with all of them earlier.

Thank you also for your email of 10<sup>th</sup> and the fascinating description you provide of judicial decision making in Brazil. It is a very significant issue that you are dealing with. The elements of 'discretion' and the "subjective' if taken generally as far as the judges you describe seem to take them, then it would be impossible to have any confidence at all in what a decision is likely to be and the ultimate consequence would be the impossibility of having law at all! And with the absence of law as the normative condition of our being-together in and as a society, it is difficult to see how there could be a society.

If you intended to come to the reading group conducted by Angela Condello this coming Thursday 24<sup>th</sup>, we could meet afterwards if this would be convenient for you and discuss these matters further.

All the best for now,  
Peter

Peter Fitzpatrick  
Anniversary Professor of Law  
School of Law  
Birkbeck  
Malet Street  
London WC1E 7HX  
Tel: (0)20 3073 8116/(0)1227 710554  
Fax: (0)20 7631 6506  
Email: [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk](mailto:peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk)

**From:** Peter Fitzpatrick [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk]  
**Sent:** terça-feira, 8 de setembro de 2015 17:53  
**To:** Henrique Abel  
**Subject:** Thesis

Dear Henrique,

Was delighted to meet you on 7<sup>th</sup> and hope everything is going well with your settling into Birkbeck. As I mentioned, do let me know of any problems that arise which I may be able to help with.

As I also mentioned, it seems to me that the main challenge posed by the outline of your thesis is how Dworkin can help resolve the divide between law as necessarily responsive and law as necessarily determinate. This point was dramatised by your instancing how in Brazil judges can, by resorting to Dworkinian argument, chose which 'principles' they are going to bring to bear in making their decisions. I wonder whether your resort to 'morals' takes matters any further. Could not judges pick between a range of moral prescriptions?

Of course, stratagems have been devised in order to lend something like substance to this realm in-between the responsive and the determinate. Legal positivism could be seen itself as such a stratagem, and paradoxically it could be seen as impelled by law's very responsiveness and the need to secure some kind of resolution of a determinate kind whenever a decision is made in and as law. Constitutions are also another obvious attempt to, as it were, tie down law by way of some ultimate resort which at least could restrict the range of reference available when bringing the responsive into determination. But notoriously, of course, constitutions themselves are subject to 'interpretation' and going on the experience of some interpretations of some constitutions they are hardly any less likely to be flexible and subject to judicial discretion of a wide ranging kind than 'ordinary' legal decisions. Indeed, given the generality for which constitutions typically provide, it could be said that the range of discretion of a judicial kind, and indeed of other kinds, in making legal decisions would be usually much wider than with more detailed or ordinary legal provisions.

In search of a 'solution', then, are we not inevitably required to look at the processes and content of norm formation in and as the society whose law is being considered? Given the conflicts, diversity, and hegemonic assertion that go into the formation of a society's norms we are not dealing here with any readily available resolution. But would it not advance matters considerably if judges and legislators had to be more explicit about the formation of the norms which they are drawing on in making law? With judges this could derogate from their 'image' as being impartial and apart from social and political pressures. But it would also have the effect of providing a basis on which to, as it were, test adherence to such ethical imperatives of judicial decision making as impartiality and the application of equality before the law.

Another possible stratagem for dealing with all this is, perhaps, would be to incorporate within and as law making the contributions of various groups within society such as the processes provided for in the Bolivian constitution.

Doubtless morals would be relevant to all of this but it seems to me that there are factors and issues involved which range beyond the scope of morality. I look forward to pursuing these matters further with you.

With all good wishes,  
Peter

Peter Fitzpatrick  
Anniversary Professor of Law  
School of Law  
Birkbeck

Malet Street

London WC1E 7HX

Tel: (0)20 3073 8116/(0)1227 710554

Fax: (0)20 7631 6506

Email: [peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk](mailto:peter.fitzpatrick@clickvision.co.uk)