



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO CORDEIRO GONDIM DE PAIVA**

**UM ENFRENTAMENTO DO SUBJETIVISMO PARTICULARISTA NO DIREITO A  
PARTIR DO REPASSE DOS FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO DE  
BARROSO**

**FORTALEZA**

**2017**

THIAGO CORDEIRO GONDIM DE PAIVA

UM ENFRENTAMENTO DO SUBJETIVISMO PARTICULARISTA NO DIREITO A  
PARTIR DO REPASSE DOS FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO DE  
BARROSO

Dissertação de mestrado apresentada à banca  
examinadora como requisito parcial para  
conclusão do curso de Mestrado do Programa  
de Pós-Graduação em Direito da Universidade  
Federal do Ceará. Área de Concentração:  
Ordem Jurídica Constitucional

Orientadora: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz  
Campos

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- P171e Paiva, Thiago Cordeiro Gondim de.  
Um enfrentamento do subjetivismo particularista no direito a partir do repasse dos fundamentos do constitucionalismo de Barroso / Thiago Cordeiro Gondim de Paiva. – 2017.  
153 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2017.  
Orientação: Prof. Dr. Juliana Cristine Diniz Campos.
1. Reviravolta da Linguagem. 2. Ativismo. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Luís Roberto Barroso. 5. Positivismo. I. Título.

CDD 340

---

THIAGO CORDEIRO GONDIM DE PAIVA

UM ENFRENTAMENTO DO SUBJETIVISMO PARTICULARISTA NO DIREITO A  
PARTIR DO REPASSE DOS FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO DE  
BARROSO

Dissertação de mestrado apresentada à banca  
examinadora como requisito parcial para  
conclusão do curso de Mestrado do Programa  
de Pós-Graduação em Direito da Universidade  
Federal do Ceará. Área de Concentração:  
Ordem Jurídica Constitucional

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)

---

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (Membro Externo)

---

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Membro Interno)

Para minha esposa, Dilia.

## RESUMO

É fato que o judiciário, nos dias atuais, tem ganhado cada vez mais espaço. Porém, isso não significa que o poder judiciário esteja acima de qualquer suspeita e que seja o juiz o depositário fiel das transformações de que a humanidade precisa. Não é o juiz ou o judiciário o maior responsável pela concretização da democracia. Também não é a consciência do juiz o melhor parâmetro para as questões avaliativas. É que, a partir do que se tem chamado de Reviravolta da Linguagem, tem-se refletido sobre questões que sempre foram centrais ao pensamento humano, das quais se poderia certamente incluir o direito e a ética, levando-se em conta outro parâmetro. A questão é que o homem compreende a ele mesmo e o mundo através da linguagem. A linguagem seria, assim, a instância de expressividade do mundo. Mundo e linguagem seriam verso e reverso da mesma medalha. É a partir dela que o homem fala sobre ele, sobre o mundo e se comunica. E, como dimensão reflexiva da qual o ser humano se apresenta como animal racional, seria, portanto, condição de possibilidade da própria racionalidade. Assim, estaria nessa perspectiva a possibilidade de se superar um abismo desenvolvido pela tradição moderna ocidental entre o objetivismo e o subjetivismo. Dito isso, para se entender a questão do subjetivismo presente no modo de agir ativista que se tem verificado no judiciário brasileiro, optou-se por se refletir sobre os fundamentos teóricos e filosóficos que são indicados por Luís Roberto Barroso, ministro do STF e nome bastante forte para o neoconstitucionalismo local, doutrina que inegavelmente tem assumido a defesa dessa militância do judiciário em prol de uma transformação para melhor da sociedade. A ideia foi verificar se os pressupostos teóricos e filosóficos autorizariam o subjetivismo particularista presente no ativismo. Os fundamentos indicados por Barroso e ora refletidos são: a Pós-modernidade, a Escola Crítica e uma pretensa superação do Positivismo pelo Pós-positivismo. E o que se verificou do repasse crítico sobre essas bases teóricas é que o que elas revelam, ao contrário da sugerida pauta subjetivista, é a necessidade de se fomentar processos dialogais. E que o positivismo que se cogita ser superado é o mero tecnicismo desprovido de ética.

Palavras-chave: Reviravolta da Linguagem; Ativismo; Neoconstitucionalismo; Luís Roberto Barroso; Positivismo

## **ABSTRACT:**

It is a fact that the judiciary, nowadays, has obtained more and more space. However, this does not mean that judiciary is out of suspicion and that the judge is the faithful custodian of the transformations that humanity needs. It is not the judge or the judiciary who is the main responsible for the realization of democracy. Nor is the judge's conscience the best parameter for evaluative questions. It is that, from what has been called the Linguistic Turn, it has been reflected on issues that have always been central to human thought, from which one could certainly include law and ethics, taking into account another parameter. The point is that man understand himself and the world through language. Language would thus be the instance of expressiveness of the world. World and language would be two sides of the same medal. It is from it that man talks about himself, about the world and communicates. And as a reflexive dimension of which the human being presents itself as a rational animal, it is, therefore, a condition of possibility of rationality itself. Therefore, in that point of view would reside the possibility of overcoming an abyss developed by the modern western tradition between objectivism and subjectivism. That being said, in order to understand the issue of subjectivism present in the activist way of acting that has been verified in the brazilian judiciary, it was decided to reflect on the theoretical and philosophical foundations that are indicated by Luís Roberto Barroso, minister of the STF and a strong name for local neo-constitutionalism, a theory that has undeniably taken on the defense of this militancy of the judiciary in favor of a transformation for the better of society. The idea was to verify if the theoretical and philosophical presuppositions would authorize the particularist subjectivism present in the activism. The foundations indicated by Barroso and now reflected are: Postmodernity, the Critical School and a pretended overcoming of Positivism by Post-positivism. And what has happened from the critical passthrough on these theoretical bases is that what they reveal, contrary to the suggested subjectivist agenda, is the necessity of fomenting dialogical processes. And that the positivism that is supposed to be overcome is the mere technicism devoid of ethics.

Keywords: Linguistic Turn; Activism; Neo-constitucionalism; Luís Roberto Barroso; Positivism

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A CONFIANÇA NO SUBJETIVISMO COMO O REVERSO DA MEDALHA DO CONSTITUCIONALISMO DE BARROSO.....	20
1.1. Esclarecimentos iniciais.....	20
1.2. Do sucesso editorial.....	22
1.3. Os três marcos.....	25
1.3.1. O marco histórico.....	25
1.3.2. O marco filosófico.....	26
1.3.3. O marco teórico.....	26
1.4. O ativismo no pensamento de Barroso.....	27
1.4.1. A jurisdição constitucional e a diferença entre ativismo e judicialização da política...27	
1.4.2. O modelo mecanicista da relação entre direito e política.....	29
1.4.3. A real relação entre direito e política: o interpretativismo.....	31
1.5. <i>Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro</i> .....	34
1.6. Considerações derradeiras.....	42
2. A PÓS-MODERNIDADE, A TEORIA CRÍTICA E OS MOTIVOS PELOS QUAIS ELAS NÃO SÃO SUPORTE TEÓRICO PARA A PAUTA SUBJETIVISTA.....	45
2.1. Do argumento <i>barrosiano</i> da pós-modernidade.....	45
2.2. Pós-modernidade: um contraponto ao subjetivismo.....	47
2.3. Do argumento da superação da dogmática tradicional pela teoria crítica.....	56
2.4. Teoria como crítica: em busca de uma alternativa.....	57
2.5. A ideologia e a ciência que se passa a considerar.....	62
3. O POSITIVISMO ESQUECIDO POR BARROSO.....	71
3.1. O argumento da superação do positivismo pelo pós-positivismo.....	73
3.2. Os vários positivismos.....	76
3.3. Positivismos jurídicos.....	79
3.3.1. O positivismo exegético não se resumia à literalidade da lei.....	80

3.3.2. John Austin: a autoridade da lei e a necessidade de se pensar a ética a partir de um jogo linguístico distinto.....	83
3.3.3. O direito como finalidade ética em Jeremy Bentham.....	85
3.3.4. O direito como objeto de estudo próprio em Kelsen.....	87
3.3.5. Direito e justiça de Alf Ross: o direito é externo à consciência individual.....	90
3.3.6. Positivismo egológico de Carlos Cossio: o homem é ser crítico e contextualizado.....	93
3.3.7. O garantismo de Luigi Ferrajoli: moral e política são jogos de linguagem externos e a partir deles é possível se refletir criticamente sobre o direito.....	97
3.3.8. Bobbio e os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico: coação, legalidade e império.....	100
3.3.9. O positivismo jurídico metodológico de Herbert Hart: a separação conceitual entre direito e moral.....	103
3.3.10. O positivismo jurídico no debate contemporâneo.....	108
3.4. Destruindo sedimentações.....	122
3.5. Aspectos para uma reconstrução: o tipo de positivismo que se precisaria combater.....	128
CONCLUSÃO.....	134
REFERÊNCIAS.....	138

## INTRODUÇÃO

No que toca ao horizonte teórico, a articulação se desenvolverá tendo por pano de fundo uma mudança de paradigma trazida pela Reviravolta da Linguagem, assumindo-se, assim, a linguagem como tema central do pensamento filosófico<sup>1</sup>, ou seja, como condição de possibilidade da própria compreensão do homem enquanto ser de constituição ontológica especial e, também, da transmissão de conhecimento, da racionalidade e da intersubjetividade, que são características próprias do mesmo ser humano<sup>2</sup>.

Considera-se que a linguagem vem tomando, cada vez mais, papel de destaque na contemporaneidade, mormente, a partir do século passado, fato que tem direta importância na teoria do conhecimento e, portanto, na própria epistemologia. É que a crítica transcendental da razão teria passado por um crivo epistêmico de sentido decorrente de uma crítica da linguagem. A lógica cuidou de tematizar as linguagens naturais e artificiais, a ética preocupou-se em estudar as sentenças declarativas e as normativas e a antropologia as formas da linguagem do ser humano e os mundos nos quais ele está inserido<sup>3</sup>.

A virada filosófica de que se fala, uma espécie de ruptura epistemológica, no sentido tematizado por Kuhn<sup>4</sup>, não seria, então, propriamente, a descoberta de outro campo de estudo, mas uma mudança na própria forma de compreensão. Uma nova maneira de articular perguntas filosóficas. Um novo paradigma, passando a linguagem a objeto de reflexão filosófica.

As perguntas acerca das condições de possibilidade do conhecimento se transmudam em condições de possibilidade da validade intersubjetiva das proposições

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 13.

<sup>2</sup> *ipsis litteris*: “*Numa palavra, depois da reviravolta linguística, não podemos mais analisar nossa capacidade de conhecimento independentemente de nossa capacidade de falar e de agir, uma vez que nós, enquanto sujeitos cognoscentes, já sempre nos encontramos no horizonte de nossas práticas no mundo vivido. Linguagem e realidade então mutuamente imbricadas de tal modo que toda experiência humana é linguisticamente impregnada. Com isso, supera-se definitivamente o “mito do dado”, uma vez que mesmo a experiência sensível já é mediada linguisticamente, de tal modo que perde sua autoridade epistêmica daquela instância que nos daria a realidade pura. Habermas cita aqui a posição de Putnam, para quem elementos que chamamos linguagem ou mente penetram tão profundamente no que chamamos realidade que o projeto de considerar algo independente da linguagem já fatalmente comprometido desde o ponto de partida.*” In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 28

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 11.

<sup>4</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. Passim.

linguísticas e suas relações com o mundo. Isso porque a linguagem seria o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade<sup>5</sup>.

Porém, não se deslembre que Kant já inaugurara, anteriormente, o que ele mesmo veio a chamar de “reviravolta copernicana”, pelo fato de sua obra filosófica ter modificado radicalmente, como que fazendo um giro de cento e oitenta graus, a forma de se articular teorias na tradição ocidental, determinando o pensamento transcendental como paradigma central da modernidade<sup>6</sup>, que retirava os objetos, as coisas ou os entes – como resultado de unidade metafísica fundante que lhes dava suporte existencial<sup>7</sup>, modelo aristotélico-tomista – da centralidade do pensamento teórico.

Para Kant, então, não seria nosso conhecimento que se guiaria a partir dos objetos, mas eles que se nos davam por nosso conhecimento<sup>8</sup>, motivo, portanto, da inversão teórica, dessa anterior “revolução copernicana”. E o resultado disso foi que houve uma transformação na própria metafísica, tendo-se passado a tematizar o universo categorial do sujeito como *medium* do conhecimento.

A metafísica passara a ser, então, a teoria da estrutura conceitual do humano, sendo decorrente da própria natureza do pensar, delimitando-se, a partir dessa estrutura, as condições de possibilidade do conhecimento empírico da natureza, ou seja, das coisas do mundo. E esse modo de pensar subjetivista estabeleceu uma dicotomia entre o pensar e o ser, criando-se um abismo entre sujeito e objeto, fosso que ainda perdura hegemonicamente na atualidade.<sup>9</sup>

Pois bem, é nesse contexto que, por vias distintas, a filosofia analítica – lógica, semântica e pragmática – e a filosofia hermenêutica, realizaram um novo deslocamento

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 13.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 5.

<sup>7</sup> PUNTEL, Lorenz B. *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia: estudos críticos na perspectiva histórico-filosófica*. Trad. Nélcio Schineider. São Leopoldo: ed. Unisinos, 2010. Pag. 55. Nesse sentido, Puntel, comentando o pensamento de Tomás de Aquino: “O característico de toda essa interpretação que concede a essa composição real a primazia no pensamento de Tomás reside na simples afirmação da diferença, sem que ela seja ponderada como tal, ou, dito de outro modo: sem que seja ponderada a identidade dessa diferença. De acordo com essa interpretação, o ‘esse’ é entendido como ato de ser, como ‘actus essendi’ e, em seguida, apreendido em sua pureza mediante uma intensificação, uma elevação ao infinito: uma diferença só pode ser externa a ele e se explica pela ‘essentia’ concebida como potência. Não se pode negar que essa interpretação encontra apoio em um grande número de textos de Tomás, sobretudo nos textos a identidade de ‘esse’ e ‘essentia’ em Deus: se Deus é simples no sentido dessa identidade fundamental, parece ser coerente dizer que a criatura deve ser composta de ‘essentia’ e ‘esse’.”

<sup>8</sup> LOPARIC, Z. *A semântica transcendental de Kant*. Campinas: Centro de Lógica, epistemologia e história da ciência, UNICAMP, 2000. Passim.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 7 – 8.

teórico, passando-se a articular a linguagem como constituidora do homem e do mundo que por ele é possível ser tematizado, portanto como condição de possibilidade de qualquer empreendimento teórico que se pretenda inteligível<sup>10</sup>.

Feitas essas primeiras considerações, precisando ainda mais a estrutura basal na qual se desenvolverá o trabalho a ser apresentado, houve uma especial aproximação com a Filosofia Hermenêutica heideggeriana, principalmente a partir da leitura de Heidegger procedida por Ernildo Stein<sup>11</sup>, elegendo-se, assim, uma espécie de Metafísica do Ser ou Ontologia Fundamental, que também é endossada por Oliveira<sup>12</sup>, ao articular a ontologia do ser humano<sup>13</sup>, como alternativa à filosofia da subjetividade e, portanto, como dimensão fundamental para a construção teórica que se pretende articular.

A escolha da metafísica heideggeriana indica uma espécie de dimensão na qual se pretende se situar. É que, a partir da tematização de conceitos como diferença ontológica, esquecimento ontológico, *Dasein*, *Sorge* etc., Heidegger dá um passo para trás na relação sujeito-objeto, tematizando uma dimensão anterior a em que a metafísica clássica articulou o ente e a em que a modernidade cuidou da suficiência da técnica.

Nesse sentido, Heidegger vai trabalhar a questão do ser, defendendo a não estaticidade da compreensão do ente, inserindo a temporalidade, a historicidade, a epocalidade, a possibilidade, a finitude etc.<sup>14</sup> na reflexão, já que tão relevante quanto o ente, na compreensão do ente “enquanto” ente, seria o “enquanto”, não se considerando simplesmente o aprisionamento de sentido do ente.

Pois bem, é nessa toada que se destacam, também, as contribuições gadamerianas, já que, levando a frente o projeto hermenêutico heideggeriano, Gadamer aprofunda o estudo do círculo hermenêutico, bem como a questão dos horizontes de pré-

---

<sup>10</sup> *ipsis litteris*: “Numa palavra, depois da reviravolta linguística, não podemos mais analisar nossa capacidade de conhecimento independentemente de nossa capacidade de falar e de agir, uma vez que nó, enquanto sujeitos cognoscentes, já sempre nos encontramos no horizonte de nossas práticas no mundo vivido. Linguagem e realidade então mutuamente imbricadas de tal modo que toda experiência humana é linguisticamente impregnada. Com isso, supera-se definitivamente o “mito do dado”, uma vez que mesmo a experiência sensível já é mediada linguisticamente, de tal modo que perde sua autoridade epistêmica daquela instância que nos daria a realidade pura. Habermas cita aqui a posição de Putnam, para quem elementos que chamamos linguagem ou mente penetram tão profundamente no que chamamos realidade que o projeto de considerar algo independente da linguagem já fatalmente comprometido desde o ponto de partida.” In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Op cit.* Pag. 28

<sup>11</sup> STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. P. 116 – 121.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 137 e ss.

<sup>14</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001. p. 331 e ss.

compreensão e da fusão de horizontes<sup>15</sup>, trazendo a tradição para um *locus* privilegiado de desvelamento das transmissões de conhecimento ao longo da(s) história(s) do(s) ser(es), ressaltando sua relevância para o próprio compreender.

A cada novo voltar de olhos para o ente, pelo próprio transcurso do tempo, nem o próprio ente nem o observador já não seriam os mesmos, por serem ambos continuamente reconstruídos num movimento histórico-kairológico.

Relevante, da mesma forma, Puntel que sugere uma sistematização teórica para o estudo dessa nova ontologia e que, de início, era inexistente na Filosofia Hermenêutica heideggeriana. Puntel, partindo do paradigma inaugurado por Heidegger da articulação do ser e informado pelos seus aprofundados estudos de Filosofia Analítica, procura articular um ambiente teórico em que possam conviver mundo e linguagem, como verso e reverso de uma mesma medalha, e, portanto, no qual se possa articular os mais variados temas e questões filosóficas pelos mais variados referenciais teóricos, desde que guardem adequação, pertinência e profundidade suficientes para tanto, respeitados os limites, possibilidades e diferenças desses mesmos referenciais<sup>16</sup>.

A noção de quadro referencial teórico<sup>17</sup> é desenvolvida a partir do conceito de *framework linguistic* de Carnap e funciona, na filosofia sistemática de Puntel, como uma espécie de ferramenta que recompõe uma ideia de unidade que se perdera com a fragmentação havida na modernidade ocidental. O ganho que se constata está diretamente ligado à possibilidade de se trazer para o debate as mais diferentes formas de abordagem teórica e, assim, abrir a conversação para o que, via de regra, é esquecido, assim como, para o que pensa diferente de si, aumentando-se o espectro do diálogo.

Para Oliveira, comentando a teoria punteliana:

*“uma linguagem, com sua sintaxe e sua semântica; uma ontologia; uma teoria do ser; uma lógica e uma conceitualidade, com todos os componentes que constituem*

---

<sup>15</sup> ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. Passim.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paullus, 2014. p. 183 e ss.

<sup>17</sup> PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e Ser. Um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 30. Literalmente: “Neste livro, o termo quadro referencial é empregado em um sentido teórico abrangente, a saber, no sentido de quadro referencial teórico. O quadro referencial como quadro teórico designa a totalidade de todos aqueles quadros referenciais específicos (pensa-se principalmente no quadro referencial linguístico, no lógico, no semântico, no conceitual, no ontológico) que de uma ou outra maneira constituem os componentes irrenunciáveis de um quadro referencial compreensivo pressuposto por uma dada teoria. (...) o termo “quadro referencial teórico” não pode ser entendido no sentido de um sistema formal interpretado; um quadro teórico de cunho filosófico (e científico) é, antes, um instrumento que permite apreender, compreender e explicar algo (um nexos, um domínio objetual...). Dentro de ou por intermédio de um quadro referencial teórico se faz referência a algo”

*um aparato teórico... e cada quadro teórico possibilita sentenças verdadeiras, mas não no mesmo nível*<sup>18</sup>.

É como que uma necessária consideração, ainda que em potencial, do esquecimento e da diferença ontológica de que fala Heidegger, quando se articula determinado discurso frente a um auditório universal, prestigiando-se esse pôr-se a prova, que é tão caro à Habermas<sup>19</sup> e Brandom<sup>20</sup>, ainda que não existam as condições ideais para tanto.

Ressalta-se, mais uma vez, que a ontologia que se assume não é a ontologia clássica que articula o ente como dimensão central, mas a ontologia do ser, em que se considera uma dimensão anterior ao *gap* criado na modernidade entre sujeito e objeto. É como se desse um passo para trás em relação à referida polarização e, por conta disso, sempre a reflexão se dará *ao encontro de*, em busca de interconexões, da superação das dicotomias e dos abismos.

Em uma palavra, considerar-se-ia que, embora os seres humanos possam ter muitas visões diferentes sobre as coisas do mundo e sobre o próprio mundo, há muito mais em comum entre eles. Por isso, defende-se que há sim potencial comensurabilidade entre os quadros teóricos, bem como que há sim potencial entendimento sobre os mais diversos assuntos. Há consensos, há correspondências entre linguagens e entes, há coerência entre diversas linguagens etc. Não de forma absoluta, mas em graus. Tudo isso é possível dentro de um universo irrestrito do discurso, no qual se deve possibilitar que o outro articule e, potencialmente, possa vir a transformar o mundo e os outros a partir de seu discurso e da sua atuação prática – que também é compreendida num horizonte linguístico, não se esqueça.

Ressalta-se, porém, que nenhuma dessas possibilidades contempladas acima, ou outras de que se cogite, é sempre necessariamente absoluta. Ao contrário, o que se desvela é que qualquer construção, ou teorização a respeito de qualquer coisa, é algo finito – e isso, de outra banda, revela que é possível uma infinidade de outras maneiras de se articular esse algo – e, assim, o cuidado e o rigor de quem expressa algo sobre algo exsurge como uma tarefa de maior responsabilidade.

Delimitado o horizonte teórico, o presente estudo parte de uma inquietação inicial: o alto grau de decisionismo dos magistrados.

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paullus, 2014. p. 208.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 117 e ss.

<sup>20</sup> BRANDOM, Robert B. *Making It Explicit: Reasoning, Representing & Discursive commitment*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

É fato notório que na atual configuração democrática brasileira há uma deliberada atuação do Poder Judiciário em busca de um protagonismo. Este fenômeno complexo tem sido compreendido e teorizado através de duas vertentes principais: a que, verificando a existência de uma judicialização da política, procura entender o fenômeno de uma perspectiva reflexiva, geralmente, recomendando cautela e maior respeito à estrutura democrática e ao ordenamento jurídico e a que tem depositado suas fichas no judiciário e incentivado o ativismo judicial, como uma espécie de concretização material da constituição pelo judiciário, mesmo que o juiz deva atuar contra a letra da lei. No segundo caso, tem-se apostado no ato de vontade daquele que julga, que passaria a decidir por critérios não jurídico-positivos, mas de moralidade interna<sup>21</sup>.

Eis o problema: o ativismo tem claro viés subjetivista particularista. E este mero individualismo, subjetivismo desconectado dos outros e do todo – seja de uma única pessoa ou de um pequeno grupo privilegiado –, é o que se pretende combater.

No Brasil, um dos discursos teóricos (linguagem) que mais se aproximaria dos contornos reais deste modo de agir (fenômeno) é o neoconstitucionalismo articulado por Luís Roberto Barroso – destacado jurista e atual ministro do STF –, sugerindo-se que essa seria uma teoria adequada para, a partir de um repasse crítico, investigar se os fundamentos teóricos e filosóficos desenvolvidos referendariam a pauta subjetivista. A questão não será refletida, portanto, a partir dos instrumentos específicos que Barroso tematiza, mas eminentemente sobre se seus fundamentos autorizariam sua perspectiva subjetivista.

A relação que se visualiza, então, é que este contexto prático de pró-atividade dos juízes e do judiciário em busca da justiça e a despeito da lei tem forte correspondência com o horizonte teórico do qual o neoconstitucionalismo de Barroso poderia ser citado como o exemplo paradigmático, observando-se, ainda, que essa correlação – do ativismo com o neoconstitucionalismo barrosiano – não é absoluta, não existindo exata identidade entre ambas, mas que há, em algum nível, mesmo que para efeito de hipótese argumentativa, questões relevantes a se considerar.

É bastante evidente que essa postura subjetivista, também, está arraigada numa cultura institucional brasileira que, há muito, tem confundido o público e o privado<sup>22</sup>. O que se tem verificado é que mudaram os atores, mas o modo de agir permanece o mesmo. Em verdade, não seria despropositado afirmar que, por trás deste panorama, também estão

---

<sup>21</sup> Para um maior aprofundamento do tema: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>22</sup> LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. Editora Companhia das Letras.

inflexões decorrentes do patrimonialismo e da vontade de poder, que defende Nietzsche ser o último princípio epocal da modernidade.<sup>23</sup>

Ao que se percebe, a evolução havida no texto constitucional, com a encampação da teoria dos direitos humanos e a positivação dos direitos fundamentais, não ocorreu ao lado da consolidação de um novo imaginário “teórico-paradigmático” nos atores jurídicos contemporâneos (que se entende ser a superação do *gap* e articulação das questões contemporâneas a partir da reflexão sobre a adequação e os limites dos mais diversos jogos de linguagem).

Assim, não se trata de abandonar as técnicas que foram desenvolvidas – tipo a afirmação que Barroso, por exemplo, faz de que o silogismo é insuficiente por não contemplar o caráter criativo da interpretação –, mas o mero pensamento tecnológico desprovido de ética, típico da modernidade, que tem sua base teórica e fenomênica na afirmação da subjetividade do homem<sup>24</sup>.

Portanto, parece autorizado que se fale de uma dificuldade de superação de um *habitus*<sup>25</sup> (senso comum teórico para Warat<sup>26</sup>) arraigado à tradição dogmática<sup>27</sup>, que não se coloca para revisão crítica, decorrente do modelo autoritário e subjetivista que marca a nossa história jurídico-política (modelo ainda vigente).

O resultado prático é que a doutrina brasileira tem se tornado repetidora da jurisprudência. E a constatação fática também é evidente no ensino jurídico e na formação profissional, destacando-se a menor importância que se tem conferido às disciplinas ditas “teóricas”<sup>28</sup>, como filosofia, epistemologia, sociologia, IED etc., que detêm carga horária bem inferior que as disciplinas pretensamente “práticas” (processo civil, penal etc.), como se o

---

<sup>23</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Tradução do original alemão e notas Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes; apresentação Gilvan Fogel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

<sup>24</sup> Esse tema será mais bem articulado ao final do terceiro capítulo, quando se falará do tipo de positivismo que exorta deva ser superado.

<sup>25</sup> Sobre o tema: *Presas às velhas práticas, mergulhados em um habitus (senso comum teórico), os juristas continuam seu labor cotidiano como se nada tivesse acontecido. O habitus (senso comum teórico dos juristas) pode ser entendido como o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d’onde falará de e sobre o direito. É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando-lhes, em linguagem heideggeriana, uma “tranquilidade tentadora”. O habitus é uma espécie de “casa tomada”, onde o problema de estar-refém-do-habitus não se apresenta sequer como (als) um problema-de-estar-refém-do-habitus. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico. Em síntese, o habitus vem a ser o locus da decaída para o discurso inautêntico, repetitivo, psicologizado e desontologizado.* STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 50 - 51.

<sup>26</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Op Cit.* p. 61 - 68.

<sup>27</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>28</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou. Volume II*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

direito fosse mera racionalidade instrumental, mera técnica. Sem se deslembrar, também, que, inclusive, até as disciplinas propedêuticas têm sido alvo de simplificações.

Não se questiona aqui a possibilidade de fundamentar uma decisão com base em norma com a estrutura de princípio – e em boa parte das situações se tem pretendido justificar a não aplicação das regras jurídicas por conta de soluções “melhores” encontradas a partir de princípios constitucionais –, mas que esses princípios não podem ser compreendidos, em absoluto, como instâncias pelas quais os magistrados podem simplesmente afirmar qualquer coisa a respeito da sua ideia particular de justiça.

O magistrado, caso opte por esse percurso, precisa ter em mente que isso demandará maiores custos de barganha, e, assim, um maior esforço argumentativo para desenvolver a compreensão havida em torno do conjunto fático-probatório (indícios formais) que justificasse a fundamentação à luz de princípios e em que sentido ele está articulando o(s) conceito(s) que subjaz(em) ao(s) tal(is) princípio(s), entendendo-se que, caso bem percorrido esse caminho argumentativo, ter-se-ia como indicado pelo julgador uma espécie de referencial, pelo qual teria norteado sua decisão. E, assim, seria possível aferir se o magistrado se desincumbira do imperativo constitucional de bem fundamentar sua decisão. Atividade que seria sempre posterior e exercível por todos os possíveis interlocutores. É que não se concorda com modelos *a priori* que garantam a certeza da correção de uma decisão.

A questão do referencial ou do jogo de linguagem em que se situa a fundamentação de uma decisão, que se ancore em normas com estrutura de princípio, exsurge como ganho hermenêutico-substancial na afirmação dos conceitos sugeridos como os mesmos princípios e sua relação com a facticidade envolvida na questão jurídica decidenda (provas colhidas nos autos), como que uma maneira de inserir a tematização na espiral hermenêutica “gadameriana”<sup>29</sup> e na “*chain novel*” de que fala Dworkin<sup>30</sup>. Seria uma forma de o magistrado esmiuçar a pretensão de verdade de sua articulação e da comunidade discursiva, em que ele se insere, refletir sobre a adequação e correção do que fora asserido.

Existem horizontes de pré-compreensão que precisam ser considerados. É a partir da consideração deles que se pode, com maior adequação, sugerir hipóteses avaliativas da solução vislumbrada com maior segurança e rigor quando confrontadas com o arcabouço fático-probatório, dados empíricos produzidos no processo da exposição.

---

<sup>29</sup> Para maior aprofundamento: ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Sobre a metodologia, é preciso que se diga que a pesquisa do trabalho proposto será eminentemente teórica, valendo-se, principalmente, de fontes bibliográficas. Destaca-se, entretanto, que essa pesquisa se dará forma dinâmica, ou seja, não se fará, simplesmente, delimitações dos temas de forma isolada, mas, sempre que possível e interessante para a questão analisada, tratar-se-ão dos temas eleitos correlacionando-os. E sempre num movimento em espiral que articule fenômenos e conceitos, ou seja, mundo e linguagem, como verso e reverso de uma mesma medalha<sup>31</sup>.

Com efeito, preferir-se-á, ao invés de se eleger o método indutivo, ou o dedutivo, ou o hipotético ou, ainda, o hipotético-dedutivo etc., consignar pretensão em trazer as teses que serão propostas e a análise desenvolvida com uma desconstrução de suas verdades a fim de que se possa atestar “os-fundamentos-dos-seus-fundamentos”, com profundos estranhamentos epistêmicos, nos quais se investigam as bases teóricas que sustentam os argumentos eleitos para as afirmações exurgidas.

Isso, por se acreditar que as construções teóricas estão para além de entificações dos objetos e de subjetivismos solipsistas, situando-se, portanto, na ontologia do seu acontecimento, como parte do *Dasein* (ser-no-mundo)<sup>32</sup>, ou seja, como parte e como todo.

Portanto, desenvolver-se-á sempre um cuidado em relacionar a diferença e a unidade, entre o específico do ente enquanto ente e o que faz com ele esteja, desde o princípio, relacionado a todos os outros entes e com o todo dos entes, uma dimensão que linguisticamente poderia ser expressa como uma espécie de universo irrestrito do discurso, em que qualquer articulação sobre qualquer coisa é, inicialmente, permitida, embora também se reconheça nessa dimensão a possibilidade dessa articulação ser objetada e criticada, já que, quem pretende asserir algo sobre alguma coisa, já assume uma pretensão de verdade sobre o que fala e o interlocutor, por possuir as mesmas condições discursivas, em tese pode discordar e, para isso, trazer argumentos melhores.

Assim, reconhece-se a possibilidade de se avaliar alguns argumentos como melhores que outros, o que é resultado da própria comensurabilidade que se defende existir entre os vários jogos de linguagem, sob pena de se recair em contradição performativa, já que, caso isso não fosse possível, não se poderia sequer cogitar da inteligibilidade das próprias construções discursivas.

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paullus, 2014. p. 251 e ss.

<sup>32</sup> STEIN, Ernildo. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger. Existência em Heidegger e Tugendhat*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

Jogadas essas luzes, descortinado está que, embora possa se cogitar de aparente falta de rigor científico, caso entendido o método em seu sentido produzido pela modernidade (ideia de certeza da lógica matematizada), ao contrário, a metodologia eleita é extremamente rigorosa justamente por se propor uma forma diferente de pensar as questões trazidas e por não se eleger um *Grand Method* que traga um resultado último e definitivo para as questões estudadas, destacando-se, entretanto, que é nessa não indicação de um método “absolutizante” em que reside a autenticidade do estudo que se propõe, já que, no paradigma em que se pretende situar esta pesquisa acadêmica, não é um método específico que garantirá a correção (ou a verdade) do que se propuser, mas é a diferença (ontológica) na articulação dos temas que lhe imprimirá (ou não) relevância.

Em verdade, por uma questão de honestidade acadêmica, a pesquisa pretendida é inspirada no “método” fenomenológico-hermenêutico heideggeriano, esclarecendo-se que o motivo da palavra método ter sido utilizada aqui entre aspas é porque esse modo de pensar é diferente do método garantidor de certeza e precisão, típico da modernidade, como já referido.

É que, em Heidegger, o conceito de ser é um conceito operativo de modo que esse ser sempre acontece num horizonte de sentido que jamais chega a se integralizar, não podendo ser alcançado em sua plenitude. Portanto, sempre que pensamos e articulamos discursivamente sobre algo, o ser desse ente “enquanto” ser já se operou. E, em sendo assim, o ser não representa uma certeza ou realidade, mas, antes, uma possibilidade, posto que o discurso “chega” sempre atrasado.

O “método” fenomenológico é tematizado nos parágrafos 5º, 6º e 7º de *Ser e Tempo*<sup>33</sup>; no curso *Ontologia – Hermenêutica da Faticidade*<sup>34</sup> de 1921, em seu parágrafo 14; e num curso de 1927 chamado *Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia*<sup>35</sup>. É um modo de pensar a partir de três pontos principais: redução, destruição e (des)construção<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Volumes I e II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

<sup>34</sup> HEIDEGGER, Martin. *Hermenêutica de la Faticidad*. Texto disponível em: < [www.heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm](http://www.heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm) >. Acessado em 26/12/2016.

<sup>35</sup> HEIDEGGER, Martin. *Los problemas Fundamentales de la Fenomenologia*. Tradução de Júan José Garcia Norro. Madrid: Trotta, 2000.

<sup>36</sup> Stein, resumindo a ideia central do método heideggeriano, assevera que: *A ideia matriz do método repousa no binômio velamento-desvelamento tirado da interpretação etimológica da palavra alétheia – alfa privativo + velamento; interpretação que evolui e se radicaliza na obra do Filósofo, até finalmente resumir nesta palavra grega o objeto da filosofia. A tarefa da filosofia deve ser analisada no interior do espaço criado pela tensão semântica resultante da relação que os dois pólos velamento-desvelamento mantém entre si. O modelo binário mantém-se ainda que mudem os termos polares: ocultar-mostrar, esquecer-lembrar, pensado-impensado, verdade-não-verdade, essência-não-essência, dependendo sua força significativa sempre de certas variáveis: homem, ser, História da Filosofia, Era da Técnica. “Velar”, “ocultar”, “esquecer”, têm sentido positivo quando se referem a um comportamento do ser; possuem, no entanto, sentido negativo quando resultam de um comportamento do homem. “Desvelar”, “mostrar”, “lembrar” possuem um sentido negativo quando se referem*

Descortinados esses aspectos, a redução seria o deslocamento do olhar do ente em relação ao ser, procurando destruir sedimentações que se formaram nos conceitos e nas formas de se compreender os fenômenos articulados, para perceber possibilidades inexploradas surgidas de uma (des)construção.

No caso do presente estudo, o primeiro capítulo representaria uma espécie de redução do neoconstitucionalismo de Barroso, identificando-se as marcas do ativismo e as bases fundamentais de seu pensamento, que ele indica ser: a pós-modernidade, a teoria crítica e o pós-positivismo.

Já os dois capítulos seguintes trariam a destruição e a desconstrução de sua teoria a partir de seus próprios fundamentos, bem como indicariam elementos para uma reconstrução.

Assim, o segundo capítulo tratará da pós-modernidade e da teoria crítica e o terceiro do positivismo. A ideia é que, ao final desses dois capítulos, possa se perceber que os fundamentos adotados pelo neoconstitucionalismo de Barroso não autorizam que se diga que o subjetivismo é a melhor perspectiva para a compreensão e articulação das questões problemáticas da contemporaneidade no direito.

E, desta forma, destruindo o que se identificou ser o ancoradouro do ativismo, atingir o objetivo principal: demonstrar que os fundamentos teóricos do neoconstitucionalismo barrosiano não dão suporte para a pauta subjetivista.

O paradoxo deste percurso é que a construção que resultou desta pesquisa é mais um aprisionamento de sentido, uma espécie de entificação do que fora articulado que precisaria ser reduzida, destruída e (des)construída infinitamente pela finitude humana, fato que é ineliminável pela própria metafísica assumida.

---

*apenas ao que é dado no sentido vulgar e superficial; adquirem, no entanto, um sentido positivo quando apontam a atitude fenomenológica em face do ser. Mas o poder expressivo destes binômios não depende apenas das variáveis; sua força significativa se modifica a partir de certos contextos em que aparecem. Um é seu sentido na analítica existencial, outro na interpretação da história do ser; e outro ainda na análise da Era da Técnica. Sua tensão bipolar sustenta, no entanto, um vínculo que garante uma unidade profunda. Neste reside a compreensão especulativa e totalizante em que o Filósofo resume a questão do pensamento. In: STEIN, Ernildo. A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano. São Paulo, Duas Cidades, 1973.*

## 1. A CONFIANÇA NO SUBJETIVISMO COMO O REVERSO DA MEDALHA DO CONSTITUCIONALISMO DE BARROSO

Situa-se o presente estudo numa investigação a respeito dos fundamentos teóricos e filosóficos do neoconstitucionalismo à *brasileira*<sup>37</sup>, mais especificamente, se os fundamentos por Barroso destacados seriam suficientes para sugerir que a melhor forma de se realizar o ideal do estado democrático de direito é depositar maior grau de confiança no judiciário e, portanto, nos juízes, o que se convencionou chamar de ativismo judicial, como já visto na introdução.

Fato é que a teoria *barrosiana*, que se intitula de neoconstitucionalista<sup>38</sup>, tem sido fortemente disseminada entre a maioria dos atores jurídicos brasileiros contemporâneos, até mesmo por ter ocupado, com maior relevo, espaço nos manuais de direito constitucional<sup>39</sup>, bem como nas salas de aula dos cursos de graduação e cursinhos para concurso, sem se deslembrar do inegável sucesso editorial obtido, e essa constatação empírica só reforça a atenção que o tema merece.

O objetivo deste capítulo inicial é trazer uma exposição sistematizada deste neoconstitucionalismo, como o fito de identificar sua sugestão subjetivista para, depois, refletir criticamente sobre se o ativismo e o subjetivismo, que estão no reverso dessa teoria<sup>40</sup> – e, portanto, que, em boa medida, correspondem a proposta barrosiana –, são justificáveis quando confrontados com os fundamentos teóricos indicados como sua estrutura basal.

### 1.1. Esclarecimentos iniciais

De início, impõe-se informar que, por uma questão de metodologia, optou-se por fazer um recorte bibliográfico e se concentrar, de forma especial, em cinco dos principais

---

<sup>37</sup> O termo “Neoconstitucionalismo à brasileira” é adotado por Ferreira Filho para denotar uma pretensa corrente doutrinária que se popularizou no Brasil, que se auto intitulou de neoconstitucionalista e que tem como seu principal defensor, o hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso. Ver: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2010. Rio de Janeiro. p. 151-167.

<sup>38</sup> A respeito desse termo neoconstitucionalismo, é preciso que fique bastante claro que foi utilizado inicialmente na Espanha e na Itália para fazer referência a leituras diversas que almejaram tematizar um constitucionalismo pós-bélico e, portanto, utilizado no plural, o que denotava não uma corrente una, mas modos distintos de articulação do fenômeno. E que o neoconstitucionalismo ora analisado diz respeito à forma generalizada e massificada que tomou corpo na comunidade jurídica brasileira. Exemplo paradigmático dos demais neoconstitucionalismos é a obra: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>39</sup> Por todos, veja LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>40</sup> Lembre-se que, na perspectiva teórica adotada, mundo e linguagem estão no verso e reverso da mesma moeda.

textos de Barroso, artigos que foram publicados em várias revistas científicas e que estão compilados no seu livro *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, cuja primeira edição data de 2012<sup>41</sup>.

O critério para delimitar o neoconstitucionalismo barrosiano foi o de manter a estrutura escolhida pelo próprio pensador, já que a publicação do livro referido é de data bastante recente e, por certo, condiz com sua visão contemporânea do fenômeno. Motivo pelo qual, principalmente quando da retratação da relação entre direito e política, bem como quando da indicação dos fundamentos teóricos e filosófico, far-se-á uma articulação que preservará, ao máximo, o formato pelo autor trazido em seus textos.

Acrescente-se a isso que, logo no ano seguinte ao em que o livro fora lançado, Barroso assumiu uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, fato que não é só simbólico, mas sintomático do momento atual, com forte influência de sua doutrina no cenário local. E isso diz muito a respeito da ideia que, de modo massificado, tem-se tido sobre o papel judiciário e sobre o tipo de teoria e prática do direito que se tem vivenciado – com consequências bastante evidentes<sup>42</sup> e relevantes.

E, embora se possa conjecturar sobre os critérios utilizados para a escolha de alguns dos outros ministros do STF (Supremo Tribunal Federal)<sup>43</sup>, a do ministro Barroso sugere uma espécie de reconhecimento do seu trabalho na área acadêmica e de sua competente atuação como advogado junto à corte constitucional brasileira, sendo uma indicação também elogiada pelos próprios ministros da casa<sup>44</sup>.

Os cinco artigos que, depois, vieram a compor os cinco primeiros capítulos do seu livro *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*, que formam a espinha dorsal da teoria neoconstitucionalista de Barroso, são: 1) *A efetividade das normas constitucionais – por que não uma constituição para valer?*; 2) *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*; 3) *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*; 4) *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - o triunfo tardio do direito*

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>42</sup> Entre outros tantos exemplos, basta que se cite a idolatria que tem sido devotada ao juiz Sergio Moro por sua atuação na “lava jato”.

<sup>43</sup> O que seria o caso, por exemplo, do ministro Dias Toffoli, que possuía ligação partidária anterior com o PT (Partido dos Trabalhadores).

<sup>44</sup> Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-23/ideias-luis-roberto-barroso-ministro-supremo> >; < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-23/ministros-stf-elogiam-escolha-luis-roberto-barroso-tribunal> >; < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-20/luis-roberto-barroso-lidera-enquete-conjur-indicacao-ministro> >.

*constitucional no Brasil; 5) Constituição, democracia e supremacia judicial - direito e política no Brasil contemporâneo.*

## 1.2. Do sucesso editorial

Definitivamente Luís Roberto Barroso é um sucesso editorial. É difícil pensar um autor que tenha tematizado as questões relacionadas ao direito constitucional contemporâneo no Brasil e que tenha publicado mais textos de repercussão nacional, com mais citações e referências em outros textos sobre o tema, ou mesmo sobre outros temas jurídicos, para os quais a leitura dentro da ótica do direito constitucional virou quase que obrigação.

Especificamente, em relação aos artigos acima elencados, que também estão incluídos no livro já referido, todos foram publicados várias vezes em diversos periódicos e distintos livros de coletâneas de artigos de grande circulação interna.

O artigo correspondente ao primeiro capítulo, *A efetividade das normas constitucionais – por que não uma constituição para valer?*, foi publicado em duas revistas nacionais<sup>45</sup>, bem como foi tema de outros trabalhos acadêmicos<sup>46</sup>.

O segundo deles, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, foi publicado em, pelo menos, oito periódicos nacionais<sup>47</sup> entre os anos de 2001 e 2002, além do tema ter sido apresentado por Barroso em diversos eventos, palestras, congressos etc.<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> BARROSO, L. R.. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 48, p. 60, 1995; BARROSO, L. R.. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, 1994.

<sup>46</sup> BARROSO, L. R.. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2008. v. 1. 410p.; VI Congresso internacional de direito constitucional. Da doutrina da efetividade à constitucionalização do direito. 2008. (Congresso); IV Congresso Internacional de Direito Processual Internacional e I Encontro da Nova Escola Jurídica do Recife. A efetividade do processo constitucional como instrumento de cidadania. 2003. (Congresso); A interpretação, a aplicação e a efetividade das normas constitucionais. 2000.

<sup>47</sup> Eis as oito publicações: 1) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, p. 15--., 2001; 2) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista AJUFE*, v. 67, p. 51--., 2001; 3) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, v. 11, p. 42, 2001; 4) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da EMERJ*, v. 15, p. 11--., 2001; 5) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 54, p. 47, 2001; 6) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Forense*, v. 358, p. 91, 2001; 7) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, 2001; 8) BARROSO, L. R.. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo

*O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, terceiro capítulo do livro, e assinado em conjunto com Ana Paula de Barcellos – uma de suas alunas e pesquisadora que, ao lado de seu mestre, obteve grande destaque no meio acadêmico, tendo tematizado, entre outros assuntos de relevo, a eficácia jurídica dos princípios constitucionais<sup>49</sup> e a ponderação na atividade jurisdicional<sup>50</sup> –, circulou em duas revistas e um livro de coletâneas de artigos, também em âmbito nacional, entre 2003 e 2004<sup>51</sup>, tendo sido o assunto, da mesma forma, objeto de vários eventos<sup>52</sup>.

Já o quarto capítulo, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, fora publicado em duas revistas nacionais<sup>53</sup>, uma mexicana<sup>54</sup> e um livro de coletânea de artigos<sup>55</sup>, entre os anos de 2005 e 2009. Com tantas outras palestras e eventos apresentados Barroso<sup>56</sup>.

---

direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público* (Rio Grande do Sul), v. 46, p. 29--, 2002.

<sup>48</sup> Segundo informações do *lattes* do próprio autor, a título de exemplo: III Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Novo direito constitucional brasileiro. 2001; Seminário Direito Constitucional. Premissas teóricas e filosóficas do novo direito constitucional. 2002; Encontro Brasil-Portugal de Direito Constitucional. A ascensão científica do novo direito constitucional brasileiro. 2002 etc.

<sup>49</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>50</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>51</sup> 1) BARROSO, L. R.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Interesse Público*, v. 19, p. 51, 2003; 2) BARROSO, L. R.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003; 3) BARROSO, L. R.; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: José Adércio Leite Sampaio. (Org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. , p. -.

<sup>52</sup> Congresso Jurídico Brasil 2003 - 15 anos da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 e a nova interpretação constitucional no Brasil. 2003; III Seminário de Direito Constitucional - Uma Homenagem Serrana ao Professor Luís Roberto Barroso. Os direitos fundamentais e a nova interpretação constitucional. 2003; V Simpósio Nacional de Direito Constitucional. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2003; XXV CONAT - Congresso Nacional dos Advogados Trabalhistas. Proteção à cidadania - a nova interpretação constitucional. 2003; II Simpósio de Direito Constitucional UNESP. A nova interpretação constitucional no Brasil. 2002; I Jornada de Estudos da Justiça Federal. A nova interpretação constitucional. 2002; I Seminário Amazonense de Direito Público. A nova interpretação constitucional. 2002; VI Encontro de Magistrados Federais da 2ª Região. O Judiciário e a nova interpretação constitucional. 2002; II Congresso Alagoano de Estudos Constitucionais. Fundamentos da nova interpretação constitucional. 2001.

<sup>53</sup> 1) BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005; 2) BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Interesse Público*, v. 33, p. 13, 2005.

<sup>54</sup> BARROSO, L. R.. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. v. 1. 68p .

<sup>55</sup> BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 51-91

<sup>56</sup> Aula Magna dos 45 Anos do Curso de Direito da Estácio. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. 2015; Seminário de Direito e Cidadania da Faculdade de Teresina. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. 2007; VI Simpósio do TRT da 12ª Região. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. 2007; 42o Curso de Atualização Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado de

Por fim, o último dos artigos aqui considerado, o quinto capítulo, *Constituição, democracia e supremacia judicial - direito e política no Brasil contemporâneo*, circulou em cinco revistas jurídicas diferentes<sup>57</sup> e um livro de artigos<sup>58</sup>, além de ter sido tema de eventos, palestras, cursos etc.<sup>59</sup>

Diante desta constatação, que se demonstrou, repita-se, por números, parece inegável que Barroso é uma das vozes mais ouvidas pelos atores jurídicos contemporâneos brasileiros, principalmente os que cursaram a graduação a partir dos anos dois mil e os que se interessam minimamente por direito constitucional, disciplina que, nos tempos atuais, não tem ficado de fora de quase nenhuma discussão séria a respeito de qualquer ramo do direito, ainda que se fale de um nicho mais específico, como o direito penal, o cível, o processual, o tributário etc.<sup>60</sup>

E é, considerando este aspecto, que se mostra relevante entender melhor essa teoria neoconstitucionalista por ele difundida, para que se investigue criticamente sua

---

São Paulo. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. 2006; IV Seminário Internacional "Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação".Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. 2005; Neoconstitucionalismo em Perspectiva.Neoconstitucionalismo em Perspectiva. 2015; Congresso de Direito Constitucional EMAG. Neoconstitucionalismo e o protagonismo do Poder Judiciário. 2013; Aula Curso de Direito Constitucional - SBDP. Neoconstitucionalismo. 2011; Seminário Direitos fundamentais: construindo o estado democrático de direito, OAB.Neoconstitucionalismo e concretização dos direitos fundamentais. 2009; VII Encontro anual da AJUFER - Associação dos Juízes Federais da Primeira Região.Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. 2009; Cerimônia de encerramento do calendário acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Público. Neoconstitucionalismo: novas tendências do direito constitucional. 2008; Semana do Ministério Público da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.20 anos da Constituição Federal de 1988 pela ótica do neoconstitucionalismo. 2008; Seminário Advocacia, ética e direitos sociais: no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. Neoconstitucionalismo e a afirmação dos direitos fundamentais. 2008; Pós-Graduação Lato Sensu.Neoconstitucionalismo. 2006.

<sup>57</sup> 1) BARROSO, L. R.. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 49, p. 187-224, 2013; 2) BARROSO, L. R.. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Atualidades Jurídicas* (Brasília), v. 11, p. 62-106, 2011; 3) BARROSO, L. R.. Constituição, democracia e supremacia judicial - Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Associação Mineira do Ministério Público*, v. 25, p. 127-163, 2011; 4) BARROSO, L. R.. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 12, p. 661-714, 2011; 5) BARROSO, L. R.. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 82-122, 2011.

<sup>58</sup> BARROSO, L. R.. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. 1ed.São Paulo: Malheiros Editora, 2012, v. 4, p. 291-339.

<sup>59</sup> X Semana do Direito UFC. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2015; Constituição, Direito e Política: O Supremo Tribunal Federal e os Poderes da República. 2015 (Palestra); Conferencia Magna. Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2010; XLI Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Jurisdição Constitucional em Contextos de Crise. 2015; Palestra na Faculdade Sete de Setembro - FA7. A jurisdição constitucional no Brasil contemporâneo. 2009; Congresso de Direito Constitucional: 20 anos da Constituição cidadã. Jurisdição constitucional e judicialização da política. 2008; Seminário sobre 200 anos de Jurisdição Constitucional no Bicentenário Marbury v. Madison. Jurisdição constitucional e reforma do Judiciário. 2003.

<sup>60</sup> A título de exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 92, p. 1, 2005.

articulação teórica e se possa compreender se essa forma de pensar, que tem marcado profundamente o horizonte de pré-compreensão do jurista brasileiro contemporâneo, justifica de forma adequada o ativismo por ela difundido.

### 1.3. Os três marcos

Dos cinco capítulos acima citados, Barroso caracteriza propriamente sua teoria no quarto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil”.

Nos três capítulos anteriores o que há é uma preparação do terreno. No primeiro, ele faz uma espécie de articulação sobre os motivos pelos quais as normas constitucionais não gozam de efetividade social, ou seja, não são realizadas na prática. No segundo – o principal foco deste trabalho –, são tematizados os fundamentos teóricos e filosóficos deste novo direito constitucional que ele pretende propor. E, no terceiro, pretende trazer uma espécie de alternativa à antiga dogmática, devendo-se, ao invés de se pautar pelo mero silogismo, considerar a nova hermenêutica constitucional e o papel dos princípios.

No quarto, como se disse, ele estrutura o neoconstitucionalismo e, no quinto, tematiza a relação entre direito e política e tenta, depois de algumas críticas e de um intervalo de alguns anos, justificar mais uma vez o ativismo.

Quanto ao lapso temporal havido entre o quarto e quinto capítulo, observe-se que o artigo que primeiro fora publicado, correspondente ao quarto capítulo, circulou em 2005, enquanto o referente ao quinto em 2011. Ou seja, um lapso temporal bastante relevante no contexto de velocidade e virtualização do mundo em que se vive.

Feitas estas breves considerações, o neoconstitucionalismo de Barroso é tematizado a partir de três marcos, que representariam três rupturas: na história, na teoria e na filosofia.

#### 1.3.1. O marco histórico

O marco histórico, na verdade, seriam dois que teriam algo em comum. Na Europa, seria o pós-guerra e, no Brasil, a redemocratização e a Constituição de 1988. Em ambos os casos, ou seja, no Brasil e no mundo, passara-se a dar mais ênfase ao que estava na carta política maior, a constituição, que era o documento que, de fato, representava a

consolidação da democracia. O que decorrera disto, segundo Barroso, foi um especial destaque para a atuação dos tribunais constitucionais<sup>61</sup>.

Esta primeira ruptura revelaria uma movimentação no sentido de direcionar a política local e mundial para um horizonte ético-democrático.

A sua constatação é que, tanto no Brasil como no mundo, vivera-se um passado recente bastante autoritário e que esse autoritarismo estava justificado na forma de pensar da modernidade, o pensamento positivista, que teria servido à manutenção de privilégios para os donos do poder.

### 1.3.2. O marco filosófico

Já o marco filosófico consignado seria o advento de um pós-positivismo que, segundo ele, situar-se-ia na confluência entre os dois paradigmas teóricos tematizados pela tradição como opostos entre si: o jusnaturalismo e o positivismo.

O pós-positivismo seria, assim, uma espécie de sincretismo metodológico *genérico, difuso e abrangente* de ideias dos dois modelos. Em suas palavras: “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”<sup>62</sup>.

Esta segunda ruptura teria sido possibilitada por mudanças paradigmáticas que teriam advindo da articulação da pós-modernidade e da crítica que se fez ao tipo de racionalidade moderna, a teoria crítica, que, segundo Barroso, possibilitaram a superação do pensamento positivista e, assim, sua superação pelo pós-positivismo.

### 1.3.3. O marco teórico

Este terceiro marco representa a proposta de pós-positivismo apresentada por Barroso. Seria uma nova dogmática que viria a substituir a dogmática tradicional. O autor defende três grandes transformações na aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p.190 – 191.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 193 – 201.

#### 1.4.O ativismo no pensamento de Barroso

Mesmo já tendo desenhado seu pensamento ativista desde o primeiro artigo publicado, dentre os que ora são considerados – que circulou no início dos anos dois mil, relembre-se –, Barroso tematiza este assunto de forma mais pormenorizada somente no quinto artigo destacado, “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, no qual defende, como o próprio título diz, uma espécie de supremacia judicial sobre os demais poderes da federação, o que, de fato, é o específico do ativismo judicial.

Pretende fazer isso a partir de um confronto entre o modelo clássico de separação desses domínios e o modelo “real”, no qual ele enxerga, de forma subjetivista-particularista, efetiva interrelação entre direito e política. E tenta estabelecer alguns parâmetros para a compreensão que diz ser a adequada sobre esta relação, e, assim, encontrar uma espécie de equilíbrio dentro da perspectiva democrática, que sustenta tocar em outra relação fundamental entre razão e vontade.

O trabalho é dividido em três partes: 1) a ascensão institucional do Judiciário no Brasil e no mundo; 2) a concepção tradicional das relações entre direito e política, fundada na separação plena entre os dois; e 3) o modelo real das relações entre direito e política.

##### 1.4.1. A jurisdição constitucional e a diferença entre ativismo e judicialização da política

Falando a respeito da jurisdição constitucional<sup>64</sup>, aduz que o Estado constitucional de direito teria se consolidado na Europa no período do pós-guerras, tendo prevalecido, anteriormente, o Estado legislativo de direito, no qual a constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político e suas normas dependiam de regulamentação pelo legislador ou administrador.

No ambiente pretérito, teria havido uma centralidade da lei civil, sendo que, nos dias atuais, teria ocorrido uma virada, passando a constituição a assumir papel central. Como consequência prática dessa mudança, questões relevantes, do ponto de vista político, social ou moral estariam sendo, cada vez mais e em caráter final, resolvidas no judiciário.

As causas para isso seriam de natureza diversa, porém, observa que: 1) o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente seria elemento

---

<sup>64</sup> Ibidem, p. 240 – 241.

fundamental para as democracias modernas; 2) haveria uma crise de representatividade e a desilusão com a política majoritária; e 3) que, algumas vezes, seria perceptível que os atores políticos, que compõem o legislativo e executivo, têm preferido que o judiciário passe a decidir certas questões polêmicas e delicadas, para as quais há um desacordo moral na sociedade.

No Brasil, em especial a questão teria ganhado bastante relevância, diante dos inúmeros instrumentos e procedimentos previstos para a operacionalização da jurisdição constitucional – que combinariam o modelo americano com o europeu –, bem como diante do amplo rol de direitos fundamentais contemplados pelo texto constitucional. E, levando-se em conta esse panorama local, a judicialização da política seria fato incontestável, já que, uma vez provocado, o judiciário teria que se pronunciar a respeito da questão que lhe fora apresentada<sup>65</sup>.

Dispõe que o ativismo judicial seria uma expressão cunhada nos Estados Unidos, como que um rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte no período em que foi presidida por Warren, quando houve uma produção progressista em matéria de direitos fundamentais. Tendo, em seguida, por conta de uma reação conservadora, assumido essa mesma expressão uma conotação negativa, passando a ser utilizada para designar o exercício impróprio do poder judicial, em casos em que o judiciário atuaria com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Assim, a diferença que haveria entre judicialização e ativismo é que, enquanto o primeiro conceito denotaria um fato, o segundo revelaria uma atitude, uma escolha de um modo proativo de interpretar. O oposto do ativismo seria, então, a autocontenção, pela qual o judiciário reduziria sua interferência em assuntos que tradicionalmente são do legislativo e executivo<sup>66</sup>.

A respeito das objeções que se tem feito à expansão do judiciário nos estados constitucionais contemporâneos, sustenta que se pode identificar três principais críticas: 1) o modo de investidura dos juízes e membros dos tribunais, 2) sua formação específica e 3) o tipo de discurso produzido.

A primeira revelaria uma “dificuldade contramajoritária”, já que os membros do judiciário, por não passarem pelo crivo da vontade popular, teriam um déficit de legitimidade democrática. Ao lado disso, também, relacionar-se-ia ideologicamente o judiciário a uma

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 241 – 244.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 244 – 247.

instância conservadora. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria para a manutenção das elites tradicionais, em detrimento da democratização e da participação popular.

O segundo bloco de críticas, identificado pelo autor como críticas quanto à capacidade institucional, traria uma efetiva preocupação com uma indesejável hegemonia do judiciário, tanto que teria passado a tomar corpo na doutrina construções teóricas destinadas a limitar a ingerência judicial, citando, a título de exemplo, duas delas: a da capacidade institucional e de efeitos sistêmicos<sup>67</sup>.

No que toca à questão da *limitação do debate*, aduz que o direito teria categorias, discurso e métodos próprios de argumentação e que o domínio de seu instrumental exigiria conhecimento técnico e treinamento específico. E isso faria com que o debate ficasse elitizado e não inclusivo. Audiências públicas e *amicus curiae* amenizariam, mas não resolveriam o problema. De outra banda, a transferência total do debate para o grande público traria uma excessiva politização dos tribunais, dando-se lugar a paixões, o que poderia comprometer a racionalidade das decisões<sup>68</sup>.

Finaliza essa primeira parte com o quarto tópico, que é dedicado à *importância e os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas*. Para Barroso, a jurisdição constitucional é indispensável para o constitucionalismo democrático, sendo um verdadeiro espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, servindo, ao lado do modelo majoritário, como “contraponto e complemento”.

E isso ficaria ainda mais evidente em países de democratização tardia, no qual haveria uma maior fragilidade do sistema representativo. Assim, “eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia”<sup>69</sup>.

#### 1.4.2. O modelo mecanicista da relação entre direito e política

---

<sup>67</sup> Nas suas palavras: *Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Cf.: Ibidem, p. 249.*

<sup>68</sup> Ibidem, p. 249 – 250.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 250 – 252.

A segunda parte do estudo trata da concepção tradicional da relação entre direito e política. E inicia suas considerações a partir da distinção entre os dois.

Consigna que a separação entre direito e política teria sido essencial no estado constitucional de direito, tendo ficado dentro do campo da política a soberania popular e o princípio majoritário, e no direito o primado da lei e o respeito aos direitos fundamentais. E que essa distinção teria se mantido firme ao longo dos tempos, sendo essa a forma tradicional de se observar esses fenômenos.

Porém, ressalta que, no plano da criação, não haveria como se separar direito de política, sendo o direito um dos principais produtos da política, destacando-se que seria, no plano da aplicação do direito, que, verdadeiramente, teria se desejado e visto a articulação dessa separação, sobretudo por mecanismos destinados a evitar a ingerência da política sobre a atuação judicial<sup>70</sup>.

Essa separação teria sido potencializada pela visão tradicional e formalista, que teria cultivado as ideias de neutralidade científica, completude do direito e de interpretação como um processo mecânico de concretização de normas, em valorações pautadas pela técnica. Fato seria que essa forma de pensar teria sido objeto de crítica por tratar questões políticas como se “fossem linguísticas” e por ocultar escolhas dentre diversas possibilidades, por trás do discurso da única solução possível<sup>71</sup>.

Para o estudioso, a constituição seria o principal elemento da interrelação entre direito e política, no qual se efetivaria uma transformação do poder constituinte originário em poder constituído e, portanto, nela, delimitar-se-iam as instituições do estado sujeitas à legalidade jurídica, distribuindo aos poderes dos estados as respectivas competências.

E, nesse modelo clássico, ao judiciário seriam reservadas atribuições estritamente técnicas, cabendo-lhe decidir as controvérsias a partir da aplicação da solução já prevista na lei abstratamente, proferindo uma mera declaração do resultado final, que já estava anteriormente previsto<sup>72</sup>.

O panorama, entretanto, teria mudado e, na maior parte dos estados democráticos, já se reservaria uma parcela do poder político para ser exercido pelo judiciário. E essa questão teria ganhado complexidade quando o judiciário passara a atuar em disputas que envolveriam a validade de atos estatais.

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 252.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 253.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 254.

Nestes casos, haveria uma sobreposição da decisão do judiciário em detrimento da decisão do outro poder.

Arremata essa segunda parte defendendo que há sim uma diferença entre direito e política, mas que essa linha divisória não seria “nítida” e nem “fixa”, já que as normas jurídicas não possuiriam sentido único, objetivo e válidas para todos os casos.

E que haveria razoável consenso de que a interpretação e aplicação envolveriam critérios cognitivos e volitivos, sendo certo que esse papel de concretização passa por juízes e tribunais, de modo que o poder judiciário desfrutaria de uma primazia sobre as leis e a constituição, cabendo-lhe a palavra final, que vincula os demais poderes<sup>73</sup>.

#### 1.4.3. A real relação entre direito e política: o interpretativismo

Na terceira parte do estudo, propõe uma leitura sobre o modelo real da relação entre direito e política. E o primeiro ponto tem como objeto *Os laços inevitáveis: a lei e sua interpretação como atos de vontade*.

Ressalta que o direito, embora pudesse ser estudado cientificamente, não se inseriria no campo das ciências naturais, que seriam marcadas por sua independência em relação à vontade humana, mas nas ciências sociais e teria uma pretensão prescritiva, sendo as normas jurídicas criadas por decisões e escolhas políticas, levando-se em conta as circunstâncias próprias e buscando determinados fins. E isso revelaria que os caminhos da política e do direito se entrecruzam e, por vezes em momentos bastante delicados, que envolvem a segurança jurídica e a justiça<sup>74</sup>.

No segundo tópico, tematiza a questão das complexidades que envolvem a interpretação jurídica como “o encontro não marcado entre o direito e a política”. E inicia seu discurso consignando que a linguagem jurídica, como qualquer outra linguagem, precisa ser interpretada. Em especial, a constituição na qual existem inúmeras cláusulas abertas, com conceitos jurídicos indeterminados e princípios.

Aduz, ainda, que, embora haja certo grau de consenso a respeito de alguns conceitos, também seria inegável que existe uma zona de penumbra, que se presta a valorações que seriam realizadas mediante algum grau de subjetividade. Assim, nas normas com linguagem aberta e elástica, o direito perde em objetividade e abre espaço para a valoração do intérprete.

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 258 – 259.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 259 – 260.

E coexistiria com os “problemas de ambiguidade da linguagem, que envolveriam a determinação semântica do sentido da norma”, o que se tem chamado desacordo moral razoável, resultado da diversidade cultural vivenciada numa sociedade pluralista, sendo esse o caso da sociedade contemporânea, revelando-se várias possibilidades de se pensar determinados problemas e questões de ordem moral, o que decorreria da própria pré-compreensão de cada um<sup>75</sup>.

Também, as constituições, como expressões dessa diversidade, contemplariam, em seu texto, valores e interesses que, eventualmente, entrariam em colisão, mormente em questões que envolvem direitos fundamentais em disputa. E que, nesses casos, o juiz deve se valer da ponderação ou proporcionalidade para, à luz do caso concreto, determinar qual solução realiza de forma adequada a “vontade da Constituição”<sup>76</sup>.

Essas três hipóteses – ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisão de normas – têm sido articuladas dentro de uma categoria geral que se convencionou chamar de casos difíceis, os *hard cases*, sendo esses os casos para os quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico, devendo ser desenvolvida de forma justificada pelo intérprete. No caso, o juiz.

É nesse espaço, em que o sentido da norma precisa ser definido pelo juiz, que entraria em cena a questão da interpretação constitucional e seus métodos. Exigir-se-ia, nesses casos difíceis, uma atuação criativa do intérprete, que deve fundamentar argumentativamente seu percurso lógico e suas escolhas.

E, por inexistir resposta pronta no ordenamento, para Barroso, deverá se valer de aspectos da moral e da política para isso, em busca do justo, do bem e do legítimo. O reconhecimento disso, segundo ele, seria verificável na prática e não existiria um padrão na adoção dos métodos interpretativos utilizados<sup>77</sup>.

Aduz, em seguida, que o juiz e suas circunstâncias acabam tendo influência de suas posturas ideológicas e valores pessoais nos julgamentos que proferem. Para uma melhor compreensão a cerca desses elementos metajurídicos que influenciariam ou poderiam influenciar a decisão jurídica, identifica cinco perspectivas que, na sua ótica, merecem atenção: 1) valores e ideologia do juiz, 2) interação com os outros atores políticos e institucionais, 3) cumprimento efetivo da decisão, 4) situação interna dos órgãos colegiados e 5) opinião pública.

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 261.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 261 – 262.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 265 – 266.

Cita algumas correntes doutrinárias que teriam articulado o papel da ideologia: o realismo jurídico que, segundo ele, seria um dos mais importantes movimentos teóricos do século XX, como uma doutrina que assevera que a lei não é o único fator a influenciar a decisão judicial; bem como a teoria crítica que sustentaria que as decisões não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso de neutralidade. Aduz, ainda, que pesquisas empíricas têm demonstrado que a ideologia, em vários casos, é decisiva para as sentenças proferidas, notadamente nos chamados casos difíceis<sup>78</sup>.

Quanto à interação com outros atores políticos e institucionais, assevera que o judiciário sofre a influência de outros fatores, como por exemplo: a preservação ou expansão do poder da corte, estando em jogo aqui a delimitação estratégica de seu espaço de atuação, e, portanto, sua relação com outros poderes, órgãos e entidades estatais; a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, já que não se pretenderia correr o risco de ter uma decisão que não seja cumprida; as circunstâncias internas dos órgãos colegiados, que, no caso do Brasil, que adota o modo agregativo, ou seja, cada ministro ou desembargador vota de forma autônoma, não é incomum que um julgador se curve ao voto do outro para que não fique derrotado na questão analisada, ou que um acompanhe o outro em busca de reciprocidade; a opinião pública, destacando que o judiciário não poderia ser escravo dos anseios sociais, mas que esse elemento pode vir a ser, por vezes, determinante para os desfechos de muitos processos que tocam às questões mais controvertidas, sendo, assim, um fator jurídico de extrema relevância<sup>79</sup>.

Diante do que, indica que, embora o direito não possa oferecer para todos os casos decisões pré-determinadas em seu ordenamento, ele limitaria as possibilidades de solução, devendo-se observar as alternativas de sentido dos textos e harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo, não podendo os argumentos utilizáveis ser somente de “razão pública”, mas devendo estar dentro de uma lógica jurídica.

Assevera, também, que as decisões devem sempre passar por um crivo de racionalidade e razoabilidade e que isso implica um segundo grau de jurisdição, bem como o controle social dos demais membros da sociedade e atores jurídicos, sendo inclusive os sítios jurídicos da internet um dos espaços informais dessa discussão. E essa prática revelaria com mais nitidez um direito que se relaciona com a política, mas de forma transparente e não “escamoteada”<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 266 – 269.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 269 – 280.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 280 – 281.

Fechando seu texto ele defende certo grau de ativismo no contexto da judicialização da política. Por fim, diz que o direito e a política, que representariam a razão pública e a vontade popular, fariam parte de dois extremos de um eixo para o qual haveria um inconstante movimento rotacional que, ao fim e ao cabo, dependeria do ponto de vista de cada um.

#### 1.5. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.*

Verificado o ativismo nas próprias palavras de Barroso, a articulação que se passa a apresentar expõe o que seriam os fundamentos teóricos e filosóficos do autor e de sua teoria.

O texto ora analisado, segundo capítulo do livro *Novo Direito Constitucional Brasileiro*, foi fruto de uma inicial palestra proferida na EMERJ/Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ, por ocasião do seminário “Direito Constitucional”, em 24/06/2001, e publicado, posteriormente, como artigo científico, na Revista da EMERJ, v.4, n.15, do mesmo ano de 2001 e, posteriormente, em vários outros veículos de publicação científica, bem como objeto de várias outras palestras e seminários, como já informado em tópico específico.

É composto de quatro tópicos dispostos da seguinte forma: 1) *Pré-compreensão do tema*, 2) *Algumas bases teóricas*, 3) *Algumas bases filosóficas e Conclusão*.

No primeiro subtópico do primeiro tópico, *A Pós-modernidade e o Direito*, pretende o autor contextualizar a discussão que tem se dado em relação à concepção direito, destacando, para tanto, o papel das transformações filosóficas, históricas e sociais, e como essas mudanças teriam interferido na noção de racionalidade, na compreensão que o homem tem de si e do mundo a sua volta, observando que o direito não passara ileso pela temporalidade e seus desdobramentos.

Trabalha o conceito de pós-modernidade relacionando-o com a ideia de imprecisão. A partir de múltiplas referências teóricas, consigna ter havido uma ruptura com uma razão absolutizante – uma razão humana que pretendia ter respostas científicas para tudo e que confiou na suficiência da matemática e da técnica para a solução de todo e qualquer problema<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> E, para ilustrar essa insuficiência da razão desenvolvida na modernidade e introduzir seu discurso numa espécie de revolução copernicana, é perceptível que a própria forma como ele dispõe os múltiplos conceitos e afirmações de forma simplesmente jogada e misturada é um aspecto que revela sua intenção de se enquadrar nessa perspectiva pós-moderna (imprecisa, sincrética e confusa).

Na sequência, ele passa a destacar o atual estágio do constitucionalismo, em especial o caso do Brasil, fazendo, de forma genérica e *en passant*, relações com os antecedentes históricos, objeções e sugestões<sup>82</sup>.

Sustenta que a interpretação de fenômenos jurídicos e políticos não seria um exercício abstrato de investigação de verdades atemporais e universais, mas que se deve levar em conta, inclusive para a compreensão do sistema jurídico, os aspectos históricos, bem como os fatos e as circunstâncias do intérprete.

Destaca, para caracterizar a complexidade e a fragmentariedade verificável na contemporaneidade: a decadência do conceito tradicional de soberania, a globalização, as desigualdades sociais e econômicas, o desemprego etc.

Consigna o avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, expansão da informática, questões éticas oriundas da engenharia genética, competição no mercado de trabalho, exclusão social, entre outros.

Na política, a desconstrução do estado tradicional, o conservadorismo, o colapso do socialismo, as ditaduras, a desestatização etc., e caracteriza o estado com guardião do lucro e da competitividade.

No direito, ressalta ter havido uma mudança na centralidade, que antes era ocupada pelo binômio liberdade/igualdade, e que teria passado a ser substituído pela governabilidade, que traria como efeito a flexibilização da segurança jurídica em prol do imediatismo e das interpretações pragmáticas. Observa, ainda, que o paradigma jurídico, que já teria sido modificado na modernidade, da lei para o juiz, na atualidade, tem se concentrado na consideração do caso concreto.

No segundo subtópico, que trata da *Busca da razão possível*, destaca que a razão, como traço distintivo do ser humano, é a instância possibilitadora da transmissão de conhecimento, sendo, portanto, o *locus* de reconhecimento do próximo, dimensão de busca da justiça e controle de instintos. E que, na sua acepção moderna, fora aprisionada na crença iluminista da suficiência da técnica.

Porém, esta forma de pensar da tradição moderna ocidental teria sofrido, nos últimos tempos, pelo menos dois grandes abalos: o primeiro decorrente do pensamento de Marx, para quem a razão não seria simplesmente um exercício de liberdade, mas influenciada por uma ideologia decorrente de um conjunto de fatores sócio-econômicos e valores introjetados e, por vezes, imperceptíveis que condicionam o pensamento; e o segundo,

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 101 – 104.

decorrente da doutrina de Freud, segundo a qual, o inconsciente teria papel fundamental nas determinações do homem, que não mais seria senhor absoluto sequer da própria vontade, existindo um poder invisível que controlaria seu psiquismo<sup>83</sup>.

Identifica, como resultado desses dois abalos, que a razão passaria a dividir espaço com a ideologia e o inconsciente e que qualquer esforço para superar cada um desses dois outros fatores seria válido, porém, limitado. Ressalta, entretanto, Barroso que a razão não teria perdido totalmente sua importância, sendo ainda fundamental para a questão do conhecimento e da busca de sentido das coisas do mundo (da realidade).

No direito, o impacto teria atingido frontalmente conceitos como os da neutralidade e da objetividade – entendidos, na dicção barrosiana, o primeiro como o completo distanciamento do intérprete e o segundo como a inexistência de participação da subjetividade no processo interpretativo.

Assevera, como uma espécie de consequência lógica disso, que a “moderna<sup>84</sup> dogmática jurídica” superara a ideia de que o texto da lei tem um sentido único, destacando-se que a objetividade de que se passa a falar é aquela meramente possível. E, por esse motivo, a interpretação e aplicação do direito não seria um ato simplesmente mecânico, mas de conhecimento que se daria dentro de uma moldura, definindo a constituição este espaço de criatividade e senso de justiça<sup>85</sup>. E essa seria, precisamente, a vitória do constitucionalismo<sup>86</sup>.

Consigna, concluindo parcialmente seu raciocínio, que, em que pese se possa falar dessa vitória deste arranjo filosófico do constitucionalismo é preciso que se confronte estes contornos teóricos com a história brasileira e a realidade local, impregnada de injustiça, violência social e institucional, desigualdades, intolerância etc. Para ele, a discrepância entre teoria e prática revelaria a crença que se tem na constituição não deixaria de ser uma espécie de fé. E, do mesmo modo que ocorreria com as religiões, ela teria seu marco zero, seus profetas e prometeria o paraíso. Então, observa que o projeto da modernidade não se concretizara e que este seria o caminho de esperança a ser construído e percorrido<sup>87</sup>.

E, embora presente os aspectos acima indicados com bastante erudição e de forma bem eclética, não indica minimamente Barroso como a questão da racionalidade deve

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 104 – 105.

<sup>84</sup> A palavra moderna está utilizada no sentido de mais atual.

<sup>85</sup> Embora fale em espaço de criatividade e de senso de justiça, aspectos que indicam para um subjetivismo individualista, Barroso, contraditoriamente, faz questão de dizer que isso não representa um mandato para voluntarismos.

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 106 – 108.

<sup>87</sup> Compreendido este ponto em conjunto com o papel central do judiciário, observa-se, mais uma vez, que a ideia é que os juízes teriam um papel a desempenhar como espécies de seres que teriam uma missão quase divina na realização da justiça.

ser articulada, restando unicamente como ideia central que pôde ser inferida que a relação da pós-modernidade com o direito o desvela como um horizonte aberto, impreciso e que precisa ser explorado<sup>88</sup>.

O segundo tópico, *Algumas bases teóricas*, é subdividido em dois subtópicos: a *Dogmática jurídica tradicional e sua superação* e a *Teoria crítica*.

No primeiro, indica que a modernidade produzira um discurso jurídico que concebeu o direito como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social, colocando o direito civil no centro do sistema.

Relata que o direito natural, que embasou o pensamento revolucionário presente no contexto da secularização, cedeu espaço para o positivismo, com seu status e ambição de ciência. Havendo como que uma domesticação das ideias advindas da articulação teórica do direito natural e, que colocadas no papel, proporcionaram uma segurança jurídica que elevou a lei e, por consequência, a codificação ao status de expressões máximas do direito. Para Barroso, portanto, o apego às leis e aos códigos, que seriam os elementos caracterizadores da cientificidade do direito, dentro do modo de pensar positivista, afastava-o da filosofia e de outras abstrações teóricas.

Nesta linha, afirma que o silogismo passara a orientar o processo interpretativo, revelando o juiz “boca da lei”. As características fundamentais são enumeradas como sendo: o caráter científico, o emprego da lógica formal, a pretensão de completude, a pureza científica, a racionalidade da lei e a neutralidade do intérprete<sup>89</sup>.

No tópico seguinte, que trata da *Teoria crítica do direito*, consigna, inicialmente, que essa designação é genérica, abrangendo um conjunto de teorias que se fundamentam na constatação de que o direito não pode desprezar a atuação do sujeito e que essa necessária relação entre sujeito e objeto interfere na cientificidade e objetividade que se atribui ao direito, na sua versão em que se afasta a consideração de opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

Nesse compasso, a teoria crítica consideraria o caráter ideológico do direito, preconizando a atuação concreta e a militância do ator jurídico, destacando seu papel não só na interpretação dos fenômenos, mas também na transformação. E o resultado prático estaria na busca da justiça, ainda quando não encontrada na mera legalidade<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Quanto a ser revisitado, não haveria qualquer problema, mas observe-se que esta conclusão de que o direito é algo impreciso vai em direção diametralmente oposta à dimensão de segurança que a estrutura do direito precisa revelar, sob pena de haver uma contradição em relação a seu próprio sentido de ser.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 108 – 109.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 110 – 113.

Da mesma forma, não compactuaria essa linha de pensamento com as ideias de completude, de autossuficiência e de pureza, o que conduziria a reflexão a respeito do jurídico para além da cisão que se operou entre o direito e as outras dimensões teóricas, em especial, a sociologia e a filosofia.

Como referências teóricas desse pensamento crítico cita, na França, a *Critique du Droit*, influenciada por Althusser, que, segundo ele, teria procurado atribuir ao caráter científico do direito uma base marxista; nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, que, também, sob influência marxista – embora menos explícita –, sugeririam uma relação fundamental entre o direito e a política, convocando os juristas a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários; e, antes deles, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt que trabalhara algumas das bases da teoria crítica, de feição marxiana, através das quais teriam sido colocados em cheque o positivismo e a separação entre direito e ética, cujos principais articuladores foram Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas<sup>91</sup>.

No Brasil, indica que, embora a teoria crítica tenha tido ampla repercussão entre vários pensadores, as condições históricas do momento, marcadas pelo regime ditatorial, não permitiram grandes avanços institucionais. Mas, para Barroso, não se poderia desconsiderar o fato deste mesmo ambiente autoritário ter sido importante combustível para a propagação das tais ideias que, posteriormente, com a redemocratização, teriam passado a influenciar o novo momento jurídico-político brasileiro.

O terceiro tópico do texto traz em seu bojo a tematização de *Algumas bases filosóficas* que, para o autor, são determinantes para a compreensão do tema. A primeira questão trabalhada toca à *Ascensão e decadência do jusnaturalismo*. Em seguida, tematiza a *Ascensão e decadência do positivismo jurídico*, e, por último, o *Pós-positivismo e a normatividade dos princípios*.

De início, identifica o jusnaturalismo como uma corrente filosófica fundada num direito natural que decorreria da própria condição de humanidade do ser humano. Para esse modo de pensar, existiria uma ideia de direito, de valores e de pretensões humanas legítimas que independeriam do direito positivo. Mais que isso, essas ideias pré-positivas delimitariam o espaço de produção do próprio direito positivo. Diz, ainda, que, ao longo da história, o direito natural tivera sua fundamentação relacionada, de forma especial – embora se cogite de

---

<sup>91</sup> Ibidem, p. 111 – 112.

outras —, em duas versões: a que creditou sua fundamentação no divino e a que propõe uma fundamentação racional<sup>92</sup>.

Observa que a passagem para a modernidade é marcada pela secularização e que o rompimento entre estado e igreja é traço fundamental da caracterização de uma cultura laica que se consolidou principalmente a partir do século XVII. No seu discurso, Deus teria sido destronado pelo homem, que passara a ocupar o, antes seu, lugar central.

A burguesia, que articulara sua ascensão ao poder, não poderia se manter refém da igreja, e, como base teórica desses acontecimentos, o ideal iluminista ganhou corpo com questões ligadas à liberdade do ser humano, articuladas por filósofos como Locke, Hobbes e Rousseau, que foram determinantes para a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Barroso indica como sendo esse o início do constitucionalismo moderno. Seria nessa época que teriam surgido as primeiras constituições modernas. Documentos que tiveram o papel de instituir o estado, com sua estrutura política marcada pelo ideal contratualista.

Dado esse primeiro passo, o momento seguinte foi o de construção de uma normatização da vida civil, que embora já existisse na tradição romano-germânica, passou a revelar um sistema com maior grau de segurança e organização, tendo, dessa forma, surgido o movimento de codificação do direito civil<sup>93</sup>.

Chegado a esse ponto, massificou-se, para o autor, a ideia de que tudo que fosse preciso poderia ser colocado na lei e, portanto, que a lei era o instituto central do direito. Fato é que não teria demorado em que a lei fosse considerada como sendo o próprio direito, e vice-versa. Assim, o direito natural, aos poucos, foi perdendo importância. Paradoxalmente, então, teria sido a própria radicalização advinda da vitória do direito natural que determinara o seu declínio.

O positivismo jurídico, que Barroso aduz decorrer do positivismo filosófico, trazia, destarte, no seu bojo teórico a crença num conhecimento absolutamente regido por leis naturais, invariáveis, que eram independentes da vontade e da ação humana. O homem achava ter atingido um nível de racionalidade em que tudo poderia ser controlado pela ciência e pela técnica. O modelo da matemática e das ciências naturais passara, dessa forma, a ser repetido pelas ciências do espírito e, também, pelo direito<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 114 – 115.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 117 – 118.

A codificação e a busca de objetividade científica que a orientara, com destaque para a realidade empírica em detrimento da reflexão filosófica, marcariam profundamente o abismo que teriam se formado entre as questões jurídicas e as questões morais e éticas.

Kelsen, identificado como o personagem do positivismo, em sua construção teórica teria defendido na visão de Barroso: a aproximação quase plena entre direito e norma, a afirmação da estatalidade do direito, a completude do ordenamento jurídico e o formalismo<sup>95</sup>. Seria neste ambiente que teria surgido o conceito de dogmática jurídica e que teriam sido estabelecidos institutos e verdades reputadas absolutas a respeito da conformação e estruturação do pensamento jurídico.

O resultado é que, para o autor, toda essa roupagem serviria – o que se constataria com o passar da história –, em manto de proteção para quem deteve o poder, tendo sido o disfarce ideal para múltiplas manifestações de autoritarismos. O nazismo é apontado, emblematicamente, como marco da decadência desse positivismo, por representar um regime de legalidade em que se autorizavam práticas anti-humanitárias. Destaca, inclusive, que, quando de seus interrogatórios no Tribunal de Nuremberg, vários dos participantes do regime nazista teriam alegado que a justificação da validade de seus atos de barbárie estava, justamente, no fato da sua legalidade<sup>96</sup>.

Assim, articula que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo abriram espaço para um novo espectro de tematização do direito, sendo nesse vácuo que se precisaria pensar um possível pós-positivismo – que ressalta ser de designação provisória e ideário difuso –, bem como o advento de uma nova hermenêutica constitucional, que trouxesse consigo a consideração dos direitos fundamentais<sup>97</sup>.

Diz ser, nesse contexto, que se fortaleceria a questão da normatividade dos princípios constitucionais, encampadores de valores éticos, justificando-se a tematização de uma teoria pós-positivista. A ética voltaria a ocupar um papel central no pensamento jurídico já que o espaço para essa reflexão de cunho ético teria sido consideravelmente alargado por esse destaque obtido pelos princípios.

Com essa ascensão da questão principiológica, que conduzira a ética para o foco do debate em torno do conceito de direito, determinante, para Barroso, é a diferenciação entre

---

<sup>95</sup> Ibidem, p. 118 – 119.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>97</sup> Idem.

regra e princípio, sendo essa uma das principais preocupações da dogmática jurídica desse novo momento constitucional<sup>98</sup>.

Credita a Dworkin importante papel na articulação dessa diferenciação. Enquanto regras seriam mais objetivas e teriam uma aplicação sob a forma de “all or nothing”, os princípios seriam mais abstratos e objeto de ponderação<sup>99</sup>.

Identifica o pós-positivismo como a perspectiva principiológica do direito e defende que esse pensamento conformara uma nova hermenêutica constitucional<sup>100</sup>. E isso teria feito com que a compreensão do caso concreto passasse a ter tanto destaque quanto ao que se dava ao texto contido no ordenamento jurídico e que isso interferiria na construção da resposta jurisdicional adequada, que passava a ter de trazer uma argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores.

No Brasil, especialmente, dois princípios teriam gerado maior atenção: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

O da razoabilidade, segundo o autor, surgira com a pretensão de controlar a discricionariedade no ato de decidir do poder público, em especial, quando se trata do judiciário, sendo desmembrado em três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. E esses subprincípios guariam o percurso reflexivo e crítico a partir do qual se conduziria a articulação discursiva na decisão judicial com o fito de não recair em meros voluntarismos<sup>101</sup>. Ele representa uma espécie de estratégia construtiva da resposta a ser dada pelo judiciário para o caso examinado<sup>102</sup>.

A dignidade da pessoa humana proporia a consideração de um conjunto de valores que estariam intimamente relacionados condição própria do ser humano como ser livre e que se reconhece no outro como um ser igual. O conteúdo jurídico desse princípio estaria

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 120 – 121.

<sup>99</sup> Importante destacar que, nesse estágio de sua articulação, principalmente em relação à ponderação, o autor destaca, ao lado de Dworkin, importante papel de Robert Alexy.

<sup>100</sup> Essa passagem é muito problemática. Pelo autor são feitas algumas conclusões sérias de forma apressada, sem que construa um discurso que justifique adequadamente isso.

<sup>101</sup> Observe-se, aqui, único caminho que ele insere para se controlar o subjetivismo/voluntarismo é o princípio da proporcionalidade que é uma espécie de estrutura articulativa que garantiria que, caso o magistrado a siga, terá bem fundamentado sua decisão. Veja-se que é um princípio destinado em grande medida ao juiz, como método de pensamento e argumentação. É uma espécie de modelo que o magistrado deveria seguir para proferir uma decisão correta. Assim, é dogmático por ser a única alternativa de que se cogita – pelo menos na versão neoconstitucionalista ora analisada, na qual não se verificam outras alternativas, ou mesmo a advertência de que esta seria simplesmente uma das formas de enxergar a questão. Ao contrário, ela é indicada como a forma da nova dogmática jurídica – e é um procedimento individual que o sujeito juiz segue, o que faz dele um reforço ao subjetivismo e à voluntarismos e não uma forma de contê-los.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 128.

diretamente relacionado com os direitos fundamentais, existindo um núcleo essencial do qual não se poderia abrir mão e que costuma ser referido como mínimo existencial<sup>103</sup>.

O capítulo final do texto, que consiste na conclusão, é formado por dois subtópicos: a *Ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil* e uma *Síntese das idéias desenvolvidas*.

Observa que o direito constitucional teria tido cada vez mais evidência e isso teria refletido na doutrina e na jurisprudência que se tem produzido, diz, ainda, que a constituição teria passado, também, para parâmetro de interpretação dos demais textos normativos, o que uma parte da doutrina tem chamado de filtragem constitucional<sup>104</sup>. Aqui, no Brasil, essa transição teria como marco temporal a redemocratização trazida pela constituição de 1988.

Mesmo reconhecendo todo este relevante avanço teórico, consigna que o constitucionalismo construído nesta perspectiva não garantiria a resolução de todos os problemas jurídicos contemporâneos, em especial, por conta da nossa história institucional, profundamente marcada por vicissitudes e descaminhos que, na maioria das vezes, descambaram para autoritarismos.

A desigualdade e a corrupção seriam marcas características identificáveis na nossa caminhada – verificáveis ainda nos dias atuais. A superação de ciclos de atraso demandaria, assim, um aprofundamento democrático que passasse, antes, pelo resgate da ética e a construção e um projeto inclusivo de toda a gente.

## 1.6. Considerações derradeiras

De fato, o principal problema (ou ponto de reflexão) a partir do qual Luís Roberto Barroso vai procurar construir sua teoria neoconstitucionalista, a questão da inefetividade das normas constitucionais, problemática que inaugura o primeiro texto destacado anteriormente, é um horizonte de legítima preocupação de todos os juristas e com o advento de uma constituição nova, como foi a brasileira de 1988, ela ganhou, reconheça-se, uma nova carga. E é exatamente a partir desse cenário, tematizando o problema de falta de efetividade das normas constitucionais, que Barroso começa seu percurso.

---

<sup>103</sup> Ibidem, p. 128 – 131.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 132 – 134. Nesse sentido, também, importante destacar: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios à filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 251-270.

Nesse primeiro momento, cuidou o autor de identificar um completo descompasso entre o que constava nos textos constitucionais e o que ocorria na prática e que, de certa forma, era herança cultural de nosso modo de agir autoritário. Para Barroso, necessário seria que o jurista assumisse uma postura de militância para superar esse abismo.

E veja que, desde suas primeiras reflexões sobre a temática, ele já mostra – embora no seu primeiro texto isso não fique explícito como fazendo parte da estrutura de sua teoria, posto que o percurso argumentativo, lá, gira em torno da superação da classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais como sendo de eficácia plena, limitada e restrita, em que pese já deite suas raízes – uma postura pró-ativa, modo de agir esse que a partir dos textos seguintes vai ser incorporado a sua própria teoria, quando vai defender que, ao fim e ao cabo, a subjetividade do magistrado é determinante para a decisão judicial (e para a determinação do próprio direito) e que o judiciário tem sim uma função iluminista de transformar a sociedade para “melhor”.

Portanto o primeiro e principal problema que Barroso vai tentar resolver é o da inefetividade das normas constitucionais. Para tanto, pode-se constatar uma preocupação em tematizar um arcabouço teórico que dê sustentação à solução que é ele vislumbra que resultado da articulação teórica da diferenciação entre regras e princípios e da nova hermenêutica constitucional, que decorreriam de uma estrutura basal possibilitada por inflexões advindas da pós-modernidade e o abalo sofrido pela razão absolutizante da modernidade, pela teoria crítica e que, por fim, teriam revelado a superação do positivismo pelo pós-positivismo e a consequência prática disto tudo no direito, o protagonismo judicial.

Numa palavra, o raciocínio dele funciona mais ou menos assim: se existem normas constitucionais que contemplam muitas coisas boas para as pessoas e para a sociedade e, na prática, a efetivação dessas normas não é verificável, seja por uma desídia do executivo e do legislativo, ou seja por uma questão estrutural de como funciona o sistema jurídico e o instrumental de aplicação dessas mesmas norma, ou por qualquer outro motivo, fato é que o judiciário, neste novo contexto histórico, tem o papel institucional de “melhorar” a sociedade.

Ele tem que criar mecanismos para efetivar as normas constitucionais, não devendo ficar como mero espectador e nem adstrito à metodologia que preponderou na tradição, devendo, na contramão disso, tomar a frente dessa transformação. E é, nesse sentido, que ele introduz as ferramentas da nova dogmática constitucional, com a diferenciação entre princípios e regras e utilização da ponderação, e a nova hermenêutica constitucional – que seriam os instrumentos a serem utilizados pelos juízes (o que revela que ele continua preso a

um pensamento dogmático e que procura soluções trocando simplesmente técnicas por outras).

A análise que seguirá nos próximos dois capítulos vai justamente enfrentar os fundamentos adotados, conforme o tópico anterior, em cima dos quais ele elaborou seu discurso teórico, fazendo, para tanto, uma divisão que se achou ser metodologicamente adequada.

Num primeiro bloco, adentrar-se-á às questões teóricas e filosóficas que revelariam o abalo sofrido pela racionalidade moderna – a pós-modernidade e a teoria crítica. E, no segundo bloco, procurar-se-á refletir sobre a superação do positivismo pelo pós-positivismo, através de uma enumeração de vários quadros teóricos positivistas não considerados por Barroso, com o fito de demonstrar que o positivismo não tem desconsiderado a questão da relação entre a ética e o direito, bem como que tem também cuidado esse abrangente referencial das críticas formuladas à racionalidade moderna.

Ao final, a pergunta que surgirá é: será que vale a pena depositar todas as fichas nessa construção teórica que se chamou de neoconstitucionalismo à brasileira, para se explicar o direito na contemporaneidade? Ou é possível se pensar em alternativas mais adequadas?

## 2. A PÓS-MODERNIDADE, A TEORIA CRÍTICA E OS MOTIVOS PELOS QUAIS ELAS NÃO SÃO SUPORTE TEÓRICO PARA A PAUTA SUBJETIVISTA

Antes de adentrar, propriamente, às duas primeiras questões refletidas, oriundas de dois argumentos desenvolvidos por Barroso como fundamento de sua articulação, a pós-modernidade e teoria crítica, que teriam colocado em cheque a objetividade e neutralidade do pensamento moderno e teriam revelado que o direito é ato interpretativo e, por fim, subjetivo, é preciso que se lembre que a pergunta que ele pretende resolver é a pergunta pela efetividade das normas constitucionais.

Ou seja, Barroso *quer* achar – esta é sua *vontade* – uma solução para inefetividade das normas constitucionais. E o que se pode inferir de seus textos é que a resposta que ele encontra é que há uma falta de disposição (bom senso, conscientização que movimente um *agir para*) do judiciário para aplicar essas normas. É uma espécie de *mea culpa* do judiciário, que teria estado muito passivo. E, assim, sugere que ele tenha uma postura mais ativa na aplicação das normas constitucionais. Este seria um direito pós-positivista, que não se limitaria a aplicar a lei, mas que vai além dela, ou mesmo contra ela, para fazer valer a constituição e, em especial, os direitos fundamentais.

Portanto, para entender por quais motivos nem a pós-modernidade nem a teoria crítica seriam ferramentas teóricas para que se diga que é o bem senso de um juiz que indicará a resolução mais adequada de um caso concreto, ou ainda que devesse o judiciário atuar de forma politicamente ativa para transformar a sociedade de forma que ele indique o que é o melhor para a comunidade, é preciso que se faça uma breve passagem por suas perguntas fundamentais e se confronte isso com a resposta dada por Barroso para a reflexão que ele fez a respeito da inefetividade das normas constitucionais.

### 2.1. Do argumento *barrosiano* da pós-modernidade

O argumento da pós-modernidade é desenvolvido por Barroso especialmente no segundo capítulo do livro *O novo direito constitucional brasileiro*, capítulo intitulado de *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, no tópico 1.1, *A pós-modernidade e o direito*.

Acentua Barroso que o homem não teria passado ileso pelas mudanças havidas na história e que a pós-modernidade seria uma forma de pensar contemporânea, que tematizaria

o rompimento com a razão moderna, eivada da pretensão totalizante de dar conta de todos os problemas (ou questões) que pudessem ser levantados.

Para ele, esse alargado<sup>105</sup> quadro teórico da pós-modernidade revelaria que, para a interpretação dos fenômenos jurídicos e políticos, não seria suficiente um mero exercício abstrato de verdades atemporais e universais, mas que, para a compreensão desses sistemas, seria preciso observar os aspectos históricos, bem como “os fatos e circunstâncias do intérprete”, visto que passariam a informar o horizonte de pré-compreensão do ser humano<sup>106</sup>.

Assim, no específico do jurídico, em decorrência da fragmentariedade existente no panorama contemporâneo, que se apresentaria nos múltiplos horizontes de compreensão dos problemas e das questões, teria havido um estremecimento no que toca à certeza e objetividade da lei<sup>107</sup>.

Avançando, Barroso defende também ter havido um abalo da racionalidade moderna, que teria ficado aprisionada na crença iluminista do poder quase absoluto da razão<sup>108</sup>. É que, para ele, essa tese foi revisitada, principalmente a partir de dois *ataques* proporcionados por Marx e Freud, que articularam, respectivamente, as questões da influência da ideologia e do inconsciente, de modo que o pensamento passaria a dividir espaço com essas outras dimensões.

No direito, este impacto tocaria em conceitos como os da neutralidade e da objetividade, entendido o primeiro como o completo distanciamento do intérprete e o segundo como a inexistência de participação da subjetividade no processo interpretativo, sendo certo que “moderna dogmática jurídica” superara a ideia de que o texto da lei tem um sentido único, destacando que a objetividade de que se passa a falar é a meramente possível. E, por esse motivo, a interpretação e aplicação do direito seria um ato de conhecimento que se dá dentro

---

<sup>105</sup> O termo alargado aqui quer dizer que existem vários quadros teóricos mais específicos dentro dessa forma de pensar, mas que, por uma questão de não delimitação específica do autor, no que toca a qual quadro teórico da pós-modernidade ele se filia, optou-se por fazer referência a linha de pensamento pós-moderna de forma genérica mesmo.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 102.

<sup>107</sup> E cada fragmento – que ele acaba por entender correlato a uma subjetividade, uma visão de mundo – teria (ou deveria ter) seu espaço respeitado. Daqui decorre a defesa das subjetividades dos juízes e do particularismo do judiciário como afirmador de conteúdos éticos e políticos.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 104.

de uma moldura, definindo a constituição<sup>109</sup> esse espaço de criatividade e senso de justiça. E essa seria, precisamente, a vitória do constitucionalismo<sup>110</sup>.

É basicamente isto que diz Barroso.

O que se tentará demonstrar é que o problema não está em se conferir objetividade e autoridade a um texto de lei, mesmo infraconstitucional, ou em ter de se observar procedimentos previamente estipulados –, mas com o modo de pensar, mormente quando esse modo revela particularismos e autoritarismos, ao invés de uma abertura para procedimentos dialogais e inclusivos.

Fato é que, levado a sério o projeto pós-moderno, certamente a perspectiva a ser adotada seria outra. É o que se passa a tematizar.

## 2.2. Pós-modernidade: um contraponto ao subjetivismo

Na linha desenvolvida por Lyotard<sup>111</sup>, a pós-modernidade seria uma espécie de ambiente intelectual em que se construiu a ideia de que o pensamento metafísico moderno teria conduzido, historicamente, a humanidade para uma era de agonia e perda de legitimidade.<sup>112</sup> Tematizando questões específicas, é isto que dizem, também, por outros jogos de linguagem, Bauman, Lipovetsky e Morin<sup>113</sup>.

Oliveira<sup>114</sup>, recorrendo a Lyotard, aduz que uma perspectiva que pode ser usada para identificar o marco divisório entre o que seria o pré-moderno, o moderno e o pós-moderno seria o tipo de narração utilizada, sendo o pré-moderno relacionado às narrações míticas ou religiosas, que se legitimariam por sua transmissão, com uma espécie de apreensão privilegiada por seres ungidos – oráculos escolhidos –, contra os quais não se duvidaria sobre a idoneidade da mensagem recebida.

---

<sup>109</sup> Veja que a moldura considerada é apenas a constituição, a legislação ordinária, de início, não é considerada como fonte de direito e de autoridade. É como se fosse vista com desconfiança. Então, antes de levar em conta a lei, eu desconfio dela e dou prioridade ao meu senso de justiça, e, só no caso de não ter uma resposta melhor, eu aplico a lei. Assim, ao invés de se conferir prioridade à lei, prioriza-se o senso de justiça do julgador – entendido como sujeito mesmo e não como poder judiciário, destaque-se.

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 106 – 108.

<sup>111</sup> LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

<sup>112</sup> Nesse sentido, também: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 59.

<sup>113</sup> Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009; BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006; e MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Ed. revista e modificada pelo autor – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 59.

O moderno, que tem sido representado como resultado da emancipação do homem e da razão que lhe estrutura como ser diferenciado entre os demais seres vivos, teria ganhado corpo com o desenvolvimento das ciências da natureza e com o rompimento com a fundamentação em um absoluto mítico ou religioso, passando-se a se considerar a possibilidade de se avaliar o discurso de fundamentação dentro do seu próprio jogo de linguagem, cujos dados e regras seriam mediados pelo debate científico. Talvez esta seja uma válida versão contemporânea do que pode vir a ser chamado de moderno.

Seria mais ou menos o que defenderia Habermas<sup>115</sup>, filósofo que ainda confia no projeto da modernidade, quando diz que a validade do discurso apresentado poderia ser checada por especialistas dentro de um auditório universal do discurso numa estrutura reflexiva – que não é factual, ou seja, que não precisaria se realizar necessariamente – chamada por ele de consenso<sup>116</sup>.

Neste sentido, também, Brandon<sup>117</sup>, que adota uma teoria pragmática e inferencial que se realiza dentro de um auditório universal do discurso em que quem profere seu discurso o faz apostando suas fichas na pretensão de verdade que elabora, posto que, em contrapartida, assume a responsabilidade das consequências da sua postura.

Enfim, a pretensão de que se falou, de liberar o homem do discurso mítico e religioso teve, é preciso que se diga, como expoente máximo da tradição filosófica da modernidade ocidental, o pensamento kantiano, que, segundo o próprio Kant, operou uma revolução copernicana. Nas palavras Oliveira:

Para Kant, a modernidade tem uma significação histórico-universal: a humanidade tem, de agora em diante, a possibilidade de atingir a maioria pelo *uso público da razão*, que permitiria a emancipação da humana pelo afastamento de todas as tutelas, em qualquer ordem da vida humana, que impediam o homem a chegar à idade adulta.<sup>118</sup>

Estariam, ainda, dentro desta perspectiva não só a razão iluminista – orientação com a qual mais fortemente tem sido identificada na tradição -, mas o espírito absoluto do idealismo alemão, o sujeito da classe trabalhadora de Marx e várias outras linhas teóricas que

---

<sup>115</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. Edições Loyola: São Paulo, 2004.

<sup>116</sup> É preciso que se diga, entretanto, que na introdução de *Verdade e Justificação* ele reformula essa sua tese sobre a verdade.

<sup>117</sup> BRANDON, Robert B. *Articulando razões: uma introdução ao inferencialismo*. EDIPUCRS: Porto Alegre, 2013 e BRANDON, Robert B. *Making it Explicit: Reason, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press, 1998.

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A crise da racionalidade moderna: uma crise de esperança*, in: *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 3ª edição, 2002, p. 71-72.

trabalhem a necessidade de um princípio U, relacionando-o como condição de possibilidade do que pode dizer a respeito dos entes.

É nesta linha que Kant trabalha a concepção do mundo a partir de estrutura transcendental, que seria o traço diferenciador do ser humano. E é, verificando que essa tradição moderna não saiu de uma pretensão de abarcar o absoluto (ou o universal), ainda que o transferindo do divino para o ser humano, o que se concretizaria nessas diferentes tentativas de tematizar um discurso sobre o mundo enquanto totalidade capaz de abarcar todas as dimensões do real, que Heidegger vai articular a tradição moderna ocidental como uma ontoteologia<sup>119</sup> – termo que toma emprestado do próprio Kant<sup>120</sup>.

Heidegger rearticula a questão da “metafísica”, desenvolvendo uma espécie de segundo caminho já identificado por Aristóteles – que o denominou de a ciência procurada, pelo qual a resposta para a questão do ente enquanto ente teria de enfrentar o paradoxo da incompletude. E, embora Heidegger não esteja propriamente dentro da pós-modernidade, sua crítica, que evidencia um esquecimento ontológico havido nas construções teóricas modernas, é horizonte de pré-compreensão dos pós-modernistas<sup>121</sup>.

Procurando-se contrapor a esse modo de pensar, a pós-modernidade pretende uma ruptura radical com a articulação do sentido do todo, como ideia de um sistema fechado, e caminha em busca de outras possibilidades de legitimação do saber. Exsurge dessa reflexão, segundo Lyotard<sup>122</sup>, uma tendência à articulação da “diferença” como instância teórica que revelaria o abandono de uma metadiscurso unificador de todas as coisas, abrindo, na precisa

---

<sup>119</sup> A metafísica que Heidegger identificava como ontoteologia era a do primeiro caminho sugerido por Aristóteles e que se seguiu o segundo caminho trazido na sua articulação teórica o que resultaria seria a total inversão daquela afirmação anterior e, portanto, de que metafísica não é ontoteologia, não havendo, como se pretendia na tradição ocidental, fundamentações últimas, respostas primeiras, e isso pode até apresentar um aparente paradoxo, posto que a negação do absoluto pode parecer ser, também, um absoluto, dentro de uma lógica formal. Porém, desapegando-se de um raciocínio cartesiano, o que resulta é uma necessária incompletude do conhecimento, que sempre se dá num corte temporal e paralisante, posto dependente sempre de uma articulação discursiva, na qual o dito está sempre sob a sombra do não dito, justificando-se a finitude e infinitude de uma sempre “ciência procurada” que, por não poder ser diferente, depende da facticidade e historicidade que permeia a própria condição humana. Nesse sentido: STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 56 - 66.

<sup>120</sup> É preciso que se faça um parêntesis para destacar que mesmo em Kant, o subjetivismo é uma dimensão transcendental, que se opera através de estruturas pelas quais pensa condições de possibilidade do mundo e esta forma de pensar é bastante diferente da forma do pensamento subjetivista particularista de Barroso, que pretende resolver as questões a partir da consciência de cada sujeito – no caso do direito, juiz.

<sup>121</sup> Heidegger e Nietzsche são indicados por Vattimo como dois dos pensadores que fizeram uma crítica radical ao pensamento enquanto instância fundante ou de fundamentação última da razão. Cf. VATTIMO, G., *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo, Martins Fonte, 1996.

<sup>122</sup> LYOTARD, J. -F., *O pós-moderno explicado às crianças*, 2ª edição, Lisboa: Dom Quixote, 1993. p. 32.

leitura de Manfredo de Oliveira<sup>123</sup>, a perspectiva de inarredável coexistência de múltiplos jogos de linguagem.

Desenvolvidas como foram essas linhas temáticas, ainda sob a orientação de Oliveira<sup>124</sup>, não tardou para que se restasse evidenciado que, radicalizado esse pensamento, colocava-se em cheque a própria possibilidade de um conhecimento seguramente válido, recaindo-se numa busca pela destrancendentalização<sup>125</sup> – ou desepistemologização – da razão, dado que o sujeito seria retirado do centro do pensamento, já que não seria o homem fonte absoluta de constituição do sentido do mundo, mas, antes, concordando com Kuhlmann<sup>126</sup>, um ser que se apresenta historicado, concretizado, corporificado e linguificado e, portanto, marcado pela linguagem, pela história e pelo mundo.

Liotard sustenta que não se poderia mais falar de uma razão una, mas somente de uma razão plural<sup>127</sup>. Nesta linha, poder-se-ia dizer que o desenvolvimento de jogos de linguagem específicos (de um grupo, de uma determinada localidade etc.), de referenciais teóricos (considerados em sua mais ampla diversidade), de tradições (pontos de chegada de dada comunidade), de formas alternativas de conhecimento (em privilégio à multiplicidade) etc., não decorreriam de um único *ente fundamental* (que não seria Deus nem o homem), mas a possibilidade de coexistência de todas essas forma de pensamento é que constituiria o traço fundamental da razão.

O pensamento pós-moderno se entenderia, então, como o processo de libertação do uno, do imutável e do eterno para a pluralidade, a diversidade, o efêmero<sup>128</sup>, o líquido<sup>129</sup> etc.. Exsurge uma valorização das individualidades e das peculiaridades contingentes e efêmeras. O ideal ocidental moderno de progresso é posto na alça de mira dos teóricos pós-modernos<sup>130</sup>.

A concepção de realidade é relativizada, o ceticismo aparece como consequência natural e o homem passa a se deparar com minorias étnicas, sexuais, religiosas, culturais,

---

<sup>123</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 60.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>125</sup> Compreendido aqui o conceito de transcendental não como algo místico, divino ou mítico, mas como *condição de possibilidade*.

<sup>126</sup> KUHLMANN *Apud* OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Idem*.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 62.

<sup>128</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

<sup>129</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

<sup>130</sup> Levado às últimas consequências, o próprio pensamento pós-moderno é apenas mais uma forma de pensar a questão da contemporaneidade e, portanto, não pode se pretender absoluto no que por ele é tematizado, mas limitado dentro do seu próprio referencial e para o que é o específico de sua articulação.

estéticas que gritam por espaço e por palavra, vez e voz. E um grande desafio passa a ser dar conta de toda essa complexidade.

Veja-se que esta perda da unidade é, na verdade, mais um passo na emancipação do homem. Ela abre espaço para o respeito e a consideração do outro, do diferente, do esquecido e, aplicada essa lógica às diversas concepções teóricas, sistemas referenciais e jogos de linguagem, desvela-se uma racionalidade dialogada que não se opera a partir de um único sujeito, mas entre sujeitos de linguagem.

Aparece, assim, o desafio de se pensar esse espaço de coexistência, ou seja, o mundo no qual o bicho homem está jogado, uma dimensão de comensurabilidade na qual as interconexões entre os diversos sistemas possibilitariam o aparecimento dos seus distintos conteúdos. É isso também que se infere do *Rhizom* de Deleuze e Guattari: não existiria mais uma única árvore, mas um jardim de muitas delas.

Para Oliveira<sup>131</sup>, em análise da teoria rizomática, aduz que não é que se potencialize a diferença absoluta – afinal, é o absoluto que está em descrédito –, mas o mérito do *Rhizom* é pensar o diferente ao lado da unidade, sem que um elimine totalmente o outro e vice-versa<sup>132</sup>. É, assim, por coerência lógica, que a categoria do *Rhizom* considera a heterogeneidade e a conexão, ou seja, uma concepção transversal de razão. Uma razão que se movimenta no seio de seus entrelaçamentos.

A visão moderna de história, sempre pensada a partir do nascimento de Cristo ou do horizonte europeu, passa a ceder espaço para outras narrativas, para as múltiplas visões de mundo. Fato que é enormemente potencializado pelo desenvolvimento das novas tecnologias da informação.

Um determinado estilo de vestir ou preferência musical proveniente de um país oriental tem potencial para influenciar pessoas que passam a ter contato com esse mundo. A internet, exemplo máximo de um espaço de conexões transversais, rompeu com qualquer tipo de fronteira.

Eis o específico do pensamento pós-moderno: “as condições irrecusáveis de nosso ser no mundo são sistemas sem unidade interna e sem centro absoluto”<sup>133</sup>. O homem pós-moderno é um ser finito de possibilidades infinitas e seu porvir ainda não foi escrito.

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2014. p. 36-38.

<sup>132</sup> Sob pena de se recair em contradição performativa.

<sup>133</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 70.

Para Vattimo, com clara influência heideggeriana, “O ser é tempo enquanto maturação e envelhecimento, e também efemeridade, mutabilidade atmosférica”<sup>134</sup>.

Ainda, Oliveira<sup>135</sup>, a respeito do sujeito compreendido em sua historicidade:

De agora em diante, com a descoberta do seu caráter epocal, o ser vai ser pensado como evento, que se liberta da marca do fundamento, e não como objeto, e a ontologia é a interpretação de nossa situação, já que o ser nada é fora do seu evento que acontece no seu e no nosso historicizar-se<sup>136</sup>. Daí porque condição indispensável para se viver positivamente a verdadeira idade pós-metafísica é deixar de pensar o ser e o homem como estruturas estáveis que impõem ao pensamento e à existência a tarefa de fundar-se. As consequências são radicais. “A atitude que daí resulta é uma espécie de relativismo historicista: não há nenhum *Grund*, nenhuma verdade última, há apenas aberturas históricas, destinadas, ou seja, enviadas, por um *Selbst*, um Si-mesmo que só se dá nelas, através delas (atravessando-as, não as usando como meios). No entanto, esse historicismo é temperado”...<sup>137</sup>

O não ser fundamento de si mesmo significa antes, como exprime Gadamer<sup>138</sup>, que a história não nos pertence, nós é que pertencemos a ela, ou seja, a tradição histórica de nosso sistema de compreensão é condição irrecusável de nós mesmos. Numa palavra, a reflexão é secundária frente ao ser ou à tradição, já que a autoconsciência já sempre traz a marca de uma “determinação transcendente”, “algo que está além dela e que não é, sem mais, recuperável pela reflexão, seja a corporeidade, seja a natureza e suas necessidades, seja o trabalho, seja a linguagem”<sup>139</sup>, ou seja, na medida em que a autoconsciência se capta a si mesma enquanto o que é, mostra-se sua dependência de algo sobre que ela não pode dispor, que ela não domina<sup>140</sup>. Esta constitui a experiência fundamental do ser humano, a experiência de não ser fundamento de si, de que decorre sua historicidade essencial: ele é sempre gerado por um *a priori* histórico.

Isso se mostra, por exemplo, para Foucault, no fato de que aquilo que a filosofia moderna da subjetividade considerou uma atividade do sujeito, sua capacidade de perceber as coisas, é na realidade um efeito secundário do que ele denomina “a formação discursiva de uma época”, do espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos, do domínio em que o sujeito está necessariamente situado<sup>141</sup> e que muda através da história. Assim, o campo de relações que constitui uma formação discursiva permite ao sujeito nele inserido conhecer coisas, interagir simbolicamente com elas, ou seja, interpretar o mundo. O sujeito se revela assim necessariamente situado e dependente sem poder jamais ser considerado o responsável principal pelo campo discursivo.

A subjetividade como princípio fundamental, pelo que se observa, é fortemente confrontada, desvelando-se sua finitude radical e sua incapacidade de transparência<sup>142</sup> plena.

---

<sup>134</sup> VATTIMO, G. *As aventuras da diferença*. Lisboa: Edições Setenta, 1988. p. 186.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 72 - 73.

<sup>136</sup> VATTIMO *Apud* OLIVEIRA. Idem.

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> GADAMER *Apud* OLIVEIRA. Idem.

<sup>139</sup> OLIVEIRA *Apud* OLIVEIRA. Idem.

<sup>140</sup> Idem. Em nota de rodapé relacionada à referência retro, Oliveira consigna: “Toda vez o sujeito se apresenta envolto por uma dimensão que o supera e é sua condição de possibilidade; ele é o produto de uma história que faz, mas de que ela não é senhor”.

<sup>141</sup> FOUCAULT *Apud* OLIVEIRA. Idem.

<sup>142</sup> STEIN, Ernildo. *As ilusões da transparência: dificuldades com o conceito de mundo da vida*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

As visões de mundo dos sujeitos, nesta perspectiva, estão sempre contextualizadas. Para o estruturalismo – uma das variantes do pensamento pós-moderno –, não existiria no mundo pensamento em si. É que os pensamentos precisariam de uma estruturação material de expressão.

Na linha de Oliveira<sup>143</sup>, o sujeito passa a precisar, ainda que seja para ter a consciência de si mesmo, de uma orientação por uma estrutura sistematizada, que não é fechada, mas que propicia que se fale do mundo a partir de conceitos, significações, e é, reconhecendo-se finitas em si, porém infinitamente abertas para outros sistemas e outras estruturas, que a diferença é contemplada, que o pensamento se revela mutável e o por vir do ser humano e de seu pensamento permanece não escrito.

Perceba-se que não é que se jogue fora todo o material teórico desenvolvido na modernidade, o que se percebe é que este mesmo arcabouço não dá conta da totalidade, do absoluto. Mas, embora se tenha em destaque isto, dentro de suas limitações, é o ferramental ainda mais adequado para se trabalhar e revisitar as várias questões. É o revolvimento dele que revelará o que é adequado e o que não é adequado.

O próprio advento de novas formas de pensar os mesmos problemas vai sempre passar por uma reflexão que vai se perguntar quais as contribuições, limites, aberturas sistêmicas e possíveis interconexões que as estruturas ou os sistemas referenciais teóricos possibilitam. Nada é aprioristicamente afastado, mas, antes, tudo pode vir a ser objeto de reflexão dentro do seu próprio acontecimento.

É, neste sentido, que se tem desenvolvido a questão da desconstrução. Retira-se o ser dos entes de dentro de uma redoma forjada na tradição moderna ocidental e passa-se a articulá-lo a partir de conceitos e significações advindos de outros sistemas e estruturas. Portanto, não é que se aniquile totalmente a antiga estrutura, simplesmente ela passa a não dar conta de forma total e exclusiva das questões.

A própria noção de estrutura é repensada, abandonando-se seu caráter metafísico (na acepção clássica). A concepção, também, da metafísica é revisitada e, mais do que isso, vários destes conceitos que classicamente foram utilizados na tradição do pensamento filosófico passam a ser objeto de rearticulação.

E veja que essa constatação, que é ao mesmo tempo ponto de partida e ponto de chegada da pós-modernidade e que denota a própria diferença que se introduz no discurso teórico, revela que qualquer articulação sempre se dá dentro de um quadro referencial e que o

---

<sup>143</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 73.

cuidado com esse quadro teórico vai ser determinante para o alcance e os limites da expressividade do tal objeto da articulação.

E, assim, reconhece-se a possibilidade do diferente e do outro, como aquele que pode trazer também sua contribuição, ainda que dentro de outra estrutura. Esta é a tese da multiplicidade de mundos, de cosmovisões distintas, de esquemas de interpretação diversos, do multiculturalismo etc.

Desenvolvida esta ideia, a linguagem passa a ser o caminho de acesso ao mundo. Qualquer compreensão passa por uma pretensão de correspondência entre linguagem e mundo<sup>144</sup>. Estas duas dimensões estão mutuamente imbricadas.

Todo o acesso a entidades do mundo é resultado de processos intersubjetivos de entendimento dos mundos vividos nas mais diversas comunidades históricas. O diálogo entre as pessoas, entre as fontes e os sistemas referenciais substitui a razão monológica e o sujeito solipsista da modernidade. O sujeito é em sua relação com outros seres. Um homem mesmo seria uma obra das contingências individuais de sua vida.

A autoridade epistêmica sai do sujeito passa para uma comunidade de sujeitos que se entendem a partir de um mundo vivido e compartilhado. É, nesse diapasão, que Oliveira<sup>145</sup> arremata com a seguinte passagem:

Pensar a filosofia enquanto pensamento da contingência radical significa para Rorty “desdivinizar o mundo”: não adoramos nada mais, nada tratamos como um quase deus, nem a verdade nem a ciência nem nós mesmos, pois consideramos tudo, nossa linguagem, nossa consciência, nossa comunidade, como produtos do tempo e do acaso. A contingência é o princípio do pensar, de modo que vivemos num mundo que sabe que não há estruturas sólidas, essenciais. O pensamento das essências cede lugar ao pensamento da contingência: a razão nada mais é do que uma estratégia inteligente de lidar com a contingência, adaptar-se a ela e assim construir uma rede relativamente coerente, sendo capaz não só de gerar sistemas interpretativos, mas de transcender as fronteiras fechadas dos sistemas. Ela é então o poder de relacionamento com os diferentes dados e os diferentes sistemas interpretativos, tornando explícita a pluralidade dos sistemas e mostrando tanto as possibilidades de unificação como sua impossibilidade.

Veja-se, portanto, que o pensamento pós-moderno não intenciona somente “destruir” o pensamento moderno, mas, de diferentes formas, articular outros tipos de pensamento.

Enquanto as metafísicas clássica e moderna pensavam a partir do ente e do sujeito, respectivamente, a pós-modernidade coloca em destaque a diferença, como instância

---

<sup>144</sup> PUNTEL, Lorenz. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012. p. 78.

de acontecimento das múltiplas manifestações práticas e teóricas, ou seja, instância na qual o homem potencialmente pode se realizar na sua plenitude.

Isso indica que o sentido não se constitui a partir de uma dimensão mística, nem simplesmente pelas estruturas transcendentais kantianas, ou seja, nem por um monismo clássico e nem por um monismo moderno, muito menos por um dualismo cartesiano que agravou mais o *gap* que se gerou entre objeto e sujeito, entre pensamento e mundo etc., mas nas possíveis interconexões entre esses e outros diversos núcleos (estruturas) teóricos. Não existe um só sistema e os sistemas não possuem um só centro.

Na pós-modernidade, esta diferenciação se apresenta também através de jogos de linguagem distintos, nos quais muitas vezes as mesmas palavras ou expressões comportam significados absolutamente diferentes, para os quais a correta compreensão passa, antes, pela identificação do jogo linguístico no qual se situam. Eis um aspecto forte do jogo da diferença.

Observe-se, assim, que não é que se descarte ou desconsidere os jogos diferentes, mas se procura, buscando a coerência que é própria de cada um, situá-lo dentro da sua especificidade. E esta consideração eleva a diferença a princípio transcendental, passando a ocupar papel fundamental, já que também é ela condição de possibilidade desta nova perspectiva. Motivo da relevância de que gozam a pluralidade e a transversalidade.

A razão não advém de um logos único e privilegiado, mas se revela como um poder de multiplicidade concreta, destacando-se que as transmissões entre as diversas redes dependem das construções de interconexões, num complexo jogo entre diferenças e identidades, do qual se considera existir potencial comensurabilidade, visto que seria impensável um completo isolamento de cada sistema.

É que, caso houvesse uma absoluta incomensurabilidade, não seria sequer possível qualquer tipo de diálogo ou interação entre os seres humanos, o que de fato se contrapõe ao específico de sua constituição ontológica. Portanto é por esse motivo que se desvela como um elo perdido o resgate das traduções mútuas dos diferentes discursos como a própria passagem que se é possível fazer entre um e os outros.

É nesse sentido que se fala em pensamento alternativo e pensamento da diferença. Para Oliveira: “É levando essa realidade a sério que conseguimos viver sem neuroses num mundo em que Deus está morto, isto é, num mundo em que não há estruturas firmes, seguras, essenciais. Quem consegue isso é capaz de prezar a multiplicidade dos fenômenos”<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Ibidem. p. 84.

Ao fim e ao cabo, que fique claro que não é de uma diferença absoluta que se passa a cogitar, mas de um pensamento que procure comungar com a pluralidade, que articule a multiplicidade e a unidade, a heterogeneidade e a interconexão etc. O que exsurge, portanto, é uma racionalidade que se liberta do pensamento das aporias da diferença absoluta<sup>147</sup>, já que as diferenças aparecem justamente na lateralidade e transversalidade das múltiplas operações cruzadas, ou seja, no seio de seus entrelaçamentos.

### 2.3. Do argumento da superação da dogmática tradicional pela teoria crítica

O segundo tópico neste capítulo refletido está articulado por Barroso no segundo capítulo do livro ora analisado, quando ele articula *Algumas bases teóricas*, que é dividido em dois subtópicos, como visto anteriormente: a *Dogmática jurídica tradicional e sua superação* e a *Teoria crítica*.

Nele, Barroso indica que, na modernidade, produziu-se um discurso jurídico que concebeu o direito como mera técnica de solução de conflitos, como um instrumento de pacificação social. A vida privada era o objeto principal de estudo, o direito civil ocupava o centro do sistema e a racionalidade que se observava era simplesmente instrumental.

Relata, ainda, que o direito natural, que embasou o pensamento revolucionário presente no contexto da secularização havida entre estado e igreja, cedeu espaço para o positivismo, com seu status e ambição de ciência, tendo havido um tipo de domesticação das ideias que estavam na estrutura do direito natural e, que colocadas no papel, proporcionaram uma segurança jurídica que elevava a lei e, por consequência, a codificação como expressões máximas do direito e, portanto, elementos caracterizadores de sua cientificidade, afastando-o da filosofia e de outras abstrações teóricas.

Nesta linha, o silogismo é indicado como orientador do processo interpretativo, revelando um juiz que meramente repetia o que estava contido nos textos de lei.

As características fundamentais deste direito positivista seriam: caráter científico, emprego da lógica formal, pretensão de completude, pureza científica, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete<sup>148</sup>.

Consigna, em seguida, que toda essa estrutura moderna fora objeto de uma série de críticas que, em designação genérica, poderia ser chamada de *Teoria crítica do direito*.

---

<sup>147</sup> Ibidem. p. 85.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2014. p. 108 – 109.

Estas articulações sugeriam, segundo Barroso, que o direito não poderia desprezar a atuação do sujeito e que esta necessária relação entre sujeito e objeto interfere na cientificidade e objetividade que se atribui ao direito, na sua versão em que se afasta a consideração de opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

Neste compasso, a teoria crítica consideraria o caráter ideológico do direito, preconizando a atuação concreta e a militância do ator jurídico, destacando seu papel não só na interpretação dos fenômenos, mas também na transformação. E o resultado prático disto estaria na busca da justiça, ainda quando não encontrada na mera legalidade<sup>149</sup>.

Da mesma forma, não compactuaria essa linha de pensamento com as ideias de completude, de autossuficiência e de pureza, o que conduziria a reflexão a respeito do jurídico para além da cisão que se operou entre o direito e as outras dimensões teóricas, em especial, a sociologia e a filosofia.

Como referências teóricas deste pensamento crítico cita, na França, a *Critique du Droit*, influenciada por Althusser, que procurou atribuir ao caráter científico do direito uma base marxista; nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, que, também, sob influência marxista – embora menos explícita –, sugeriam uma relação fundamental entre o direito e a política, e que convocava os juristas a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários; e, antes deles, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt, que trabalhara algumas das bases da teoria crítica, de feição marxiana, através das quais se colocavam em cheque o positivismo e a separação entre direito e ética, cujos principais articuladores foram Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas<sup>150</sup>.

Feitas estas considerações, passa-se, no tópico que se segue, a tematizar brevemente sobre a Teoria Crítica para que se reflita, logo depois, sobre os acertos e desacertos da consideração desse tipo de pensamento dentro da articulação barrosiana.

#### 2.4. Teoria como crítica: em busca de uma alternativa

A respeito da Escola de Frankfurt e das outras escolas e pensadores que se inseririam dentro da Teoria Crítica, parece que se pode afirmar com certa tranquilidade que o específico dessa escola, que possibilita que se reúnam pensamentos distintos num mesmo grupo, seria a questão de se conceber uma teoria como crítica.

---

<sup>149</sup> Ibidem, p. 110 – 113.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 111 – 112.

De fato, isto fica bastante evidente em Adorno<sup>151</sup>. No seu pensamento há uma preocupação em questionar a suficiência do positivismo – principalmente no que toca à exclusividade da ciência como racionalidade única –, que tinha como objeto fundamental explicar os fatos, mediante um modelo advindo das ciências naturais, em especial, a matemática e a física.

A ideia, portanto, desta grande corrente de pensamento era resgatar uma dimensão crítica que não viesse necessariamente do mundo empírico, mas da reflexão crítica do ser humano, ou seja, de sua capacidade de por em questão os fatos do mundo. Assim, dever-se-ia voltar os olhos não só para a descrição fática do mundo, mas, também, para a dimensão crítica do pensamento humano.

É preciso que se diga, desde já, o que no decorrer do estudo vai ficar mais claro, que isto não quer dizer que é o ser humano que, em sua subjetividade particular, ou seja, mediante ato de vontade individualizada, passa a dizer o que é o mundo de forma inarredável, mas, antes, que a reflexão crítica, ou seja, as próprias condições de possibilidade do mundo passam a ser objeto de tematização e articulação teórica.

Para Oliveira<sup>152</sup>, Horkheimer e Adorno – dois teóricos citados por Barroso dentro da teoria crítica por ele adotada –, só poderiam ser entendidos como críticos da racionalidade instrumental que, na perspectiva de Lukács, seria o tipo de racionalidade destinada à consecução de um fim. Que seria a forma própria da modernidade, situada num contexto de mercantilização universal, e que teria concebido a relação entre os seres humanos como mais um ente pertencente ao mundo dos objetos – e um exemplo emblemático disto, dentro do referencial marxiano, seria a coisificação do homem nas relações de trabalho.

Nesta linha, Adorno e Horkheimer vão expandir a ideia de racionalidade instrumental de Lukács para a categoria histórico-universal da natureza, que teria sido também reificada por esse modo de pensar mecanicista da ciência moderna, no momento em que a razão pretendeu ter total domínio da natureza. Desta forma, o que se revelaria é que essa racionalidade instrumental recairia no mesmo problema que se observava na fase mítica, por se aspirar absoluta<sup>153</sup>.

Para estes autores, na modernidade, toda a racionalidade – o direito, a moral, a ciência, a arte etc. – fora submetida ao modelo da racionalidade instrumental. E esta

---

<sup>151</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos Filosóficos 1947.

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e racionalidade moderna*. Ed. Loyola, São Paulo: 1993. p 77 e ss.

<sup>153</sup> *Ibidem*, 78.

tecnificação da vida vai desembocar num ceticismo ético, já que a razão instrumental reduziria qualquer problema moral a uma questão de ordem técnica.

Por este motivo, segundo Oliveira, a conclusão da crítica de Adorno e Horkheimer é que: “a razão é, na modernidade cultural, despojada de qualquer pretensão de validade própria e totalmente assimilada ao poder”<sup>154</sup>.

Razão, para eles, passa a ser identificada com dominação e o avanço da modernidade seria um avanço da perda de sentido das coisas e da perda da liberdade do ser humano e, assim, um *avanço do absurdo*.

A racionalidade moderna seria, portanto, um processo de dominação da subjetividade afirmada historicamente pelos que ocuparam os cargos de poder e, assim, a forma de pensar a racionalidade teria se desenvolvido na contramão de um processo de libertação do homem, já que não reconhecedora da natureza e dos outros seres humanos em suas especificidades.

Por este motivo, para Adorno, todas as coisas precisariam ser consideradas como elas são, a partir da perspectiva de sua redenção. “Sua palavra final é, então, de renúncia à teoria, ceticismo diante da razão, fechamento a qualquer alternativa. É a única maneira de escapar à fusão generalizada de razão e poder”<sup>155</sup>.

Antes de qualquer coisa, é preciso que fique claro que considerar que existem alternativas ao modo de pensar típico da modernidade, que tem muito em comum com o que tem se convencionado chamar de positivismo, não implica necessariamente desconsiderar todas as contribuições do positivismo, até porque a lógica dos fatos do mundo continua sendo explicitada dentro deste jogo de linguagem moderno e positivista, mesmo quando utilizado para se propor críticas e objeções a ele mesmo.

A contemporaneidade ainda está localizada nesse contexto da modernidade e é a partir dele que, linguisticamente, articulam-se as ideias. Todas as tentativas de se criar um jogo de linguagem totalmente novo – a exemplo de Carnap<sup>156</sup> – não prosperaram. Portanto, embora haja muito a melhorar, há muito, também, a se preservar.

Compreendido este aspecto, o que uma imersão nas questões articuladas pela teoria crítica revela é que o positivismo e o método das ciências não seriam mais as únicas e

---

<sup>154</sup> Idem.

<sup>155</sup> Ibidem, 78 e 79.

<sup>156</sup> CARNAP, Rudolf. *La Superación de la Metafísica Mediante el Análisis Lógico del Lenguaje*. In: AYER, A. J. (org.). *El Positivismo Lógico*. Trad. L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. México: Fondo de Cultura Económica, 1965. Pags. 66-87; CARNAP, Rudolf. *Testabilidade e Significado*. In: Mariconda, P. R. (org.) Moritz Schilick e Rudolf Carnap. *Coletânea de Textos*. Trad. L. J. Baraúna e P. R. Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

exclusivas formas de pensar. E que se deveria passar, portanto, a se reconhecer a insuficiência, os limites e a finitude do método científico e, como correlato a isso, a possibilidade de se pensar alternativas.

É nesta abertura temática que se passar a considerar uma reflexão sobre as condições de possibilidade da ciência, da técnica e, também, do próprio positivismo. Senda em que se apresenta a relevância do pensamento filosófico, teórico e prático, e, assim, questões como a da fundamentação da racionalidade e da ética são trazidas para o centro das discussões.

Importante contribuição traz Apel<sup>157</sup> sobre esta questão, já numa segunda geração da Escola de Frankfurt. Ele vai radicalizar a ideia da articulação das condições de possibilidade do pensamento científico como tema central da filosofia e afirmar que o específico do pensamento filosófico é teorizar especificamente as condições de possibilidade da ciência e não dar conta do mundo, já que a descrição do mundo é atribuição das ciências e não da filosofia.

O pensamento moderno, que na concepção da dialética negativa Adorno<sup>158</sup> tinha fracassado, teria levado a todos para um elevado grau de mal estar civilizatório. A constatação prática disto foi, inclusive, verificada e vivenciada nos fatos mesmos que marcaram o século XX – nazismo, guerras mundiais e até a guerra fria. E o reflexo dessas tragédias marca profundamente o pensamento de autores como Adorno, Horkheimer, Apel e Habermas.

O que era central para estes pensadores e, assim, o específico de suas questões fundamentais, era a articulação de alternativas que pudessem, a partir de um diagnóstico da realidade, dar conta dos grandes problemas da humanidade e do pensamento. Procurava-se sair, então, da redoma aprisionadora e opressora, quando absolutizada, da razão moderna.

Perceba-se um detalhe: não se eliminava exatamente a forma de pensar típica da modernidade, não era isto. Buscavam-se sim alternativas a ela. A forma de pensar da modernidade não seria mais a única, embora se reconheça que ela ainda é a que prevalece na contemporaneidade. E este último ponto é, lembre-se, o próprio ponto de partida da crítica.

É preciso que se diga, ainda, que no seio do próprio pensamento científico ocorreram, também, giros significativos. Karl Popper<sup>159</sup>, que era reconhecido adversário

---

<sup>157</sup> APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia: O a priori da comunidade de comunicação*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000; BRAUN, Edmund. *Karl-Otto Apel: Pragmática transcendental como transformação semiótico-normativa da filosofia transcendental*. In: Hennigfeld, Jochem e HEIZ, Jansohn (org.). *Filósofos da atualidade*. 1 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

<sup>158</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos Filosóficos 1947.

<sup>159</sup> POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2001.

teórico de Adorno, desenvolveu o seu pensamento em torno da noção de derrotabilidade e falibilidade. O que denota que, dentro do próprio modo pensar científico, passava-se a se reconhecer a limitação da ciência como estrutura racional que desse conta de teorizar qualquer coisa de forma precisa e segura.

Este giro era um reconhecimento da dimensão do pensamento racional como algo que não é eterno e nem imutável, mas passível de testes e críticas, e derrotável por propostas outras que suportassem melhor os mesmos testes.

Que fique claro, então, que não é que o pensamento científico não possa explicar mais nada, devendo ser abandonado por completo, mas que esse referencial, esse jogo de linguagem típico da modernidade é finito e precisa ser compreendido dentro da sua finitude e, assim, que ele só responde algumas perguntas, mas não todas as perguntas possíveis. Até porque há várias questões que ele, propositalmente, não pretende resolver.

Então ele só pode ser compreendido como superado na medida em que ele não é mais absoluto, no sentido de que não abarca mais tudo e nem impede que se pense de forma alternativa<sup>160</sup>. Mas, para a grande parte das perguntas que ele responde, ele ainda permanece válido e extremamente útil.

É, considerando estas questões, que Habermas vai guiar suas perguntas a partir da busca de uma razão comunicativa<sup>161</sup> e emancipatória. As perguntas fundamentais passariam, assim, a considerar a questão do contexto das comunidades e dos jogos de linguagens próprios.

E, assim, exsurge a intersubjetividade, como dimensão dialogada do ser humano na qual se possibilita a construção da comunidade e, nesta linha, passa a merecer destaque uma razão compartilhada, fundamentada numa ética discursiva, que coloque o outro como potencial interlocutor em igualdade de condições para participação das decisões políticas, na perspectiva de afirmação dos direitos humanos e de construção do futuro do ser humano.

Nos dias atuais, diante da globalização, Habermas passa, inclusive, a defender o alargamento democrático das instituições supranacionais como uma grande comunidade na qual as decisões devem partir do diálogo. É que a opressão de hoje recebe uma nova configuração e isso fortalece a necessidade de uma reflexão crítica inclusiva – ou seja, intersubjetiva – mais latente.

---

<sup>160</sup> Que seria a forma de pensar dogmática que ora se combate.

<sup>225</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade I*. 2. Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. Pags. 276 a 296.

Apel, outro nome forte de uma segunda geração da Escola de Frankfurt, tem, para Habermas, o grande mérito de ter aberto perspectivas para outro tipo de fundamentação das normas éticas, uma fundamentação transcendental, que, no caso de K. O. Apel, transformando a tradição moderna da filosofia transcendental, faz-se no seio de uma "teoria da práxis comunicativa". Nesta linha, é central o conceito de contradição performativa, para mostrar a inevitabilidade dos pressupostos transcendentais<sup>162</sup>.

É, neste contexto, que se situa o Trilema de Münchhausen que, segundo H. Albert<sup>163</sup>, envolveria qualquer tentativa de se provar uma verdade de forma garantida e, assim, uma fundamentação, intersubjetivamente válida, de princípios morais, já que ou se recairia num regresso infinito, ou se interromperia arbitrariamente o processo, ou se argumentaria circularmente.

Do que se pôde perceber, um aprofundamento na proposta fundamental da Teoria Crítica não revelaria uma pauta subjetivista particularista, ou mesmo, uma compreensão da razão como ato interpretativo do sujeito, mas se joga luzes para a reflexão e para a criticidade.

E esta reflexão crítica, pelo que se viu, parte de um a priori compartilhado, de um jogo de linguagem, de determinados referenciais teóricos e aspectos fáticos identificáveis que revelam exatamente sua finitude. É nesta linha que a ideologia que passa a se considerar – diferentemente da ideologia particularista considerada por Barroso – é a que se dá dentro de um horizonte que pode ser explicitado e que precisa ser considerado. Bem como que a ciência, que está sempre situada historicamente, tem uma dimensão ética da qual ela não pode ser totalmente separada – este é o aspecto que fortemente exsurge quando se passa a considerar o contexto atual em que o homem está situado – e que o específico dessa constatação denota uma hipótese que precisaria ser seriamente considerada: o questionamento sobre as interconexões entre a ciência, a técnica, o positivismo e a ética, ou seja, os limites e adequações dos possíveis jogos de linguagem dentro de um universo ilimitado do discurso.

Seria a partir dessa orientação que se passaria a considerar qualquer articulação linguisticamente mediada.

## 2.5. A ideologia e a ciência que se passa a considerar

---

<sup>162</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 157 – 158.

<sup>163</sup> ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro, 1976.

O que Barroso pretendeu com suas reflexões a respeito da pós-modernidade e da teoria crítica, foi retirar da centralidade do pensamento jurídico um paradigma objetivista, sugerindo uma mudança para uma perspectiva subjetivista. Isso é o que se infere quando ele fala de abalo à objetividade e à neutralidade das ciências e da necessária consideração da ideologia do juiz, preconizando-se a militância do ator jurídico.

Não é que isso que ele fale esteja totalmente incorreto, não é isso. O que se destaca é que essa forma de ver a questão não seria a mais adequada. Por ser ela particularista e limitada, deixando muitos aspectos relevantes sem qualquer consideração e recaindo, de certa forma, nos mesmos problemas que pretende criticar. É o que se passa a explicar.

Conforme se demonstrou, o que a pós-modernidade revela é a existência de múltiplos jogos de linguagem e que a diferença que precisa levar em consideração não é a diferença absoluta, mas a relação entre a diferença e a unidade; em relação à reflexão crítica, o que ela apresenta é que o homem se experimentaria e se construiria no mundo no contexto das relações sociais, portanto, inserido num espaço em que ele se conquista através de relacionamentos com outros homens.

Veja-se, a seguir, como esses dois jogos de linguagem possuem interconexões e podem ser lidos de forma complementar, não para revelar a pauta subjetivista, mas para desvelar uma movimentação ao encontro de processos dialogais e inclusivos, nos quais se reflita sobre a comensurabilidade e a interconexão entre diferentes jogos de linguagem, referenciais teóricos, ideologias, formas de ver o mundo etc. E que a ciência passa a pressupor a ética.

O homem, com Habermas<sup>164</sup>, faz parte de uma comunidade de comunicação. E os sujeitos desta comunidade se compreendem dentro de um horizonte de sentido – de pré-compreensão<sup>165</sup> –, que constitui o conjunto de dados, informações, evidências etc. compartilhados pela comunidade no decorrer da história.

Segundo Oliveira<sup>166</sup>, é neste todo de significação que emerge o sentido de tudo o que o homem encontra em sua vida. Cada realidade recebe sua determinação dentro de uma totalidade de sentido construída historicamente, de modo que a linguagem se revela como

---

<sup>164</sup> COSTA, Reginaldo da. *Discurso, direito e democracia em Habermas*. In: Direito e legitimidade. São Paulo, Landy, 2003.

<sup>165</sup> LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 134 - 135

dimensão de mediação universal em o homem cria seu mundo de sentido e se constrói e reconstrói.

Seguindo esta linha articulada por Oliveira:

“... a significação da práxis comunicativa só é compreensível para a comunidade determinada a partir dessa provisão de significação, dessa conexão universal de sentido, que poderíamos chamar de cosmovisão ou ideologia.<sup>167</sup>”

O que se desvela, então, é que a ideologia se apresenta como um horizonte compartilhado de sentido, um reservatório de evidências que é possibilitadora da compreensão do real e da própria comunicação. É um quadro *a priori* que torna a comunicação possível, é pano de fundo no qual os homens se entendem sobre os fatos, as normas, os mundos, os sujeitos, o social, o político etc.<sup>168</sup>

E, enquanto histórica, é constituída, limitada e condicionada pelas configurações fáticas dos mundos construídos pelos homens, cujas limitações estão nas interrelações entre estes mesmos mundos e as ideologias correspondentes (horizontes de sentido, *a priori* compartilhado, quadro referencial etc.).

Seria este aspecto que revelaria, para Oliveira, a ideologia como traço originário do ser humano, em suas palavras:

O homem é, por natureza, um ser simbólico e por isso um ser ideológico. Sua ideologia originária armazena o trabalho interpretativo de gerações precedentes e integra a comunidade, à medida que contém interesses e aspirações comuns, põe cada coisa do mundo no seu devido lugar. É essa ideologia originária que possibilita o nível mais alto de integração dos significados diferentes experimentados na vida cotidiana dos homens, já que é manifestação de sentido de tudo que o homem experimenta. Essa manifestação de sentido ocorre na convergência das obras históricas de sujeitos diversos, que, ao se cruzar em suas ações, desocultam o sentido à medida que possuem a mesma ideologia originária, linguisticamente mediada. A ideologia originária abre o espaço à práxis histórica do homem, e, portanto, nela se situam tanto as éticas concretas das comunidades como suas atividades científicas e expressivas: ela constitui a “tradição cultural” a partir da qual o homem situa suas normas, suas verdades e suas vivências subjetivas.<sup>169</sup>

Veja-se que o que se mostra com essa articulação da questão da ideologia é que a sua consideração revela uma necessidade de que o sujeito que expõe seu pensamento o faça com o cuidado de se situar dentro de uma tradição de sentido, de um horizonte compartilhado de sentido, de um quadro referencial, no qual ele precisa ser compreendido. E o que isso significa é que o que se explicita não é mera obra da subjetividade, mas, desde sempre, também determinado por um jogo de linguagem e pela configuração fática do mundo.

---

<sup>167</sup> Ibidem. p. 135.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 136.

<sup>169</sup> Ibidem. p. 138.

É, seguindo nessa perspectiva, que Oliveira<sup>170</sup> vai sugerir como resultado que emerge dessa leitura crítica da modernidade e, conseqüentemente, do pensamento científico (e poder-se-ia incluir a técnica, o método, o positivismo, a razão instrumental, o procedimento etc.), que a ciência precisa de uma fundamentação filosófica que reflita sobre ações práticas dos homens e sua normatividade e, portanto, com a ética.

E este horizonte temático surge, assim, das possíveis interconexões entre esses jogos de linguagem. Veja-se que isso não sugere que abandonemos o conhecimento científico, em absoluto. Na verdade, mais do que nunca ele se revela como importante e necessário, pois é exatamente reconhecido que sua realização decorre da conquista do ser humano de seu sentido de ser, como ser racional secularizado.

Para o filósofo cearense, a pergunta pela ciência, que passa pelas perguntas por sua função e sentido na vida do homem, deve se situar, também, no grande espectro da pergunta pelo todo da vida sócio-histórica do ser humano<sup>171</sup>.

Assim, não se poderia desconsiderar que no contexto atual, em que a ciência está diretamente ligada com o próprio destino do ser humano, ou seja, com a construção da realidade social, onde o ser do homem está em jogo, configura-se uma problemática ética, por se perguntar sobre uma fundamentação racional das ações do homem no mundo.

Por sua indiscutível precisão e clareza, observe-se nas palavras de Oliveira:

Se o homem não é um ser fixado, mas à conquista de si mesmo, que se efetiva à medida mesma que constrói seus mundos históricos, que configuram as “relações” fundamentais, que constituem seu ser, se suas potencialidades são chamadas à efetivação a fim de que ele mesmo seja, então é a responsabilidade originária do homem em relação a si mesmo que faz emergir a pergunta pelos critérios de sua ação no mundo. É a partir, portanto, da responsabilidade por seu ser que o homem brasileiro levanta hoje a questão ética da atividade científica<sup>172</sup>.

O problema seria que a ciência, na conformação em que ela se desenvolveu, não se mostrou suficiente para a realização do grande projeto da modernidade, de racionalidade totalmente desvinculada de qualquer metafísica ou religião.

É que a concepção de racionalidade instrumental desenvolvida, como bem articulado pelo pensador cearense<sup>173</sup>, reduz o saber humano ao conhecimento formal, lógico-matemático, empírico-analítico, que se afastou das preocupações éticas e difundiu o dogma de que normas éticas nunca podem ser deduzidas de fatos. O que decorria disso seria que “a

---

<sup>170</sup> Ibidem. p. 151 e ss.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>173</sup> Ibidem. p. 155.

validade intersubjetiva de argumentos legitimadores dos critérios de ação é ilusória: não se pode tomar uma decisão ‘racional’ e por isso responsável em relação à pergunta: que devemos fazer?”<sup>174</sup>

Essa questão da impossibilidade de se deduzir um dever ser do ser é bem articulada por Moore ao tematizar a “falácia naturalista”, não se olvidando que, anteriormente, essa preocupação já fora também desenvolvida por Hume<sup>175</sup>.

O que resulta levada a frente esta crítica seria uma espécie de ceticismo ético, ou ainda, que tal questão passa a ser situada, simplesmente, no nível do arbítrio da subjetividade.

Este pensamento, concordando com a reflexão de Oliveira, revelaria, em verdade, um paradoxo de base: o homem que se orgulha de sua criticidade, de ter superado uma fundamentação divina e mística, e que se compreende como construtor e conquistador de sua própria humanidade racionalizada se vê diante da impossibilidade de legitimar critérios para normas de ação, que fosse além de sua mera vigência histórica, reduz a aceitação ou não da facticidade normativa a uma pura decisão subjetiva e, portanto, uma decisão irracional.

Eis, assim, o específico do paradoxo: “uma humanidade que pretende ter atingido a suprema forma de racionalidade no conhecimento dos fatos deve conformar-se a decisões irracionais no que diz respeito a sua práxis moral!”<sup>176</sup>.

Observe-se, também, que esse modo de pensar é, de certa forma, confirmado por uma postura teórica que simplesmente aceita a normatividade ética dentro de sua epocalidade, ou seja, como dependente exclusivamente dos contextos sócio-históricos, que são diferentes, demonstrando-se sua absoluta relatividade e negando-se qualquer fundamentação a partir de motivos racionais.

Para Oliveira, esse paradoxo só pode ser resolvido caso se consiga detectar uma dimensão ética imanente à própria práxis científica.

E é esta a preocupação de Apel, ao articular que é tarefa da filosofia de fundamentar o pensamento científico, o que faz através de um percurso que já fora trilhado por Kant quando articulou as condições *a priori* de possibilidade da própria experiência humana.

Trata-se de um esforço de tematização dos pressupostos implícitos e fundamentais a qualquer atividade humana, mesmo que não se concorde ou não tenha consciência prévia disso.

---

<sup>174</sup> Idem.

<sup>175</sup> RACHELS, James. *Created from animals*. Oxford university press, Oxford, 1991. p. 66 -70.

<sup>176</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 156.

É que não considerar esses pressupostos seria, na dicção apeliana, incorrer em contradição performativa. É nesse sentido que se diz que essa é a dimensão própria da reflexão transcendental, por transcender ao mero empirismo – dimensão objeto de estudo das ciências –, e reconstruir aquilo que é inevitável, sem o que a práxis humana é ininteligível.<sup>177</sup>

Seguindo essa linha, Habermas<sup>178</sup> vai distinguir as ações destinadas unicamente à realização de um fim, dentro de um cálculo de utilidade – a exemplo do utilitarismo de Mill e Bentham – das ações coordenadas por *acordo racionalmente motivado* (consenso), que é uma conquista dentro de um universo dialogal, e, assim, nominada por ele de ação comunicativa.

É que toda asserção levanta pretensões e o interlocutor que se interpela tem a possibilidade de tomar uma posição sobre tais pretensões.

E, deste modo, o homem que é eminentemente um ser de diálogo, que está inserido num mundo de agumentalidade, abrindo-se o espaço para um processo de legitimação e de avaliação crítica.

E que resultaria desta reflexão é que a ação orientada pela compreensão é fundamentalmente uma atividade normativa, “pois cria socialidade, faz emergir um convencimento recíproco, coordenador das ações diferenciadas dos vários agentes inseridos numa comunidade humana”<sup>179</sup>.

O primeiro pressuposto que surge, portanto, é de uma comunidade de argumentação em que se reconhece o outro como portador dos mesmos direitos enquanto parceiro de debate: um reconhecimento mútuo originário.

Neste sentido, esclarecedoras as palavras de Oliveira:

Se todo agente de um processo comunicativo é reconhecido, ou levanta a exigência de o ser, em sua capacidade originária de tomar posição sobre pretensões a ele apresentadas, então se revela aqui uma exigência de reconhecimento de sua capacidade de autodeterminar-se por razões por ele captadas; a exigência de reconhecimento de cada membro de sua capacidade de argumentação significa o reconhecimento de cada um em sua autonomia originária, portanto em sua liberdade: o ser humano reconhecido como membro de uma comunidade de argumentação é reconhecido como alguém capaz de dar-se a si mesmo os princípios de aceitação das pretensões que lhe vêm ao encontro. A argumentação é inconciliável com a manipulação, com a coisificação, pois implicaria a negação da autonomia, da criticidade originária, imanente à práxis comunicativa.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 156 – 158.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 293 e ss.

<sup>179</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 159.

<sup>180</sup> Ibidem. p. 160 -161.

Levada a sério a reflexão proposta, o que exsurge é que a dimensão ética é condição de possibilidade de toda prática argumentativa, em que a liberdade é posta em questão no próprio processo de conquista e efetivação do ser humano e de sua racionalidade.

Neste sentido, a ciência – que tem sua dimensão expositiva articulada linguisticamente e que, por esse motivo, quando apresentada para a comunidade, coloca-se para ser testada e criticada – passa a pressupor a ética e discordar dessa afirmação seria incorrer no que Apel chama de contradição performativa.

É que o cientista não pode colocar suas verdades científicas fora da esfera da argumentalidade e, portanto, de seus pressupostos possibilitadores.

Seria, observando todas essas considerações, que a filosofia passaria a assumir, na contemporaneidade, a tarefa de articular, ainda seguindo as lições de Oliveira, não só a relação entre ciência e ética, e com isto a possibilidade de uma ética racionalmente fundada numa sociedade cientificizada, mas, mais profundamente ainda, a tarefa específica da filosofia de tematizar a ética numa civilização onde o saber das ciências transformou-se no modelo originário de saber.<sup>181</sup>

E, nesse sentido, é preciso se destacar que se concorda com o que aduz Barroso, quando diz que o direito precisa considerar a ética e que deve ser pensando em conjunto com a filosofia, o que não se concorda é o prisma mais adequado para que se relacione o direito com essas questões seja o primordialmente subjetivista, que é, também, particularista.

A reflexão transcendental considera, assim, as condições possibilitadoras da práxis argumentativa, que é a possibilidade permanente da ação comunicativa humana. E, assim, uma dimensão em que o homem entende a si mesmo e insere num processo dialogado de autoconstrução e autogestão, que é, também, processo histórico, que se faz sempre, nas sábias palavras de Oliveira<sup>182</sup>, “dentro de um mundo-de-vida específico, horizonte de sentido, que se foi formando através das experiências históricas da comunidade humana determinada”.

A reflexão transcendental, portanto, é sempre limitada e condicionada por aspectos históricos e contextuais e, neste sentido, não se trata de saber absoluto, de fundamentação última, que o homem histórico não acessa, mas antes um esforço de reconstrução dos pressupostos de sua práxis argumentativa, sempre aberto para sua correção e transformação.

Mais uma vez, concordando com o professor cearense, que lucidamente asseve que:

---

<sup>181</sup> Ibidem. p. 163.

<sup>182</sup> Idem.

“a reflexão transcendental é um momento da práxis histórica humana e enquanto tal não pode ela mesma escapar à finitude fundamental que caracteriza o ser histórico do homem. Quem argumenta já reconheceu implicitamente os pressupostos atemáticos da argumentação e, nesse sentido, inevitáveis da ação argumentativa... A reflexão transcendental em si é uma reconstrução hipotética das ‘intuições’ imanentes à práxis histórica humana e, enquanto tal, como qualquer saber humano, sujeita a correções... A reflexão transcendental é um conhecimento ‘formal’, posto que ela apenas fornece um *procedimento de prova* da validade das pretensões normativas eticamente existentes nas comunidades humanas... a reflexão transcendental fornece-lhe um procedimento não tanto para elaborar normas, mas antes para provar a validade dessas normas eticamente vigentes. Em tal sentido a reflexão transcendental, no âmbito da ação moral, não tem conteúdo em si mesma: seu conteúdo provém do mundo-de-vida das comunidades humanas históricas, e sua tarefa consiste no procedimento de crítica dessas normas quanto às razões legitimadoras de sua validade. Com isso, a reflexão transcendental irá, em primeiro lugar, ‘universalizar’ essas normas à medida que pesa sua aceitabilidade como consenso universal, confrontando-as com a exigência ética de base. O mundo ético se ‘moraliza’ pela reflexão transcendental; passa-se da pura aceitação de normas transmitidas pela tradição cultural para a atitude reflexiva e crítica, à medida que as evidências vigentes na comunidade ética são provadas em sua validade.”<sup>183</sup>

É, seguindo essa linha, que o estudioso defende que existe uma circularidade entre moralidade e eticidade, entre práxis histórica e pensamento, entre o que é simplesmente norma de agir dentro uma tradição cultural, ou seja, em certo jogo de linguagem, e o que se tem denominado de reflexão transcendental, entre conteúdo e procedimento, esclarecendo-se que nem o conteúdo que se leva em consideração nesta teorização tem contornos absolutos, ou seja, não é plenamente previamente determinado, mas, em verdade, finito e limitado ao jogo de linguagem donde surge, nem o procedimento representa fundamentação última, mas por sua própria construção representa um jogo de linguagem específico, que não deixa de se manifestar num processo histórico de construção da racionalidade humana, e, assim, por se inserir dentro de uma tradição e compor um jogo de linguagem próprio, é, da mesma forma, limitado, condicionado e aberto à reconstrução.

Arrematando o tema, Oliveira aduz que:

A moralização da eticidade significa certamente um processo de ‘racionalização’ das formas humanas de vida e com isso um passo qualitativo na aprendizagem moral da humanidade. Por outro lado, o processo de efetivação da exigência ética depende fundamentalmente de atos criativos das comunidades humanas concretas, uma vez que ele apenas abre o espaço de uma possível ação racional. É na história que o homem gesta-se racionalmente como ser livre, construindo criativamente os critérios de seu agir moral no mundo do comércio das liberdades, o que não pode acontecer fora dos conflitos de interesses que marcam as comunidades humanas. A racionalidade do agir humano, também sob esse aspecto, não é facticidade, mas conquista histórica em processo indefinido.

---

<sup>183</sup> Ibidem. p. 164 – 165.

A interconexão entre a particularidade e a universalidade pode ser compreendida como uma passagem da diferença fundamental para uma igualdade na diferença, um ao encontro entre os diversos mundos – e entre eles, certamente, a natureza – e a racionalidade, e, portanto, o ser humano.

No contexto específico do Brasil, onde a particularidade do poder e do autoritarismo tem prevalecido no decorrer da história em detrimento da igualdade, da liberdade e da solidariedade, o que se tem verificado é a inexistência de uma participação concreta dos membros da comunidade na construção da vida social.

É, seguindo este raciocínio, que Oliveira<sup>184</sup> advoga que se faz tarefa fundamental a superação do mero arbítrio pelo Estado de direito.

O reconhecimento da estrutura do Estado de direito é fruto da luta do ser humano e sua vitória sobre a não-razão. A efetivação do direito é efetivação histórica de uma conquista ética<sup>185</sup>.

Conquista que passa, como se tem observado, pelo diálogo e reconhecimento do outro. E isto denota que não é possível que se construa um Estado de direito nos moldes articulados, numa sociedade de miseráveis, assimetria que impossibilita que a estrutura funcione e que, por conta disso, perpetua a individualidade autoritária dos poucos que possuem vez e voz.

Ainda, orientado, por Oliveira<sup>186</sup>, o Estado de direito é incompatível com a miséria, uma vez que a exigência ética básica é a possibilidade de participação nas escolhas fundamentais. A democracia, como criação política das sociedades ocidentais, radica-se na liberdade de todos, enquanto sujeitos, que se constituem na vida pública como forma suprema de socialidade. Assim, a democracia é mediação histórica, um norte ético a ser procurado, entre subjetividade e universalidade. É a própria construção da eticidade enquanto efetivação histórica do reconhecimento universal de cada homem como pessoa através da ação responsável de todos.

Numa palavra, citando Oliveira: “O horizonte de mediação entre subjetividade e universalidade é o próprio horizonte ético”<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 170 - 171.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 171 – 172.

### 3. O POSITIVISMO ESQUECIDO POR BARROSO

Seria possível falar numa superação sem que os diversos positivismos tenham sido confrontados?

Barroso desenvolve o argumento da superação do positivismo pelo pós-positivismo, como uma espécie de mudança paradigmática ocorrida na contemporaneidade, de modo irrefutável, e, assim, da qual não se poderia fugir.

O problema é que ele sugere que isso seja verdade sem se desincumbir de explicitar em que consiste precisamente o novo paradigma, o pós-positivismo, e sem enfrentar de modo satisfatório as teses centrais do positivismo, mormente quando se tem hoje um positivismo revisitado, a partir de Hart,<sup>188</sup> e que reconhece que a finalidade do direito é ética. E, antes de Hart, muitos também já defenderam isso, como ao final restará evidenciado.

O que se defende neste estudo – e isso já foi desenvolvido no capítulo anterior, quando se repudiou a tese da diferença absoluta –, é que a existência de desacordos não simplesmente potencializa os individualismos, mas, antes, joga luzes na necessidade de maior cuidado com a *coordenação das individualidades*, já que organizadas, na prática, em comunidades e sociedades, que são, indiscutivelmente, cada vez mais plurais.

O direito – como sistema normativo que, regra geral, goza de precedência em relação a qualquer outro sistema normativo – é, no contexto da secularização que marcou a modernidade, bem como na atual perspectiva de crise da mesma modernidade, o *locus* de realização da emancipação do homem, espaço institucionalizado de concreção de seu amadurecimento e, assim, dimensão de resgate da liberdade e igualdade, características fundamentais do ser humano e que decorrem de sua própria constituição ontológica<sup>189</sup>, bem como pilares fundacionais do estado secularizado, mais precisamente o Estado de Direito.

Não é à toa que o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Assembleia Geral das Nações Unidas traz em seus *considerandos* que a dignidade e a igualdade são os fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo e que “para que o Homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito”.

Mais, no que toca às factuais divergências, ressalta o mesmo preâmbulo que: “é essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações”, nas quais os

---

<sup>188</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 1ª ed. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo: Paullus, 2010.

diversos estados se comprometem “a promover, em cooperação com as Nações Unidas, a promoção do respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Assim, o que se sugere é a emergência de relações transversais entre os diversos ordenamentos jurídicos, nos moldes do que Marcelo Neves denominou de *Transconstitucionalismo*<sup>190</sup>, fenômeno que não enfraquece a estrutura do direito, mas, ao contrário, reforça-a, posto alarga-la para uma perspectiva de maior universalização prática da autoridade do direito.

Seguindo esta linha, o que se pretende venha a restar firme ao final deste capítulo é que se reputa inadequada suposta superação do positivismo pelo chamado pós-positivismo, nos moldes como tematizado por Barroso, já que não haveria se operado, regra geral, no direito, uma espécie de descontinuidade de um paradigma diante da emergência de outro mais adequado e que desse conta de trazer um espectro maior e mais abrangente com melhores respostas para as questões que são fundamentais no direito.

Portanto, não seria correto se falar em uma mudança de paradigma, pelo menos caso se leve em consideração o que isso significa dentro do contexto articulado por Thomas Kuhn<sup>191</sup>, para quem o paradigma antigo ficaria simplesmente obsoleto, caindo em desuso. E este é precisamente o objetivo deste capítulo. O que se passa a demonstrar é que o positivismo não ficou simplesmente obsoleto, não devendo meramente ser descartado por existir um paradigma melhor, o pós-positivismo.

O positivismo, que não é um pensamento único – afinal, existem vários positivismos –, não ficara totalmente alheio reflexões fundamentais ocorridas na filosofia e nem ficou descolado da questão ética.

Na verdade, vários positivistas têm suas bases teóricas advindas da filosofia analítica, que é uma vertente teórica da *linguistic turn*, movimento que, como se viu, tem repensado a questão da racionalidade de forma bastante contemporânea; bem como muitos positivistas têm, efetivamente, considerado a relação do direito com a moral (ou a ética), seja a partir do próprio sistema jurídico ou de fora dele, e, em especial, o fato do direito ter uma finalidade ética, o que são os casos dos positivismos inclusivo e exclusivo, por exemplo.

Não se deslembre, ainda, que o fato de existirem várias correntes mais específicas dentro dessa grande dimensão do pensamento, revela que seria inadequada uma crítica

---

<sup>190</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>191</sup> KUHN, Thomas. *As estruturas das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

generalizada que afirma a superação do todo do positivismo sem que sequer adentre às várias questões fundamentais tratadas pelos diversos positivismos – ou, pelo menos, que tenha confrontado as teorias positivistas mais proeminentes.

É sabido e consabido que o positivismo não é só o exegético e que ele não se resume a teoria kelseniana. Inclusive, é de bom alvitre que se lembre que sequer Kelsen era articulador do positivismo exegético. E isto qualquer estudante do segundo semestre de uma faculdade de direito sabe discernir. É muito ingênuo atacar o positivismo exegético, o silogismo, a subsunção e, mesmo, Kelsen sabendo que existe muito mais do que isso. E Barroso sabe disso.

Não é que se pegue o positivismo e o misture com o direito natural e gere um pós-positivismo. Nos casos fáceis, utilizar-se-ia a subsunção e aplicar-se-ia uma regra, e, nos casos difíceis, far-se-ia uma ponderação e tudo estaria resolvido. Essa forma de pensar se mantém dogmática, no sentido de não admitir alternativas. E, assim, o que se verifica é que Barroso recai mais uma vez em contradição performativa.

### 3.1. O argumento da superação do positivismo pelo pós-positivismo

Barroso articula, de início, que o jusnaturalismo, que seria uma corrente filosófica fundada num direito natural, em valores e pretensões humanas legítimas que independeriam do direito positivo, ideias pré-positivas que delimitariam o espaço de produção do próprio direito positivo, e que já teve sua fundamentação relacionada tanto ao divino quanto à racionalidade<sup>192</sup>, fora domesticado pelo pensamento tecnicista e positivista.

A passagem para a modernidade teria sido marcada pela secularização, havendo um rompimento entre estado e igreja, o que repercutira de forma decisiva na forma de compreender o mundo, dado o giro na centralidade operado por esta cisão.

Em suas palavras<sup>193</sup>, Deus teria sido destronado pelo homem. A burguesia, que articulara sua ascensão ao poder, não poderia se manter refém da igreja, e, assim, o ideal iluminista ganhara corpo, embasado em questões ligadas à liberdade do ser humano, desenvolvidas por filósofos como Locke, Hobbes e Rousseau, destacando-se, nesse contexto,

---

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 114 – 115.

<sup>193</sup> Idem.

os fatos da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. E esse seria, para Barroso, o marco inicial do constitucionalismo moderno.

Consolidado o rompimento com a igreja, o que se sucedera fora a construção da normatização da vida civil, que, embora já existisse na tradição romano-germânica de forma pouco organizada, para uma maior segurança, fora compilada, surgido o movimento de codificação do direito civil<sup>194</sup>.

A codificação – e a suposta segurança advinda dela – teria sugerido ao homem moderno que ele controlara absolutamente a normatividade, revelando que tudo o que fosse necessário, quanto aos limites da atuação prática do ser humano no mundo, poderia ser objeto de lei e, portanto, que a lei era o instituto central do direito, pelo qual se garantiria a pacificação social.

Esta seria a espécie de domesticação do que antes se compreendia ser direito natural do homem. É neste sentido que, paradoxalmente, sustentar-se-ia que a própria radicalização advinda da vitória do direito natural fora, especificamente, o que determinou o seu próprio declínio.

Surge, então, o positivismo jurídico como cultura predominante. Uma espécie de aplicação ao direito das ideias do positivismo filosófico. Trazia-se para o direito a crença num conhecimento absolutamente regido por leis naturais, invariáveis, que eram independentes da vontade e da ação humana.

O homem almejava uma racionalidade que tudo pudesse abarcar, e o caminho era o da ciência e da técnica, e, para tanto, valia-se do modelo da matemática e das ciências naturais, que passavam a ser repetidos nas ciências do espírito e, conseqüentemente, também, no direito<sup>195</sup>.

A realidade empírica era precisamente o objeto de estudo da ciência, tendo passado a ser objeto do direito estudado cientificamente e o resultado disso foi uma gradual perda de interesse dos juristas pela reflexão filosófica, o que afastou desse estudo científico do direito as questões de ordem moral e ética.

Kelsen – e seu ceticismo moral – é apontado como o personagem do positivismo, restringindo-se Barroso a firmar que, em sua construção teórica, defendia: a aproximação quase plena entre direito e norma, a afirmação da estatalidade do direito, a completude do ordenamento jurídico e o formalismo<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> Ibidem. p. 116.

<sup>195</sup> Ibidem. p. 117 – 118.

<sup>196</sup> Ibidem. p. 118 – 119.

Teria sido, também, neste contexto que surgira o conceito de dogmática jurídica e o estabelecimento de institutos e verdades reputadas absolutas a respeito da conformação e estruturação do pensamento jurídico.

A questão para o autor é que este tipo de pensamento serviria para proteger quem afirmava o direito, ou seja, quem estava no poder e, portanto, um disfarce ideal para múltiplas manifestações de autoritarismos<sup>197</sup>. O nazismo é citado como o exemplo maior.

O pós-positivismo seria, assim, um novo espaço de tematização do direito, no qual se daria a consideração dos direitos fundamentais<sup>198</sup>. Seria, nesta linha, a dimensão teórica que cuidaria da questão da normatividade dos princípios constitucionais, encampadores de valores éticos.

O que se buscava, segundo ele, seria uma espécie de recondução da ética para o foco do debate em torno do conceito de direito. Para Barroso, daí decorreria a importância que se tem dado à noção de princípio e a diferenciação entre regras e princípios, sendo essa uma das principais preocupações da dogmática jurídica desse novo momento constitucional<sup>199</sup>.

Explicitando a diferenciação entre regras e princípios, aduz que as regras seriam mais objetivas e teriam uma aplicação sob a forma de *all or nothing*, os princípios seriam mais abstratos e objeto de ponderação<sup>200</sup>.

Identifica o pós-positivista, numa palavra, como a perspectiva principiológica do direito e defende que este pensamento conformara uma nova hermenêutica constitucional<sup>201</sup>, que aplicada ao caso concreto poderia proporcionar a resposta jurisdicional justa e com a argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores.

---

<sup>197</sup> Há uma completa confusão entre os conceitos de autoridade (no sentido de autoritativo – gozar de autoridade por ter essa autoridade consentida ou legitimada – que indica intersubjetividade) e autoritário (em que o império da vontade se sobrepõe, independentemente de legitimidade, aceitação ou respeito a qualquer sistema normativo prévio – indica forte subjetivismo).

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 118 – 119.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 120 – 121.

<sup>200</sup> Importante destacar que, nesse estágio de sua articulação, principalmente em relação à ponderação, o autor destaca, ao lado de Dworkin, importante papel de Robert Alexy.

<sup>201</sup> Essa passagem é muito problemática. Pelo autor são feitas algumas conclusões sérias de forma apressada, sem que construa um discurso que justifique adequadamente isso. Na linha trabalhada pelos professores Felipe Braga e Juliana Diniz, ambos da UFC, a propagada “nova hermenêutica constitucional” que está eivada de “artifícios hermenêuticos ambíguos e vagos que tornam a decisão judicial uma incógnita: um ato de vontade”. É que essas novas categorias não trariam qualquer inovação substancial para a aferição da correta interpretação dos textos normativos, indicando mais decorrerem de uma ideologia, já que seus critérios têm se mostrado inseguros. Para um maior aprofundamento no tema: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. *Quaestio Iuris*. vol.08, nº. 02, Rio de Janeiro, 2015. pp. 774-792.

### 3.2. Os vários positivismos

Em *Sociology: a brief but critical introduction*<sup>202</sup>, Giddens afirma que Comte – tido como fundador do positivismo – foi um dos pensadores do século XIX que fora fortemente influenciado pelo desenvolvimento das ciências naturais, passando a adotar procedimentos advindos dessas mesmas ciências para estudar a sociedade. Exatamente por isso, da mesma forma, é indicado como fundador da sociologia.

A metodologia científica “naturalística” teria como característica, na forma retomada posteriormente por Durkheim<sup>203</sup>, tratar os fatos sociais como coisas, objetos de estudo. A preocupação de Comte era preservar a especificidade teórico-metodológica da ciência, identificando o objeto e um método próprio para o seu estudo.

Comte, em seu curso de filosofia positiva<sup>204</sup>, faz uma extensa análise do desenvolvimento das ciências, o que denotaria, para ele, que a ciência forneceria um programa prático para o desenvolvimento da sociedade.

A concepção de ciência de Comte tinha como objetivo prover a sociedade de mecanismos, técnicas, métodos, coerentes com a modernidade experimentada, o que de alguma forma revelava que a ciência estava à disposição da sociedade, embora isso algumas vezes não tenha ficado bem explicitado. Veja, a título de exemplo, que, para ele, o deslocamento do centro do universo, a passagem do modelo geocêntrico para o heliocêntrico, teria sido fortemente influenciadora da decadência da intelectual do pensamento teológico frente o científico<sup>205</sup>.

Fato é que o pensamento positivista tomou vários rumos, podendo-se, sem nenhuma maior dificuldade, falar que existem e existiram vários positivismos. Em um esforço para elucidar esses diferentes sentidos, Peter Halfpenny escreveu um opúsculo chamado *Positivism and Sociology*<sup>206</sup>, em que identificou 12 sentidos para a palavra “Positivismo”, sem sequer adentrar ao positivismo jurídico, o foco deste capítulo. Vejamos quais são eles.

O Positivismo “1” é uma teoria da história em que os desenvolvimentos do conhecimento são tanto o motor da história quanto a fonte da estabilidade social (Comte 1). O Positivismo “2” é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual o único tipo de

---

<sup>202</sup> GIDDENS, A. *Sociology. A Brief but Critical Introduction*. New York: Harcourt, 1982. p 12 – 15.

<sup>203</sup> DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

<sup>204</sup> COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os pensadores).

<sup>205</sup> VALENTIM, Oséias Faustino. *O Brasil e o Positivismo*. Publit, Rio de Janeiro, 2010.

<sup>206</sup> HALFPENNY, Peter. *Positivism and Sociology: explaining social life*. Allen & Unwin, 1982.

conhecimento disponível para a humanidade é o da ciência baseada na observação (Comte 2). O Positivismo “3” é uma tese da unidade da ciência, segundo a qual, todas as ciências podem ser integradas em um único sistema natural (Comte 3). O Positivismo “4” é uma religião secular da Humanidade devotada à veneração da sociedade (Comte 4). O Positivismo “5” é uma teoria da história em que o motor do progresso que garante o surgimento de formas superiores de sociedade é a competição entre indivíduos crescentemente diferenciados (Spencer). O Positivismo “6” é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência natural da Sociologia consiste na coleta e na análise estatística de dados quantitativos sobre a sociedade (Durkheim). O Positivismo “7” é uma teoria do significado, combinando métodos fenomenológicos e lógicos e obtida pelo princípio da verificabilidade, de acordo com o qual o significado de uma proposição consiste em seu método de verificação (Positivismo Lógico 1). O Positivismo “8” é um programa para a unificação das ciências, tanto sintática quanto semanticamente (Positivismo Lógico 2). O Positivismo “9” é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis universais interrelacionadas, verdadeiras, simples, precisas e de amplo alcance que são centrais para a explicação e para a previsão, à maneira descrita pelo esquema DN [dedutivo-nomológico] (Hempel). O Positivismo “10” é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis causais, a partir dos quais os fenômenos são explicados e previstos. O Positivismo “11” é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride por meio de leis indutivas a partir de provas observacionais e experimentais (Bacon). O Positivismo “12” é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride conjecturando hipóteses e tentando refutá-las, de modo que as conjecturas falsas são eliminadas e as corroboradas são retidas (Popper)<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> No original: *Positivism1 is a theory of history in which improvements in knowledge are both the motor of progress and the source of social stability (Comte1). 2. Positivism2 is a theory of knowledge according to which the only kind of sound knowledge available to humankind is that of science grounded in observation (Comte2). 3. Positivism3 is a unity of science thesis according to which all sciences can be integrated into a single natural system (Comte3). 4. Positivism4 is a secular religion of humanity devoted to the worship of society (Comte4). 5. Positivism5 is a theory of history in which the motor of progress that guarantees the emergence of superior forms of society is competition between increasingly differentiated individuals (Spencer). 6. Positivism6 is a theory of knowledge according to which the natural science of sociology consists of the collection and statistical analysis of quantitative data about society (Durkheim). 7. Positivism7 is a theory of meaning, combining phenomenism and logicistic method, and captured by the principle of verifiability, according to which the meaning of a proposition consists in its method of verification (logical positivism1). 8. Positivism8 is a programme for the unification of sciences both syntactically and semantically (logical positivism2). 9. Positivism9 is a theory of knowledge according to which science consists of a corpus of interrelated, true, simple, precise and wide-ranging universal laws that are central to explanation and prediction in the manner described in the D-N [deductivenomological] schema (Hempel). 10. Positivism10 is a theory of knowledge according to which science consists of a corpus of causal laws on the basis of which phenomena are explained and predicted. 11. Positivism11 is a theory of scientific method according to which science progresses by*

A título de exemplo, observe-se que o positivismo lógico (neopositivismo ou empirismo lógico) que é compreendido dentro da filosofia analítica e, portanto, um dos embriões da reviravolta da linguagem, e oriundo do Círculo de Viena, tendo surgido nos anos vinte, como um pensamento radicalmente empirista e anti-metafísico – a concepção científica do mundo –, procurava revolucionar a filosofia através do uso dos recursos da lógica simbólica na análise da linguagem científica.

Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Otto Neurath foram alguns dos pensadores que se destacaram no Círculo de Viena.

Conforme anota Branquinho<sup>208</sup>, em sua *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*, o positivismo lógico rompia com boa parte da filosofia tradicional, consistindo no desenvolvimento das teses do empirismo britânico, em especial do pensamento de David Hume, tendo se construído como uma oposição à epistemologia kantiana. A título de exemplo, cita o autor trecho do manifesto do Círculo de Viena, publicado em 1929, no qual consta que:

A concepção científica do mundo não reconhece qualquer conhecimento incondicionalmente válido obtido a partir da pura razão, quaisquer juízos sintéticos *a priori* (...) A tese fundamental do empirismo moderno consiste precisamente na rejeição da possibilidade do conhecimento sintético *a priori*.<sup>209</sup>

A influência do logicismo de Russell e Frege da mesma forma é evidente, além, também, do primeiro Wittgenstein – o do *Tractatus*<sup>210</sup>. É que esses teóricos traziam em suas articulações a questão da filosofia enquanto análise da linguagem, tendo influenciado a teoria central do positivismo lógico, identificada por Branquinho como a teoria verificacionista do significado.<sup>211</sup>

O verificacionismo consistia numa tese a respeito daquilo que se apresentava como o significado de uma asserção. E, nesta linha, o significado coincidia com o próprio método da verificação – “O significado de uma afirmação é o método da sua verificação”<sup>212</sup>.

---

*inducting laws from observational and experimental evidence (Bacon). 12. Positivism is a theory of scientific method according to which science progresses by conjecturing hypotheses and attempting to refute them, so that false conjectures are eliminated and corroborated ones retained (Popper)”. Ibidem, p. 114-115.*

<sup>208</sup> BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. Wmf Martins Fontes.

<sup>209</sup> Ibidem. p. 551.

<sup>210</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Ed. 3. São Paulo: Edusp, 2001.

<sup>211</sup> BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. Wmf Martins Fontes. p. 551.

<sup>212</sup> Idem.

O que resultava dessa teorização era que as asserções identificadas com a metafísica – no sentido clássico – não teriam qualquer sentido verificável, sendo destituídas de significado cognitivo no sentido de poder ser consideradas verdadeiras ou falsas. Por isso se falava que tratavam de pseudoproblemas dos quais decorriam pseudoproposições, sendo seu significado meramente emotivo.

O que ocorreu foi que, seguindo a linha desenvolvida por Hume de repúdio à “falácia naturalista”, incluíram-se nesse bojo de asserções que não poderiam ser consideradas verdadeiras ou falsas aquelas típicas da ética e da estética<sup>213</sup>.

Fato emblemático é que o próprio Wittgenstein, ao final do *Tractatus*, tem por inócua toda sua jornada, consignando que tudo aquilo que ele tinha desenvolvido até então não possuía qualquer significado, tendo, em seguida, abandonado a lógica, passando a viver num mosteiro, e, depois, numa guinada de cento e oitenta graus, escreveu seu *Investigações filosóficas*, numa linha que veio a inaugurar a dimensão pragmática da linguagem, na qual os significados eram compreendidos dentro dos contextos em que a linguagem se desenvolvia<sup>214</sup>.

Em que pese toda a sua contribuição, arremata Branquinho<sup>215</sup>, que o positivismo lógico não resistiu às críticas que lhe foram dirigidas por diversos filósofos de variadas orientações teóricas, a exemplo de Popper e Quine, e que, mesmo assim, é ponto de referência ainda incontornável para os problemas centrais da filosofia da linguagem, da matemática e da ciência.

### 3.3. Positivismos jurídicos

A partir da breve exposição que se fez do positivismo lógico, uma das vertentes do positivismo no pensamento filosófico, o que se infere é a racionalidade, a linguagem, a fundamentação, a lógica, a semântica etc., foram questões filosóficas que não passaram ao largo de um aprofundamento teórico na perspectiva positivista.

Portanto, parece bastante ingênua a tese de Barroso sobre o positivismo não considerar o caso concreto, mas simplesmente o significado gramatical das leis. Há muito mais em jogo e os vários juristas positivistas têm procurado esboçar essa inacabada compreensão.

---

<sup>213</sup> Idem.

<sup>214</sup> OLIVEIRRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 117 – 148.

<sup>215</sup> Ibidem. p. 554.

### 3.3.1. O positivismo exegetico não se resumia à literalidade da lei

A chamada escola da exegese, pensamento identificado na França sob influência do código napoleônico, como uma espécie de “projeção escrita e completa do sistema de regras jurídicas racionais do Direito Natural”<sup>216</sup> é, por assim dizer, uma certidão de nascimento do positivismo jurídico.

A ideia, depois de organizadas as regras advindas de um Direito Natural racional num corpo legislativo denominado de código, era conferir autoridade a esse *rule book* para que se pudesse garantir que os ideais revolucionários não restariam perdidos. No contexto da época, era preciso que se colocasse tudo aquilo no papel.

Por conta do impacto dessa codificação, que se pretendia abrangente, gerou-se um apego ao texto dessas regras, que deveriam ser aplicadas e observadas nas suas exatas literalidades. É este aspecto que fez com que se convencionasse dizer que havia, nesse pensamento, um *fetichismo legal*<sup>217</sup>.

Num jogo de linguagem mais contemporâneo e próximo da filosofia analítica, poder-se-ia dizer que a dimensão da linguagem que era considerada era simplesmente a sintática ou gramatical.

A separação dos poderes, neste mesmo contexto de implementação de um rigor na concretização do pensamento advindo da revolução, fora, também, compreendida num sentido bastante forte e esse fato fez com que se desenvolvesse a famosa ideia de que o juiz (ou o judiciário) era um mero aplicador da lei, em outras palavras, *bouche de la loi*.

É nesse contexto que se desenvolveu, também, a ideia de que o direito e a lei precisavam ser compreendidos de forma dogmática, já que o sentido gramatical dos textos deveria, de fato, ser observado e, dessa atribuição, o juiz não poderia declinar.

Já, na Alemanha, a escola histórica, na qual também se tinha uma preocupação com a questão gramatical dos textos legais, e que, portanto, estria dentro desse contexto inicial do positivismo exegetico, era uma espécie de reação ao simples fato da codificação, não uma negação de sua importância, mas uma preocupação quanto ao conteúdo da própria legislação.

---

<sup>216</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2011. p. 17.

<sup>217</sup> Idem.

Enquanto o código civil de Napoleão significava a positivação do Direito Natural que embasou a revolução, na Alemanha, onde existia uma tradição própria, a positivação deveria contemplar os costumes ali praticados<sup>218</sup>.

Em 1814, dez anos após o código napoleônico, surgiu um opúsculo “Sobre a necessidade de um direito civil para a Alemanha”<sup>219</sup>, de um romanista da Universidade de Heidelberg, Anton Friedrich Justus Thibaut.

Segundo Cláudio Brandão<sup>220</sup>, o escrito de Thibaut surgiu no contexto histórico da dissolução do Sacro Império Romano Germânico em 1806, com a renúncia de Francisco II, diante das derrotas sofridas para o Império Napoleônico, tendo um ano depois, em 1807, sido firmada a paz de Tilsit, que acarretaram a perda dos territórios a oeste de Elba.

O que se viu foi que nesses territórios passou-se a aplicar o código civil de Napoleão e a proposta de Thibaut era que se confeccionasse, também na Alemanha, um código civil unificado. Dessa proposta de Thibaut houve uma reação de Savigny, o que resultou com o surgimento da Escola Histórica do Direito, sendo que o próprio Savigny teria deixado claro que não era exatamente contrário à codificação, mas favorável desde que tal codificação fosse realizada de maneira oportuna e não de forma apressada, já que a pressa não era compatível com a cientificidade que se exigia para tanto, não podendo esse código representar um ato despótico, mas os costumes jurídicos e hábitos do povo, ou seja, o seu próprio espírito.

Destacava Savigny que o direito científico não brotaria de um arbítrio do legislador, mas da tradição, dos costumes e dos hábitos, que precisariam ser reconhecidos pelo Estado para que houvesse a pretendida codificação. O direito positivo não se resumia, assim, a mero arbítrio estatal, mas exsurgia como o reconhecimento do que era praticado no seio da comunidade.

Perceba-se que, já neste ponto, há uma reflexão em torno do fato da legitimação da autoridade da lei não poder decorrer do simples fato da sua condição de regra positivada. Havia uma tradição que precisaria ser respeitada.

Assim, enquanto na França as bases teóricas do direito natural racionalista foram fonte de inspiração da codificação havida, na Alemanha, a Escola Histórica preconizava que os costumes deveriam ser o norte da tal empreendimento legislativo. É que havia uma forte

---

<sup>218</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução aos fundamentos das ideias jurídicas contemporâneas*. Revista Acadêmica, Vol. 85, N.1, 2013 (210 - 252). p. 236.

<sup>219</sup> No original: *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*.

<sup>220</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução aos fundamentos das ideias jurídicas contemporâneas*. Revista Acadêmica, Vol. 85, N.1, 2013 (210 - 252). p. 237

conexão da Escola Histórica com o historicismo filosófico, contexto em que se desenvolveu, também, a filosófica hegeliana<sup>221</sup>.

Por esse motivo, Savigny defendia o uso tanto das fontes romanistas como do direito do estado, pois ambos seriam fontes originárias das quais a ciência jurídica extrairia os princípios-guia que possibilitariam a construção do direito científico<sup>222</sup>.

É, seguindo essa linha, que um discípulo de Savigny, Georg Pucha, potencializa a utilização das fontes jurídicas romanistas, desenvolvendo uma espécie de “segunda fase” da Escola Histórica, a Pandectística. E foi, reconhecendo a semelhança entre a Escola Histórica de Savigny e a Pandectística de Pucha, que Jhering as chamou de Jurisprudência dos Conceitos<sup>223</sup>.

Pucha também defendia que direito e povo deveriam estar absolutamente inter-relacionados, mas a Pandectística partia do direito romano para produzir generalizações (conceitos) destinadas a solucionar os casos concretos. Pucha procurou classificar e sistematizar conceitos, enquadrados em esquemas abstratos que seriam aplicados como regras lógicas do direito.

Observe-se que a questão exegética aqui também se apresenta bastante evidente. As noções da pragmática e da semântica não eram compreendidas como nos dias atuais são. O que se pode ver é que, rudimentarmente, a pragmática aparece que se busca contextualizar historicamente a comunidade para criar regras que indiquem o espírito do povo, os costumes, na escola histórica. E a semântica se apresenta, também, de forma rudimentar, quando se percebe uma preocupação em forjar conceitos, na jurisprudência dos conceitos.

Foi assim que a Pandectística construiu esquemas a partir do direito romano para regular os objetos, as ações e as pessoas<sup>224</sup>. Veja-se, nas palavras de Losano, como ele arremata essa questão:

Nas duas principais obras de Pucha, de fato a reconstrução histórica das fontes é posta de lado em favor de uma elaboração mais rigorosa; no curso das *Instituições* – que (segundo o esquema introduzido por Hugo) deveria representar a exposição histórica, em relação àquela sistemática das *Pandectas* – se diz expressamente que a história se torna, aqui, um elemento subordinado à exposição sistemática. Inverteu-se, assim, a relação que predominava ainda nas maiores obras de Savigny, nas quais o interesse central era sempre a análise histórica das fontes. Dessa inversão, é claro que a Escola Histórica subsiste mais o nome do que o

---

<sup>221</sup> Ibidem. p. 241.

<sup>222</sup> Ibidem. p. 244.

<sup>223</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2011. p. 19 – 21.

<sup>224</sup> LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito vol. 1: das origens à escola histórica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p 344.

método: a atenção do jurista vai, de fato, se deslocando cada vez mais para a forma do direito.<sup>225</sup>

Portanto, que fique claro que, quando se fala dessa segunda espécie (ou vertente) do positivismo exegético, faz-se levando em consideração justamente a questão do método, do procedimento de aplicação do direito depois de sistematizado, e não do conteúdo que, como se viu, tinha forte influência do historicismo local e da tradição romana.

Não se deslembre, ainda, que o período em que se desenvolveu a Escola Histórica e a Pandectística foi o imediatamente posterior ao desfazimento do Império Romano Germânico e, por certo, essa questão é deveras influenciadora do tipo de pensamento desenvolvido.

Destaque-se, em complemento, que as articulações que defendiam que se continuasse utilizando o direito romano que estava, de certa forma, consolidado e que era bastante desenvolvido no que toca ao direito privado – dimensão que representava a própria “essência” jurídica da época –, como o direito comum, ou seja, a cultura vigente tinha, por certo, interesse que se conservassem os pequenos estados feudais em que a Alemanha estava dividida.

E isso tinha, ao fim e ao cabo, também um forte viés político, tanto que se conseguiu retardar em quase um século a entrada em vigor de um código civil na Alemanha<sup>226</sup>.

Portanto, nem mesmo a escola da exegese se resumiria à consideração da mera literalidade da lei, em que pese o aspecto sintático dos textos tivessem certa centralidade, que, como se viu, não era absoluta.

### 3.3.2. John Austin: a autoridade da lei e a necessidade de se pensar a ética a partir de um jogo linguístico distinto

John Austin foi um teórico do direito que viveu entre os anos 1790 e 1859, tendo concentrado sua pesquisa na determinação do conceito de lei.

Seu principal trabalho, *A província da jurisprudência determinada*, de 1832, única obra publicada em vida, reúne seis preleções articuladas durante os anos que viveu em

---

<sup>225</sup> Ibidem. p. 345 – 346.

<sup>226</sup> Ibidem. p. 347.

Bonn, na Alemanha. Foram elas decorrentes das lições que ministrou na recém-inaugurada Universidade de Londres, como professor da disciplina de Jurisprudência<sup>227</sup>.

Na sua única obra, logo na primeira frase, defende que o objeto próprio da jurisprudência é a lei positiva, a lei como autoridade política que precisaria ser observada pelos indivíduos.

Diferentemente de Jeremy Bentham ou Hans Kelsen, Austin não nega que existam as leis naturais, o que ele diz, simplesmente, é que as leis naturais não seriam objeto da disciplina da jurisprudência, compreendida no sentido de ciência do direito<sup>228</sup>. As leis naturais seriam objeto da ética, mas não da jurisprudência, sendo que, para ele, esses dois objetos de estudo não deveriam ser confundidos, pois haveria uma perda metodológica na compreensão de ambos, caso não houvesse a distinção.

Define lei como uma regra estabelecida para a conduta de um ser inteligente definida por outro ser inteligente que teria poder para isso. A questão que ele pretende resolver é a da demarcação do objeto da jurisprudência e sua intuição central é que esses contornos passam pelo aprofundamento da própria ideia de autoridade da lei positiva.

Essa delimitação seria, na sua compreensão, necessária já que o conceito de lei até então praticado, por si só, era demasiado genérico e ele tinha a intenção de precisar qual tipo de lei era especialmente importante ao direito. Poder-se-ia falar das leis de Deus, das leis naturais, das leis dos homens etc., e isso era bastante genérico e impreciso, motivo pelo qual era determinante a delimitação das leis típicas do direito e sua diferenciação em relação a cada um desses outros sistemas normativos.

Era evidente, para Austin, a relevância de se tematizar as especificidades que se levaria em consideração para poder dizer o que determinaria de que tipo de lei se falava. E, segundo sua proposta, a particularidade da jurisprudência era tematizar as leis positivas.

Portanto, Austin não nega que existissem normatividades éticas e que elas mesmas leis não poderiam informar às leis positivas. Também não negava a possibilidade de se confrontar esses outros sistemas normativos com as leis positivas, a fim de se poder avaliar moralmente ou teologicamente as próprias leis positivas, o que poderia ser objeto de disciplinas próprias. O que ele não concordava era que na jurisprudência, ou seja, no estudo das leis positivas, especulasse-se sobre se determinada regra legal era moralmente ou

---

<sup>227</sup> ARAUJO, Marcelo de. John Austin. *Dicionário de Filosofia do Direito*. In: Vicente de Barreto. (Org.). Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006. p. 72-76.

<sup>228</sup> Idem.

teologicamente correta ou não<sup>229</sup>. Isso seria objeto dos outros jogos de linguagem, como se destacou.

Tanto é verdade que o próprio Austin se destacou como teórico, também, da ética. Enquanto nas preleções 1, 5 e 6 do livro *A província da jurisprudência determinada*, já referido anteriormente, ele articula seu pensamento jurídico, enquanto nas preleções 2, 3 e 4 ele sistematiza sua ideia de moral, identificando-se claramente dentro da corrente utilitarista.

É preciso que se observe que o positivismo de Austin gira em torno do conceito de lei e não de direito. O direito poderia sempre ser reinterpretado e isso dificultaria sua caracterização. A jurisprudência cuidaria, por representar uma tarefa mais objetiva, do conceito de lei, de uma autoridade que justificasse uma forma de agir e que tivesse como contraprestação ao não atendimento a sanção.

É por esse motivo que seu positivismo é um positivismo legal e sua pretensão é de sistematizar um âmbito específico de investigação – a jurisprudência – em que a pergunta sobre o que é a lei é o problema central, independentemente de se perquirir se o conteúdo da lei é bom ou não.

Não há uma investigação normativa a respeito da ideia de justiça, o recorte é bem específico. A ética e a jurisprudência seriam objetos de articulação distintos, embora isso não significasse que não fosse possível se avaliar moralmente as leis positivas – ele mesmo o fez, relembre-se –, apenas não seria a jurisprudência o espaço dessa avaliação.

### 3.3.3. O direito como finalidade ética em Jeremy Bentham

Bentham, que nasceu em 1748, era uma criança prodígio que, aos cinco anos, já lia em grego e latim, estudou direito, e a leitura de pensadores como Locke, Montesquieu, Hume, Smith e Beccaria foi o horizonte em que ele cresceu<sup>230</sup>.

Na sua primeira obra, *Um fragmento sobre o governo*, realizou uma crítica ao pensamento de William Blackstone, autor que defendia que a sistematização do direito era importante para que se efetivasse de melhor forma aquilo que era naturalmente correto, e, de outra banda, vedasse o que era errado.

Enquanto Blackstone descrevia o direito como âmbito de reorganização dos postulados que reiteradamente tinham servido como ponto de partida do pensamento jurídico,

---

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de Direito no pensamento jurídico moderno. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*. Franca, A. 14 n.20, p. 297-310, 2010. p. 299.

ou seja, a prática comunitária, Bentham procurava delimitar uma perspectiva normativo-teleológica das prescrições jurídicas, expondo como o direito poderia ser aperfeiçoado em busca da realização de suas finalidades<sup>231</sup>.

Sua pesquisa tinha um claro viés teleológico, Bentham acreditava que era preciso efetivamente reformar o direito que, embora concordasse que advinha de uma autoridade política, em *ultima ratio*, deveria ser inspirado no princípio da utilidade. O direito seria fruto, assim, de uma opção política e essa opção, no caso dele, deveria ser utilitarista.

Nessa linha, diferentemente de Austin que não concordava com sanções premiaias, achava que as recompensas ao lado das punições deveriam representar as contraprestações das condutas jurídicas positivadas. Sua intenção claramente era promover a aplicação dos princípios liberais articulados por Adam Smith.

Em *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação* Bentham articula sobre como as ações humanas são determinadas por dores e prazeres, fundamento da construção de seu Princípio de Utilidade, e a partir do qual se poderia aferir a correção ou não de dado modo de agir.

O reto seria aquilo que não que assim o fosse não só para um sujeito, mas para toda a comunidade. Portanto, o fosse de interesse comum, uma espécie de somatório dos anseios dos indivíduos que compõem o grupo social. Com esse instrumento, para Bentham, era possível identificar se uma decisão de um governante era, de fato, reta. Desenvolvia-se, a partir dessa reflexão, um tipo de teoria utilitarista da boa legislação<sup>232</sup>.

A ética privada, que não é o foco maior de sua atenção, realizaria o próprio indivíduo, mas a ética pública, sobre questões de felicidade geral, de toda a comunidade, teria na legislação seu âmbito oficial de concreção. É por esse motivo que advoga que o legislador não deve interferir no campo de ação estritamente individual dos membros da comunidade, devendo-se se concentrar nas condutas que interferem e afetam a sociedade, que seriam questões de âmbito público.

Comento sobre o papel da legislação, diz que:

“A arte da legislação – a qual pode ser considerada como um setor da ciência da jurisprudência – ensina como uma coletividade de pessoas, que integram a comunidade, pode dispor-se a empreender o caminho que, no seu conjunto, conduz com maior eficácia à felicidade da comunidade inteira, e isso através de motivos a serem aplicados pelo legislador.”<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> Idem.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 301.

<sup>233</sup> Bentham *apud* Rosa. Idem.

Assim, legislação e, também, o direito seriam instrumentos políticos que encurtariam o caminho de busca da felicidade coletiva e, portanto, teriam finalidade ética bastante importante. E, nesse sentido, teriam papéis determinantes na constituição dos contornos da comunidade e do Estado.

#### 3.3.4. O direito como objeto de estudo próprio em Kelsen

Antes de entender Kelsen, é preciso que se tenha uma noção do contexto em que se desenvolveu sua articulação, que representava o próprio horizonte, factual e teórico, de compreensão das questões que tematizou.

E, caso se fosse reconstruir a época em que ele viveu, poder-se-ia dizer, a partir de Arnaldo Vasconcelos<sup>234</sup>, que o garoto que nasceu em Praga em 1881 e com apenas três anos se mudou para Viena – capital intelectual da Europa no início de século XX – conviveu, entre outros filósofos, literatas, artistas, com personalidades como Ernest Mach, Sigmund Freud, Robert Musil e Ludwig Wittgenstein etc.

O jovem Kelsen obteve com apenas vinte e cinco anos o título de doutor em direito e, aos trinta e um o de livre docente, cresceu numa Europa que, antes da primeira guerra, vivia uma crise espiritual caracterizada pelo sentimento de descrença nas instituições sociais e a sensação de esgotamento das expectativas.

Uma imagem pessimista do mundo e da vida humana, que se refletia no relativismo, no ceticismo e no extremo formalismo das teorias. Pensamento que também perpassava a ideia que se tinha de estado, de direito e de democracia. É esse o ambiente em que forma o teórico do direito Hans Kelsen.

Daí decorre seu apego ao formalismo, que se revela fundamental no fato da pureza buscada, bem como o relativismo/ceticismo, manifestado na recorrente tentativa de eliminação do direito natural e da ideia de justiça.

Interessante comparação é realizada por Vasconcelos<sup>235</sup> entre Kelsen e Edmund Husserl, ainda a respeito do clima intelectual. Husserl, em a crise *Crise da Humanidade Europeia e a Filosofia*, fez um diagnóstico sobre qual seria o grande mal da ciência no primeiro quarto do século vinte, o esquecimento do *Lebenswelt*, ou seja, do mundo da vida. O

---

<sup>234</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2ª ed., rev. e ampliada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 39 - 40.

<sup>235</sup> *Ibidem*. p. 42.

formalismo renegava a realidades vitais e, também, o que era específico do ser humano, sua humanidade.

A pretensão inicial de Husserl era semelhante à de Kelsen, a construção de uma teoria rigorosa e universal, mas os percursos eram bem diferentes. Husserl considerava o objetivismo algo ingênuo e articulava a subjetividade como a categoria central do pensamento, a subjetividade criadora, através da qual se poderia falar do mundo, sendo dela que o mundo surgiria, como criação do espírito.

Já Kelsen, que também entendia que a subjetividade tinha função criadora, posto reconhecidamente kantiano em muitos aspectos, preferira insistir na necessidade do objetivismo, perspectiva pela qual procurava afastar a questão das valorações, que não estavam na ciência do direito de matriz lógica.

Segundo ensina Arnaldo Vasconcelos<sup>236</sup>, Kelsen, sob inegável influência do pensamento tecnicista, típico do desenvolvimento da modernidade – em especial no que toca às ideias de fragmentação, especificidade, rigor lógico, metodológico etc., advindas do estudo das ciências empíricas e do positivismo lógico, que ganhou corpo com o Circulo de Viena, do qual ele fazia parte –, e fazendo um diagnóstico de que a *jurisprudência tradicional*, vigente nos séculos XIX e XX, teria realizado um sincretismo metodológico e, no que teria apurado, uma espécie de mistura entre ciência jurídica, sociologia, psicologia, ética e teoria política, passa a propor a sua Teoria Pura do Direito. Este seu projeto científico se afirma a partir de franca oposição a esse paradigma sincrético e tem como foco a busca de uma pureza metódica.

A sua intuição originária é que a ciência do direito precisa de uma purificação, a fim de revelar sua originalidade e autenticidade, e, para isso, esteve disposto a sacrificar quase tudo, exceto, naturalmente, o postulado da pureza científica.

A construção científica de Kelsen vai exigir dele um rígido rigor metodológico, sendo certo que, no fim das contas, o método passa a ocupar o centro do próprio pensamento e, assim, a própria questão da ciência jurídica na acepção kelseniana<sup>237</sup>. A teoria pura é, dessa forma, uma questão de metodologia jurídica, revelando-se, assim, o papel central de uma epistemologia própria do direito.

Observe-se, nessa linha, que Kelsen não se insere totalmente dentro de uma tradição teórica já consolidada no direito. Ao revés, sua proposta articula um novo jogo de linguagem, uma ruptura, que tematiza a partir de conceitos que entende como os mais

---

<sup>236</sup> Ibidem. p. 203

<sup>237</sup> Idem.

fundamentais para o direito e isso, inclusive, já se apresenta estruturado no próprio esboço da teoria pura, um opúsculo anterior chamado de *Problemas Fundamentais*<sup>238</sup>.

Outro dado que decorre da própria pretensão de cientificidade e recorte específico do objeto de estudo é que o direito em questão para sua teoria é o direito que é, não o que foi e nem o que deve ser, mas o direito enquanto desligado da temporalidade e do contexto. É irrelevante para a sua reflexão a comunidade, a história, a natureza do homem e, respectivamente, o contexto, a tradição e o direito natural. Separa-se, aqui, conteúdo de forma.

Dentro da sistemática que tematiza, descabe a valoração do mundo fático, o que lhe interessa é a norma enquanto estrutura que goza de autoridade. Das normas superiores se extrairiam outras normas inferiores, eis o específico da arquitetura piramidal. Desde que não houvesse uma ruptura no encadeamento lógico, qualquer conteúdo poderia ser direito e, assim, irrelevante seria o aprofundamento do direito nos próprios conteúdos. Em verdade, seriam essas questões substantivas que contaminariam o direito com as impurezas que ele se ocupava de eliminar<sup>239</sup>.

Veja-se que, de fato, pode-se perceber que, para entender Kelsen, é bastante relevante a consideração do contexto de sua época e da tradição que ele queria romper – e isso foi destacado no início deste tópico. Tarefa que foi aclarada com os tópicos anteriores sobre o positivismo lógico e exegetico, não se podendo deslembrar que, para os teóricos do Círculo de Viena, a questão da lógica e da metodologia era fundamental, bem como que, já no positivismo exegetico, ensaiara-se a primeira tentativa de cientificação do direito, que, embora rudimentar, depois, com as ferramentas teóricas que Kelsen tinha às mãos, quedou-se revitalizada.

E, embora comumente se fale que Kelsen considerava a justiça tema de índole emotiva, insusceptível de apreciação racional, e, assim, um objeto não científico por natureza, isso se devia em especial ao fato de seu relativismo moral forte (ou ceticismo – duas faces da mesma moeda) e não ao fato de uma arrogância teórica (ou narcisismo teórico), já que reconhecera que o direito poderia vir a ser, também, objeto de estudo científico por outras ciências. A sociologia do direito e a história do direito seriam exemplos por ele destacados<sup>240</sup>.

Uma observação feita por Vasconcelos<sup>241</sup> é que, mesmo que Kelsen tivesse afirmado e reafirmado que sua teoria era eminentemente descritiva, há várias passagens de

---

<sup>238</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>239</sup> Idem.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 205 - 206

<sup>241</sup> Ibidem, p. 208 - 210

seus escritos que denotam que ele articulava, involuntariamente, tarefas prescritivas para o *bom* jurista, indicando modos de agir pelos quais se enquadraria naquele modelo ideal.

E o que isso significaria é que, compreendendo-o dentro da influência que teve de Kant, Kelsen, a rigor, tinha consciência que a ciência do direito por ele desenvolvida tinha insuperável caráter construtivo, ou seja, construía seu objeto à medida que tentava descrevê-lo.

A questão é que, mesmo que se repute verdadeiro que ele tinha essa real noção, para que se mantivesse fiel ao seu desiderato principal, que era afastar a metafísica da esfera de ciência do direito, ele insistira nas teses da ciência neutra, exata e pura. Nenhum apelo ao direito natural com pretensões para legitimar o direito positivo deveria existir.

Porém, a chave mestra de toda estrutura por ele desenvolvida, a norma hipotética fundamental, é paradoxal a essa postura, posto representar uma espécie de reconhecimento de que sua teoria tinha um fundamento que, também, era metafísico e que seu jogo de linguagem, como qualquer outro que se articule, tem explícito caráter ideológico, não sendo absoluto, mas falível, finito e provisório.

Em que pese se faça essa constatação, é preciso que se compreenda sua teoria dentro do seu recorte epistemológico, já que, para ele, a teoria pura tinha por objeto a ciência do direito e não o direito em sua abrangência total.

A ciência se expressaria por proposições lógicas, os juízos hipotéticos, e isso garantiria maior objetividade e avaloratividade. A norma fundamental, que seria apenas uma dimensão pressuposta e não seria exclusividade do direito, mas indicativa de um sistema normativo ético, funcionaria como a estrutura transcendental e, portanto, como condição de possibilidade de toda a sistemática por ele articulada, não representando o próprio objeto de apreciação<sup>242</sup>.

Como se pode verificar, portanto, a teoria kelseniana reconhece, ela própria, seus limites, há um recorte específico do objeto de estudo e é assim que ela precisa ser entendida, como uma teoria que responde apenas algumas perguntas, não todas.

A questão sobre a sua adequação gira em torno, assim, de se saber se ela responde bem as perguntas que pretende tematizar e não no fato de responder ou não a todas as perguntas sobre o direito.

### 3.3.5. Direito e justiça de Alf Ross: o direito é externo à consciência individual

---

<sup>242</sup> Ibidem, p. 58.

Em seu livro *Direito e Justiça*<sup>243</sup>, de 1953, Ross identifica o problema da natureza do direito como uma questão de como interpretar o conceito de direito vigente, que seria o próprio objeto da ciência do direito. Haveria, então, para Ross uma identificação entre direito e ciência do direito.

Por conta disso, o objeto de uma filosofia do direito não seria o mesmo do direito – que era entendido por ele, portanto, como o direito positivo –, mas o mesmo da ciência do direito. Numa palavra, a ciência tematizaria o objeto direito e a filosofia articularia a ciência desse mesmo objeto. A filosofia do direito, assim, estaria numa dimensão teórica anterior à dimensão científica de articulação própria do objeto direito.

Segundo Ross, o ordenamento jurídico nacional seria o conjunto de regras estabelecidas para o funcionamento do aparato da força do Estado<sup>244</sup>. Motivo pelo qual, as instituições de autoridade pública, compostas por tribunais e demais órgãos estatais, teriam a função precípua de fazer valer a força do estado e, assim, o próprio direito.

O poder político autêntico seria o exercido por essas instituições, mediante a utilização da técnica do direito. Correlaciona-se o direito, que é técnica para Ross, com o exercício da força pelo aparato do estado, o que aconteceria através da estrutura burocrática própria para a manifestação da autoridade e do poder em dado estado. Levando em conta esses aspectos, para Ross, competência jurídica seria uma clara manifestação do poder político. Eis o pensamento realista de Ross<sup>245</sup>.

A diferença entre direito e moral, na construção de Ross, seria aferível e identificável nos efeitos mesmos das manifestações dessas instituições oficiais na vida social.

O direito seria uma ordem integrada e comum que detém o monopólio do exercício da força em busca da manutenção da paz, já a moral, que não possuiria essa atribuição do exercício da força, seria um fenômeno individual, que nem sempre acarretaria uma sanção, mesmo que social, e também não teria sua direção voltada necessariamente para a harmonia e para a solução de conflitos, posto que as ideias morais poderiam, de fato, vir a ser conflitantes<sup>246</sup>.

Na linha realista por ele trabalhada, diferentemente da articulada pelo realismo psicológico de Olivecrona (que vincula o direito à consciência individual e o aproxima do

---

<sup>243</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2003.

<sup>244</sup> Ibidem. p. 49-51.

<sup>245</sup> Ibidem. p. 58.

<sup>246</sup> Ibidem. p. 90.

conceito de moral)<sup>247</sup>, compreende-se o direito e o ordenamento jurídico como um fenômeno externo à consciência individual do jurista por sua condição intersubjetiva. Para ele, essa intersubjetividade, no direito, manifestar-se-ia através dos tribunais, quando da realização da análise de uma norma em cotejo com fundamentos que fossem suficientes para conclusões firmadas.

Em Ross, há, pela própria perspectiva intersubjetiva, uma inegável preocupação com a questão da linguagem, o que se percebe no cuidado que ele tem ao tematizar determinados conceitos como: dever e direito. Afirma que essa análise é, antes de qualquer coisa, de linguagem do direito, sendo esses conceitos simples veículos linguísticos para expressar o que consta das regras jurídicas.

Para ele, a divisão dever/direito, praticada comumente como resultado da afirmação de que para todo direito corresponde um dever, é demasiado superficial, pois existiriam vários outros institutos (conceitos heterogêneos) como faculdade, liberdade, poder e imunidade, para os quais nem sempre há um correlato. Portanto, os institutos jurídicos precisariam ser interpretados segundo a sua função, não se deslembrando que, na realidade, seriam ferramentas da linguagem do direito<sup>248</sup>.

No que toca a ideia de justiça de Ross, assevera Andaku que:

Ao buscar definir o conceito de justiça, Ross afirma que as palavras justo e injusto têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um determinado conjunto de regras. Dizer que a decisão é justa significa que ela foi elaborada de uma maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes. Neste sentido, qualquer conduta pode ser considerada reta se estiver em harmonia com regras pressupostas, jurídicas ou morais. Contudo, empregadas para caracterizar uma regra geral ou um ordenamento, as palavras justo e injusto carecem de significado. A justiça não é uma orientação para o legislador, já que, na verdade, é impossível extrair da ideia formal de igualdade qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento jurídico. Empregadas neste sentido, as palavras não têm qualquer significado descritivo. Segundo Ross, uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras é injusto não indica nenhuma qualidade discernível das regras, não apresenta nenhuma razão para sua atitude. Há simplesmente a manifestação de uma expressão emocional, pois a afirmação “sou contra essa regra porque ela é injusta” somente quer dizer que “esta regra é injusta porque sou contra ela”.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> Ibidem. p. 98.

<sup>248</sup> Ibidem. p. 200-201.

<sup>249</sup> ANDAKU, Juliana Almenara. *Análise jurídica da teoria de Alf Ross*. Dissertação de Mestrado. PUC, São Paulo, 2005. p. 123.

É, portanto, evidente o caráter formal do direito, que não busca realizar a justiça (que não tem caráter descritivo – assume a crítica de Hume), mas a pacificação social, como se disse no início do tópico.

A questão da política, para Ross, precisaria ser entendida em seu plano próprio, dentro da ciência do direito, embora isso ainda não tenha sido bem desenvolvido, já que as teorias políticas tendem a se relacionar com teses metafísicas. Para ele, mesmo as tentativas de fundamentar a discussão política em uma base científica, não obtiveram suporte metodológico numa teoria básica da natureza da argumentação prática, de sua função e de sua mecânica<sup>250</sup>.

Ross argumenta, assim, que a discussão política deve basear-se no ponto de vista fundamental de que ela não se dá no plano da lógica e, portanto, não se busca provar verdades. Deve-se analisá-la no plano psicológico-tecnológico<sup>251</sup>. Seria através da política jurídica que a consciência jurídica (uma espécie de consenso ideal sobre o direito) operaria os reajustes que fossem necessários à estrutura do direito. Em suas palavras:

A tarefa da política jurídica nesses campos consiste em lograr um suave ajuste do direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, com a consciência jurídica como estrela polar. É mister preservar a continuidade da tradição jurídica e tentar, ao mesmo tempo, satisfazer novas aspirações. É claro, a configuração mais detalhada da consciência jurídica em regras de direito manejáveis tem que atender a considerações técnicas fundadas em conhecimentos sociológicos ou em cálculos. O respeito à tradição e à consciência jurídica explicam porque o ponto de vista dos advogados é profissionalmente conservador. Este ponto de vista se justificava particularmente outrora, já que considerações ideológicas, fundadas no direito natural ou em conceitos históricos, reinavam de forma quase suprema. O papel do jurista como homem político jurídico é atuar, na medida do possível, como um técnico racional; neste papel ele não é nem conservador, nem progressista. Como outros técnicos, simplesmente coloca seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, em seu caso aqueles que seguram as rédeas do poder político<sup>252</sup>.

Ao final, pelo que se infere, a consciência jurídica, que é um conceito linguístico e operativo – e que, assim, realiza uma nítida função –, seria o norte (a estrela polar) pelo qual se preserva a tradição e se busca o progresso, onde se utiliza das considerações técnicas e dos conhecimentos sociológicos, a fundamentação do próprio sistema. Que, embora ele não assuma, tem uma evidente condição metafísica, registre-se.

### 3.3.6. Positivismo egológico de Carlos Cóssio: o homem é ser crítico e contextualizado

---

<sup>250</sup> Ibidem. p. 124.

<sup>251</sup> idem.

<sup>252</sup> ROSS, Alf. *op. cit.*, p. 374

Carlos Cossio formou-se na Universidade de Buenos Aires, onde se filiou ao movimento reformista argentino, tendo, inclusive, o tema de sua tese de doutorado sido *A Reforma Universitária ou o problema da nova geração*, trabalho publicado em 1927. Em decorrência de sua militância, teve cassada sua cátedra, em 1956, pela junta militar que governou a Argentina antes do retorno de Perón.

Com seu culturalismo existencial, que conferia papel central ao valor das condutas no direito e que tinha o método empírico-dialético, que se aproximava com o materialismo histórico, como metodologia de trabalho, revelava-se como uma teoria oposicionista aos modelos políticos que se apresentaram na Argentina daquela época, em especial a Ditadura Militar, tendo vários de seus trabalhos sido proibidos, perseguição que se estendeu aos seus discípulos, que tiveram vários trabalhos de mestrado e doutorado reprovados pelo simples fato de trazerem em seu bojo as ideias de Cossio<sup>253</sup>.

O teórico tentara articular, no estudo do direito, um deslocamento das normas em seu estado abstrato para a conduta dos sujeitos e, para sua Teoria Ecológica, teve como referência a lógica transcendental do criticismo kantiano, a fenomenologia de Husserl e o existencialismo de Heidegger.

De Kant, adotou o criticismo, a lógica transcendental; da fenomenologia, a consideração do mundo da vida (*Lebenswelt*); e, de Heidegger, o ser-no-mundo (*Dasein*), considerando o direito e o próprio ser humano em suas contextualizações espaço-temporais, pois seria na realidade e na vida cotidiana que, tanto um quanto o outro, desvelar-se-iam<sup>254</sup>.

Portanto, o homem, em sua criticidade, seria a própria dimensão da compreensão dele mesmo e de seus semelhantes, contextualizados no mundo da vida, a partir do qual seria, da mesma forma, espaço-temporalmente (culturalmente) determinado.

Essa via de mão dupla comporia uma espécie de vida plena, que informaria o *ego*, culturalmente situado, como objeto das relações e do qual advém todas as complexidades da vida social.

Sua teoria denota uma tentativa originária de situar o direito para além do abismo entre sujeito e objeto. A dimensão do ser, tematizada por Heidegger e assumida por Cossio, aclara essa dimensão abrangente, na qual se pode articular uma circularidade entre sujeito e objeto, no espaço e tempo, sem que um deles tenha exatamente o papel central.

---

<sup>253</sup> HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenología ecológica. in: COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica Del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987. 05- 82 pp.

<sup>254</sup> SILVA NETO, José Leite da; e SILVA LEITE, Valéria Aureliana. Da teoria ecológica de Carlos Cossio ao poder simbólico de Bourdieu: a humanização do direito. In: *Filosofia do Direito I*; org. Eduardo Pordeus Silva e Marika Fernanda Salcedo Repolês. Compedi 2014 (org. UFPB). p. 7.

É nesse sentido que relaciona a ideia heideggeriana de ser-no-mundo com a ideia de vida plena, que seria uma consideração das condutas humanas nos seus respectivos planos ontológicos<sup>255</sup>.

O conceito de vida plena – *vida plenária* – está relacionado à ideia de: que a vivência é ato único e complexo como na fenomenologia de Husserl<sup>256</sup> e que o homem-estando-no-mundo e isso significa que o homem só pode ser entendido como ser imerso dentro das circunstâncias do tempo e do espaço em que vive<sup>257</sup>. Ou seja, entende ele que o homem possui duas dimensões: situado e situado.

Segundo Herrendorf, em sua introdução à Fenomenologia Ecológica:

“situado porque es en una situación existencial determinada – no en el vacío. Situacionado, porque a su vez esa situación em la qual el hombre es, lo determina em algún grado, ofreciéndole determinadas posibilidades de vida y solo esas, determinada por la situación que vive”<sup>258</sup>.

Assim, para a Teoria Ecológica, interessaria considerar os objetos culturais que, na linha husserliana, poderiam ser classificados como: objetos frutos do fazer, objetos mundanos, a exemplo das obras de arte, da música, da arquitetura etc.; e objetos originados do agir, que seriam os objetos ecológicos, que dizem respeito à ação prática dos homens, como a política, a ética, o direito etc.

Seguindo essa linha, desenvolve sua teoria ecológica como reflexão crítica sobre os objetos (culturais e ecológicos) que informam às condutas práticas dos homens enquanto seres-no-mundo. Os objetos de que Cossio fala, “solidariedade, cooperação, paz, segurança e ordem”<sup>259</sup>, por exemplo, estariam impregnados de valorações, daí a importância de se considerar seus respectivos conteúdos numa perspectiva intersubjetiva, para se evitar recair em particularismos.

Para ele, qualquer relação jurídica em que se precise articular o conteúdo dos objetos ecológicos deve ter no mínimo duas partes, dois sujeitos, dois egos<sup>260</sup>, que têm potencial interferência (intersubjetiva) no conteúdo, por fim, resultante.

Observe-se que há uma centralidade deslocada do juiz para as partes na dinâmica por Cossio proposta.

---

<sup>255</sup> Idem. Ver também: COSSIO, Carlos. Norma, Derecho e Filosofia. *Revista Trimestral de Cultura Moderna*. n. 7. Universidad Nacional de Colômbia, Bogotá, 1946. pp. 107-231. p. 196.

<sup>256</sup> COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1954. p. 189.

<sup>257</sup> HERRENDORF, Daniel E. *op. cit.* p. 56.

<sup>258</sup> Ibidem. p. 56-57

<sup>259</sup> COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1954. p. 189. p. 69-71

<sup>260</sup> COSSIO, Carlos. *El Derecho em El Derecho Judicial*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda., 1945. p. 76

A teoria de Cossio era uma espécie de resistência à teoria pura kelseniana. Para ele, a substância do Direito não seria encontrada na abstração formal das normas, mas no específico das condutas vividas num determinado tempo e espaço. Mas, ao lado de ser uma resistência à pureza de Kelsen, não negava o positivismo, acostava-se a ele e defendia sua imprescindibilidade, como estrutura institucionalizada dos mesmos objetos egológicos.

Lembre-se que a dimensão em que ele tematiza sua teoria é a dimensão do ser heideggeriano, que pretende transpor os abismos criados entre sujeito e objeto, bem como entre substância e estrutura. Nesta linha, Cossio afirma que “llamamos a estos objetos egológicos porque siendo conducta el substrato de ellos, la conducta es inseparable del ego atuante: en el substrato de estos objetos hay um ego como ego”<sup>261</sup>.

Em outra interessante passagem, assevera Cossio:

Com la intersubjetividad óptica del Derecho está apresada su dimensión coexistencial y no meramente existencial; y está definido como fenómeno social. Es verdade que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la consciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y em algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el derecho es cosial em este sentido.<sup>262</sup>

Precisamente por isso, articula que a Teoria Ecológica do Direito adota uma fenomenologia existencial da cultura.

Aduz, ainda, que o estudioso do direito que se restringisse a consideração das normas em sua dimensão formal poderia ter muito a contribuir quanto à lógica jurídica, a coerência interna do ordenamento, mas abriria mão de conhecer e entender o mundo da vida e as relações em que tais conceitos emergem, que da mesma forma seriam essenciais<sup>263</sup>.

É, nesse diapasão, que Goffman<sup>264</sup>, comentando Cossio, diz que uma leitura da realidade das condutas determinada desde o ponto de vista da lógica dogmática pode transformar a norma numa máscara e a relações empíricas dos indivíduos se apresentará como fachada.

O que se depreende dessa tematização é que, para Cossio, seria determinante o papel do positivismo, da estrutura formal, da lógica, etc., mas, ao lado disso, dever-se-ia conferir importância também às relações culturais, donde as normas seriam afirmadas.

---

<sup>261</sup> COSSIO, Carlos. *Teoria de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1954. p. 70

<sup>262</sup> *Ibidem*. p. 81 -82.

<sup>263</sup> SILVA NETO, José Leite da; e SILVA LEITE, Valéria Aureliana. Da teoria ecológica de Carlos Cossio ao poder simbólico de Bourdieu: a humanização do direito. In: *Filosofia do Direito I*; org. Eduardo Pordeus Silva e Maria Fernanda Salcedo Repolês. Compedi 2014 (org. UFPB). p. 7.

<sup>264</sup> GOFFMAN, Erving. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997. p. 29 – 46.

Somente a partir dessa abrangência o estudo do direito far-se-ia de forma plena, com um ordenamento estruturado que goza de autoridade e um conteúdo ético que preza pela justiça, ainda que se compreenda que isso, em verdade, é uma eterna busca (já que ela nunca se realiza de forma completa, na perspectiva heideggeriana – uma espécie de movimentação entre o finito e o infinito).

3.3.7. O garantismo de Luigi Ferrajoli: moral e política são jogos de linguagem externos e a partir deles é possível se refletir criticamente sobre o direito

Ferrajoli, possivelmente o teórico do direito vivo mais importante da Itália e quiçá um dos mais importantes do mundo (pelo menos para os juristas de origem latina), é mais um positivista que articula em sua teoria tanto a questão da validade como a da justiça.

Segundo seu pensamento, tratar-se-iam de duas dimensões da legitimidade: a interna e a externa, respectivamente. A primeira tocaria à estrutura do ordenamento e à autoridade que esta estrutura precisa gozar e, portanto, da necessidade de se organizar o direito a partir de razões internas ao seu próprio sistema; enquanto a segunda tangenciaria critérios de valoração e, assim, consideraria aspectos morais, políticos, procedimentais, estratégicos etc., ou seja, razões externas ao sistema jurídico em sentido estrito<sup>265</sup>.

É nesse sentido que sustenta que um constitucionalismo rígido não é, para ele, uma superação, mas um reforço do positivismo, alargado em sua própria estrutura, a partir da consideração dos direitos fundamentais, que passaram a compor o corpo do direito positivado e que, por conta disso, passariam naturalmente a orientar o próprio ordenamento como estrutura sistematizada que é<sup>266</sup>.

Seria através do jogo de linguagem do positivismo jurídico que se reconheceria a positivação e a autoridade conferida pelos arquitetos do sistema, nesse novo momento, não só ao “ser” (no direito), mas também ao “dever ser”.

Ele tem como pretensão, de certa forma, superar alguns dos abismos e dualidades presentes na tradição. Observe-se em suas palavras, pela riqueza de sua articulação:

Graças a isso a legalidade não é mais – como no velho modelo paleojuspositivista – somente “condicionante” da validade das normas infralegais, mas é ela mesma

---

<sup>265</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2005, pp. 213-218.

<sup>266</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional. (p. 100)

“condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. O clássico e recorrente contraste entre razão e vontade, entre lei da razão e lei da vontade, entre direito natural e direito positivo, correspondentes ao clássico e igualmente recorrente dilema e contraste entre o governo das leis e o governo dos homens, mesmo nas formas democráticas da onipotência da maioria, foi assim resolvido pelas atuais Constituições rígidas através da positivação da lei da razão na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados, como limites e vínculos à lei da vontade, ou seja, à lei da maioria, expressa pela vontade de maiorias eventuais<sup>267</sup>.

Ressalta, entretanto, que essa postura não poderia ser compreendida simplesmente como a incorporação da moral pelo direito, a correspondência entre esses dois sistemas, ou a correção do direito pela moral etc., em seu sentir, deveria prevalecer metodologicamente a tese da separação entre moral e direito. O que ele tematiza é que essa separação não indica que as normas jurídicas não possam conter conteúdos morais ou pretensões de justiça, mas que a estrutura própria do direito continua sendo direito ainda que contemplem regras que não sejam exatamente as “mais justas”.

A autoridade do direito não poderia depender necessária e exclusivamente da moral, sob pena dele, o direito, perder sua razão de existir. Portanto, sua condição de validade permaneceria própria e independente. A questão é que as constituições passaram a incorporar em seus textos direitos fundamentais que, para as leis ordinárias, estão em nível estrutural superior, gozando, assim, de superioridade hierárquica em relação à legislação ordinária, vinculando-a. Porém, o teórico faz questão de frisar que dessa constatação não derivaria a tese da conexão conceitual entre direito e moral<sup>268</sup>.

Observe-se que o próprio fato de existir uma norma constitucional, a título de direito fundamental, não significa, por si só, que essa norma consiste em uma afirmação da justiça. Essa afirmação não seria uma verdade *a priori*. Não seria o rótulo da constitucionalidade que, pelo simples fato de ser constitucional, garantiria a orientação pela justiça.

A ideia de justiça, para Ferrajoli, deveria ser entendida como uma dimensão que não pode, meramente, ser desconsiderada, mas que precisa continuar como externa ao sistema jurídico em sentido estrito.

A moral e a política seriam, assim, estruturas teóricas a partir de onde se pode fazer uma reflexão crítica sobre os conteúdos positivados e isso também implica a criticidade dos textos constitucionais que, como se destacou, não seriam essencialmente justos pelo

---

<sup>267</sup> Idem.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 7.

singular fato de sua condição de ser constitucional<sup>269</sup>. Seriam dimensões a partir de onde se poderia pensar a projeção e a transformação institucional e, assim, a potencialidade da reformulação e aprimoramento do sistema jurídico em sentido estrito.

Mais uma vez, nas palavras de Ferrajoli:

Em suma, a separação entre direito e moral, longe de ignorar o ponto de vista moral e político sobre o direito, permite que se funde não somente a sua autonomia, mas o primado sobre o ponto de vista jurídico interno, como ponto de vista da crítica externa, da projeção e da transformação institucional. Desse modo, mantendo não só a distinção, mas também a divergência entre justiça e validade, não se incorrerá nas falácias provenientes desta confusão: a falácia jusnaturalista, consistente na identificação (e na confusão) da validade com a justiça; e a falácia ético-legalista, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade. Ao mesmo tempo, a própria abordagem juspositivista serve para evidenciar o caráter normativo da Constituição, porque supraordenada a qualquer outra fonte, e, portanto, as outras duas virtuais divergências deonticas – entre validade e vigência e entre vigência e eficácia – cujo desconhecimento está na origem de outras duas graves falácias: aquela normativista, que impede de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes, e de normas ineficazes, mesmo se válidas; e aquela realista, que impede, ao contrário, de reconhecer a existência de normas válidas ou vigentes, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas mesmo se eficazes<sup>270</sup>.

Na sua construção, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias não deveriam ser atribuições interpretativas dos juízes<sup>271</sup>, mas, desde que detectadas, objeto da legiferação, no que toca às lacunas, e objeto da jurisdição constitucional, caso se trate de antinomias. A aplicação da lei mesma deveria ser rigorosamente observada, pois na grande maioria dos ordenamentos seria, inclusive, um direito fundamental contido na constituição.

Em mais uma lúcida passagem, expõe precisamente Ferrajoli que:

Em síntese, bem mais que no modelo neoconstitucionalista – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. A legitimidade da jurisdição se funda, na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são um fator de deslegitimação da atividade

---

<sup>269</sup> Idem.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>271</sup> Idem.

do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). É óbvio que a satisfação de um ideal similar é uma questão de grau, dependente do grau de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Mas, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, o Poder Judiciário perde qualquer legitimidade.<sup>272</sup>

É seguindo essa linha que Ferrajoli defende que o neoconstitucionalismo, quando confere uma função ativista ao magistrado para atuar em busca da justiça a despeito dos textos de lei (mesmo que infraconstitucionais), enfraquece a autoridade do direito e subverte a hierarquia das fontes. A ideia de ponderação, quando associada ao papel discricionário dos juízes, representa, assim, uma espécie de retrocesso a um direito jurisprudencial pré-moderno.

O constitucionalismo garantista, ao contrário, adotando o desnível normativo entre os textos constitucionais e os infraconstitucionais, impõe o reconhecimento de um direito consubstanciado nos textos infraconstitucionais que poderia, excepcionalmente, ser reputado ilegítimo, a partir da própria constituição, sendo certo que, nos casos em que esse texto constitucional fizer referência a conteúdos éticos e políticos, esses mesmos jogos de linguagem se farão presentes como instância de criticidade do conteúdo do “dever ser” que precisa ser respeitado, sem que isso represente, como já destacado, uma espécie de interconexão necessária e *a priori* entre os conceitos de direito e moral ou entre os conceitos de direito e política.

### 3.3.8. Bobbio e os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico: coação, legalidade e império

Na conclusão de seu livro *O positivismo jurídico*<sup>273</sup>, depois de uma longa exposição sobre as origens históricas do positivismo jurídico e seus pontos fundamentais – partes I e II, respectivamente – Bobbio apresenta, em sua conclusão geral, os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico, segundo sua avaliação.

Aduz que, de um balanço sobre a cultura jurídica que se convencionou chamar de positivismo, para que se possa fazer uma reflexão crítica e, dessa forma, avaliar “aquilo que deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às

---

<sup>272</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>273</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico”<sup>274</sup>.

Para Bobbio, a análise precisaria levar em conta a distinção que existiria entre as mais diversas articulações, considerando tanto os pontos que seriam fundamentalmente diferentes, como, também, as potenciais interconexões. É, nesse sentido, que afirma que: “Não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, mas é necessário distinguir os vários autores, de acordo com o aspecto ou aspectos do juspositivismo por eles adotado”<sup>275</sup>.

É desenvolvendo essa ideia que, depois de articular vários quadros teóricos dentro do mesmo movimento positivista e tematizar sobre suas estruturas teóricas, passa a identificar três acepções do positivismo jurídico: 1) como método para o estudo do direito, 2) como teoria do direito e 3) como ideologia do direito. E, sobre essas três formas de olhar para o fenômeno, sustenta que a primeira não implica a segunda e que as duas primeiras não implicam a terceira, mas que, ao reverso, a ideologia pressupõe a teoria, que, também, pressupõe o método<sup>276</sup>.

Assim, a adoção do método positivista – de descrição de fatos – não implicaria necessariamente a adoção da teoria positivista. Comentando esse ponto, Bobbio diz que o realismo jurídico aplicava o método positivista, percebendo-se que, nesse caso, o que era diferente era a realidade que era considerada, o que revelava que as estruturas teóricas eram diferentes, mas o método o mesmo. Da mesma forma, consigna que a adoção do método e da teoria juspositivista não implicaria a assunção da ideologia de um positivismo ético. Sistematiza, a partir dessas considerações, que, para cada aspecto do positivismo que identificou, as naturezas das análises críticas seriam, também, diferentes.

Para o exame do *método* positivista, far-se-ia, então, um juízo de conveniência, destacando-se que o método seria simplesmente um meio para se atingir um fim. Avaliar-se-ia, portanto, se o meio seria adequado para o fim em questão.

Já, para a *teoria* positivista, a crítica se fundaria numa investigação sobre o juízo de verdade ou de falsidade, posto que a pretensão da teoria positivista seria a descrição da realidade. A avaliação seria sobre a correspondência entre teoria e realidade.

Por fim, o exame crítico da *ideologia* juspositivista revelaria uma espécie de juízo de valor, visto que a ideologia interferiria na realidade e não simplesmente a descreveria. A

---

<sup>274</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 235.

<sup>276</sup> Ibidem, p. 234

ideologia não se fundaria, assim, na pergunta pelo verdadeiro ou falso, mas sobre o que melhor ou pior, bom ou ruim, justo ou injusto etc. E a crítica sobre a ideologia seria exatamente sobre valoração. Ainda que se afirme que não se deveria valorar, a própria afirmação em si já revelaria uma valoração, que prescreve inarredavelmente um dever ser, ou seja, uma conduta, um modo de agir<sup>277</sup>.

Dentro dessa acepção do positivismo jurídico como ideologia, Bobbio que compreende existirem versões mais fracas e mais fortes, propõe uma distinção: o positivismo extremista (ou forte) e o positivismo ético moderado (fraco). O primeiro, segundo ele<sup>278</sup>, muito raramente teria sido articulado até suas extremas consequências – sobre essa primeira corrente, adverte que, mesmo na concepção hobbesiana, haveria um limite para o dever de obediência às leis -; no que ao segundo, que seria o positivismo que historicamente se consolidou culturalmente, as críticas de uma parcela dos jusnaturalistas de que sua ideologia conduzira alguns estados para os regimes totalitários, a exemplo do nazismo, seria totalmente infundadas.

Ao contrário, a ideologia positivista, calcada na ordem, na igualdade formal e na certeza, atuaria, na verdade, em favor do Estado Liberal, não totalitário, destacando-se, ainda, que ela decorre historicamente do ideal democrático iluminista que se posicionou contra o estado autoritário e absolutista do antigo regime. Enquanto isso, a ideologia jurídica do nazismo era nitidamente oposta ao positivismo, não era a lei que gozava do papel central, mas o interesse político do próprio estado nazista.

Na Itália, lembra Bobbio<sup>279</sup>, que Calamandrei – destacado teórico italiano, muito conhecido por sua produção no direito processual – invocava o princípio da legalidade para se posicionar contra os abusos do fascismo. Afinal, não se poderia olvidar, que os primeiros destinatários da lei são os próprios agentes do estado. Antes mesmo e com mais ênfase, portanto, o positivismo defenderia o respeito desses agentes à lei.

Feitas essas considerações, Bobbio assevera que o positivismo jurídico, como teoria, poderia ser esquematizado em seis concepções fundamentais: teoria coativa do direito; teoria legislativa do direito; teoria imperativa do direito; teoria da coerência do ordenamento jurídico; teoria da completude do ordenamento jurídico; teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

---

<sup>277</sup> Ibidem. p. 235.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 235 e 236.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 236.

Seguindo no seu desenvolvimento, defende que as três primeiras concepções – coação, legalidade e império – não teriam sido abaladas pelas críticas que se articularam sobre elas, permanecendo sólidas em seus fundamentos. Já, quanto às três últimas – coerência, completude e interpretação mecanicista –, elas não se sustentariam mais depois das críticas a elas dirigidas.

Para ele, de fato, um ordenamento não seria necessariamente coerente, não seria completo e o fenômeno jurídico, seja em que aspecto da realidade ele fosse considerado, não se resumiria a mera interpretação lógica ou mecanicista, havendo muito mais a ser considerado<sup>280</sup>. Essas três últimas concepções, portanto, não teriam grande relevo para o positivismo, sendo certo que, ao contrário, as três primeiras seriam os verdadeiros pilares da teoria positivista.

Por derradeiro, ao tratar do método positivista, afirma que não tem grandes considerações sobre esse ponto e aduz, simplesmente, que o método positivista é o científico<sup>281</sup>, modelo que precisaria ser adotado para se fazer ciência no direito, o que não impediria que se estudasse e compreendesse o direito a partir de outros jogos de linguagem, como a filosofia por exemplo.

Assume-se, assim, Bobbio como um positivista que acolhe o método positivista, um positivismo em sentido amplo que se funda nos três pilares referidos e um positivismo ético moderado, ou seja, não absoluto<sup>282</sup>.

### 3.3.9. O positivismo jurídico metodológico de Herbert Hart: a separação conceitual entre direito e moral

Antes de adentrar especificamente ao positivismo desenvolvido por Hart, conforme lembra Stolz<sup>283</sup>, importante destacar que ele, Hart, fora um pensador que teorizou contra a pena de morte, contra a perseguição de pessoas por conta de suas preferências pessoais, a favor do direito ao aborto etc.<sup>284</sup>

---

<sup>280</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 238

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista de Direito GV*. V. 3 N. 1 | P. 101 - 120 | JAN-JUN 2007. p. 102.

<sup>284</sup> Enfim, o que se pretende destacar com isso – e isso repetidas vezes tem aparecido nos outros positivismos já articulados – é que a adoção do positivismo não implica necessariamente uma postura absolutamente relativista ou cética quanto à ética e, portanto, da possibilidade de se defender conteúdos normativos melhores do que outros. A questão que precisa ficar clara é que esses conceitos – direito e ética – possuem constituições ontológicas (ou estruturas) próprias, embora se possam verificar interconexões, em maior ou menor grau, sendo

Hart, que era confessadamente liberal e grande defensor da democracia, tem sua concepção de direito estritamente ligada às questões da democracia e da liberdade. Ele articula o direito a partir de uma tese factual – o direito é fato social – que tem como propósito descrever como o jogo de linguagem (a estrutura, ou o sistema) “direito” que é utilizado nas diversas comunidades.

Para tanto, desenvolve sua teoria sob evidente influência da filosofia analítica, citando, inclusive, já no prefácio, John Langshaw Austin, da escola de filosofia analítica de Oxford, que tematiza a teoria dos atos de fala<sup>285</sup>.

A pergunta fundamental que pretende responder Hart com o seu *O conceito de direito* é a: o que é o direito? E as suas três intuições principais é que, para tratar desse questionamento, seria importante saber: em que se diferencia o direito de outros sistemas calcados na ameaça; em que distingue a obrigação jurídica da obrigação moral; o que são as normas jurídicas e, em que medida, o direito é uma questão de normas<sup>286</sup>.

Portanto, o que está em jogo para Hart são as relações entre o direito e a coerção, o direito e a moral e o direito e as normas. Ele busca tematizar um sistema jurídico a partir dos conjuntos de práticas sociais das comunidades – que dê conta das mais às menos complexas –, e descritivo, já que o que se pretende articular é a estrutura própria do direito e seu funcionamento, sem adentrar à questão da justificação moral das práticas jurídicas de dada comunidade.

Ainda, no início da sua *opus magna*, na introdução mais precisamente, há a referência de que boa parte do seu trabalho se ocupa de uma análise das deficiências do modelo mais simples de sistema jurídico construído pela teoria imperativista do direito do outro John Austin – não mais o filósofo analítico da escola de Oxford, mas o jurista (também) inglês que desenvolveu sua teoria no início do século dezenove, e que fora fortemente influenciado por Hobbes, Bentham, Hume etc.

Para Hart, a ideia central de Austin (o jurista) de que o direito é um sistema formado por normas imperativas que, assim seriam, simplesmente pelo fato de decorrerem de mero hábito de obediência a um soberano, seria absurda.

Se, para Hobbes, Bentham e Austin, o soberano, revestido de sua autoridade, diz o direito que os súditos devem seguir sem que a ele mesmo esse direito seja exigível, para Hart,

---

certo que, na linha que se articula, não haveria uma completa e absoluta sobreposição e correspondência entre um e o outro sistema. É isso!

<sup>285</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. Prefácio, p. 2.

<sup>286</sup> STOLZ, Sheila. *op cit.* p. 103.

o direito não é tão somente um sistema que estabelece regras de condutas para os indivíduos, mas um sistema que se funda ele mesmo por regras<sup>287</sup>.

Torrano, articulando as três críticas básicas que Hart se utiliza para refutar as teorias da imperatividade e da obediência habitual, consigna que:

1. na doutrina atacada, o hábito geral de obediência do súdito não encontra correspondência no soberano, que, eximindo desse hábito, fica fora do alcance de qualquer lei; mas, mesmo as leis penais, padrões mais próximos à noção austiniana de ordem coercitiva, impõem deveres tanto aos indivíduos quanto às próprias autoridades que as elaboram.
2. qualquer sistema jurídico possui leis positivadas cuja função não é exigir ou permitir que pessoas façam ou deixem de fazer algo, mas sim conferir-lhes poder para a livre criação de direitos e deveres jurídicos; mais do que isso, nem toda a normatividade do direito advém da promulgação de leis, ou, mais estritamente, de ordens dirigidas de cima para baixo, existindo nas sociedades ao menos uma parcela de normas cujo *status* de “jurídica” advém da espontaneidade dos costumes, e não de um ato deliberado de autoridade.
3. se a normatividade advém de um ato de obediência, então a teria imperativa não consegue explicar a continuidade das ordens jurídicas, pois esse ato adquire caráter personalíssimo: morto o soberano habitualmente obedecido, não se torna sequer provável a obediência habitual ao seu sucessor, e, até que se estabeleça um novo hábito de obediência a este segundo soberano, haverá um intervalo no qual nenhum direito existe.<sup>288</sup>

Ou seja, segundo Hart, não fazia sentido entender o direito simplesmente como necessidade de obediência ao soberano sob pena de uma sanção. Essa compreensão seria demasiado reducionista, afinal, enquanto algumas regras jurídicas, de fato, estipulam sanções, outras estimulam comportamentos cooperativos, estruturam planejamentos sociais e dos próprios indivíduos.

É nesse sentido que o sistema jurídico tematizado por Hart é uma união de normas primárias e secundárias. Para Hart, “na combinação desses dois tipos de normas, residiria o que Austin pensou ter encontrado na noção de ordens coercitivas, a saber, ‘a chave para a ciência do direito’”<sup>289</sup>.

Jeremy Waldron<sup>290</sup>, ao comentar a teoria de Herbert Hart, teria dado uma pista clara, elegante e concisa: não seriam os soberanos que fariam as regras, mas sim as regras que fariam o soberano.

---

<sup>287</sup> TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 33.

<sup>288</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>289</sup> HART, H. L. A. *op. cit.* p. 106.

<sup>290</sup> O constitucionalismo, segundo Waldron, define as constituições principalmente a partir de três verbos: controlar (control) restringir (restraint) e limitar (limit). A reavaliação do conceito de constituição passa pela diferenciação desses termos. O sentido atribuído ao termo controle é positivo, e difere da conotação restritiva com a qual comumente ele é associado. O controle deve ser entendido no sentido de direção e não de repressão ou restrição. Se eu controlo um veículo, eu determino não somente aonde ele não vai, mas também aonde ele vai.

Por estar relacionado com o modo pelo qual as pessoas convivem entre si e se enxergam em determinado contexto, a própria existência do direito pressuporia uma estrutura social maturada na qual os participantes políticos precisam estar comprometidos com determinadas regularidades de comportamento que refletem a maneira correta de agir naquele lugar.

A hipótese é que a existência de uma autoridade jurídica proporcionaria, em maior grau, que os membros da comunidade se comportassem, seja por razões morais ou meramente prudenciais, da forma pretendida pelas razões institucionalizadas.

As regras primárias seriam, por exemplo, as normas de direito penal, civil etc., que exigem que o indivíduo faça ou deixe de fazer determinadas coisas, mesmo contra a sua vontade, já as secundárias seriam aquelas que outorgam poderes, públicos ou privados, funcionando como uma espécie de meta-regra, por serem regras sobre regras.

As normas primárias seriam, ainda, segundo a concepção hartiana, mais espontâneas, ou seja, decorreriam, geralmente, dos hábitos da comunidade e poderiam, inclusive, ser encontradas em sociedades pré-jurídicas, já que nessas comunidades menos complexas, a dinâmica social aconteceria por princípios morais consolidados na sua própria tradição.

As secundárias seriam próprias das comunidades jurídicas complexas, de uma organização social mais sofisticada. Seria através da articulação dessas normas secundárias que se poderia compreender a passagem das comunidades pré-jurídicas para as comunidades jurídicas complexas. Seriam elas as normas estruturadoras do sistema jurídico, elas autorizariam o ser humano a introduzir, extinguir, modificar normas, bem como controlar sua aplicação<sup>291</sup>.

O pensamento de Hart perfaz uma análise das sociedades históricas e identifica que as normas secundárias – regras de reconhecimento, de alteração e de adjudicação – trariam mais certeza, validade e eficiência ao direito, já que seria justamente através dessas

---

E se o governo é controlado, deve-se pensar que a questão importante é quem está no banco do motorista. Na proposta waldroniana este lugar deve ser ocupado pelo povo, ou por seus representantes, que devem decidir quais metas e diretrizes políticas devem estar contidas na constituição para que possam ser dirigidas ao fim escolhido. Assim, “[s]e o povo quer que seu governo atenuie a pobreza, por exemplo, é tarefa da constituição proporcionar instituições que possam ser controladas por este desejo”. WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism – a skeptical view*. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

<sup>291</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.*, p. 35 e 36.

normas secundárias que as sociedades se oportunizariam o assentamento de questões morais relevantes no sistema jurídico e reduziriam os custos de barganha dos atores sociais<sup>292</sup>.

Para Shapiro, assentando-se questões em favor de determinado modo de agir, leis diminuem a deliberação e os custos de barganha e compensam as incapacidades cognitivas e assimetrias informacionais, possibilitando que os membros da comunidade alcancem objetivos e realizem valores que, de outro modo, estariam além do seu alcance<sup>293</sup>. É que a autoridade da lei possibilitaria um maior grau de planejamento.

A relação entre o direito e a moral, espinhosa temática que Hart também enfrentou, poderia ser compreendida através de três teses básicas: a tese das fontes sociais do direito, a tese da separação conceitual entre direito e moral e a tese da discricionariedade.

Stolz explica essas teses da seguinte forma:

Sucintamente, podem-se explicar ditas teses da seguinte maneira: (a) a primeira tese mantém que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas (em outras palavras, pelo conjunto de ações dos membros de uma dada sociedade) que estipulam quais são as fontes últimas (os testes últimos de validade) de identificação das normas jurídicas que configuram o Direito. Temas que foram tratados nas seções anteriores; (b) a segunda tese argúi que as conexões entre o Direito e a moral são contingentes, ou seja, não são necessárias nem lógica, nem conceitualmente; (c) a terceira tese, esta fundada na concepção hartiana acerca da textura aberta da linguagem e, em particular, da linguagem jurídica que, em algumas ocasiões, estabelece normas jurídicas que contêm termos genéricos, vagos, controvertidos. Esta asserção leva a outra importante afirmação: a de que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto e que, portanto, quando um juiz se depara com uma norma que contenha termos potencialmente imprecisos, atuará discricionariamente<sup>294</sup>.

Observe-se que, para o estudioso, o fato de existir uma diferença conceitual entre direito e moral – que representariam estruturas singulares, com um jogo de linguagem particular – não conflita com o fato de se reconhecer que um maior grau de indeterminação (semântica e pragmática) presente na linguagem utilizada na expressão da norma jurídica favorece a discricionariedade que, na dicção hartiana, é a dimensão possibilitadora de maior liberdade/responsabilidade dos juízes na articulação das interconexões entre os dois jogos de linguagem: direito e moral.

A discricionariedade, nesse sentido, não seria mera vontade ou escolha, mas sim o espaço das interconexões entre o direito e os outros jogos de linguagem, como a moral, a política, a sociologia etc.

---

<sup>292</sup> Ibidem. p. 38.

<sup>293</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 274 e 275.

<sup>294</sup> STOLZ, Sheila. *op cit*. p. 111.

E, de fato, essa tematização/articulação seria realizada por um sujeito e, também, seria fruto de escolhas desse sujeito – que está limitado por seu horizonte de pré-compreensão e seu próprio jogo de linguagem etc.

A respeito dessa indeterminação que possibilita a discricionariedade, para Hart, deve-se tolerá-la com os limites que são trazidos pelo próprio sistema, já que, ao fim e ao cabo, serão os juízes e tribunais – compostos de sujeitos que, em boa parte, divergem quanto aos princípios morais – que institucionalmente afirmarão os conteúdos indeterminados, que, por certo, precisam ser também refletidos e criticados por toda a comunidade jurídica.

Na linha desenvolvida por Stolz:

Conforme Hart, as sociedades contemporâneas são caracterizadas pelas constantes mudanças sociais e pela pluralidade de tradições, convicções e pautas morais vigentes simultaneamente. Resulta difícil, conseqüentemente, falar em um consenso moral em torno a uma moral concreta. Além do mais, ressalta Hart, que pode ter vigência em uma determinada sociedade uma moral positiva aberrante e, justamente por esta característica, dita moral não pode ser considerada valiosa ou razoável de ser assimilada pelo Direito. Definitivamente, conclui o jurista que a introdução de conteúdos morais no Direito deve ser sempre tomada com muita cautela.

Seja por meio da introdução de conteúdos morais no Direito, seja pela admissão de que os juízes em suas decisões podem recorrer a princípios e valores morais, estas “aberturas” do Direito a moralidade terão conseqüências não somente para a reflexão legal, mas também para a tese hartiana da Separação conceitual entre o direito e a moral. Temas que induzem Hart a repensar alguns de seus pressupostos teóricos (incluindo, por exemplo, na sua estrutura de regras os chamados princípios jurídicos) e a defender sua adesão a um soft positivism<sup>39</sup> – modelo teórico que contradiz a tese positivista forte segundo a qual existe uma regra de reconhecimento isenta de conteúdos valorativos e que possibilita uma separação categórica entre o Direito e a moral.<sup>295</sup>

Ao que se verifica, do que fora articulado por Hart, em uma palavra, é justamente por conta da finalidade ética ou moral do direito que se faria necessário separar conceitualmente direito e moral. Caso contrário, não existiria o direito ou, pelo menos, teria ele pouco sentido na vida prática do ser humano – bastaria que se falasse em ética.

### 3.3.10. O positivismo jurídico no debate contemporâneo

Valendo-se de esquematização proposta pelo professor da Universidade Carlos III de Madrid, Rafael Escudero, *Los calificativos del positivismo jurídico*<sup>296</sup>, poder-se-ia sistematizar o debate contemporâneo a partir de três principais *espécies* de positivismo

---

<sup>295</sup> Ibidem. p. 113.

<sup>296</sup> ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

jurídicos: o positivismo jurídico sem qualificativos; o positivismo jurídico inclusivo e o positivismo jurídico exclusivo.

Essa classificação é sugerida a partir do impacto da teoria hartiana e os desdobramentos que se seguiram a essa teoria positivista, em especial depois do pós-escrito de Hart<sup>297</sup> – publicado em 1994, dois anos depois de sua morte, em edição organizada por Joseph Raz – com várias respostas aos questionamentos e críticas articulados por Dworkin, no qual, entre outros aspectos, Hart se posiciona de forma definitiva sobre a relação entre direito e moral, quando sustenta que “embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e da moral”<sup>298</sup>, motivo pelo qual reconhece Hart que uma disposição moralmente iníqua pode gozar de validade – e que isso não impede que ela possa vir a ser modificada, dentro da estrutura jurídica – e “que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais”<sup>299</sup>.

Segundo Escudero, o modelo de positivismo jurídico sem qualificativos seria o que mantém “as teses que, segundo aceita a reconstrução de Hart, o definem e que são: a separação conceitual entre o direito e a moral; a tese das fontes sociais do direito e a tese da discricionariedade judicial”<sup>300</sup>.

Todas elas já desenvolvidas no tópico anterior, embora, por bastante elucidativo, observe-se como ele mesmo, Hart<sup>301</sup>, expõe esses três aspectos de forma concisa, porém, clara e objetiva:

La primera, que llamaré la tesis de La separación conceptual del derecho y la moralidad. Arguye que aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento «de facto» entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. (...)

La segunda tesis positivista la llamaré la tesis de las Fuentes Sociales del derecho. sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos o tests, últimos de validez jurídica. (...) Es obvio por supuesto que hay importantes conexiones entre esta tesis de las fuentes sociales del derecho que considera el último criterio de validez jurídica determinado por alguna forma de práctica social, y la tesis de la separación conceptual del derecho y la moralidad. Ambas tesis son rechazadas por los actuales antipositivistas como, por ejemplo, Dworkin.

---

<sup>297</sup> HART, H. L. A. *op. cit.* p. 332 e ss.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>299</sup> *Idem*.

<sup>300</sup> ESCUDERO. *op. cit.* p. 260

<sup>301</sup> HART, H. L. A. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Traducción de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo. Sistema, nº 36 (1990, mayo), p. 3 – 19.

La tercera tesis positivista la llamaré la Tesis de la Discrecionalidad jurídica. Sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto. (...)

Hart explicita que a teoria do positivismo jurídico por ele defendida é uma teoria que toca ao que é o sistema jurídico e não uma teoria que se ocupa em dizer quais os conteúdos ou como os juízes devem decidir os casos difíceis.

Do que se percebe de suas palavras, não há uma identificação entre objeto do positivismo e o objeto das teorias antipositivistas, como ele mesmo as chama, embora todas articulem suas teses com referência ao direito. Numa palavra: “La fenomenología de la decisión judicial, puede ser una cosa; la naturaleza del derecho, otra”<sup>302</sup>.

Quanto aos positivismos qualificados, segundo Duarte<sup>303</sup>, a mudança na agenda da teoria do direito teria feito com que o positivismo jurídico, principalmente depois do pós-escrito de Hart, tomasse dois rumos distintos, o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo, e, cada um deles, tentasse dar conta da complexidade que envolve o fenômeno jurídico nas democracias constitucionais contemporâneas.

No mesmo sentido defende Torrano<sup>304</sup>, que essas duas vertentes do positivismo “se ocupam, principalmente, e cada uma a sua forma, em explicar aquilo que ficou conhecido como positividade dos valores, formando uma realidade político-constitucional a que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo”.

Vários positivistas passaram a perceber, com a relevante contribuição da Filosofia Analítica, que própria imprecisão semântica de alguns termos abriria espaço para a reconstrução da facticidade no direito, correlacionando-o com outros referenciais teóricos que, contingencialmente, informariam, de fato, o direito em algum aspecto – não em todos – e que essa percepção revelaria as interconexões do direito com os outros jogos de linguagem,

---

<sup>302</sup> Idem.

<sup>303</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 41.

<sup>304</sup> Explica, ainda, que, da forma como ele, Torrano, compreende o neoconstitucionalismo (ou no plural, os vários neoconstitucionalismos), não se negaria que “o termo neoconstitucionalismo possa servir para designar uma mudança de paradigma político ou ideológico, devidamente respaldado em um documento jurídico.” É que o fenômeno neoconstitucionalista decorreria de uma espécie de mudança do constitucionalismo liberal para um constitucionalismo “com traços de planificação econômica e invasão do Estado na promoção de um bem-estar social”. Porém, adverte que o que ele não acolhe é que “o neoconstitucionalismo constitui uma teoria (nova) do direito que ‘superou’ o positivismo jurídico”. Arrematando sua reflexão, consigna, ainda, que não conhece nenhum positivista que, “em sã consciência, negue que a atividade de aplicação do direito por parte dos magistrados é permeada por uma gama considerável de princípios morais”. Veja-se: TORRANO, Bruno. *Do fato a legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 29 – 33.

que não tocam, simplesmente, a moral e a ética, mas podem tocar a outros sistemas referenciais.

Enfim, por isso que se tem costumado dizer que muito maior é abertura semântica de um princípio, como o que diz que a administração pública é regida pela moralidade, e que, em determinado caso concreto, precisa ser considerado para fundamentar uma decisão.

É que, na contemporaneidade, mesmo a partir do positivismo, não haveria falar em completa separação entre moral e direito (ou entre o direito e qualquer outro jogo de linguagem), sendo certo que o que se tem tentado articular é de que forma se dá(ão) essa(s) interconexão(ões). É precisamente desse *modus operandi* que cuidam os positivismo inclusivo e exclusivo, bem como o antipositivismo contemporâneo.

Os antipositivistas podem ser considerados como aqueles que sustentam uma conexão conceitual forte entre direito e moral e consideram que o teste de validade das normas jurídicas leva em conta, necessariamente, critérios substantivos de moralidade, sendo observável que, mesmo dentro desta perspectiva, existem desde os mais radicais que consideram que a lei injusta não é lei; como os que aderem à Fórmula de Radbruch, como é o caso de Robert Alexy, que abertamente se posiciona desta forma, e sustenta que a invalidação só ocorre nos casos de extrema injustiça; como os comunitaristas, a exemplo de Dworkin, que articula que existem padrões morais-comunitários dotados da normatividade típica das fontes sociais do Direito, a serem aplicados em todos os casos na busca da melhor iluminação do Direito (*best-light analysis*)<sup>305</sup>.

Poder-se-ia, também, neste bloco incluir a teoria de John Finnis, articulada em sua obra magna *Lei Natural e Direitos Naturais*<sup>306</sup>, australiano que fora orientado pelo próprio Herbert Lionel Adolphus Hart, na Universidade de Oxford, sendo considerado autor de vultosa importância ao “neo”naturalismo jurídico, por concentrar seu pensamento na articulação do fato do homem ser racional e atribuir às suas ações práticas uma responsabilidade que conduziria a racionalidade das condutas à realização da ética e da moral, visto que direcionadas ao bem comum e a não lesão de outrem.

Do ponto de vista por ele articulado, a radicalização da descrição fática – que é a pretensão maior do positivismo, ser descritivo e não normativo – desagua no jusnaturalismo, já que a pergunta pelo “o que é o direito?” se transforma, no seu modo de ver, na pergunta por “qual o significado do direito?” e esse questionamento conduziria para a reflexão sobre quais

---

<sup>305</sup> Nesse sentido, *passim*: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>306</sup> FINNIS, John. *Lei Natural e direitos Naturais*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2007.

aspectos e condições uma ordem jurídica está apta para gerar obrigações morais e, assim, uma reflexão sobre quando o direito está de acordo com a realização do bem comum (bens básicos que assegurem minimamente que o homem, cada um a sua maneira, possa buscar seu florescimento humano).

Nessa linha, em uma palavra, Finnis sustenta que não se trata de articular simplesmente uma teoria normativa, mas de fazer uma teoria que descreve o que o direito enquanto instituição social com inegável finalidade moral (ou ética) de fato requer.

Pois bem, já no outro grupo de pensadores, chamado de positivismo inclusivo, consoante Torrano<sup>307</sup>, estariam os que se situariam numa “zona teórica de extrema penumbra, os juristas mais moderados que admitem, com reservas, a possibilidade de testes morais de validade jurídica”. Os outros nomes pelos quais se tem denominado essa corrente são: positivistas includentes, moderados ou incorporacionistas<sup>308</sup>.

Para os moderados, portanto, não haveria uma absoluta necessidade de se incorporar ao direito conteúdos morais simplesmente, mas poder-se-ia pensar na hipótese de se convencionar, na regra de reconhecimento do sistema, critérios para se aferir certos conteúdos morais como obrigatórios.

Postura que, por exemplo, é a adotada por Jules Coleman<sup>309</sup>, um dos proeminentes pensadores contemporâneos. É, nesse sentido, que se tem defendido que algumas normas são incorporáveis ao direito por conta do mérito do seu conteúdo. Numa palavra, o direito não teria relação necessária com a moral, mas, circunstancialmente, admitiria testes morais de validade.

Fazendo-se uma apressada caracterização – assumindo-se os riscos de que as simplificações são sempre problemáticas, por se deixar muito de fora –, com Duarte<sup>310</sup>, as três principais teses do positivismo inclusivo são: a tese da incorporação da moral, a tese do convencionalismo e a tese da diferença prática.

Acentua Coleman que a primeira tese, da incorporação da moral, constitui-se no argumento de que, em alguns contextos, a moralidade pode vir a ser condição para que a

---

<sup>307</sup> TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 31 a 33.

<sup>308</sup> Para aprofundamento: ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2006.

<sup>309</sup> COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford U. p., 2001.

<sup>310</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 46 – 52.

legalidade de um texto lhe confira autoridade. Nessas hipóteses, segundo Duarte, passar-se-ia a incorporar conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido.

A tese do convencionalismo revelaria, justamente, essa alteração circunstancial na regra de reconhecimento do direito, passando o sistema jurídico a incorporar conteúdos morais, que se afirmam a partir contextos práticos. Duarte<sup>311</sup>, explicando essa tese, consigna que “O processo de identificação do direito válido, nesses termos, fica definido em função de práticas sociais de reconhecimento de direito válido, implicando a existência de um determinado convencionalismo em torno dos critérios de legalidade.”

Coleman, numa perspectiva substancialista, chega a ser mais incisivo e articula que a tese de convencionalidade coloca o positivismo incluyente como uma corrente de pensamento que tematiza que a existência e o conteúdo dos critérios de legalidade não são mero assunto de descrição do fato social, mas de argumentação substantiva sobre conteúdos morais<sup>312</sup>.

A questão, portanto, é a seguinte: enquanto para o positivismo excluyente a moralidade comporia outro jogo de linguagem que pode, inclusive, ser articulada a partir do seu jogo de linguagem próprio, através das eventuais interconexões com o direito; para o inclusivo, poder-se-ia defender, circunstancialmente, critérios morais de legalidade, incorporando esses conteúdos morais no próprio jogo de linguagem do direito.

Enquanto a regra de reconhecimento do primeiro é compreendida num sentido duro e semanticamente forte, a do segundo é compreendida numa perspectiva pragmática e contextual. Numa palavra, em uma a pragmática serve à semântica e na outra a semântica serve à pragmática.

As circunstâncias da alteração da regra de reconhecimento poderiam, também, ocorrer de forma mais sistemática em comunidades e sistemas nos quais a moralidade, de fato, teria culturalmente assumido maior centralidade.

Ferrajoli, em percuciente trabalho, apresenta como, por exemplo, a cultura jurídica italiana – bastante influenciada pela filosofia jurídica analítica – recepcionou a questão da positivação dos direitos fundamentais, a ideia da diferenciação entre regras e princípios etc.<sup>313</sup>

---

<sup>311</sup> Ibidem. p. 48.

<sup>312</sup> COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford U. P., 2001. p. 103.

<sup>313</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. Organização e tradução de Alfredo Capetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

Duarte<sup>314</sup> entende que esse aspecto – da possibilidade de alteração da regra de reconhecimento – aproxima bastante o positivismo inclusivo do neoconstitucionalismo, citando, para tanto, passagem de Pozzolo em que ela articula que “a positividade parcial de um número grande de valores em princípios constitucionais haveria determinado o ingresso da moral entre as fontes do direito”<sup>315</sup>.

Também, ressalta Duarte, que seria possível aproximar algumas questões que seriam valiosas ao positivismo inclusivo e ao pensamento de Dworkin, principalmente no ponto em que este último defende que o direito não se restringiria ao direito já explicitado, mas um sistema que precisa considerar os princípios que são implícitos e pressupostos pelo direito explícito.

A terceira tese seria a da diferença prática. Segundo ela, as proposições autoritativas<sup>316</sup>, a fim de que sejam Direito, devem ser capazes de fazer uma diferença prática nos âmbitos de deliberação e ação das pessoas, provocando um modo de agir correspondente às mesmas proposições. Seria uma espécie de confirmação do efeito prático do direito na vida das pessoas da comunidade.

Nas palavras de Coleman, o direito:

(...) deve ser capaz de influenciar deliberação e ação. Como a tese do fato social, a tese da diferença prática propõe asseverar uma verdade necessária sobre nosso conceito de direito ou expressar uma verdade essencial sobre o direito. Se as regras que constituem o direito de uma comunidade particular não em princípio capazes de fazer uma diferença prática, então é impossível que a façam. Se é impossível para tais regras fazer uma diferença prática, então o direito daquela comunidade não pode exigir coerentemente guiar a conduta humana. A tese da diferença prática implica que, onde quer que exista o direito, os padrões que o constituem, em princípio, ser capazes de fazer uma diferença prática. Em caso contrário, essas regras não podem ser direito em sentido relevante<sup>317</sup>.

Assim, a tese do reconhecimento prático seria uma espécie de outro lado da moeda da tese do convencionalismo. Enquanto a primeira pretende explicar a condição

---

<sup>314</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 49 e 50.

<sup>315</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 147.

<sup>316</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 51. Autoritativos são comportamentos caracterizados por uma relação de controle, no qual há a consideração e valorização da resposta do controlado, na busca de um equilíbrio entre exigências e responsabilidade. É relação dentro da perspectiva da bidirecionalidade da comunicação que favorece a autonomia e autoafirmação. Nesse sentido: COSTA, Fabiana T. da; TEIXEIRA, Marco A. P. and GOMES, William B.. *Responsividade e exigência: duas escalas para avaliar estilos parentais*. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2000, vol.13, n.3, p. 465 - 473.

<sup>317</sup> COLEMAN Apud DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 51 e 52.

possibilidade do direito, a segunda pretende verificar isso na prática e aferir as condições em que se tornam efetivas as condutas a partir das proposições jurídicas.

No que tange ao positivismo exclusivo, dentro do qual Joseph Raz<sup>318</sup>, Andrei Marmor<sup>319</sup>, Scott Shapiro<sup>320</sup> e, no Brasil, Dimitri Dimoulis<sup>321</sup> se situariam, Torrano<sup>322</sup> o indica como grupo formado por aqueles juristas que “consideram que a identificação da existência e do conteúdo do direito é uma operação de revolvimento fático que não admite, em nenhuma circunstância, o apelo a padrões de moralidade”.

Complementa, também, que isso não quer dizer que esses juristas não ignoram ou negam que “princípios morais figuram com a vinculatividade própria do Direito; mas esse status de obrigatoriedade é explicado como *dever jurídico* de aplicar padrões de moralidade *extrajurídicos*.”

Ou seja, esta corrente insiste na separação semântica entre direito e moral, defendendo que são jogos de linguagem ou referenciais teóricos distintos e que dessa forma devem ser encarados, embora se possam articular interconexões entre ambos, como ocorre dentro do que se tem denominado de discricionariedade<sup>323</sup>, por exemplo.

E acrescenta Torrano, ainda sobre a discricionariedade, que:

De todo modo, quando as regras válidas decorrentes de umas dessas fontes esgotam-se, e quando há abertura à suscetibilidade de avaliação moral do intérprete, muitas vezes simplesmente inexitem critérios seguros para dizer que determinada decisão é *legalmente incorreta*, havendo margem de *criação do Direito* no caso concreto. A maior ou menor abertura do sistema é uma questão empírica e depende da *economia da confiança* pressuposta pelos *designers* de um dado sistema, isto é, depende do maior ou menos crédito concedido pelo legislador ao caráter e à competência dos magistrados.<sup>324</sup>

Conforme Duarte<sup>325</sup>, também nessa linha, o fato do positivismo jurídico admitir a existência de uma instância de moralidade, a partir da qual se possa afirmar que determinada

---

<sup>318</sup> RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>319</sup> MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2a. Ed. Portland (EUA): Hart, 2005.

<sup>320</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>321</sup> DIMOLIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

<sup>322</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2014, p. 32.

<sup>323</sup> Discricionariedade, portanto, não seria uma carta branca para o judiciário ou qualquer outro ator político, mas, antes, uma responsabilidade que foi confiada em buscar uma resposta adequada através das interconexões entre o direito e os outros jogos de linguagem. Uma espécie de accountability, que, de outra banda, fala Dworkin no seu pensamento. Sobre accountability: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>324</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2014, p. 32 e 33.

<sup>325</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 44.

autoridade judicial haja atuado, exercendo sua discricionariedade, para introduzir exceções nas normas jurídicas, cada vez que encontrem relevantes razões morais para isso, não transforma o conteúdo moral utilizado na argumentação (que é jogo de linguagem extrajurídico) em direito genuíno (do próprio jogo de linguagem jurídico), ou mesmo fonte jurídica autêntica, senão em uma exceção que é amparada pelo próprio sistema que não é absolutamente cerrado, mas com inegáveis lacunas.

Pois bem, antes de adentrar especificamente às teses do positivismo exclusivo, registra-se que, mesmo que se credite muito do positivismo exclusivo a pensadores como Kelsen e Bobbio, é preciso que se entenda que essa qualificação é mais adequada se utilize para uma nova gama de pensadores contemporâneos que adotaram como ponto de partida de suas articulações o positivismo de Joseph Raz, do qual se podem constatar ramificações nos autores que foram citados anteriormente: Scott Shapiro e Andrei Marmor, principalmente.

A primeira questão que Torrano<sup>326</sup> coloca é que, para o pensamento positivista mais rigoroso, o mérito moral de uma norma não é critério *necessário*, nem suficiente, para que se conclua pela *validade jurídica*. E, de outra banda, a *validade jurídica* não é critério *necessário*, nem suficiente, para que se conclua pelo seu *mérito moral*.

A metodologia positivista, que limita seu quadro teórico a pretensões meramente descritivas – reconhecendo-se seus limites –, leva a sério, por uma questão científica, a sugestão de que o pesquisador suspenda suas emoções e paixões pessoais, tendo-se a consciência que essa orientação, repita-se, guarda alguns limites.

Pretende-se articular meramente o que o direito “é”, com os desdobramentos dedutíveis dessa estrutura lógica, que perfaz uma ontologia própria, deixando para um segundo momento (outro jogo de linguagem ou outro quadro teórico) a pergunta em torno de como o direito “deve” ou “deveria” ser, ou quais conteúdos deve preservar.

Registre-se, que não se nega nem a dimensão deontológica e nem a teleológica, ao contrário, reconhecem-se interconexões entre os dois jogos de linguagem – ética ou moral e direito –, mas insiste-se na separação metodológica. Esse é o primeiro ponto que precisa ficar claro.

Nas palavras de Torrano<sup>327</sup>, “a regra ou tese da indiferença meramente exige que aquele que tenciona estudar o direito do ponto de vista científico *envide esforços* no sentido de não *valorar moralmente* os fatos relevantes da análise”.

---

<sup>326</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 45 a 47.

<sup>327</sup> *Ibidem.* p. 45.

Esclarece-se, entretanto, que essa metodologia positivista (atividade descritiva) não é alheia a valorações epistêmicas, a partir das quais o pesquisador organiza e interpreta os dados concretos, o que possibilita que sua versão dos fatos seja contraditada e criticada por outros através de uma atividade reflexiva.

O positivismo excludente tem se revelado, em verdade, uma vertente teórica com forte influência da filosofia analítica contemporânea. Essa constatação denota a influência do que, em filosofia, tem-se chamado de *linguistic turn*, que, conforma já explicitado, engloba duas grandes linhas teóricas, a filosofia analítica e a hermenêutica. Um exemplo disso é a teoria de Scott Shapiro<sup>328</sup>, que se embasa nas lições analíticas de Frank Jackson<sup>329</sup>.

É por isso que se tem dito<sup>330</sup> que as proposições linguísticas ordinárias “sobre dado fenômenos são identificadas como apelo àquilo que parece mais óbvio e central (*most obvious and central*<sup>331</sup>) relativamente às realidades *sub examine*.”. Em outras palavras, “a análise conceitual busca esclarecer a verdade de um vocabulário quando confrontado com outro vocabulário, especificando aquela porção de realidade que subjaz aos conceitos”.

É, nessa perspectiva, que se defende que a natureza do direito nada mais é do que a porção da realidade do direito, revelada pelos fatos, que subjaz à linguagem compartilhada e que nos elucida a centralidade da nossa concepção acerca do direito<sup>332</sup>.

E, nessa linha, não se busca desvendar uma – e somente uma – concepção de direito, como propunha Kelsen, mas estabelecer uma diferenciação de graus entre fenômenos que podem, diante de nossa contextualização histórica, ser considerados como centrais para o direito e os que aparecem em área teórica nebulosa para o jogo de linguagem próprio do direito e que estariam, portanto, numa zona periférica.

A pretensão é a delimitação da “natureza do direito” a partir do que seria específico do sistema jurídico, o que se entende possibilitado quando se pretende compreender, também, que há sistemas normativos concorrentes que informam o cotidiano, como é o caso da moral.

Antes de qualquer coisa, assim, a pretensão é de refinamento do que é próprio do sistema jurídico (sua constituição ontológica própria), a ponto de poder representar um

---

<sup>328</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

<sup>329</sup> JACKSON, Frank. *From metaphysics to ethics: a defense of conceptual analysis*. New York: Oxford Press, 1998.

<sup>330</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 46.

<sup>331</sup> JACKSON, Frank. *From metaphysics to ethics: a defense of conceptual analysis*. New York: Oxford Press, 1998. Posição 405.

<sup>332</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 46.

elemento diferenciador entre ele e os outros sistemas normativos. Uma espécie de teste de DNA ou pedigree.

O segundo aspecto que se destaca é a tese da fonte social (*source thesis*), também conhecida como *tese forte do fato social*. É que todo o direito seria baseado em fontes, e qualquer coisa que não seja baseada em fontes não seria direito. Observa, ainda, Torrano<sup>333</sup>, que o termo fontes deve ser entendido no sentido amplo, conjuntos de fatos de tipos variados.

Esclarece, também, que isso é diverso de afirmar que juízes não usam argumentos morais. Existiria uma distinção entre o papel do teórico e o papel do aplicador.

Fato é que o positivismo excludente entende o sistema jurídico como um sistema lacunoso. Então, em diversas circunstâncias, seria possível que se recorresse a argumentos morais. Seriam essas as interconexões que se vislumbraria entre os diversos jogos de linguagem. Não há pretensões de que o direito seja um sistema absoluto, lembre-se.

A questão que se coloca, portanto, é a de articular como é possível preencher as lacunas, procedimento que exsurge como de extrema relevância.

Para Torrano, essa questão toca à confiança que os *designers* da estrutura depositam nos atores envolvidos nas atividades que comportam maior ou menor discricionariedade, o que seria aferido a partir das próprias proposições normativas linguisticamente articuladas.

Em suas palavras:

Isso depende da quantidade de confiança (*economy of trust*), que é depositada em suas mãos pelos designers do sistema, e pode variar de caso a caso: “sistemas jurídicos não são simplesmente distribuições de autoridade e responsabilidade, mas também de confiança e desconfiança”<sup>334</sup>. Enfim, para a teoria em análise, todas as normas que fazem parte do direito da comunidade vinculam a atividade do magistrado, mas nem todas as normas que vinculam a atividade do magistrado fazem parte do direito da comunidade<sup>335</sup>.

Os sete argumentos conceituais que se seguem sustentam a tese da fonte social: o caráter institucionalizado do direito, a tese do objetivo moral, a tese da diferença prática, a tese da autoridade, a tese da convenção, a tese do planejamento social e a tese dos limites do direito.

Segundo o primeiro argumento, que articula o caráter institucionalizado do direito, a peculiaridade fundamental de todo e qualquer sistema jurídico não é a existência de

---

<sup>333</sup> Ibidem. p. 47.

<sup>334</sup> SHAPIRO, Scott. *op. cit.* p. 34

<sup>335</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 48 e 49.

instituições criadoras (estrito senso) do direito, mas sim instituições encarregadas de sua aplicação.

Poder-se-ia, inclusive, argumentar que há comunidades em que inexitem órgãos especializados em criar o direito – que pode advir de uma tradição consuetudinária, por exemplo –; mas, onde quer que exista o direito haverá quem seja, formalmente ou não, como instituição ou não, o responsável em aplicar o direito. Essas instituições aplicadoras seriam, portanto, reconhecidas como instituições primárias<sup>336</sup>, já fundamentais ou funcionamento do direito.

E o fato de se reconhecer a responsabilidade dessas instituições primárias é que elas, em primeiro lugar, devem atendimento às regras do sistema, e daí que exsurgiria, também, a importância da desnecessidade, em princípio, de uma valoração especificamente moral sempre que a instituição atuar dentro da estrutura do sistema jurídico.

O argumento seguinte, a tese do objetivo moral do direito, assenta que, embora o direito possua outras funções, a principal finalidade do direito é estruturar, de forma minimamente segura, regras que tenham a finalidade de cuidar da conflituosidade social e, portanto, conflitos práticos e dúvidas morais.

Seria uma espécie de planejamento social sistematizado e moralmente legítimo que diminuiria os custos de barganha.

Com Torrano:

O direito é uma ferramenta que possui funções especiais para otimizar a convivência em *circunstâncias específicas*, nomeadamente quando formas não-jurídicas de regulação, coordenação e monitoração de condutas se mostram demasiadamente custosas ou ineficientes diante de situações de conflito e de dúvidas insuperáveis sobre direitos obrigações, propriedade, legitimidade do poder público, níveis de tributação etc. (...)

Tivessem os homens sempre e necessariamente os mesmos interesses, vontades, crenças e opiniões, seria certamente desnecessária a existência de um sistema normativo cuja pretensão é a de *pacificar dúvidas e conflitos*, resolvendo-as de forma pretensamente suprema quando cotejado com sistemas normativos concorrentes<sup>337</sup>.

Portanto, embora se defenda, por essa corrente, uma separação metodológica e conceitual forte, a rigor, a razão dessa separação é fundamentalmente ética.

Estrategicamente, a manutenção da separação metodológica e conceitual entre direito e moral possibilita a articulação mais adequada de cada um desses quadros teóricos e, assim, uma reflexão crítica e intersubjetiva que alcança maior patamar de segurança.

---

<sup>336</sup> Ibidem. p. 50.

<sup>337</sup> Ibidem. p. 50 - 52.

Nesse quadro teórico também se defende a tese da diferença prática. O direito seria compreendido como sistema institucionalizado capaz de promover interesses, planejamentos, finalidades etc. caras e importantes, em princípio, para determinada sociedade.

Assume-se, nesse compasso, essa tese de Hart que, segundo Torrano<sup>338</sup>, sustenta que o “direito procura atingir esse objetivo guiando a conduta humana por meio de *standards* (regras, princípios, postulados, políticas, metaregras etc.) que oferecem aos indivíduos *razões para agir (reasons of action).*”

A tese da diferença prática articula, numa palavra, que o direito é um sistema normativo que *deve ser* capaz de guiar a conduta humana mediante razões. Evitar deixar todas as escolhas simplesmente nas mãos das pessoas (estado de natureza) é justamente o fundamento e a natureza do direito.

Em harmonia com esse pensamento, a tese seguinte é a tese da autoridade e supremacia. Por ela se entende que não basta que o direito seja um sistema normativo e que, de algum modo, faça a diferença prática (a religião e a moral também cumprem essas funções), é preciso que esse sistema goze de autoridade e supremacia sobre os demais sistemas normativos. Como gozaria o direito de autoridade dentre os demais sistemas normativos se ele fosse subordinado à moral?

A pretensão de autoridade legítima é própria do conceito do direito, Torrano, mais uma vez, precisamente consigna que:

Onde quer que o direito exista, ele *avoca* estabelecer *normas autoritativas* sobre princípios da moral, da economia, da religião, da etiqueta, da linguística etc. Mais do isso o direito não pretende apenas o caráter de autoridade, mas também de autoridade suprema (tese da supremacia).

Essa reivindicação formulada pelo direito é, necessariamente, uma reivindicação de natureza moral, e de outra forma não pode ser entendida. A reivindicação de autoridade do direito é de cunho moral por conta do seu conteúdo: uma reivindicação feita para garantir direitos e impor deveres às pessoas, intervindo em suas liberdades, com a exclusão de sistemas normativos concorrentes. Daí a conclusão inafastável de que há, entre direito e moral, uma relação conceitual “fraca” necessária: o direito só é direito *porque e quando* pretende ter *autoridade moral legítima e suprema* em determinado território.<sup>339</sup>

Para Scott Shapiro<sup>340</sup>, embora o direito tenha uma finalidade moral, o simples fato de uma regra ser direito não garante que aquela finalidade moral tenha sido de fato atingida.

---

<sup>338</sup> Ibidem. p. 52.

<sup>339</sup> Ibidem. p. 53 e 54.

<sup>340</sup> SHAPIRO, Scott. *op. cit.* p. 184.

Já a tese da convenção, suporte central da regra de reconhecimento, articula, através de uma compreensão dos problemas de coordenação<sup>341</sup>, convergência de interesses etc., como o direito reduz os custos de barganha e traz soluções para questões que, caso fosse de mera liberalidade das pessoas, poderiam obstaculizar o atingimento da finalidade do direito e, portanto, a pacificação social e a própria moral.

Imagine uma situação em que inexistissem regras de trânsito, muito provavelmente, com o passar do tempo, mesmo que informalmente, os condutores dos veículos começariam a seguir um padrão, que passaria a ser reconhecido entre eles mesmos. As soluções para os problemas de coordenação seriam, entretanto, potencialmente abreviadas quando se adota um sistema que supre expectativas mútuas e que estabelece um padrão de comportamento vinculante.<sup>342</sup>

A penúltima tese aqui articulada em relação ao positivismo excludente é a do planejamento social (*planning theory*). Para Torrano<sup>343</sup>, Scott Shapiro, partindo da filosofia de Michael E. Bratman, elaborou mais um forte argumento em favor da fonte social.

O que Shapiro<sup>344</sup> defende é que a atividade jurídica seria uma atividade de planejamento social em três sentidos: criariam normas que representam estados de comportamentos comuns e abstratamente previstas, em princípio, para todos os destinatários da norma; porque os planos jurídicos regulariam as comunidades por meio de políticas gerais; e, terceiro, porque o planejamento conformaria a sociedade através de padrões normativos públicos.

Para ele, planos fazem parte da organização dos modos de agir das pessoas, são modos de guiar condutas e o direito seria, assim, uma atividade fundamentalmente planejadora. Esse caráter de planejamento social do direito é revelador, por não poder ser diferente, da sua própria limitação. E não só o direito, nessa perspectiva, é tido como limitado, mas o homem e a racionalidade também.

A última e derradeira tese é dos limites do direito. É uma consequência lógica da tese do fato social e todos os desdobramentos aqui articulados. O que exsurge, segundo tematizado pelo positivismo exclusivo, é que “o direito é uma técnica social específica incapaz de regular, em dada sociedade, todos os aspectos da convivência, ou de prever todas as situações ou circunstâncias de incidência de suas normas.” E, assim: “O direito não é ente autônomo; definitivamente, não é um livro que detém todas as respostas, morais ou não, para

---

<sup>341</sup> LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

<sup>342</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 55 - 56.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>344</sup> SHAPIRO, Scott. *op. cit.* p. 203.

caprichos mundanos, como se estivesse à disposição para a leitura em todo e qualquer caso”<sup>345</sup>.

Outro aspecto é que o direito é limitado também pelos instrumentos que os designers do sistema utilizam para seu agir no mundo. Toda norma jurídica é, antes, texto e, portanto, linguagem. E essa linguagem não goza de precisão absoluta (existem questões de ordem lógica, semântica e pragmática que não são previamente definidas). É por isso que se reconhece ser um sistema lacunoso.

Falar que o direito é lacunoso é assegurar que o sistema jurídico não é absoluto e que, a partir dele mesmo, há excepcionais situações (das lacunas) em que se pode “sair do direito” em caso em que este, expressa ou implicitamente, conceda abertura a *standards* de normatividade alternativa (de outros jogos de linguagem)<sup>346</sup>.

Poder-se-ia, inclusive, asseverar que seria reconhecer que esse sistema precisa sempre ser criticado, revisitado, constringido em sua estrutura fundamental. Seria convidar a comunidade para o sempre e necessário debate e diálogo crítico.

### 3.4. Destruindo sedimentações

A primeira questão que exsurge do confronto crítico da doutrina barrosiana com os diversos positivismos, explicitados de forma bastante superficial nos pontos anteriores é que se, de um lado, não há por Luís Roberto Barroso o enfrentamento das várias concepções em que se tem utilizado o termo para caracterizar os diversos tipos de pensamento que se enquadram nesse grande grupo, de outro, não há identidade entre as questões centrais articuladas pelos positivismos apresentados e as tematizadas pelo neoconstitucionalismo barrosiano.

Quanto a esta segunda objeção, se os paradigmas não pretendem enfrentar os mesmos problemas centrais, de fato, é inadequado falar que há uma superação de um por outro.

Há uma terceira objeção fundamental, quanto à aludida superação do positivismo pelo pós-positivismo, é que esse pós-positivismo de que ele fala não é teorizado, mas, simplesmente, suposto como espaço articulativo dos direitos fundamentais e da ética dentro do direito.

---

<sup>345</sup> TORRANO, Bruno. *op. cit.* 2015. p. 57 - 58.

<sup>346</sup> *Ibidem.* p. 59 - 60.

O problema é que essa relação do direito com a ética (ou moral) e a consideração dos direitos fundamentais, de forma alguma, tem sido negada pelos positivistas. A questão é como isso se dá e, nesse ponto, parece bastante inconsistente o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo barrosiano.

Portanto, do que se pode inferir, há problemas quantitativos e qualitativos na afirmação da superação do positivismo pelo pós-positivismo. Caso Barroso quisesse realmente articular de forma minimamente coerente esse argumento, de início, deveria enfrentar, de forma mais ampla e aprofundada possível, as questões centrais tematizadas pelos diversos positivismos, ou pelo menos os com maior expressividade nos tempos atuais (positivismos inclusivo e exclusivo) e articular de forma criteriosa e refletida em quais questões específicas seria, de fato, mais adequado tratar do tema a partir de outro referencial teórico, bem como em quais questões o positivismo se manteria íntegro ou não. Enfim, somente feito esse constrangimento epistêmico, poderia ele articular uma nova teoria (o pós-positivismo) como superadora da anterior.

Mas, desse ônus Barroso não se desincumbira, preferindo articular o que pretendia através de saltos epistêmicos que, como se pode demonstrar, caso confrontados com seus antecessores lógicos, revelam, claramente, vários equívocos e contradições.

A primeira contradição é a que se visualiza que, em várias passagens ele mesmo defende que é preciso “certa dose” de positivismo. Nessa situação estariam, por exemplo, os casos fáceis, nos quais deveria se aplicar o silogismo.

O problema é que, a partir da articulação que ele traz, quem decide quais casos são fáceis e quais são difíceis é simplesmente o julgador. Logo, ao que se observa, fica meramente a critério do magistrado e, assim, de sua subjetividade, definir quando vai se valer do positivismo ou não. Em outras palavras, quando vai aplicar a lei ou não.

Atente-se que, primeiramente, nessa construção em que leva em consideração simplesmente o silogismo, o positivismo considerado é mera sintaxe, e o positivismo meramente exegético é doutrina que, praticamente, não tem mais qualquer repercussão na atualidade. Então, mesmo quando ele considera o positivismo válido, o faz levando em conta um positivismo defasado.

O segundo ponto é a relação entre direito e ética, como se viu, perpassa a maioria das construções teóricas positivistas, seja negando uma identidade conceitual, seja reconhecendo a finalidade ética do direito, ou mesmo a existência de direitos suprapositivos etc.. A questão é que, nos jogos de linguagem positivistas anteriormente vistos, essa relação

não é vislumbrada simplesmente a partir da consciência subjetivista do juiz, mas a partir múltiplas formas de interrelação que apontam para confrontos dialogais entre os diversos referenciais assumidos, sem se desmerecer a estrutura e sistemática do direito, que continuaria mantendo e preservando sua autoridade.

O que se revela é que o modo do subjetivismo particularista de Barroso, de forma clara, potencializa o abismo entre sujeito e objeto, fosso que se tem pretendido combater, já que, nos casos fáceis, aplica-se o objetivismo clássico e, nos casos difíceis, o subjetivismo moderno. Ele não se dá conta de que o direito precisa de uma estrutura, uma sistemática, um conceito, uma ontologia própria, e que essa delimitação não pode ficar simplesmente a cargo da subjetividade. Posto que, mesmo que não exista um juiz para lhe dizer o conteúdo, ela já é.

Caso se pensasse uma estruturação a partir da linguagem, que pretendesse superadora do abismo entre sujeito e objeto, certamente poderiam ser mais trabalhados no direito conceitos como lógica, semântica, pragmática, ontologia, verdade, correspondência, coerência etc. – conceitos relacionados a uma estruturação –, ao invés de se confiar que é a tematização a partir de conceitos como interpretação, ponderação, sopesamento, balanceamento etc. – conceitos destinados à consciência do juiz.

Em uma palavra, ao reverso, a doutrina por Barroso pregada para afirmar a superação do positivismo pelo pós-positivismo, em verdade, denota uma espécie de positivismo exegético com temperos de interpretativismos.

O que isso significa que ele, Barroso, não conseguiu nem mesmo teoricamente superar o positivismo exegético, embora defenda uma espécie de autonomia subjetiva para que o aplicador o afaste, quando identificar um caso difícil – o que, no final das contas representa quando ele bem entender –, oportunidade em que poderá fazer a “justiça do caso concreto”.

Além da contradição lógica e performativa que se demonstrou existir na articulação barrosiana, a teoria que ele diz ser superadora não é minimamente tematizada como uma estrutura que pretende dar conta de uma questão central.

Ela é, como se disse, pensada meramente para casos excepcionais que, até mesmo por sua excepcionalidade, não seriam dados de antemão, dependendo da consciência do juiz para sua identificação.

Outra questão seria a existência de uma dogmática nova ou de métodos hermenêuticos novos, para que o juiz possa trabalhar com os tais casos difíceis. Porém, como se viu, é justamente o pensamento dogmático que deve ser substituído pelo crítico, sendo

certo que se os métodos clássicos não garantem certeza na resolução dos casos fáceis, tão pouco a dogmática nova garantirá qualquer sucesso com os casos difíceis.

Mais uma vez o que se confirma é o abismo entre o sujeito e o objeto, mantendo-se, no todo, aprisionado a uma teoria dogmática.

Aqui não se defende que não existam métodos nem axiomas que têm se mostrado adequados para se falar de determinadas questões, o que se quer evidenciar é que o autor não dá conta de se sair de algumas dificuldades em que ele mesmo se coloca.

Resumindo outros motivos pelos quais não haveria uma superação paradigmática, poder-se-ia, ainda, dizer que: no que toca a relação entre direito e ética, existe um debate, que passa ao largo dos escritos de Barroso, que revela que o positivismo contemporâneo tem se dedicado de forma analítica e refletida a isso; que o próprio conceito de direitos fundamentais o insere dentro de uma perspectiva de direitos humanos que foram acolhidos (na grande maioria, positivados) por dado ordenamento jurídico; que o fato da constituição gozar de supremacia frente às leis ordinárias é arranjo estrutural decorrente da metodologia positivista; que o judiciário não é uma função democrática acima de qualquer suspeita e, portanto, não está ele (ou sua subjetividade, ou a dos juízes) em patamar superior à estrutura direito (sistema jurídico), não sendo adequado que se crie espaços de exceção em que se crie direito a partir da mera vontade de quem ocupa a cadeira de juiz.

Fato é que o direito existe para colocar um freio ao autoritarismo. A tradição brasileira tem sido autoritária desde seu nascedouro. Não se combate o autoritarismo alterando o poder de quem o exerce simplesmente. Antes, o executivo e o legislativo e, hoje, o judiciário. Não é assim!

A articulação de um sistema jurídico bem estruturado é uma herança positiva da secularização. Se em algum momento essa estrutura se pretendeu absoluta, isso não lhe retira todos os méritos. É preciso, sim, que se reconheça as fragilidades e se procure articular melhor algumas questões, isso é fato.

Lembre-se que o homem da modernidade, e o de hoje mais precisamente – como radicalização dessa mesma modernidade –, “perdeu o horizonte de segurança que lhe normava a ação dentro do mundo, dando-lhe sentido”<sup>347</sup>. E o homem tem, ao longo da história, experimentado que não só as coisas estão sujeitas à mudança, mas que o próprio sentido de mundo (como totalidade, universalidade) tem mudado e, assim, também tem ocorrido com o ser humano mesmo, que é um ser linguisticamente contextualizado.

---

<sup>347</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. 3ª edição. Edições Loyola: São Paulo, 2001. p. 5.

A questão é que não existe uma só questão (ou história) ôntica (metafísica da tradição que se pretende superar), que estaria na perspectiva da coisa e do homem dentro do mundo – aqui, mera objetividade equivale à mera subjetividade, como formas parciais e incompletas, embora se pretendam, geralmente, absolutas –, numa eterna busca, por uma ou por outra dessas duas dimensões (objeto e sujeito), o sentido último das coisas em si, como algo imutável; mas uma ontologia e uma correspondente história ontológica.

Conforme ensina Oliveira:

O homem de hoje, antes que a filosofia tivesse elaborado o conceito de história ontológica, experimenta que o próprio mundo – e não só as coisas do mundo – muda. Ele sabe – porque vive hoje num mundo profundamente marcado pela *consciência histórica* – que o seu mundo não é o mesmo que o da Renascença, ou seja, que o horizonte último de sentido do pensamento e da ação do homem no mundo de hoje é fundamentalmente distinto dos outros que o precederam e que, contra a concepção de todo o pensamento ocidental – pelo menos, naquilo que ele tem de grego –, existe uma história ontológica, uma história do próprio sentido último de todas as coisas. A elaboração racional desta consciência na filosofia do nosso tempo não é senão o esforço específico da filosofia que consiste, como nos diz Hegel, em compreender o tempo, em elevar à tematicidade racional aquilo que de uma maneira implícita é experimentado pelo homem.<sup>348</sup>

Em verdade, a própria constituição ontológica do homem revelaria que essa imutabilidade não é algo tão tranquilo e que o homem, por sua liberdade, traço característico de sua constituição, é ao mesmo tempo, finita e infinitamente (a depender do prisma que se reflita) criador e criatura. Reconhecer alguns limites aos vários modos de se enxergar esse fenômeno não sugere fragilidade dessa articulação, mas, antes, confirmação.

O homem, como ser que já construiu muito de si e do mundo, ainda é inacabado e informado pelo próprio mundo, do qual ele depende necessariamente. Talvez, muito mais do que o mundo do homem. É possível imaginar um mundo sem o homem, mas não parece possível imaginar o homem sem o mundo.

O mundo, portanto, vem antes, mas não o mundo objetual (o mundo objeto da relação sujeito-objeto), mas o mundo do ser, de uma dimensão mais abrangente, no qual universo do discurso é irrestrito (infinito), mas os discursos, em si, possuem limites e, por esse motivo, podem ser objetos de reflexão e de avaliação. Eis o específico da racionalidade que se ratifica.

É nesse compasso que se percebe que o positivismo tem limites, é finito, mas isso, por si só, não o traz a pecha de obsoleto, completamente inadequado, e absolutamente superado.

---

<sup>348</sup> Ibidem. p. 6.

É preciso que se observe que essa grande corrente teórica foi e tem sido muito útil ao ser humano e à história da humanidade. Ainda é a que explica de maneira mais adequada vários dos problemas práticos que se experimenta.

Se se pretende uma melhoria de como as coisas acontecem na prática, cada passo em favor dessa busca tem que ser dado a partir da estrutura que se pretende modificar. Não se inaugura um discurso do nada, um ato de fala sempre está contextualizado e, quanto melhor for essa sua colocação, mais potencialidade ela terá para o fim pretendido.

É, por isso, que se defende o cuidado com os jogos de linguagem, os referenciais teóricos, as exposições fáticas, a utilização dos dados da experiência, o rigor metodológico etc. Só assim as verdadeiras mudanças acontecem, as mudanças profundas e fundamentais.

É isso que possibilita a reflexão crítica, a intersubjetividade. Ao fim e ao cabo, é essa a questão da fundamentação.

A reflexão sobre a adequação do neoconstitucionalismo barroso e do positivismo é, também, um problema de fundamentação e de racionalidade dentro do direito.

Diante da perspectiva adotada por Barroso e por seu neoconstitucionalismo, pelo que se pôde analisar através dessas páginas, não se verificou grandes avanços teóricos e estruturais para dar conta do direito, mas, antes, inconsistências perigosas, no sentido de se colocar em risco para o estado de direito que, mais do que qualquer coisa, tem como finalidade (ética) realizar a liberdade do próprio ser humano (e, hoje, a conservação do mundo).

Nesse sentido, pode-se até cogitar da necessidade de superação do positivismo, afinal, vive-se um inegável momento de crise da modernidade,<sup>349</sup> mas não do modo como colocou Barroso. Seria uma espécie de mudança de consciência e não um abandono da metodologia e das conquistas da técnica e da ciência, ao contrário, um redirecionamento da finalidade desses instrumentos.

Os instrumentos são cada vez mais úteis e necessários e precisam ser mais bem articulados, mas a finalidade da utilização dos mesmos é que passa a ser central. E parece que os positivistas contemporâneos, em boa parte, já perceberam isso e estão refinando os instrumentos das interconexões entre o direito e a ética.

Uma crise é, em primeiro lugar, uma crise de sentido. Uma espécie de reflexão crítica que tem ganhado corpo contra a razão simplesmente instrumental. É preciso que se leve em consideração, portanto, o próprio contexto de tudo isso. E, para isso, é preciso que

---

<sup>349</sup> *Ibidem. Passim.*

olhe para a história, para a temporalidade. A questão que se coloca em cheque, a partir dessa análise, é o modo de pensar que predominou na modernidade, a filosofia moderna, da subjetividade, da consciência. E isso só se faz se se considerar as continuidades e descontinuidades.<sup>350</sup>

Nas próximas páginas, trar-se-á, com inspiração nas iluminadas palavras de Manfredo de Oliveira, o tipo de mudança que se sugere ser a necessária.

### 3.5. Aspectos para uma reconstrução: o tipo de positivismo que se precisaria combater

Sobre a questão positivista, o que se sugere deva ter consciência é que o positivismo tecnológico, que prevaleceu como modo de pensar e agir contemporâneo, precisa ser revisitado a partir da reflexão filosófica. Porém, ao invés disso, o que se tem verificado é um fenômeno contemporâneo de autonegação da filosofia. “Trata-se de uma negação da filosofia racional e até filosoficamente elaborada, negação através do saber teórico do homem”<sup>351</sup>.

Assim, antes de se tematizar em que sentido se reflete sobre o positivismo tecnológico, concorda-se com Oliveira no sentido de que é necessário se pensar, nos campos da teoria e da ação, na relação do homem com a compreensão da totalidade do mundo e da sua finitude, a partir da dimensão do ser<sup>352</sup>.

Delimita-se, portanto, que, na forma aqui abordada, a consciência não será compreendida como uma postura subjetiva, mas enquanto teoria e ação, ou seja, expressão de determinado sentido de ser, uma espécie de cultura própria. Assim, quando se diz que a consciência contemporânea é tecnologismo, quer se dizer que toda a consciência humana é tecnológica. O relacionamento do homem com a realidade é impregnado de perspectivas tecnológicas<sup>353</sup>.

E, para se entender o que isso significa, é preciso, antes, compreender em que aspecto se fala da técnica nessa reflexão filosófica. A técnica, nos moldes adotados, é um modo determinado de relacionamento do homem com o mundo. O modo meramente instrumental.

Em Aristóteles, a teoria era a forma de vida que se liberta da funcionalidade e tem uma finalidade em si. “A verdade aparece como horizonte e fim último da vida do homem, de

---

<sup>350</sup> Ibidem. p. 7.

<sup>351</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>352</sup> Idem.

<sup>353</sup> Ibidem. p. 74.

modo que sua tematização significa a *humanização* do homem... o homem é o guardião da verdade<sup>354</sup>”.

A diferença entre o homem antigo e o homem moderno seria que a técnica, simplesmente pela técnica, teria retirado o homem da sua própria realidade e o jogado numa busca de uma espécie de manipulação da realidade. E esse tipo de relacionamento do homem com o mundo supõe que o homem atingiu um patamar de absoluta superioridade em relação ao mundo mesmo.

Ilustrando essa percepção, Oliveira aduz que:

Tudo o que é objeto de conhecimento se manifesta no horizonte aberto pelo homem, é determinado por ele. Sem a determinação produzida pela subjetividade cognoscente, a realidade é puro material, puro caos, destituída de qualquer sentido, de qualquer forma, se quiser falar com Aristóteles. Esse material é transformado em objeto através da determinação da subjetividade e isto significa que a subjetividade o tira do caos, o detém diante de si, a fim de ela possa ter para si. Pode-se dizer que o homem moderno só se interessa pela realidade a medida que aquilo que é pode ser posto à sua disposição. Daí o processo de objetificação significar o processo segundo o qual o homem traz para diante de si tudo que é, para que esteja certo de dispor do que é.<sup>355</sup>

Eis o ponto em que o sujeito se assume como centralidade de tudo que existe, criando-se o “buraco” entre o sujeito e o objeto. A relação “Sujeito-objeto é a polaridade característica de uma consciência tecnológica”<sup>356</sup>.

Assim, tudo que é observado da perspectiva da polaridade ou é visto como objetividade ou é visto como subjetividade. O homem objetiva o mundo a partir da sua subjetividade e quando ele exerce sua autoafirmação, sua liberdade, ele também se manifesta como mundo. Tudo para o homem está impregnado de homem, mas também de mundo. Porém, não seria nem uma coisa e nem outra, mas as duas e outras diferentes e esquecidas ao mesmo tempo. Ou seja, a dimensão não é a da polaridade.

A consciência tecnológica é, pelo que fora articulado, a própria consciência de subjetividade. A técnica, conforme vista, é a atitude fundamental da modernidade e de nosso, ainda, do nosso tempo. É ela que está em crise.

A busca do novo, portanto, não seria pela subjetividade e, portanto, o contrário do que diz o neoconstitucionalismo de Barroso, mas por uma dimensão anterior a da polaridade da relação sujeito-objeto, e que supere essa unidimensionalidade do real.

---

<sup>354</sup> Ibidem. p. 75.

<sup>355</sup> Ibidem. p. 77.

<sup>356</sup> Ibidem. p. 78.

Seria unidimensional por representar uma única perspectiva do real, seja sob o prisma absoluto do sujeito ou do objeto, ambos seriam reveladores das lacunas de que se fala. Seriam espécies de ontoteologia: a metafísica clássica foi superada pela metafísica moderna, permanecendo-se o desprezo pela segunda dimensão do real. É essa a filosofia que se quer resgatar.

O percurso é *ao encontro de* e guiado em estabelecer interconexões entre as dimensões do sujeito e do objeto que foram polarizadas por conta do *gap*. Afinal, todos os nossos quadros teóricos e jogos de linguagem, pelo menos os ocidentais modernos, foram forjados dentro desse abismo.

Assim, é a partir dele que se compreende e se comunica, bem como se transmite conhecimento. E uma crítica a esse modo de pensar não foge desse padrão. Não reconhecer isso é pura ingenuidade e tentar um jogo de linguagem absolutamente novo é impossível ou ininteligível em princípio (sob pena de recair em contradição performativa).

É como defende Oliveira: “A filosofia, portanto, enquanto *conhecimento racional* explicita uma tendência presente no conhecimento humano: a tendência de tematizar as inter-relações, a explicitação da totalidade”.

É por isso que, mesmo que se pretenda criticar a tradição, a modernidade etc., é preciso que se faça a partir de sua valorização e dos méritos de suas articulações, são eles que garantirão os resultados úteis e adequação das novas possibilidades. Somente a partir dos pontos positivos se podem perceber os equívocos.

Não se pode esquecer que, apesar das falhas, finitudes e incompletudes, essa estrutura moderna ainda é o melhor que nós temos. É o ponto em que chegamos. É o resultado parcial de nossa historicidade, o que, também, não significa que daqui não se pode avançar. E, nesta situação epocal, torna-se importante que se pergunte pelas consequências advindas da modernidade.

É preciso que se diga, entretanto, que a consciência tecnológica de que se fala não corresponde precisamente ao instrumental prático de que dispomos nos dias atuais e que resultaram da técnica e do cientificismo, mas, mais propriamente, a atitude (o modo de agir do homem) diante da realidade, o que faz com que a realidade e o mundo sejam diminuídos em suas potencialidades, já que só passam a ser compreendidos a partir desse tipo de cultura.

É, nessa linha, que, com Heidegger<sup>357</sup>, poder-se-ia falar em esquecimento ontológico. O esquecimento seria justamente o que se deixou de articular. É a parcela que se deixou de fora com a adoção da atitude tecnológica.

Esse é o modo de pensar que despreza e nega a filosofia, “a realidade se revela à consciência de um modo que torna impossível a consideração filosófica”.<sup>358</sup> É uma consequência lógica da própria *forma estrutural* da consciência tecnológica. Nessa perspectiva, a realidade é ceifada profundamente, manifestando-se, essencialmente, como unidimensional e não na sua multiplicidade e em suas dimensões plurais<sup>359</sup>.

A filosofia clássica, ao contrário, perguntava-se pelo “ente enquanto ente, pela estrutura da realidade, pela totalidade estrutural presente em cada ente e que era o princípio de sua própria realidade”<sup>360</sup>. A metafísica abrangia duas dimensões fundamentais da realidade: o *ente*, aquilo que é objeto da experiência, da observação do homem, e “os princípios e as causas deste ente, ou seja, a *entidade* do ente, aquilo que faz de cada ente um ente, numa palavra o sentido-fundamento, a estrutura total que é a razão última *presente* em cada ente”<sup>361</sup>.

E a filosofia se distingue dos demais modos de saber, em especial da ciência, enquanto articuladora dessa segunda dimensão da realidade. Nessa linha, com Oliveira<sup>362</sup>, poder-se-ia dizer que a estrutura do ente é mais original que o próprio ente, por ser a condição de possibilidade do ser do ente e de sua verdade.

A consciência tecnológica está numa perspectiva adversa, para ela a realidade do ente, a *coisa*, é a única realidade de que se cogita. Não há espaço para a articulação para a estrutura do ente, mas tematiza-se unicamente o próprio ente. Tudo que existe é o ente aprisionado em sua individualidade, o resto é produção do espírito e, portanto, mera subjetividade. Há uma “elevação ao plano da universalidade abstrata do próprio conteúdo da experiência”<sup>363</sup>. O espírito “transforma em hipóteses e leis o conteúdo mesmo dessa experiência e lhe *confirma* a validade.” A tecnização universal é uma “consciência coisificante”, que, radicalizada, representa o processo de coisificação total.

Observe-se, ainda, que não se pretende negar com esse discurso essa perspectiva, mas, tão somente, chamar atenção para sua parcialidade e destacar o que está ficando de fora.

---

<sup>357</sup> STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

<sup>358</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. 3<sup>a</sup> edição. Edições Loyola: São Paulo, 2001. p. 80.

<sup>359</sup> Idem.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>361</sup> Idem.

<sup>362</sup> Idem.

<sup>363</sup> Idem.

Ambas as perspectivas, em verdade, são importantes e fundamentais no relacionamento do homem com o mundo. Recorrendo-se, mais uma vez, às precisas lições de Oliveira:

Na justificação científica da consciência tecnológica, filosofia se faz o instrumento universal que possibilita às ciências positivas um domínio maior da realidade, através da possibilitação da produção de hipóteses científicas mais precisas, ou seja, ele se faz *análise lógico-formal*. A pobreza radical desta posição consiste não tanto no modo de manifestação da realidade, que é uma maneira legítima e realizante do ser próprio do homem, mas na *intolerância gnosiológica*, ou seja, o não perceber que essa maneira de revelação é apenas uma e que necessariamente não fecha possibilidade a outras.

Por que o relacionamento do homem com o mundo não poderia ter outras dimensões? A superação da consciência tecnológica não pode consistir nem num saudosismo de uma consciência pré-tecnológica nem num controle da técnica (superação técnica pela técnica), mas numa reflexão imanente à técnica, capaz de demonstrar-lhe as suas limitações essenciais.<sup>364</sup>

É nessa abertura que se apresenta relevante uma incursão no que se convencionou chamar de reviravolta da linguagem, que tem como pretensão uma refundação da questão da racionalidade e da fundamentação. O interessante dessa movimentação é que doutrinas absolutamente diferentes, como as de Heidegger e Wittgenstein, hermenêutica e filosofia analítica, encontram-se no mesmo grande contexto, o que destaca a centralidade da linguagem para a filosofia contemporânea.

São tentativas, cada uma a seu modo, de enfrentar teoricamente a crise da modernidade de que se falou e, assim, superar a filosofia da consciência. Ainda, segundo as claras palavras de Oliveira:

A forma lógica de que fala Wittgenstein como sendo a condição última de possibilidade do conhecimento não pode ser interpretada no sentido da subjetividade transcendental em Kant, já que ela é anterior à própria subjetividade, é condição de possibilidade da própria subjetividade. Ela é antes a *unidade original* entre subjetividade e mundo, que só pode ser entendida no sentido do ser em Heidegger. Não pretendo dizer que Wittgenstein tenha tido consciência disso; procuro fazer ver em que direções deveria ser orientada a pesquisa filosófica, caso ela fosse possível, tentando explicitar o que em Wittgenstein está implícito. Para ele todo o pensamento do Ocidente, tanto a tradição metafísica clássica como a filosofia transcendental, são uma tentativa de explicitar essa dimensão, o que Heidegger, naturalmente, não aceita. Contudo, se nos perguntarmos o que é a dimensão vislumbrada por Wittgenstein, ela só pode ser entendida na mesma perspectiva em que Heidegger a entendeu.<sup>365</sup>

Nesse sentido, concorda-se com o Wittgenstein de *Investigações Filosóficas*, defendendo-se que uma reflexão crítica a partir da linguagem significa “análise, tematização, reflexão sobre o conteúdo do *agir* humano enquanto realização da comunicação entre os

---

<sup>364</sup> Ibidem. p. 83.

<sup>365</sup> Ibidem. p. 91

homens. É impossível separar a linguagem da vida concreta do homem num determinado mundo de ação.”<sup>366</sup>

---

<sup>366</sup> Ibidem. p. 93

## CONCLUSÃO

De início, ressalta-se, que o presente estudo se trata de mais um aprisionamento de sentido, como destacado na introdução quando se tratou da metodologia utilizada. E, reconhecido isso, as conclusões aqui esposadas são meramente parciais, não resultando num conteúdo dogmático que não esteja aberto às críticas e à transformação de pensamento e mudança de ponto de vista deste mesmo que as escreve. Esta, inclusive, é a primeira das conclusões.

Fato é que isso se mostrou verdadeiro na construção mesma do trabalho: a cada voltar de olhos para os manuscritos produzidos algo de novo se revelava, coisas esquecidas eram lembradas, a articulação em si tomava nova forma etc. E não se acredita que, ao final, tenha-se produzido uma versão pronta, ao contrário, a impressão que se foi confirmando é que esta dissertação estará para sempre inacabada.

A segunda conclusão é que o empreendimento teórico de Barroso é bastante rico e faz referência a diversos assuntos e questões que realmente são muito interessantes e importantes para compreender o momento atual, de uma espécie de crise que vive a democracia brasileira.

Porém, antes de fazer qualquer comentário avaliativo sobre sua doutrina, é preciso que se lembre que ele, Barroso, formou-se em direito em 1980, na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), no período da transição democrática, quando teve sua aproximação com o direito alternativo.

O contexto, de fato, propiciava que se quisesse destruir aquela política e se construísse uma nova. O legislativo e o executivo da ditadura, bem como as leis produzidas no mesmo período, ou em períodos anteriores não democráticos e que ainda estavam vigentes, não indicavam, para um jovem recém-formado e com ideias fortemente democráticos e voltados à consecução dos direitos humanos, um parâmetro bom para ser seguido. Precisava-se fazer alguma coisa, e não ousaria dizer que ele não estava certo.

É nesse mesmo período que o movimento estudantil ganha força. Várias lutas em prol da democracia foram empreendidas. E eram as próprias pessoas que faziam a diferença. Ele também queria fazer a diferença, e fez<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> No seu *Lattes*: Entre outras inúmeras conquistas, Barroso é professor da Faculdade de Direito da UERJ desde 1982, sendo Professor Titular de Direito Constitucional desde 1995, além de Professor Visitante da Universidade de Brasília desde 2009. Foi Professor visitante da Universidade de Poitiers na França e da Universidade de Breslávia na Polônia. Foi um dos criadores do programa de pós-graduação em Direito Público da UERJ, um dos mais reconhecidos do Brasil e de onde saíram muitos nomes de sucesso no Direito Constitucional brasileiro. É

Naquele contexto, Barroso identificou que as normas éticas que respaldavam os ideais da democracia e dos direitos humanos não estavam sendo respeitadas. O direito positivo que tinha prevalecido até então era a estrutura em que estiveram ancorados os donos do poder e esse direito positivo, da forma como estava, não teria muita serventia para um novo momento, em que se pretendia, em verdade, romper ao máximo possível com a estrutura antiga. Era isso.

Barroso também queria romper com o velho. E observe-se que essa breve contextualização revela muito da sua teoria neoconstitucionalista.

Na sua ótica, o Judiciário, composto por profissionais de carreira, que cursaram uma faculdade de direito e concursados, ou seja, com conhecimento técnico, formação humanista e democrática e sem terem conseguido seu posto por indicação – mas por uma seleção –, parecia o poder que, dentre os três, era o mais confiável.

De fato, é isso que vai orientar seu pensamento. Ele vai tentar justificar o fato de ser melhor para o Brasil e para a democracia brasileira depositar suas fichas no Judiciário como, dentre os três poderes, o que teria melhores condições e isenção para a condução da transformação para um período de democracia e de efetiva concretização dos direitos humanos.

Todo o seu percurso teórico gira em torno disso. É precisamente essa a sua intenção: justificar teoricamente um modo de agir prático que ele intuiu devesse ser adotado. Os juízes deveriam aplicar a normatividade dos direitos humanos independentemente da lei. Foi isso que ele procurou teorizar.

Porém, no atual contexto, embora se tenha tido grandes avanços democráticos e muitos decorrentes de atos praticados pelo judiciário e por juízes, também é fato que a atuação voluntarista dos juízes tem revelado que esse modelo precisa ser refletido. E que é preciso que se respeite a autoridade do direito positivo, que já passou a ser produzido e alterado democraticamente, já existindo várias ferramentas previstas no ordenamento para isso.

---

autor de alguns livros, tais como: O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas; Curso de Direito Constitucional contemporâneo e Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. Alguns de seus principais artigos estão publicados em páginas da internet, dentre os quais: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito; Constituição democracia e supremacia judicial; A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo; Vinte anos da Constituição Federal: O Estado a que chegamos; A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos. Barroso tem sido convidado a palestrar em diversas universidades no Brasil e no exterior, incluindo nas prestigiadas New York University School of Law, nos Estados Unidos, e London School of Economics e Oxford University, na Inglaterra.

Ignorar uma lei por querer fazer a justiça do caso concreto, segundo a sua consciência, não é a melhor forma de fazer acontecer a democracia no atual contexto vivenciado. E foi essa a intuição original do presente estudo.

O presente trabalho é para ser compreendido no contexto em que ele é forjado, assim como se procurou compreender o empreendimento barrosiano a partir do contexto dele.

Certamente, num período autoritário, haveria de se ter uma compreensão dessa dinâmica entre lei e consciência de quem julga de forma diferenciada, podendo-se, inclusive, refletir sobre direitos de resistência ou revolução. Tudo, para romper com a estrutura autoritária. Mas esse não é o caso. Articula-se levando em conta uma democracia capenga, mas uma democracia que se entende minimamente estruturada.

A partir dessa intuição original, buscou-se um referencial teórico, e concluiu-se que as contribuições da reviravolta da linguagem seriam um bom horizonte para a reflexão. Feito isso, identificou-se que o neoconstitucionalismo de Barroso também seria uma adequada teoria para a construção de um diálogo, pois ela defendia exatamente o decisionismo que se queria contrapor, e, assim, decidiu-se investigar se os fundamentos por ele indicados eram reveladores do subjetivismo particularista que se visualiza quando se defende que seria o juiz do caso concreto que faria a justiça do caso concreto, mesmo contra a lei. É que a consciência do juiz, a sua moral particularista, era colocada como central para a questão.

Estava traçado o rumo do trabalho, pesquisar-se-ia sobre a pós-modernidade e a teoria crítica, para identificar se esses quadros teóricos justificariam a tese barrosiana, bem como se pesquisaria sobre os positivismos não articulados por Barroso, para saber se ele dera conta de bem elaborar a superação que defendia ter existido.

Com a pós-modernidade, aprendeu-se que não há identidade absoluta, mas não há também diferença absoluta. Que há particularidade, que há multilateralidade e que há, também, unidade. Que se discorda, mas que também se concorda. Enfim, que é possível se falar de comensurabilidade, de diálogo, de interconexões. E isso ia à contramão do que tinha defendido Barroso.

Com a teoria crítica, verificou-se que é importante sempre se considerar uma dimensão crítica, que pense a respeito das condições de possibilidade, da estrutura transcendental do que é produto da atuação do homem no mundo. E o que se desvelou é que não se pode manter preso a um pensamento dogmático, que se pretende absolutizante. Então, o mundo e o homem como processos inacabados precisariam sempre se por à prova, colocarem-se em eterno revolvimento, reavaliação etc..

Com os diversos positivismos esquecidos por Barroso e tematizados ao longo do percurso desenvolvido, confirmou-se mais uma vez que sempre fica muito de fora de qualquer tematização. E que o positivismo pretensamente superado por ele não enfrentava minimamente as várias teses que os distintos positivismos desenvolveram.

Inclusive, a respeito dos referenciais positivistas ora articulados, reconhece-se que todos foram trazidos de forma bastante incompleta, mas a ideia era principalmente mostrar que Barroso não levava em conta vários aspectos importantes e que isso fazia de sua defesa de superação do positivismo pelo pós-positivismo uma afirmação não exatamente correta.

A outra questão que se pretendia com a articulação do positivismo era demonstrar que as teorias positivistas não eram desprovidas de uma ética, ou mesmo que ignoravam conteúdos éticos. E que o positivismo não se resumia à mera interpretação literal da lei. Pelo que se demonstrou isso não é verdade.

E, por derradeiro, empreendendo uma espécie de reconstrução, momento final da metodologia fenomenológica eleita – redução, destruição e reconstrução –, apresentou-se, mais uma vez a partir da ótica de Oliveira, qual o tipo de positivismo que, na atualidade, precisar-se-ia combater: o pensamento científico sem qualquer orientação ética.

Numa palavra final, a intuição original se confirmou: os fundamentos do constitucionalismo de Barroso não são suficientes para a defesa do subjetivismo no direito.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos Filosóficos, 1947.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro, 1976.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutcinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011.

ANDAKU, Juliana Almenara. *Análise jurídica da teoria de Alf Ross*. Dissertação de Mestrado. PUC, São Paulo, 2005.

APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. *Transformação da filosofia: O a priori da comunidade de comunicação*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

ARAUJO, Marcelo de. John Austin. *Dicionário de Filosofia do Direito*. In: Vicente de Barreto. (Org.). Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

AYER, A. J. *Introducción del Compilador*. In: AYER, A. J. (org.). *El Positivismo Lógico*. Trad. L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução aos fundamentos das ideias jurídicas contemporâneas. *Revista Acadêmica*, Vol. 85, N.1, 2013 (210 - 252).

BRANDON, Robert. *Articulating reasons: an introduction to inferentialism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Making It Explicit: Reasoning, Representing & Discursive commitment*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. Wmf Martins Fontes.

BRAUN, Edmund. *Karl-Otto Apel: Pragmática transcendental como transformação semiótico-normativa da filosofia transcendental*. In: Hennigfeld, Jochem e HEIZ, Jansohn (org.). *Filósofos da atualidade*. 1 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BRECHT, Bertold. *Diário de Trabalho, Volume I, 1938-1941*. São Paulo: Rooco, 2002.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição*. In: Revista Quaestio Iuris, v. 08, nº 02, Rio de Janeiro, 2015. Pp. 774-792.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARNAP, Rudolf. *La Superación de la Metafísica Mediante el Análisis Lógico del Lenguaje*. In: AYER, A. J. (org.). *El Positivismo Lógico*. Trad. L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

\_\_\_\_\_. *Pseudoproblemas na Filosofia*. In: Mariconda, P. R. (org.) Moritz Schilick e Rudolf Carnap. *Coletânea de Textos*. Trad. L. J. Baraúna e P. R. Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. *Testabilidade e Significado*. In: Mariconda, P. R. (org.) Moritz Schilick e Rudolf Carnap. *Coletânea de Textos*. Trad. L. J. Baraúna e P. R. Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 92, p. 1, 2005.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford U. P., 2001.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista*. Seleção de textos de José

Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os pensadores).

COSSIO, Carlos. *El Derecho em El Derecho Judicial*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda., 1945..

\_\_\_\_\_. Norma, Derecho e Filosofia. *Revista Trimestral de Cultura Moderna*. n. 7. Universidad Nacional de Colômbia, Bogotá, 1946. pp. 107-231.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la Verdade Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1954.

COSTA, Fabiana T. da; TEIXEIRA, Marco A. P. and GOMES, William B.. *Responsividade e exigência: duas escalas para avaliar estilos parentais*. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2000, vol.13, n.3, pp. 465 - 473.

COSTA, Reginaldo da. *As vantagens de uma teoria consensual da verdade segundo Habermas em nós e o absoluto: Festschrift em homenagem a Manfredo Araújo de Oliveira*. São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. *Discurso, direito e democracia em Habermas*. In: *Direito e legitimidade*. São Paulo, Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIMOLIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESCUADERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas. Cuadernos Civitas, 2004.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2006.

FANN, K. T. *El concepto de filosofía en Wittgenstein*. Madri: Editorial Tecnos, 1999.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Globo. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. Organização e tradução de Alfredo Capetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: *Anais do IX simpósio nacional de direito constitucional*. Academia Brasileira de direito constitucional, 2012. p. 95-113.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2005,

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2010. Rio de Janeiro. p. 151-167.

FINNIS, John. *Lei Natural e direitos Naturais*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIDDENS, A. *Sociology: A Brief but Critical Introduction*. New York: Harcourt, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. In: *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Brasília, a. 43, n. 171, jul/set 2006. pp. 91-105.

GOFFMAN, Erving. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HABERMAS, Jurger. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade I*. 2. Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HALFPENNY, Peter. *Positivism and Sociology: explaining social life*. Allen & Unwin, 1982.

HART, Hebert L. A. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Traducción de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo. Sistema, nº 36 (1990, mayo).

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica*. In: Conferencias e Escritos Filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. *Herменêutica de la Faticidad*. Texto disponível em: < [www.heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm](http://www.heideggeriana.com.ar/hermenêutica/índice.htm) >. Acessado em 26/12/2016.

\_\_\_\_\_. *Interpretaciones Fenomenológicas sobre Aristóteles. Indicación de la situación hermenéutica*. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. *Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología*. Tradução de Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *O Fim da Filosofia e a Tarefa do Pensamento*. In: Conferencias e Escritos Filosóficos. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – A Filosofia?* In: Conferencias e Escritos Filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Tempo da Imagem do Mundo*. In: Caminhos da Floresta. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

\_\_\_\_\_. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. *Que é Metafísica?* In: Conferencias e Escritos Filosóficos. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. *Que é uma Coisa?: doutrina de Kant dos princípios transcendentais.* Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 1992.

\_\_\_\_\_. *Ser e Tempo.* Volumes I e II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Essência da Verdade.* In: In: Conferencias e Escritos Filosóficos. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tempo e Ser: conferencias e escritos filosóficos.* Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenología egológica. in: COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Egológica Del Derecho.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987. 05- 82 pp.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HUSSERL, E. *Investigaciones lógicas I.* Trad. Manuel G. Morente y José Gaos. 1. ed. Madrid, 2006.

JACKSON, Frank. *From metaphysics to ethics: a defense of conceptual analysis.* New York: Oxford Press, 1998.

KANT, I., *Philosophy of Material Nature.* Trad. James W. Ellington, Indianapolis, Ind.: Hackett, 1985.

KANTOROWICZ, Ernest H. *Os Dois Corpos do Rei.* Tradução de Cid Kinipel Moreira. São Paulo. Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSELLECK, R. GADAMER, H-G. *Historia e hermenêutica*. Barcelona: Paidós, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução de Hélio Magri Filho. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. Editora Companhia das Letras.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

LOPARIC, Z. *A semântica transcendental de Kant*. Campinas: Centro de Lógica, epistemologia e história da ciência, UNICAMP, 2000.

LOSANO, Mário G. *Sistema e Estrutura no Direito: Volume I: Das Origens à Escola Histórica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sistema e Estrutura no Direito: Volume II: O Século XX*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sistema e Estrutura no Direito: Volume III: Do Século XX à Pós-modernidade*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

\_\_\_\_\_. *O pós-moderno explicado às crianças*. 2ª edição, Lisboa: Dom Quixote, 1993. p. 32.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2a. Ed. Portland (EUA): Hart, 2005.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MAUS, Ingeborg. *O direito e a política: teoria da democracia*. Tradução de Elisete Antoniuk e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 35 – 132.

\_\_\_\_\_. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Ed. revista e modificada pelo autor – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Tradução do original alemão e notas Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes ; apresentação Gilvan Fogel. Rio de Janeiro : Contraponto, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012.

\_\_\_\_\_. *A filosofia na crise da modernidade*. 3<sup>a</sup> edição. Edições Loyola: São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ética, direito e democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PASQUINELLI, Alberto. *Carnap e o Positivismo Lógico*. Trad. Armindo José Rodrigues. Lisboa – São Paulo: Edições 70 – Martins Fontes, 1983.

PENCO, C. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Ed. Vozes, 2006. Pags. 227 a 243.

PERLOFF, Marjorie. *A escada de Wittgenstein: a linguagem poética e o estranhamento do cotidiano*. São Paulo: Edusp, 2008.

POPPER, Karl. *O Mito do Contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

PUNTEL, Lorenz B. A totalidade do Ser, o Absoluto e o tema “Deus”. *Revista port. De Filosofia*, 60 (2004) 306 – 309.

\_\_\_\_\_. *Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia: estudos críticos na perspectiva histórico-filosófica*. Trad. Nélio Schineider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

\_\_\_\_\_. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2008.

RACHELS, James. *Created from animals*. Oxford university press, Oxford, 1991.

RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROHDEN, Luis. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. Jeremy Bentham e a constituição do conceito de Direito no pensamento jurídico moderno. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*. Franca, A. 14 n.20, p. 297-310, 2010.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios à filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 251-270.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA NETO, José Leite da; e SILVA LEITE, Valéria Aureliana. Da teoria egológica de Carlos Cossio ao poder simbólico de Bourdieu: a humanização do direito. In: *Filosofia do Direito I*; org. Eduardo Pordeus Silva e Marika Fernanda Salcedo Repolês. Compedi 2014 (org. UFPB).

STEIN, Ernildo. *Antropologia filosófica: questões epistemológicas*. 2. ed., rev. Ijuí: ed. Unijuí, 2010.

\_\_\_\_\_. *As ilusões da transparência: dificuldades com o conceito de mundo da vida*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

\_\_\_\_\_. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

\_\_\_\_\_. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: ed. Unijuí, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger. Existência em Heidegger e Tugendhat.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

\_\_\_\_\_. *Seis estudos sobre ser e tempo.* 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sobre a verdade: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo.* Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista de Direito GV.* V. 3 N. 1 | P. 101 - 120 | JAN-JUN 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* Curitiba, 2011, n. 4. p. 9-27.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.* 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* 5. ed. rev. mod. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.* Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

STRECK, Lênio Luis e TRINDADE, André Karam (org.). *Modelos de Juiz: ensaios sobre direito e literatura*. Editora Atlas: São Paulo, 2015.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. *Do fato a legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VALENTIM, Oséias Faustino. *O Brasil e o Positivismo*. Publit, Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

VATTIMO, G. *As aventuras da diferença*. Lisboa: Edições Setenta, 1988.

\_\_\_\_\_. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo, Martins Fonte, 1996.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). *Contemporary debates on political philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Volume II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Direito e sua Linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e o senso comum teórico dos juristas. *Sequência*. 3(5): 48-57, 1982.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filosofia*. Trad. António Zilhão. In: Manuscrito. Vol. XVIII. No 2. São Paulo: Unicamp, 1995.

\_\_\_\_\_. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Ed. 3. São Paulo: Edusp, 2001.