



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LEANDRO VENICIUS FONSECA ROZEIRA**

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA POLÍTICA DE EDMUND BURKE À  
ATIVIDADE DECISÓRIA JUDICIAL, NO CONTEXTO DO DISSENSO  
CONTEMPORÂNEO**

Salvador  
2019

**LEANDRO VENICIUS FONSECA ROZEIRA**

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA POLÍTICA DE EDMUND BURKE À  
ATIVIDADE DECISÓRIA JUDICIAL, NO CONTEXTO DO DISSENSO  
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direitos Fundamentais e Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.

Salvador  
2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

R893

Rozeira, Leandro Venicius Fonseca

A contribuição da teoria política de Edmund Burke à atividade decisória judicial, no contexto do dissenso contemporâneo / por Leandro Venicius Fonseca Rozeira. – 2019.

123 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Burke, Edmund. 2. Ciência política – Filosofia. 3. Hermenêutica. Processo decisório. 4. Poder discricionário. 5. Positivismo jurídico. I. Miguel, Daniel Oitaven Pamponet. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 320

**Leandro Venicius Fonseca ROZEIRA**

**A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA POLÍTICA DE EDMUND BURKE À ATIVIDADE  
DECISÓRIA JUDICIAL, NO CONTEXTO DO DISSENSO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Salvador, 21 de Junho de 2019

Banca examinadora

**Daniel Oitaven Pamponet Miguel** – Orientador  
Doutor em Direito, pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

**Wálber Araujo Carneiro**  
Doutor em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Universidade Federal da Bahia

**Rodrigo de Oliveira Kaufmann**  
Doutor em Direito, pela Universidade de Brasília  
Instituto Brasiliense de Direito Público

*A Karine e Clarice.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Daniel Oitaven Pamponet Miguel, pela paciência e compreensão ao orientar um neófito nas questões acadêmicas.

Ao professor Wálber Carneiro, pela importante contribuição no meu exame de qualificação.

Aos meus colegas de orientação, Alessandra, Rodrigo e Rafael, por estarem sempre solícitos e por transformarem um ambiente de possível competição em um de ternura e crescimento mútuo.

Aos meus pais, minha irmã, meu sobrinho, minha cunhada, madrinha, sogra e amigos pelo apoio e amor oferecidos e aceitos.

Ao meu compadre e colega Eugênio, por estar disponível por telefone, a qualquer momento de dúvida sobre esta dissertação e pelo suporte incondicional no trabalho.

Por fim, agradeço à minha esposa Karine por ser forte para compartilhar meus sonhos e estar ao meu lado, mesmo grávida, nos momentos mais difíceis do processo de elaboração da presente dissertação.

Ele acabara de sair do Café Mocambo, atravessava lentamente a praça das Acácias na direção do Galinheiro dos Vândalos. Carregava a pasta surrada em que guardava livros e papéis, a mesma pasta, os mesmos livros; os papéis é que podiam ser diferentes, porque continham as garatujas dele. Laval escrevia um poema e o distribuía aos estudantes. Ele mesmo não guardava o que escrevia. Dizia: ‘Um verso de um grande simbolista ou romântico vale mais do que uma tonelada de retórica — dessa minha inútil e miserável retórica’, acentuava. Foi humilhado no centro da praça das Acácias, esbofeteado como se fosse um cão vadio à mercê da sanha de uma gangue feroz. Seu paletó branco explodiu de vermelho e ele rodopiou no centro do coreto, as mãos cegas procurando um apoio, o rosto inchado voltado para o sol, o corpo girando sem rumo, cambaleando, tropeçando nos degraus da escada até tombar na beira do lago da praça. Os pássaros, os jaburus e as seriemas fugiram. A vaia e os protestos de estudantes e professores do liceu não intimidaram os policiais. Laval foi arrastado para um veículo do Exército, e logo depois as portas do Café Mocambo foram fechadas. Muitas portas foram fechadas quando dois dias depois soubemos que Antenor Laval estava morto. Tudo isso em abril, nos primeiros dias de abril.

Milton Hatoum (2000)

A natureza das coisas exige que o exército nunca aja senão como um instrumento. A partir do momento em que, erigindo-se em um corpo deliberativo, ele agir de acordo com suas próprias resoluções, o governo, seja ele qual for, degenerará imediatamente em uma democracia militar, espécie de monstro político que sempre termina devorando seus criadores.

Edmund Burke (2014).

ROZEIRA, Leandro Venicius Fonseca. **A contribuição da teoria política de Edmnd Burke à atividade decisória judicial, no contexto do dissenso contemporâneo.** 2019. 123 f. Orientador: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

## RESUMO

A presente dissertação visa enfrentar a questão do solipsismo judicial, entendido como a atitude do julgador consistente em colocar a sua consciência individual acima de qualquer outro condicionamento, com base nas reflexões de Edmund Burke sobre a Revolução na França, através lente da hermenêutica filosófica gadameriana, compatibilizando-as com a abertura ao problema do dissenso e à realidade do pluralismo. Para tanto, fora realizada pesquisa bibliográfica em relação a diversos modos como a discricionariedade judicial foi tratada no Direito. Além disso, foram utilizadas obras que tratam adequadamente a questão do pluralismo e da complexidade da sociedade fragmentada contemporânea. Elegeu-se um percurso histórico que ligou a discricionariedade judicial ao positivismo jurídico e, mais recentemente, à ponderação de princípios. Por meio da utilização dos *insights* de Burke, buscou-se demonstrar a importância da abordagem da concretude em relação à decisão judicial e do paradoxo localizado na relação entre a continuidade e reforma do Direito. Ao final, concluiu-se que a utilização da referência histórica de Burke é compatível, não só com a consistência do Direito, considerando tudo que a tradição jurídica já produziu até o momento decisório, mas também à responsividade do direito diante das demandas concretas atuais da sociedade plural.

**Palavras-chave:** Política. Direito. Hermenêutica Filosófica. Teoria da Decisão Judicial. Sistema jurídico como espaço do dissenso. Gadamer. Edmund Burke. Equilíbrio entre continuidade e reforma.



ROZEIRA, Leandro Venicius Fonseca. **The contribution of Edmund Burke's political theory to judicial decision-making in the context of contemporary dissent.** 2019. 123 s. Orientador: Daniel Oitaven Pamponet Miguel. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

### **ABSTRACT**

This work aims to approach the question of judicial solipsism, understood as the attitude of the judge to put his individual conscience above any other conditioning, on the basis of Edmund Burke's reflections on the Revolution in France, through the lens of Gadamer's philosophical hermeneutics, making them compatible with openness to the problem of dissent and to the reality of pluralism. For that, a bibliographical research was carried out in relation to several ways in which judicial discretionarity was dealt with in Law. In addition, works have been used that adequately address the issue of pluralism and the complexity of contemporary fragmented society. A historical course has been chosen which has linked judicial discretionarity to legal positivism, and, more recently, to the weighting and balancing of principles. Through the use of Burke's insights, it was tried to demonstrate the importance of the approach of concreteness in relation to the judicial decision and of the paradox located in the relation between the continuity and reform of the Law. In the end, it was concluded that the use of Burke's historical reference is compatible, not only with the consistency of Law, considering all that the legal tradition has produced until the moment of decision, but also the responsiveness of law to the actual concrete demands of the plural society.

**Keywords:** Politics. Law. Philosophical-hermeneutical theory of judicial decision. Legal system as a space of dissent. Gadamer. Edmund Burke. Balance between continuity and reform.

## SUMÁRIO

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b>  | 11  |
| <b>2</b> | <b>O MODELO MODERNO DE RACIONALIDADE E O PENSAMENTO DE BURKE</b>   | 15  |
| 2.1      | O PARADIGMA DA CIÊNCIA MODERNA E SUAS IMPLICAÇÕES  | 16  |
| 2.2      | 2.2 O ADVENTO DA CIÊNCIA DOS ESPÍRITOS   | 18  |
| 2.3      | O PENSAMENTO BURKEANO E A BUSCA PELA PRUDÊNCIA ARISTOTÉLICA PERDIDA  | 22  |
| 2.3.1    | <i>A phronesis de Aristóteles</i>  | 22  |
| 2.3.2    | <i>O sensus communis de Vico</i>   | 24  |
| 2.3.3    | <b>O lugar do pensamento político de Burke na história</b>   | 26  |
| 2.3.3.1  | <i>Apelo ao mundo prático</i>  | 31  |
| 2.3.3.2  | <i>Equilíbrio entre continuidade e reforma</i>   | 33  |
| 2.3.3.3  | <i>Reflexão sobre a tradição e os preconceitos</i>   | 38  |
| 2.3.3.4  | <i>Crítica à autoconfiança do sujeito</i>  | 45  |
| <b>3</b> | <b>POSITIVISMO, PÓS-POSITIVISMO E IMPRUDÊNCIA JUDICIAL</b>   | 50  |
| 3.1      | DO DIREITO NATURAL AO POSITIVISMO  | 50  |
| 3.1.1    | <b>O direito natural pré-moderno</b>   | 50  |
| 3.1.2    | <b>O direito natural moderno e a razão cristalizada pelo positivismo legalista</b>   | 55  |
| 3.1.3    | <b>O discricionarismo no Positivismo de Hans Kelsen e no pensamento de Herbert Hart</b>  | 61  |
| 3.2      | TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO  | 65  |
| 3.2.1    | <b>Modelo de ponderação de princípios de Alexy</b>   | 66  |
| 3.2.2    | <b>Modelo do Direito como integridade de Dworkin</b>   | 74  |
| <b>4</b> | <b>RACIONALIDADES DIVERSAS, DISSENSOS SOCIAIS E O DIREITO</b>  | 79  |
| 4.1      | A DEMOCRACIA RADICAL PLURAL DE CHANTAL MOUFFE  | 81  |
| 4.2      | O <i>TRANSCONSTITUCIONALISMO</i> DE MARCELO NEVES  | 86  |
| 4.3      | O PLURALISMO JURÍDICO NA VISÃO DE TEUBNER  | 93  |
| 4.4      | A CONCEPÇÃO DE WÁLBER CARNEIRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM ECLUSAS QUE CONTROLAM O FLUXO DE SENTIDO ENTRE O DIREITO E O SEU AMBIENTE | 97  |
| 45       | SOCIEDADE COMPLEXA E O EQUILÍBRIO ENTRE CONTINUIDADE E REFORMA NA EVOLUÇÃO DO DIREITO VIA CPMPRENSÃO JUDICIAL                          | 104 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 4.6 | O VALOR DA CONTRIBUIÇÃO HISTÓRICA DOS <i>INSIGHTS</i> BURKEANOS DADA A SITUAÇÃO DO DISSENSO CONTEMPORÂNEO | 111 |
| 5   | <b>CONCLUSÃO</b>  | 117 |
|     | <b>REFERÊNCIAS</b>  | 120 |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cujo objeto é verificar se as proposições da prudência política burkeana possuem valor quando aplicadas ao contexto da compreensão judicial, tem como **objetivo geral** enfrentar a questão do solipsismo judicial, entendido como a atitude do julgador consistente em colocar a sua consciência individual acima de qualquer outro condicionamento, com base nas reflexões de Edmund Burke sobre a Revolução na França, através lente da hermenêutica filosófica gadameriana, compatibilizando-as com a abertura ao problema do dissenso e à realidade do pluralismo.

A abordagem feita no presente trabalho **justifica-se**, tendo em vista o fato de que o solipsismo do Judiciário, com certo enraizamento na mente dos atores do Direito no Brasil, tem sido usado em um cenário de forte dissenso sobre os temas mais importantes da sociedade.

Desse modo, muitas vezes, juízes atuam como políticos, estabelecendo seu próprio senso de moralidade como vetor para tomada de decisões, independentemente do que diz o Direito dessa sociedade ao tempo da decisão e qual seria a decisão correta no sentido da sustentabilidade do sistema jurídico, o que demonstra o enfraquecimento desse sistema frente à política e à moral e o enfraquecimento tanto do Direito, quanto da política, frente aos interesses particulares.

No momento de forte instabilidade das instituições e da própria democracia no Brasil, com forte polarização política, o Judiciário, que deveria ser um ponto de estabilidade institucional, vem, muitas vezes, demonstrando, até mesmo pelos seus órgãos de cúpula, que prevalece o entendimento de que cada membro pode resolver os problemas jurídicos relevantes de acordo com a sua subjetividade, nos moldes do método cartesiano.

Essas atitudes vêm chamando, cada vez mais, atenção da mídia e da opinião pública, tornando as preferências pessoais de ministros um foco de atenção, o que vem causando dezenas de pedidos de *impeachment* de membros do STF. É que quando um ministro ignora os limites semânticos do Direito, bem como a existência de diversas racionalidades que podem não compactuar com a verdade absoluta advinda da sua própria razão, ele está contribuindo para o colapso do sistema jurídico.

São adotadas as concepções da humildade intelectual do estadista burkeano e da vigilância gadameriana, como contrapontos às posturas positivistas que pregam o discricionarismo judicial como saída para o problema da insuficiência do recurso tecnológico das regras; às posturas que confiam em uma racionalidade argumentativa, baseada na

ponderação para resolver tais problemas jurídicos; ou, ainda, posturas como a do Ministro Luís Roberto Barroso, que defende a existência de um papel iluminista das Cortes Constitucionais, o que justificaria, ocasionalmente, ignorar os limites semânticos do Direito, existente para ancorar a decisão na própria razão humanista do julgador pelo bem e progresso da humanidade.

A adoção do pensamento de Burke, como um dos principais referenciais teóricos, não representa a assunção de uma posição política contra os excessos da Revolução Francesa<sup>1</sup> ou contra o humanismo e a existência de um ideal de igualdade e liberdade entre os homens, mas visa estabelecer um contraponto necessário em relação aos excessos do paradigma científico moderno e os fortes efeitos que essa filosofia exerce na individualidade do sujeito julgador contemporâneo.

A **hipótese** adotada é a de que o conhecimento sobre o pensamento do lado vencido da história (Burke), em conjunto com abordagens do Direito que privilegiam a concretude, pode melhorar as condições de possibilidade do intérprete autoconfiante em relação aos poderes da técnica do Direito e de sua própria razão.

Busca-se entender as origens do sujeito solipsista, através de uma análise do paradigma da ciência moderna, fortemente pautado na pretensão de neutralidade e na subjetividade, de forma que a verdade passa a ser a certeza do sujeito, que só pode ser alcançada por algum método, seja em relação às Ciências Naturais, seja em relação às posteriores Ciências do Espírito, para compreender o problema do julgador solipsista.

Será analisada, então, uma linha de pensamento que contrasta com a razão moderna, passando pela prudência de Aristóteles, o apelo de Vico às circunstâncias sociais e históricas de cada povo, até chegar ao contraponto burkeano em relação à filosofia dos direitos abstratos dos homens, cujo marco é a Revolução Francesa.

Será apresentada a visão de historiadores, como Pocock e Himmelfarb, que entendiam o pensamento burkeano não no sentido de uma busca do retorno a um mítico passado, como no romantismo, mas como uma filosofia que tentou explicar as transformações pelas quais passavam os Estados modernos de modo diferente do Iluminismo francês. Em seguida, serão analisadas as características do pensamento burkeano que vão ao encontro da Hermenêutica Filosófica, diferenciando-se da proposta de Bickel que, ao transpor a filosofia burkeana para

---

<sup>1</sup> Burke denunciou a violência dos revolucionários, no que foi seguido por Hannah Arendt (1988, p. 86), a qual classifica a Revolução Francesa como mais um dos totalitarismos da humanidade e afirma que “[...] o Reinado do Terror passou a significar exatamente o oposto da verdadeira libertação e da verdadeira igualdade”.

atividade judicial, optou por um juiz político, com abertura para julgar e deixar de julgar com base em juízos políticos de conveniência e oportunidade.

Deste modo, cumprem-se dois **objetivos específicos** da pesquisa: realizar um estudo dos fundamentos históricos da confiança excessiva do sujeito solipsista e analisar a linha de pensamento que antagonizou com os iluminados franceses.

Na segunda seção, será, novamente, utilizado o recurso de um estudo histórico, no sentido de analisar os caminhos que o direito natural trilhou, da Antiguidade, passando pelo cristianismo medieval, até o direito natural moderno, como forma de relacionar a cristalização dos direitos naturais ao positivismo, após a Revolução Francesa.

A partir daí será explorada a relação do positivismo com a discricionariedade, tanto por conta da insuficiência da técnica baseada na metodologia de subsunção fato-norma, quanto pela opção de Kelsen, que entendia o momento da decisão judicial como o momento ametódico, que partiria de uma escolha de vontade e de Hart, que defendia a textura aberta do Direito, como característica inerente à linguagem.

Serão apresentadas duas das propostas mais abordadas pelo Judiciário nacional, com pretensão de superação do positivismo. Descreveremos o modelo de ponderação de princípios de Alexy, como um modelo que não superou o problema do discricionarismo positivista e, conseqüentemente, acaba por alimentar a ânsia solipsista do julgador, agora se utilizando da técnica da ponderação; por outro lado, descreveremos a concepção de Dworkin relativa ao Direito como integridade, como um modelo que, em sua dimensão normativa, tem maior potencial para combater o discricionarismo por meio da ideia de romance em cadeia e do modelo de juiz ideal Hércules. Assim, torna-se factível apresentar pontos que aproximam o pensamento pós-positivista dworkiniano com a hermenêutica filosófica e o pensamento burkeano.

Alerta-se, porém, que a concepção dworkiniana é insuficiente em relação a uma segunda preocupação do presente trabalho, que seria a necessidade de abertura do sistema jurídico e, conseqüentemente, uma abertura do julgador ao pluralismo e ao dissenso presente na sociedade complexa.

Na terceira seção, serão abordadas teorias que complementam a contribuição histórica de Burke, no sentido de compatibilizá-las com as circunstâncias da realidade atual da sociedade complexa, cumprindo um dos objetivos principais do presente trabalho, consistente na abertura do Direito ao dissenso e ao pluralismo.

Essa abordagem parte da teoria política de Chantal Mouffe (2015), que defende uma democracia radical, na qual se abandona a busca por amplos consensos pela legitimação do

dissenso e do antagonismo político, considerando a pluralidade de paixões das identidades coletivas, mediante a disponibilização de canais democráticos nos quais esse pluralismo político possa se expressar.

Serão apresentadas, ainda, três teorias de autores ligados à tradição sistêmica, que trabalham importantes questões: a) o problema do Direito, como sistema funcional; b) a necessidade de que esse sistema jurídico seja responsivo em relação ao ambiente social complexo; e c) a questão do pluralismo jurídico.

Pelo *transconstitucionalismo* de Marcelo Neves (2009) será explicitada a necessidade de convivência não destrutiva entre diversas racionalidades, projetos e perspectivas. Pela concepção dos direitos fundamentais como *eclusas*, de Wálber Carneiro (2018), será abordada a necessidade da devida observação, com posterior controle dogmático, da variação do fluxo de sentido do Direito, resultante da dinâmica entre o sistema jurídico e o seu ambiente; já, com base em Teubner (2005), será apresentada a noção de interdiscursividade, através de uma relação horizontal entre a sociedade e os diversos discursos jurídicos, na qual eles se constituem mutuamente através dos chamados *mal-entendidos produtivos*. A questão do tempo e da evolução do Direito terá um tratamento especial, seja pela dimensão temporal do fluxo de sentido, descrita por Wálber Carneiro, seja pela abordagem de Teubner sobre a relação aporética entre imanência-(auto) transcendência do Direito, que descreve a sua evolução em consonância com o tratamento dado por Burke à necessidade de continuidade e reforma do Direito e do Estado. Estão, assim, indicados os **objetivos específicos** do presente trabalho.

Espera-se que, cumprido o percurso aqui delineado, o presente trabalho possa contribuir no sentido de uma epistemologização<sup>2</sup> da decisão judicial que reconhece os limites da técnica e do modelo moderno de racionalidade e, ao mesmo tempo, admite que o julgador esteja inserto no paradoxo insuperável da indecidibilidade, tendo em vista que, ao mesmo tempo, ele é livre e vinculado.

---

<sup>2</sup> Cientes que a compreensão chega, inexoravelmente, antes de qualquer esforço reflexivo, utilizamos a expressão “epistemologização” no sentido indicado por Wálber Carneiro (2015, p. 134): “[...] A tese que venho defendendo é a de que existe um espaço dentro do paradigma hermenêutico, desde que o situemos nos limites e possibilidades dessa filosofia paradigmática e de que estejamos atentos aos diferentes enfoques que giram em torno do problema do ‘método’. Em primeiro lugar, ao falarmos de um espaço epistemológico dentro do paradigma hermenêutico, não estamos nos referindo a uma epistemologia de cariz cartesiano, marcada pela construção de sentido e pela relação imediata entre a verdade e o método que possibilitaria sua construção. Essa epistemologia a qual nos referimos é sinônimo de uma reflexividade ‘vigilante’, levada a cabo por imposições normativas que transitam “pelo lado de fora” da verdade, mas que provoca reações pelo ‘lado de dentro’ de uma linguagem que se estrutura “como” hermenêutica [...]”.

## 2 O MODELO MODERNO DE RACIONALIDADE E O PENSAMENTO DE BURKE

A análise do modelo moderno de racionalidade, em confronto com as ponderações da prudência burkeana, à luz da hermenêutica filosófica, fornecerá uma base para que este trabalho possa adentrar a questão da confiança excessiva no método, especificamente em relação ao Direito e ao modo de decidir no âmbito do Judiciário.

Faz-se necessário um estudo histórico que permita uma reflexão sobre a origem do discurso epistemológico do Direito no Brasil, bem como a formação acadêmica atual, muitas vezes ainda arraigada na “[...] distinção entre as *questões de fato* e as *questões de direito*” (CARNEIRO, 2009, p. 195).

Um dos primeiros conceitos que se aprende nos cursos de direito no Brasil é o conceito de subsunção. O fato concreto deve ser subsumido na norma abstrata, de forma a possibilitar a resolução do caso. As petições e pareceres jurídicos são divididos, analiticamente, em fatos, direito e pedido ou conclusão. A sentença, ensina-se, também deve ser separada, analiticamente, em fatos, fundamentos jurídicos e dispositivo.

É preciso que seja estabelecido o caminho trilhado na teoria do conhecimento, para chegarmos ao estado atual do Judiciário nacional, que insiste em fetichizar conceitos abstratos e encaixá-los como peças de *lego* nos fatos complexos da vida. Muitas vezes, a escolha de tal peça desse *lego* judicial, que vai ser combinada com os fatos da vida, é feita de forma solipsista, de acordo com as opiniões pessoais e interesses do próprio julgador, seja pela abertura do Positivismo, seja com base em uma ponderação. É indispensável a análise do paradigma que deu, e ainda dá, sustentação a esse tipo de ensino e prática jurídica, que apenas mudou o foco do método da subsunção para o método da ponderação.

Para Lenio Luiz Streck (2014, p. 198), a modernidade cria o sujeito e a compreensão desse sujeito é essencial para a compreensão do direito contemporâneo, tendo em vista que o paradigma da razão moderna ainda tem morada no ensino e na prática judicial brasileira.

O presente trabalho busca a análise de alguns contrapontos à racionalidade científica moderna, que encantou e ainda encanta o ensino e a prática jurídica. Nesse sentido, o pensamento político burkeano se destaca, no propósito de entender a tradição como algo que se vive no mundo prático. Essas lições, que podem ser extraídas do modelo de estadista idealizado por Burke (2014), lidas sob a ótica da hermenêutica jurídico-filosófica, dispõem de um valor normativo a ser extraído, de forma a encarar o Judiciário como um órgão prudente, reflexivo, autoconsciente e vigilante.



## 2.1 O PARADIGMA DA CIÊNCIA MODERNA E SUAS IMPLICAÇÕES

O “paradigma dominante” da ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e, entre o final do século XVII e início do século XIX, se estendeu às ciências sociais emergentes (SANTOS, 2008a, p. 21).

O modelo de racionalidade científica moderna nega a qualidade de racional a qualquer outra forma de conhecimento que não se pautar pelos seus princípios epistemológicos e metodológicos. Admite, portanto, somente uma forma de conhecimento verdadeiro (SANTOS, 2008a, p. 21-22).

Tem, então, pretensão de exclusividade diante de outras formas de conhecimento, anteriores ou contemporâneas, propondo transformar o mundo, mas ainda pretendendo mostrar-se imune às transformações desse mundo, dentro do argumento da neutralidade. Desse modo, a ciência moderna teria a pretensão de ser independente do mundo que habita (SANTOS, 2008b, p. 138).

Esse paradigma parte de uma ruptura com o pensamento aristotélico (CARNEIRO, 2009, p. 27) e desconfia de todas as evidências na experiência humana imediata, tratando-as como vulgares ou ilusórias, bem como luta contra todas as formas de dogmatismo e autoridade (SANTOS, 2008a, p. 24).

O conhecimento verdadeiro somente poderia ser obtido através do método, sendo que essa confiança metodológica vem acompanhada de uma total separação entre a natureza e o ser-humano. Para Bacon, por exemplo, a ciência seria o caminho para a pessoa humana conhecer e dominar a natureza. Desse modo, o conhecimento científico avançaria pela observação “[...] descompromissada e livre, sistemática e tanto quanto possível rigorosa dos fenômenos naturais” (SANTOS, 2008a, p. 25).

As ideias matemáticas presidiriam essa observação e experimentação, de modo que conhecer redundaria em quantificar, na busca da redução de complexidade (SANTOS, 2008a, p. 26-27).

Todo esse rigor matemático teve o suporte filosófico de Descartes<sup>3</sup>, resultando em um movimento que se caracterizou pela secularização, pela subjetividade, especialização, desvalorização da *praxis* e pela pretensão de neutralidade (CARNEIRO, 2009, p. 29).

---

<sup>3</sup> “A ciência moderna nasce com a destruição da ideia de cosmos e universo finito profetizada por Bacon e realizada por Galileu, tendo ainda Copérnico exercido um papel importante já no séc. XVI. Mas, esse movimento ainda terá que passar pela tradução filosófica de Descartes (1637) e por um desenvolvimento ulterior que vai até os *Princípios matemáticos de filosofia natural*, de Isaac Newton (1687)” (CARNEIRO, 2009, p. 28).

A filosofia da consciência é inaugurada nesse novo paradigma, no qual o sentido deixa de estar nas coisas para residir na mente humana. Desse princípio cartesiano, seguiram-se o “[...] transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e a vontade de poder de Nietzsche” (STRECK, 2014, p. 201).

A filosofia cartesiana, consubstanciadora da metafísica moderna, não apenas deu suporte ao paradigma epistemológico das ciências naturais na época moderna, como passou a ser a base de qualquer conhecimento válido, sendo que até os dias atuais boa parte das propostas epistemológicas para o direito ainda estão sob o influxo do paradigma cartesiano, ou seja, grande parte das pessoas que formam o Judiciário ainda acreditam na possibilidade de um modelo metodológico constitutivo, que pode suspender suas concepções morais e práticas, para chegar a decisões neutras (CARNEIRO, 2009, p. 194).

Ramón Grosfoguel (2016, p. 29) acrescenta que a filosofia cartesiana foi o fundamento sobre o qual se construiu todo conhecimento ocidental moderno.

Ao substituir, Deus como única fonte de conhecimento da Idade Média, pelo Eu, como a nova fundação do conhecimento, Descartes teria se apoiado em dois argumentos principais: “O dualismo ontológico e o argumento epistemológico”.

O dualismo ontológico consistiria na afirmação de Descartes de que a mente seria uma substância diferente do corpo, o que traria a consequência de a mente ser indeterminada e incondicionada pelo corpo, possibilitando a fundação do mito do conhecimento não situado (GROSFOGUEL, 2016, p. 29).

O argumento epistemológico consiste na afirmação de que o único modo do “Eu” alcançar a certeza na produção do conhecimento seria através do método do solipsismo. Desse modo, a certeza, na produção do conhecimento, no pensamento cartesiano, dependeria de um monólogo interior, resultando em um conhecimento produzido de maneira monológica, deslocada de lugar e antissocial (GROSFOGUEL, 2016, p. 29).

A filosofia cartesiana continuaria, assim, exercendo grande influência nos projetos ocidentalizados de produção do conhecimento, tendo em vista que assumem a epistemologia do ponto zero, do “eu não situado”, ou seja, um ponto de vista que não assume a si mesmo como ponto de vista. Sendo assim, as universalidades ocidentalizadas continuam utilizando o legado de Descartes para verificar a cientificidade de determinado conhecimento, baseadas nessa suposta neutralidade. Essa pretensão de produzir um conhecimento não situado que fosse divino ou equivalente a Deus traria a arrogância de quem se vê na perspectiva de centro do mundo (GROSFOGUEL, 2016, p. 31).

Além dessa subjetivação cartesiana que leva ao solipsismo, outra característica marcante da modernidade é a associação da ciência com a técnica. Nesse sentido, fica tênue a linha distintiva entre Ciência, Filosofia e Técnica, tendo em vista que a busca pelo conhecimento deixa de ser contemplativa e passa a ser funcional, atrelando-se a uma aplicação e a determinados interesses (CARNEIRO, 2009, p. 32). Esse conhecimento utilitário e funcional é reconhecido menos pela capacidade de compreender o real do que pela capacidade de dominá-lo e transformá-lo (SANTOS, 2008a, p. 31).

O predomínio da técnica avançou, inclusive, sobre o direito. O século XIX testemunhou a introdução do capitalismo, como vetor principal dos rumos da modernidade e a eliminação de uma tradição jusnaturalista do direito. Nesse momento, a técnica passa a solapar a moral-prática do direito e passa-se a falar em codificações e sistemas abstratos. A “[...] aplicação do direito agora prescindir do “pensar” (o homem), bastando tão somente a comparação silogística entre o *fato* e o *texto*” (CARNEIRO, 2009, p. 77-78).

Verifica-se, então, que o paradigma moderno, fortemente alicerçado na separação entre sujeito e objeto, predomínio da técnica, combinada com uma subjetividade que prevalecia sobre as coisas, influenciou e conduziu a epistemologia em todas as áreas científicas, inclusive o Direito.

Feitas tais considerações sobre o paradigma metodológico moderno e suas implicações para a ciência até os dias atuais, faz-se necessário refletir sobre como o paradigma da racionalidade científica moderna, oriundo das ciências naturais, teve importância para o advento das ciências sociais.

## 2.2 O ADVENTO DAS “CIÊNCIAS DO ESPÍRITO”.

No âmbito desse contexto ligado à pretensão de universalidade da metodologia científica moderna, deu-se o advento das chamadas Ciências do Espírito.

O termo “ciências do espírito” se popularizou através da tradução da *Lógica*, obra de John St. Mill, que tentou demonstrar a possibilidade de aplicação do método indutivo, das ciências experimentais, às ciências morais. A obra de Mill está inserida em uma tradição empirista, na qual se entendia que “[...] mesmo na ciência moral estaria em questão reconhecer uniformidade, regularidade e legalidade, que tornariam previsíveis os fenômenos e processos individuais” (GADAMER, 2015, p. 37). O próprio Francis Bacon já afirmava a plasticidade da natureza humana, de forma que dadas as condições sociais, jurídicas e políticas adequadas seria possível determinar o aperfeiçoamento da sociedade (SANTOS,

2008a, p. 32), de forma a justificar um pensamento que pretendia antever os fatos sociais com a metodologia, até então desenvolvida para as Ciências Naturais. Nesse sentido, Durkheim (2007, p. 45), considerado um dos responsáveis pela constituição da Sociologia como disciplina acadêmica, entendia que era necessário considerar os fenômenos sociais como coisas, de forma que eles estariam mais suscetíveis de serem objetivamente representados, quanto mais separados dos fatos individuais que os manifestassem.

Por outro lado, houve quem reivindicasse que as Ciências Sociais tivessem metodologia própria, com base na especificidade do ser humano e no subjetivismo da ação humana, estudando os fenômenos sociais através de métodos qualitativos, ao invés dos métodos quantitativos das Ciências Naturais (SANTOS, 2008a, p. 38-39).

A Escola Histórica defendeu que o conceito da história seria o norte para as Ciências do Espírito, uma vez que o “[...] ponto de partida de toda pesquisa é a questão histórica” (DROYSEN, 2009, p. 46). Ela defendia, então, que as Ciências do Espírito “[...] deveriam poder ser fundamentadas também como um grupo independente de ciências” (GADAMER, 2015, p. 40). A essência do método histórico seria “[...] reconhecer, esclarecer e compreender (DROYSEN, 2009, p. 41).

Para a concepção historicista de Droysen, diferentemente das ciências naturais, que teriam o “instrumento da experimentação”, as ciências do espírito deveriam se basear na historiografia, que seria um eterno investigar. Os “poderes éticos”<sup>4</sup> estariam para o historiador como as leis estão para o conhecimento da natureza. Seu conceito de investigação está vinculado ao conceito de compreensão<sup>5</sup>, de modo que na “[...] investigação incansável da tradição” sempre resultaria, ao final, o compreender (GADAMER, 2015, p. 294).

A história seria a humanidade tornando-se consciente de si mesma, uma espécie de autoconsciência (DROYSEN, 2009, p. 75), tendo em vista que acima das histórias de cada sujeito ético existiria uma “história” (DROYSEN, 2009, p. 71).

---

<sup>4</sup> Poderes éticos constituem um conceito central de Droysen, fundamentando o modo de ser da história e a possibilidade de seu conhecimento histórico. “O curso das coisas consiste no movimento desses poderes éticos operados pelo trabalhador comum dos homens. E é plenamente verdadeiro que, com isso, o que é possível experimenta restrições. Mas, em função disso, querer falar de um antagonismo entre a liberdade e a necessidade seria querer fugir da própria finitude histórica pela reflexão” (GADAMER, 2015, p. 290).

<sup>5</sup> “Observado segundo a sucessão de suas transformações, esse mundo é para nós a história. A cada passo dado adiante nesse tornar-se e crescer, amplia-se e aprofunda-se a compreensão da história, isto é, o seu ser compreendido e o seu compreender; o conhecimento sobre ela é ela mesma; a história precisa aprofundar, sem descanso, a suas pesquisas, ampliar seus horizontes. Os acontecimentos históricos têm a sua verdade nos poderes éticos (tal como as coisas da natureza os têm nas suas leis mecânicas, físicas, químicas, etc.): estes são a sua respectiva concretização. Pensar historicamente significa ver, nessas realidades, a sua verdade” (DROYSEN, 2009, p. 41-42).

A busca pela legitimação da autonomia científica das Ciências do Espírito no historicismo caracteriza, também, o trabalho de Wilhelm Dilthey (1949), embora ressalte expressamente o quão é relativa a demarcação da linha divisória entre as duas classes de ciências.

O trabalho de Dilthey é caracterizado por uma “[...] permanente confrontação com a exigência lógica” que Mill impôs às Ciências do Espírito, razão pela qual o historicista acabou sendo influenciado pelo modelo das Ciências da Natureza, notadamente na utilização do método indutivo-comparativo (GADAMER, 2015, p.41).

As Ciências do Espírito não constituiriam um sistema com estrutura lógica, tal qual o sistema das Ciências Naturais, mas sim como um todo que se desenvolveu historicamente e é constituído pela realidade histórico-social (DILTHEY, 1949, p. 32). Desse modo, o que diferenciaria as Ciências do Espírito seria o objeto, que consistiria na realidade histórico-social, e o que possibilitaria o conhecimento científico seria “[...] a dissolução dos vínculos vitais, a conquista de uma distância em relação à própria história, pois somente isso possibilitaria considerá-la como objeto” (GADAMER, 2015, p.41).

Nesse aludido distanciamento, consiste a pretensão epistemológica e o grande desafio de Dilthey, ao tentar encontrar “[...] uma passagem que leve da construção do nexos na experiência vital do indivíduo para o *nexo histórico que já não é vivido nem experimentado por indivíduo algum*”, o que possibilitaria uma transição de uma fundamentação psicológica para uma fundamentação hermenêutica das Ciências do Espírito (GADAMER, 2015, p. 302-303).

Apoiado no conceito de “espírito absoluto” de Hegel, ele desenvolve o conceito de “consciência histórica”, no contexto da tentativa de “[...] legitimar o conhecimento do que é condicionado historicamente como desempenho da ciência objetiva, apesar do próprio condicionamento” (GADAMER, 2015, p.311-312).

Essa consciência vê os fenômenos dessa realidade histórico-social como objetos, afastando-se em direção do universal, o que possibilitaria compreender os dados da história como manifestações da vida. Dilthey, coloca, então a consciência histórica no lugar da metafísica, ocupando o posto que em Hegel era ocupado pelo saber absoluto do espírito (GADAMER, 2015, p. 309-311).

A pretensão da consciência histórica é a de possuir um ponto de vista verdadeiramente histórico para tudo, superando os limites da compreensão decorrentes do subjetivismo<sup>6</sup>, como preferências e afinidades em relação a determinado objeto, ou seja, superando as limitações do homem finito e histórico (GADAMER, 2015, p. 312-315).

A justificação epistemológica das ciências do espírito consistiria, então, para Dilthey, em uma construção, na qual o mundo histórico seria como um texto que se decifra e a hermenêutica seria o *medium* universal dessa consciência histórica. Trata-se de um método que tentou objetivar a experiência histórica, nos moldes do cartesianismo (GADAMER, 2015, p.325).

Ambos os modelos, seja o da utilização dos métodos das Ciências Naturais, seja o da utilização de metodologia própria para as Ciências Sociais, têm fortes ligações com o modelo moderno de racionalidade exposto no tópico anterior e fundam-se nas dicotomias ser humano/natureza, sujeito/objeto. Mesmo quando se pensou nas peculiaridades das Ciências do Espírito não foi alcançado um pensamento que ultrapassasse o padrão metodológico da ciência moderna.

Sobre essa disputa, Gadamer pondera que não se trata de uma diferença dos métodos, mas sim “[...] uma diferença dos objetivos do conhecimento” e que sua hermenêutica filosófica pretende “[...] descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado por aquela disputa sobre os métodos” (GADAMER, 2015, p. 15), de forma que o fenômeno da compreensão, que faz parte de todas as ações humanas no mundo, deve resistir “[...] à tentativa de ser transformado em método da ciência” (GADAMER, 2015, p. 31).

Dentro dessa trincheira de resistência, em face da pretensão de universalidade da metodologia científica, então, coloca-se Gadamer<sup>7</sup>, que não busca desenvolver um método de compreensão ou um sistema de regras e procedimentos para as Ciências do Espírito, mas sim explicitar as condições de possibilidade da compreensão (GADAMER, 2015, p. 14).

Corroborando essa visão gadameriana, no sentido da insuficiência da metodologia como caminho universal rumo à verdade, Boaventura Santos alerta para a crise desse paradigma científico dominante, que faria a sociedade se perguntar “[...] pelo papel de todo o conhecimento científico acumulado no enriquecimento ou empobrecimento prático das nossas vidas” (SANTOS, 2008a, p. 18).

<sup>6</sup> “Assim, as ciências do espírito também procuram elevar-se metodologicamente acima da causalidade subjetiva do próprio ponto de partida graças à tradição que lhes é acessível, alcançando assim a objetividade do conhecimento histórico.” (GADAMER, 2015, p.318).

<sup>7</sup> “Minha verdadeira intenção, porém, foi e continua sendo uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer” (GADAMER, 2015, p. 14).

## 2.3 O PENSAMENTO BURKEANO E A BUSCA PELA PRUDÊNCIA ARISTOTÉLICA PERDIDA

O conhecimento científico se afastou progressivamente do saber prático e, mesmo quando tentou explicar as Ciências do Espírito, acabou incorrendo em uma objetivação da realidade histórico-social, como no pensamento de Dilthey acima delineado.

Mas esse caminho de afastamento em relação à sabedoria que nasce na prática das relações humanas em direção ao cientificismo abstrativizador não se deu de forma linear. Faz-se pertinente, então, para os fins deste trabalho, percorrer um caminho desde pensamento de Aristóteles sobre o saber prático, bem como dos pensadores que o seguiram, de certo modo, e opuseram certa resistência à exclusividade do saber técnico metodológico da modernidade.

### 2.3.1 A *phronesis* de Aristóteles

A concepção ética de Aristóteles está intimamente ligada à questão da prática e ao exercício das virtudes. Sabedoria prática é saber o que fazer na situação concreta. Esse saber não é exatamente o saber da ciência ou somente uma arte ou técnica de fácil aprendizado e reprodução. A reflexão ética aristotélica, então, passa por um delineamento entre o saber ético, a ciência (como demonstrar o que é) e a técnica ou arte (produzir).

O que é bom para o homem estaria vinculado à concreção de uma situação prática em que ele se encontra, ou seja, o saber ético envolve uma tensão entre o que a situação concreta exige do homem e o que se exige dele em geral (GADAMER, 2015, p. 412). Desse modo, a virtude moral resultaria da prática, através dos bons hábitos (SANDEL, 2015).

Nesse sentido, ganha importância a diferenciação feita por Aristóteles entre o saber da *phronesis* e o saber teórico da *episteme*<sup>8</sup>. O conhecimento científico representado, sobretudo, pela Matemática, seria o saber do inalterável e estava ligado à demonstração, ou seja, ao apodítico (GADAMER, 2015, p. 414). Esse conhecimento demonstrativo pode ser ensinado, seja por indução ou por silogismo, e o seu objeto aprendido (ARISTÓTELES, 1984, p. 143).

Sabedoria prática é deliberar bem sobre coisas humanas, mais especificamente sobre a ação, sendo ligada à experiência. Por isso, Aristóteles afirma que um jovem pode se tornar sábio em Matemática, mas dificilmente existe um jovem dotado de sabedoria prática, tendo

---

<sup>8</sup> “O termo *episteme* (ἐπιστήμη) surge em Aristóteles em diferentes contextos, podendo designar a *ciência primeira* (*zetouméne episteme*) ou, até mesmo, formas de *techné*. Tratamos neste momento da *episteme* em sentido estrito, que não possui a primazia da filosofia, nem se refere ao conhecimento poético da *technê*, mas do conhecimento apodítico. Assim, mostra-se como *episteme* um conhecimento demonstrativo voltado para a ‘apreensão da determinação causal’ da relação entre objetos ‘não perecíveis’.” (CARNEIRO, 2009, p. 22).

em vista que carece de experiência, que só o tempo pode lhe oferecer (ARISTÓTELES, 1984, p. 147).

A Técnica ou Arte, em Aristóteles, estava voltada para a categoria de coisas variáveis, como a Medicina, as atividades do carpinteiro, do ferreiro, do pintor, ou seja, tudo que envolvia a criação de algo através do raciocínio. (CARNEIRO, 2009, p. 23). A arte é idêntica à capacidade de produzir e não se confunde com o “agir” (ARISTÓTELES, 1984 p. 143).

A *phronesis* ou prudência seria o poder de “[...] deliberar bem sobre o que é bom e conveniente para ele, não só sob o aspecto particular, mas sobre aquelas que contribuem para uma vida boa em geral”. Já o “produzir” não se exaure na ação, tendo uma finalidade diferente de si própria, enquanto a boa ação é o seu próprio fim (ARISTÓTELES, 1984, p. 144).

As pessoas não se tornam virtuosas pela simples obtenção de conhecimento sobre regras abstratas de ética, de modo que “[...] não é possível ser bom na acepção estrita do termo sem sabedoria prática, nem possuir tal sabedoria sem virtude moral” (ARISTÓTELES, 1984, p. 153). Desse modo, Aristóteles concilia o saber com o ser, de forma que o saber ético não se vale apenas da experiência, tampouco pode se contentar com o saber técnico. “O homem não dispõe de si mesmo como o artesão dispõe da matéria com a qual trabalha” (GADAMER, 2015, p. 416).

Esse “saber o que é bom para si”, consistente na *phronesis*, diferencia-se, então do saber teórico e do saber técnico. Uma técnica pode ser aprendida ou esquecida, podemos escolher ou deixar de escolher certa habilidade. Ao revés, o saber ético é encontrado na situação de que precisa atuar e, nesse mesmo momento, já devemos ter e aplicar o saber ético. Ele só se concretiza a situação particular de quem atua, ou seja, somente se determina na aplicação. Esse saber é acionado na imediatez de dada situação. (GADAMER, 2015, p. 418 *et seq.*).

Desse modo, em Aristóteles, a *phronesis* não é uma mera faculdade, mas uma determinação do ser ético. As virtudes éticas não existem sem a *phronesis*, nem esta pode existir sem as virtudes éticas (GADAMER, 2015, p. 53). O agente moral é o homem prudente (*phronimos*), que adquire suas qualidades morais no curso de sua vida e de suas experiências, de forma que seu “[...] juízo prático está sempre situado nas circunstâncias concretas do caso em questão” (DOUZINAS, 2009, p. 57).

Para Aristóteles, a justiça seria a totalidade da virtude. A justiça geral diria respeito à disposição que faz com que os homens façam coisas justas, agindo de forma a exercer o bem dos outros e da cidade, enquanto a justiça particular estaria ligada à resolução de conflitos



concretos, através da arte jurídica de descoberta da solução justa, conforme a natureza das coisas e dos relacionamentos. Essa solução justa passa pela observação da realidade (DOUZINAS, 2009, p. 54-55).

A teoria de justiça de Aristóteles está intimamente ligada à *phronesis* ou à sabedoria prática e à defesa do caminho do meio entre excesso e a falta ou insuficiência. O juiz aristotélico, dotado da virtude da imparcialidade (*epieikeia*), poderia adaptar as regras às circunstâncias, devendo decidir caso a caso sem critérios absolutos, de forma que tal justiça particular seria a arte da “avaliação, cálculo e distribuição” dentro de um contexto específico (DOUZINAS, 2009, p. 57).

Não havia, então, um apelo por normas gerais rígidas, mas sim a busca pela justiça prudente, imparcial e variável de acordo com a variabilidade da natureza. A busca dessa justiça somente poderia se fazer de uma forma concreta e não abstrata, como preconizado pelo modelo moderno de racionalidade. A observação da realidade e a rejeição de leis abstratas rígidas são pontos resgatados da concepção aristotélica, posteriormente, por Gianbattista Vico.

### **2.3.2 O *sensus communis* de Vico**

No cenário de antagonismo à pretensão de abstração da ciência, destaca-se o pensamento humanista de Vico, baseado no conceito de *sensus communis* e na tentativa de refutar os pressupostos da razão moderna, que desconsiderou qualquer forma de conhecimento que não o proveniente do método.

Vico rejeita a universalidade do método cartesiano, em prol de uma epistemologia que valoriza a sabedoria prática. Tentando indicar os limites da ciência moderna, apela ao conceito de *sensus communis*, ilustrando a sabedoria dos antigos, de forma que o que deveria dar diretriz ao ser humano não seria a “[...] universalidade abstrata da razão, mas a universalidade concreta representada pela comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana” (GADAMER, 2015, p. 58).

Entende que, ao lado da razão científica, o homem deve se ocupar do conhecimento das línguas, das empresas dos povos, costumes, leis, guerras, tratados de paz, alianças, viagens e intercâmbios comerciais, de modo que a filosofia caminhe lado a lado com a filologia de um povo (VICO, 1984, p. 34).

Vico ressuscita o antagonismo exposto no tópico anterior entre saber prático e saber teórico e entende por *sensus communis* um sentido da comunidade pelo bem comum, para a

justiça, que é adquirido no âmbito da vida. Tem suas raízes no conceito romano de *sensus communis*, que se fundava no sentido das tradições da vida civil e social. Desse modo, ganham importância as circunstâncias sociais e históricas, frente à possibilidade de conclusões a partir do universal. (GADAMER, 2015, p.60), de forma que o “[..] arbítrio humano, incertíssimo, por sua própria natureza, consolida-se e se determina pelo senso comum dos homens, no que tange às necessidades e utilidades humanas (VICO, 1984, p. 34).

Para Vico, somente Deus poderia desvendar a razão e a finalidade dos fenômenos naturais e os homens seriam capazes de desvendar os fenômenos que ocorrem diretamente por sua própria ação, ou seja, os fenômenos históricos, e que tais fenômenos se caracterizavam não pela uniformidade, mas, sim, pela diversidade de usos, costumes e valores de cada visão de mundo específica, tendo em vista a pluralidade de culturas (CASSIMIRO, 2015, p. 68). O conhecimento racional tende a classificar as coisas remotas e desconhecidas como rudes, obscuras ou pequenas, tendo em vista que somente avalia o desconhecido a partir das coisas conhecidas e antevistas (VICO, 1984, p. 31).

Ele ressaltou a importância da tradição dos povos, da língua e dos costumes populares, entendendo-as como motivos públicos de verdade que nasceram e se conservaram por longos períodos de tempo, que formam os testemunhos mais autênticos da verdade sobre eles, verdade essa que muitas vezes já chega coberta da falsidade pelo conhecimento racional (VICO, 1984, p. 35).

Vico tentou apontar as dificuldades de aplicação do conceito moderno de método às Ciências do Espírito, bem como abordar a atrofia da tradição, mas não obteve influência suficiente para conseguir antagonizar com a pretensão de verdade dos postulados metodológicos abstratos no século XVIII (GADAMER, 2015, p. 61).

Nesse campo de oposição às formulações abstratas do iluminismo, este trabalho dá ênfase ao pensamento de teoria política de Edmund Burke, que no próprio século XVIII defendeu a concretude frente a uma política baseada no artificialismo dos direitos abstratos, independentes da vida prática. O objetivo é tentar utilizar as lições sobre a prudência política burkeana como base para um modelo judicial reflexivo e equilibrado.

### 2.3.3 O lugar do pensamento político de Burke na história

Como já dito, o presente trabalho busca relacionar alguns pensamentos político-filosóficos de Burke com a atividade de desvelamento<sup>9</sup> dos Tribunais, à luz da hermenêutica filosófica. Antes que tal relação possa ser interpretada como algum tipo de apologia à adoção de uma ideologia conservadora por parte do Judiciário, faz-se necessário refletir sobre algumas ponderações.

Longe de defender alguma postura, *a priori*, conservadora<sup>10</sup> ou passivista<sup>11</sup>, este trabalho defende uma abertura à faticidade, bem como uma postura prudente e reflexiva da atividade judicial.

Edmund Burke<sup>12</sup> foi um político irlandês do partido inglês *whig* e intelectual contemporâneo à Revolução Francesa, que se posicionou de maneira veemente contra o espírito hegemônico do modelo moderno, seguindo uma linha de pensamento que remonta a Aristóteles, no sentido de consideração das circunstâncias concretas com base na prudência.

---

<sup>9</sup> Desvelar, em linguagem hermenêutica, é tirar algo do ocultamento, do velamento. Heidegger, traduzindo passagens de Aristóteles que tratavam do problema da verdade, chegou à conclusão de que os gregos utilizavam a expressão *aletheia* para “ser verdadeiro”, que seria o mesmo que descobrir, no sentido de retirar do ocultamento e que o sentido mais originário da verdade seria o de des-velamento. “A proposição não carrega a verdade, não é o lugar da verdade, mas, por uma perspectiva mais originária, aquilo que serve para des-velar” (CARNEIRO, 2009, p. 165).

<sup>10</sup> Pode-se adotar aqui o esquema classificatório de Dworkin (2014, p. 429) sobre o espectro juízes liberais conservadores, que distingue duas dimensões, criando quatro compartimentos. “Um juiz será considerado conservador, na primeira dimensão, se suas convicções sobre a adequação forem estritas: se exigir, por exemplo, que qualquer interpretação da doutrina constitucional corresponda às convicções concretas dos “fundadores” da Constituição ou, diferentemente, dos juízes anteriores da Suprema Corte. Será considerado liberal, na primeira dimensão, quando suas opiniões sobre adequação forem mais flexíveis. Uma distinção paralela pode ser traçada ao longo da dimensão substantiva. Um juiz será considerado conservador se as convicções políticas que expressa ao escolher entre as interpretações aceitáveis em termos de adequação forem aquelas que associamos ao conservadorismo político: se ele favorecer uma filosofia retributiva de punição, por exemplo, ou a livre empresa, no campo econômico. Ele será considerado liberal, nessa dimensão, se suas convicções políticas forem aquelas que os liberais normalmente defendem”.

<sup>11</sup> O passivismo judicial está ligado à questão da tensão causada pela separação dos poderes. Dworkin (2014, p. 443 *et seq.*) entende que a afirmação de que o Judiciário deve agir de forma passiva remete à três perguntas: Quem deve fazer a Constituição? Que instituição tem autoridade para decidir o que a atual Constituição, devidamente interpretada realmente exige? O que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? Quanto à primeira pergunta, ele afirma que os passivistas denunciam a criação judicial de normas de nível constitucional, que deveriam ser criadas apenas pelo povo. A segunda questão é respondida por meio da instituição do controle de constitucionalidade, tendo em vista que tratar-se-ia de uma questão de competência, embora os passivistas entendam que, ao exercer esse poder, o Judiciário deveria adotar como suas as respostas do legislador. A terceira pergunta, a questão do direito, passa a ser a pergunta crucial. Se o passivismo entende que as cláusulas abstratas da Constituição não podem ser interpretadas a não ser de um modo que decorra somente da linguagem dessas cláusulas, o passivismo não passa de um convencionalismo, que seria totalmente contrário ao pensamento burkeano, que privilegia a faticidade frente à aplicação automática de normas abstratas.

<sup>12</sup> “E quem lê, hoje Burke? Embora ele seja sempre uma citação brilhante, sua prosa está fora de moda, é demasiado copiosa. Quanto à substância, Burke fala pelo lado que perdeu, espetacularmente, há algum tempo” (BICKEL, 1978, p. 21)

*Reflexões sobre a revolução na França* (BURKE, 2014), panfleto com fortes elementos retóricos, é uma obra que se originou de uma carta endereçada a um jovem fidalgo francês. Burke intercala ataques ferozes aos ingleses, que apoiavam o movimento revolucionário e ao próprio movimento da revolução na França, com pensamentos de filosofia política. Sua análise acurada sobre o exército francês nos pós-revolução e a exatidão da previsão<sup>13</sup> da ascensão de Napoleão Bonaparte ao posto de imperador impressionam, tendo em vista que a publicação de *Reflexões* se deu em novembro de 1790 e Bonaparte somente se tornaria imperador da França em maio de 1804.

Apesar de a referida obra ser considerada, por muitos, como o pensamento fundador do conservadorismo contemporâneo, “[...] o exato lugar da obra de Burke ainda é objeto de disputas nos debates de história do pensamento político” (CASSIMIRO, 2015, p. 57). Desse modo, há divergências sobre o enquadramento da atividade teórica e política de Burke, se liberal ou conservadora<sup>14</sup>.

Para a historiadora norte-americana Gertrude Himmelfarb (2011, p. 122) o enquadramento como “liberal” ou “conservador” não consegue descrever, adequadamente, toda a linha de pensamento de Edmund Burke durante a sua vida<sup>15</sup>.

Contra o rótulo de “pai do conservadorismo” atribuído à Burke, Himmelfarb (2011, p. 104) destaca seu posicionamento no “caso Wilkes”<sup>16</sup> que foi de encontro ao apelo conservador à época.

A pecha de conservador ou reacionário também contrasta com a posição de Burke sobre a Índia. Na mesma época que atavaca a Revolução Francesa, Burke denunciou a

---

<sup>13</sup> “Ante a fraqueza de um tipo de autoridade e a vacilação de todas, os oficiais de um exército ficarão por algum tempo amotinados e repletos de sectarismo. Até que algum general popular, que domine a arte de conciliar a soldadesca e possua o verdadeiro espírito de comando atraia a atenção de todos sobre si. Os exércitos o obedecerão em consideração à sua pessoa. Não há outro meio de garantir a obediência militar nesse estado de coisas. Mas, no momento em que isto acontecer, a pessoa que realmente comandar o exército será o seu soberano; o soberano de seu rei (isso não quer dizer muita coisa), de sua Assembleia e de sua República inteira” (BURKE, 2014, p. 228).

<sup>14</sup> “O conservantismo de Burke, se era conservantismo, pertence à tradição liberal, devidamente compreendida e traduzida para a nossa época.” (BICKEL, 1978, p. 34).

<sup>15</sup> Amartya Sen (2011, p. 144 *et seq.*) concorda com essa impossibilidade e expõe algumas das posições políticas de Burke analisadas no presente trabalho, como a sua oposição radical ao domínio britânico na Índia, suas críticas à Revolução Francesa e seu apoio à liberdade postulada pela revolução que culminou na independência dos Estados Unidos, em contraste com o seu silêncio quanto à liberdade dos escravos americanos. Considera “[...] que é um erro tentar interpretar as diferentes decisões que um a pessoa assume sobre uma variedade de assuntos díspares referentes a apenas um a ideia classificatória — nesse caso, o conservadorismo. [...] Seria absurdo tentar explicar as atitudes de Burke em relação a diversos eventos em todo o seu mundo do século XVIII levando em conta um a única inclinação — conservadora, radical ou qualquer que seja”.

<sup>16</sup> John Wilkes era considerado um radical e foi expulso da Câmara dos Comuns, em 1764, por ter sido condenado por difamação e blasfêmia contra o rei, por meio da imprensa. Reeleito três vezes por seu eleitorado, ele teve seu assento negado todas as vezes pelo Parlamento. Burke defendeu, vigorosamente, o político radical e criticou o Parlamento por desprezar a vontade expressa dos eleitores, afirmando que Wilkes era perseguido por ter feito oposição a “uma corte de conspiradores” e à opressão do governo (HIMMELFARB, 2011, p. 105).

atuação britânica na Índia, acusando a Inglaterra de uma “despotismo opressivo” que não respeitava os direitos e as tradições do povo indiano. Passou boa parte de sua vida acusando os ingleses que dirigiam a *East India Company* de terem como únicos interesses suas próprias fortunas (HIMMELFARB, 2011, p. 106-107).

Outra posição de Burke que poderia ter lhe negado a condição de conservador consiste em seu discurso simpático à Revolução Americana. Enquanto Adam Smith previa o fracasso da separação e do governo dos americanos, Burke defendia que o governo inglês respeitasse a liberdade tanto de ingleses, quanto dos americanos, já amparado na noção de respeito à natureza específica do povo, temperamento, caráter e das circunstâncias do tempo, em contraposição a uma suposta razão abstrata do império inglês (HIMMELFARB, 2011, p. 109).

Por fim, outro ponto que destoa de uma enquadramento de Burke com conservador é a defesa de uma ampla tolerância religiosa, através da proteção civil de todas as religiões, até mesmo para os não cristãos, bem como para os “pagãos” (HIMMELFARB, 2011, p. 113).

Não há consenso, do mesmo modo, entre os estudiosos da obra de Burke<sup>17</sup>, se o seu pensamento se amoldaria a um tipo de contrailuminismo ou se o contexto histórico indicaria que se trata de um pensador do iluminismo britânico, próximo do iluminismo escocês.

Isaiah Berlin e Robert Kirk apresentam uma leitura que o enquadra como contrailuminista, como outros pensadores críticos da modernidade, que poderiam ser reunidos por afinidades teóricas, no contexto de um pensamento que teria sido a viga-mestra teórica para a construção do Romantismo. Seriam defensores da ideia de uma sociedade orgânica, da individualidade do homem, da irracionalidade das forças históricas, do amor ao passado. Esse grupo de anti-iluministas entenderia a lei como a sedimentação de preconceitos e superstições durante a história dos povos (CASSIMIRO, 2015, p. 67 *et seq.*). Nesse contexto de reação ao Iluminismo, Burke é convencionalmente associado a um antídoto “[...] tanto para o iluminismo quanto para a Revolução Francesa” (HIMMELFARB, 2011, p. 98).

Outros historiadores, como o neozelandês J. G. A. Pocock e a própria Himmelfarb, apesar de reconhecerem as afinidades de Burke com autores que apelam para elementos não racionalistas e históricos, preferem analisar o contexto no qual floresceram suas ideias e o classificam, ao lado de Gibbons, como integrante do Iluminismo britânico. Para Pocock, o Iluminismo não seria um movimento unificado, mas se caracterizaria de duas maneiras: como

---

<sup>17</sup> Bobbio (1995, p. 49) descreve Burke como o mais lúcido entre os pensadores do historicismo que, em geral, tinham posturas mentais mistificantes, no contexto do combate racionalismo iluminista.

um movimento que possibilitaria o homem pensar o mundo e ele mesmo, a partir das transformações ocorridas com o fim das guerras de religião e da transformação das nações em estados modernos, bem como um movimento que se caracterizaria pela defesa da desconcentração de poderes.

Apesar de não ter se engajado com a luta anticlerical, Burke teria lutado contra a concentração do poder monárquico e, de uma maneira moderada, em contraposição ao Iluminismo francês, o filósofo *whig* tentou dar conta dos problemas da era moderna através da história e não pela “razão geométrica” dos franceses (CASSIMIRO, 2015, p. 76 e ss.).

Burke era um defensor do livre comércio e de uma economia de livre mercado e tinha forte afinidade intelectual com Adam Smith, reconhecido iluminista, mas tal afinidade não ficava confinada à economia. Tanto Burke quanto Smith trabalharam com a existência de uma natureza comum humana ligada à sociabilidade e anterior à razão<sup>18</sup>. Além disso, Burke era, confessadamente, um admirador da teoria moral de Smith exposta na obra *Teoria dos sentimentos morais* (HIMMELFARB, 2011, p. 104).

Pocock (2003, p. 246-247) faz um estudo da resposta de Burke à Revolução Francesa, sob a ótica da economia política, não só no sentido da ciência nascente no final do século XVIII, que tratava da riqueza das nações, mas, também, tratando tal economia política de uma forma mais complexa, como o empreendimento que visava “[...] estabelecer as condições de vida morais, políticas, culturais econômicas na sociedade mercantilistas em desenvolvimento: um humanismo mercantilista”.

Nesse contexto, sobleva o pensamento de Burke sobre a importância das “maneiras” como o diferenciador da história da Europa para outras sociedades. A revolução nas maneiras, ocorrida ainda no mundo feudal, teria civilizado os guerreiros bárbaros que teriam passado a ter uma conduta mais polida e humana, ao mesmo tempo em que florescia a circulação de bens materiais e serviços ligados à produção (POCOCK, 2003, p. 251).

---

<sup>18</sup> Diferentemente de Hobbes (2003, p. 147) que entendia que o homem, em seu estado natural, estava em constante estado de guerra, o iluminista escocês, assim como Burke, defendia a existência de um elo natural que une os homens, anteriormente a qualquer pacto advindo da razão, seja por amor, seja por ser útil à comunidade: “É assim que o homem, que apenas pode subsistir em sociedade, foi adequado pela natureza à situação para qual foi criado. Todos os membros da sociedade humana precisam da ajuda uns dos outros, e estão igualmente expostos a ofensas mútuas. Onde a ajuda necessária é reciprocamente provida pelo amor, gratidão, amizade e estima, a sociedade floresce e é feliz. Todos os seus diferentes membros estão atados entre si pelos agradáveis elos do amor e afeição, como se atraídos para um centro comum de bons serviços recíprocos. Mas, ainda que a ajuda necessária não seja provida por motivos tão generosos e desinteressados, ainda que entre os diferentes membros da sociedade não haja amor e afeto mútuos, a sociedade, embora menos feliz e agradável, não se dissolverá necessariamente, pois pode subsistir entre diferentes homens, como entre diferentes mercadores, por um senso de sua utilidade, sem qualquer amor ou afeto recíprocos. E embora nenhum homem que vive em sociedade deva obediência ou esteja atado a outro por gratidão, ainda assim é possível mantê-la por uma troca mercenária de bons serviços, segundo uma valoração acordada entre eles” (SMITH, 1999).

O historiador neozelandês coloca como cerne do pensamento burkeano essa associação entre as características culturais ligadas às maneiras com o florescimento da sociedade mercantilista e refinada. Porém, enquanto Hume, Adam Smith e Gibbons destacavam o desenvolvimento do mercantilismo como a causa para o desenvolvimento das maneiras, da cultura e do esclarecimento na Europa moderna, Burke afirmava que era o comércio que dependia das maneiras e não o contrário. A civilização da sociedade seria um requisito prévio ao desenvolvimento da troca da produção e do trabalho diversificado. Desse modo, o comércio somente poderia florescer sob a proteção das maneiras, baseadas na religião e na nobreza, de forma que a tentativa de destruição da religião e da nobreza, nos moldes da Revolução Francesa, poderiam destruir o comércio e a economia. Assim, ele ancorava o comércio na história, ao invés de apresentá-lo como o elemento que teria vencido a história (POCOCK, 2003, p. 252).

A visão de um Burke iluminista, que explicava as mudanças da modernidade de modo distinto dos iluministas franceses, contrasta com a visão do Burke ligado a um misticismo irracional romantista<sup>19</sup>.

Para J. G. A. Pocock (2003, p. 264), Burke seria um “[...] defensor de uma ordem aristocrática e mercantilista que poderia ser caracterizada, ao mesmo tempo, como natural e progressista, e defendida por referência a um sistema de maneiras civilizadas”.

As maneiras teriam sido “refinadas e enriquecidas” com o avanço gradual da sociedade, de acordo com os costumes, e disciplinadas pela memória da própria sociedade. Desse modo, Burke não propunha uma volta ao passado, mas apenas que a sociedade não destruísse uma estrutura histórica formada através das gerações (POCOCK, 2003, p. 265).

Independente de classificações e análises atemporais sobre sua personalidade, a prudência burkeana, apesar de ter sido dirigida à atividade política<sup>20</sup>, pode contribuir para o desvelamento da verdade, no contexto da atividade interpretativa do Judiciário, não no sentido

---

<sup>19</sup> Neste sentido, está o pensamento de Isaiah Berlin (2015): “Essa visão de grandes imagens que dominam a humanidade – as forças das trevas, o inconsciente, a importância do indivisível e a necessidade de leva-lo em conta e lhe dar espaço – se dissemina para todas as esferas da atividade humana, e não se limita à arte, de maneira alguma. Ela entra, por exemplo, na política, primeiramente de forma leve, nas imagens grandiosas de Edmund Burke da grande sociedade que abrange os mortos, os vivos e os que ainda não nasceram, unidos por uma miríade de fios não analisáveis aos quais somos leais, de modo que qualquer tentativa de analisa-la de forma racional [...] [...] essas palavras míticas se tornam então o coração e o centro de toda teoria orgânica da vida política, e da lealdade para com o Estado, e do Estado como organização semiespiritual, simbólica dos poderes espirituais do mistério do divino [...]”.

<sup>20</sup> As lições sobre política de Burke fornecem elementos valiosos para a construção de uma reflexão sobre justiça. Tal afirmação pode ser corroborada com o fato de Burke tratar política e justiça de uma maneira conjunta. “[...], todavia, experimento grandes dificuldades quando se trata de separar a política da justiça. A justiça, por si só, é o maior fundamento político da sociedade civil, de modo que qualquer desvio dela, sob quaisquer circunstâncias, suscita a suspeita de não se tratar absolutamente de política” (BURKE, 2014, p. 171).

de método, mas sim no sentido de uma autovigilância prudente, que passa por uma permanente busca de equilíbrio entre tensões, como vinculação/discricionariade<sup>21</sup>, redundância/variação<sup>22</sup>, coerência/integridade<sup>23</sup>.

### 2.3.3.1 *Apelo ao mundo vivido*

As lições filosóficas e políticas de Burke se aproximam do que foi abordado em tópico anterior como a sabedoria prática de Aristóteles, tendo em vista o seu entendimento de que a ciência do governo deve ser voltada para finalidades práticas e atender às circunstâncias reais e imprevisíveis (BICKEL, 1978, p. 32).

Assim como Aristóteles, Burke valorizava o saber prático pautado pela experiência, bem como o exercício das virtudes. Em ataque direto ao pensamento iluminista francês, Burke (2014, p. 78) afirma que “[...] desprezam a experiência como se a mesma fosse uma sabedoria de iletrados” e que não há nada mais insensato do que discutir liberdades e restrições com base em regras abstratas (BURKE, 2014, p. 80).

O apelo à consideração do mundo prático, em oposição à abstração, é uma característica do pensamento burkeano, ao defender que são as circunstâncias que “[...] dão a todo princípio político sua cor própria e seu efeito particular” (BURKE, 2014, p. 29) e que “[...] no instante em que penetram a vida prática, esses direitos metafísicos são como raios de luz que, ao atravessarem um meio denso, sofrem pelas leis da natureza, um desvio de sua linha reta.” (BURKE, 2014, p. 81).

<sup>21</sup> Ao tratar da tensão vinculação/discricionariade, Miguel (2016, p. 53-55) pondera que “[...] só podemos conceber a ideia de discricionariade tendo como pano de fundo as regras a que os juízes estão submetidos”, de forma que a lei, de certa forma, vincula a jurisdição, mas a validade dessa lei depende do sentido desvelado pela jurisdição. No próximo capítulo será abordada a relação entre discricionariade e Positivismo.

<sup>22</sup> Ligada à tensão vinculação/discricionariade está, em linguagem sistêmica, a redundância/variação. O sistema jurídico trabalha reproduzindo suas próprias normas e, ao mesmo tempo, modificando-as. “Sem reprodução, um sistema não tem o que variar. Sem variação, um sistema perece.” (CAMPILONGO, 2012, p. 79). Redundância, desse modo, está ligada à consistência do decidir, seja pelo respeito aos precedentes ou pela vinculação à regra legal. Ocorre, como alertado por Luhmann (2016), para a justiça, isso não é suficiente. Justiça como formulação de contigência exige muito mais do que mera consistência interna do decidir, implicando um “ser-possível-de-outro-modo” ligado à adequação social, tendo em vista que a “[...] intenção da justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível” (TEUBNER, 2011, p. 28).

<sup>23</sup> “Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (DWORKIN, 2014, p. 264).



Essas considerações, de início, já nos remetem à *linguist turn*, “[...] marcada pela quebra da estrutura cognitiva sujeito-objeto e sua substituição pela estrutura cognitiva sujeito-sujeito” (CARNEIRO, 2009, p. 111), característica da fenomenologia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e dos jogos de linguagem de Wittgenstein<sup>24</sup>. Nessa pluralidade dos jogos de linguagem, as estruturas das regras de cada jogo não se justificam por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas derivam da *praxis* das formas de vida reais (TEUBNER, 2011, p. 21). Em Heidegger, todo o sentido do ser só se torna compreensível a partir da temporalidade e historicidade da “pre-sença” (GADAMER, 2015, p. 343) e o “[...] enraizamento fáctico-histórico, em que se fundam as preconcepções, é o lugar concreto da existência.” (BARASH, 1995, p. 32).

Heidegger (2005) e Wittgenstein (1999) constituem marcos dessa virada, na tentativa de superação da filosofia da consciência como paradigma, nos quais a linguagem deixa de ser um mero instrumento entre sujeito e objeto e passa a ser a condição de possibilidade para o conhecimento, “[...] transformando-se em um *medium*, um meio ambiente no qual estamos desde sempre inseridos” (CARNEIRO, 2009, p. 113). Na linguagem, o homem não age isolado, mas sim em uma intersubjetividade, em uma interação social, de forma que os sentidos se dão no contexto da história e da práxis social (STRECK, 2014, p. 246).

Burke (2014, p. 79) nega ser contra a existência dos verdadeiros direitos dos homens, mas recusa os direitos abstratos e os entende apenas no mundo prático, levando em consideração o homem social que age em situações concretas. Por outro lado, esta é a grande exigência hermenêutica: “[...] compreender o que diz um texto a partir da situação concreta na qual foi produzido” (GADAMER, 2015, p. 439).

O apelo de Burke ao mundo vivido, que é o mundo da intersubjetividade, em oposição ao mundo dos direitos abstratos metafísicos, remete ao passado, mais especificamente à concepção de homem social de Aristóteles, bem como ao presente, no que concerne aos projetos epistemológicos de pós-modernidade. Abstraída a questão dos propósitos políticos de Burke contra a Revolução Francesa, os argumentos que podem ser tirados de sua combatitividade contra o Iluminismo ecoaram 200 anos depois.

A pós-modernidade, que pode ser caracterizada por elementos como a negação da racionalidade dedutiva, negação da possibilidade de um conhecimento livre de interferências subjetivas e, ainda, negação do sujeito transcendental do conhecimento (CARNEIRO, 2009,

p. 88) faz recordar a concepção aristotélica do homem social, bem como o discurso burkeano contra a hegemonia da razão moderna.

Gadamer (2015, p. 406-407) afirma que “[...] na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”. Desse modo, a análise de princípios jurídicos ou políticos não deve se dar de maneira abstrata, mas levando-se em consideração o mundo prático, as particularidades do mundo da vida. A hermenêutica filosófica tem como um dos elementos principais a faticidade, ou seja, o modo prático de ser no mundo, que tem papel fundamental na atividade compreensiva (STRECK, 2009, p. 13).

No mesmo sentido, Daniel Oitaven Pamponet Miguel (2012, p. 272) reconhece a relevância da função do Judiciário ao trazer a norma jurídica para o campo do mundo prático, no contexto da tensão entre validade e faticidade, de forma que a qualquer texto jurídico só seja atribuído sentido (norma) quando da compreensão/aplicação realizada pelo juiz em dada situação, real ou hipotética. Compreender é aplicar. Não há como compreender um princípio abstrato sem, ao menos, imaginar as circunstâncias concretas de aplicação<sup>25</sup>.

Os sentidos não estão nas coisas, nem na consciência do sujeito. Os sentidos se dão intersubjetivamente e se dão “na e pela linguagem”. Qualquer regra depende desse modo prático de ser no mundo para ganhar sentido. Tal sentido somente pode ser adquirido a partir da aplicação (STRECK, 2009, p. 251-253).

Enquanto os projetos da modernidade separaram a compreensão e a interpretação do momento de aplicação da norma, no âmbito da concretização no mundo da vida, Burke clamava pelo homem social e pelos direitos considerados em concreto, ou seja, como são aplicados na vida prática.

### 2.3.3.2 *Equilíbrio entre continuidade e reforma*

Outro pilar do pensamento burkeano consiste no equilíbrio entre o princípio da reforma (ou correção) e o princípio da continuidade. “A continuidade – no mínimo uma necessidade prática – era para Burke o princípio da reforma, e não de oposição a ela.” (BICKEL, 1978, p. 32).

---

<sup>25</sup> “[...] não se interpreta se não for para verificar uma compreensão já antecipada. Não se compreende sem que essa compreensão encontre na situação particular do intérprete uma aplicação. A interpretação, por sua vez, cessa quando a compreensão não mais oferece novas indagações e, com isso, estabiliza-se.” (CARNEIRO, 2009, p. 110-111).

Burke (2014, p. 44) afirma que “[...] um Estado sem meios para mudar, não tem meios para se conservar”, de forma que sem mudanças, até as partes da Constituição que deveriam ser conservadas passam a correr riscos. Faz uso de exemplos de crises ocorridas na Inglaterra para demonstrar que a tradição britânica indicava que as partes antigas e conservadas da Constituição deveriam ser usadas como princípios para a reconstituição das partes que deveriam ser regeneradas ou reconstituídas, ou seja, as novas exigências do ambiente deveriam ser compatibilizadas com o que foi conservado da Constituição, como uma *re-entry*<sup>26</sup> na ordem jurídica, a qual estaria a se abrir cognitivamente para as irritações do meio social.

Sobre a evolução, então, tal filosofia prega um caminho do meio, de maneira que, “[...] no que melhoramos nunca somos completamente novos, e no que conservamos nunca somos completamente obsoletos”<sup>27</sup> (BURKE, 2014, p. 56). No mesmo sentido, Vico (1984, p. 50) já afirmava que os costumes de um povo não se mudam de uma só vez, mas gradualmente, ao longo de muito tempo.

---

<sup>26</sup> O direito se utiliza de referências externas, reconhecendo essas irritações do meio social como se elas fossem parte do próprio sistema jurídico, efetuando uma tradução dessas irritações para a linguagem jurídica (LUHMANN, 2016, Pos. 1362). Sobre a noção de *re-entry*, Teubner (2011, p. 30) disserta: “Mas como poderia a justiça, enquanto uma *praxis* de auto-observação dentro do Direito, ser capaz de ultrapassar o fechamento primário do Direito? A explicação é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação ‘Direito/não-Direito’, só que dentro do mundo simbólico do Direito. Sempre que a diferenciação ‘Direito/não-Direito’ (‘não-Direito’ no sentido de ‘extrajurídico’, não de ‘antijurídico’) entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais, então é chegado o momento em que o discurso da justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos. Este é paradoxal resultado do duplo fechamento – das operações e das observações. Enquanto tanto atos jurídicos produtores de normas como argumentos conectores de normas permanecem em seus círculos fechados de concatenações internas, a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, com o auxílio das diferenciações internas entre auto-referência e hetero-referência, relaciona o Direito com seu ambiente social (observe-se: “*enacted environment, not real environment*”) e reivindica sua adequação ecológica. [...] Por isso, a justiça só pode operar no Direito dentro desse espaço imaginário, que emerge através da *re-entry* da ecologia no Direito, através da construção jurídica interna de demandas externas da sociedade, dos homens e da natureza.”

<sup>27</sup> A célebre frase de Burke remete à questão das condições de possibilidade do novo. Acerca da concepção gadameriana sobre o novo, Wálber Carneiro (2009, p. 129-130) ensina: “Gadamer não ignora a questão do “novo” e nos traz o exemplo da arte contemporânea para afirmar a incontornabilidade dos preconceitos que condicionam o nosso julgamento da estética inovadora. Antes de nos perguntarmos sobre o modo de lidar com o “novo”, devemos nos perguntar sobre as possibilidades de lidar com esse problema. Desse modo, devemos desde já considerar que não será possível sair da tradição para olhar o “novo”, na medida em que sempre estaremos de algum lugar falando do “novo” – isto é, se o “novo” ainda for, de fato, “novo” [...] Em face de tais questões, as imposições da circularidade e da antecipação de sentido que a gera devem estar acompanhados de modelos estruturais que acelerem o distanciamento temporal, intensificando o processo de consolidação de sentido e, conseqüentemente, de entendimento. O primeiro passo para que a compreensão se dê diante da “coisa mesma” – o que implica não ignorar nem o “novo”, nem o “velho”, mas se manter constantemente nessa tensão – é a vigilância do intérprete”.

Esse equilíbrio entre continuidade e reforma, defendido pelo filósofo político *whig* no século XVIII, nos leva à consideração da tensão do Direito entre redundância/variação em relação ao momento decisório do juiz contemporâneo.

Burke (2014, p. 172) chega a estabelecer que o seu ideal de estadista seria aquele que “[...] reunisse uma tendência para conservar e uma capacidade para aperfeiçoar”. Esse ideal de estadista burkeano pode ser relacionado com o juiz ideal de Dworkin.

Hércules<sup>28</sup>, como tradução do ideal de um Judiciário “reflexivo e autoconsciente” (DWORKIN, 2014, p. 316), atua equilibrando um princípio de coerência, que está mais ligado à redundância em relação ao direito já existente, com o dever de integridade em relação às justificativas principiológicas que sustentam o direito de determinada comunidade.

Dworkin (2014, p. 419) afirma que Hércules interpreta a história em movimento, de forma a não alterar leis ultrapassadas através de uma “metafísica da intenção do locutor”, mas apenas reconhece em que se transformaram essas velhas leis, o que consiste no seu aperfeiçoamento, de acordo com uma concepção de direito como conceito interpretativo<sup>29</sup>.

Na hermenêutica jurídica, a mediação entre passado e presente se dá na concretização da lei pelo juiz, ou seja, consiste na tarefa da aplicação. O juiz está sujeito à lei, mas a cada ordem judicial há uma complementação produtiva do direito. A sentença do juiz não pode surgir de arbitrariedades imprevisíveis, pois está vinculado a todo material do direito já estabelecido, que consiste na ordem jurídica vigente. Mas a cada concretização se dá uma relação entre a hermenêutica jurídica e a dogmática, na qual a primeira detém certa primazia, de modo que a ordem jurídica “[...] reelabora dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei” (GADAMER, 2015, p. 433).

Essa passagem de Gadamer sobre a concretização da lei pelo juiz, através da complementação produtiva, ilustra, com propriedade, a questão abordada por Luhmann, em seu conceito de justiça como fórmula de contingência. Cada vez que o juiz reelabora dogmaticamente o direito, complementado-o, em linguagem sistêmica, o que ocorre é a *re-entry* da ecologia no Direito.

A consistência interna e responsividade diante de demandas ecológicas como dupla fórmula da justiça jurídica de Luhmann e os compelimentos à conexão do sistema jurídico e a autotranscendência de Teubner são conceitos sociológicos que contrariam teorias

<sup>28</sup> Juiz imaginário, criado por Dworkin, com capacidades acima das humanas, para conhecer todo arcabouço institucional do direito de sua comunidade e aplicar os princípios subjacentes a tal direitos institucional.

<sup>29</sup> Dworkin entende que o direito é um conceito interpretativo, no sentido de que o raciocínio jurídico seria um exercício de interpretação construtiva das nossas práticas jurídicas. A interpretação construtiva envolve reconhecer uma prática e, ao mesmo tempo, propor uma melhor forma possível de ver essa prática, tirando “o melhor proveito daquilo que é interpretado” (DWORKIN, 2014, p. 74).

neokantianas de justiça, baseadas em procedimentos de consenso e universalização (TEUBNER, 2011, p. 28) e também podem ser relacionadas com a continuidade/reforma burkeana que se contrapunha aos ideais de abstrativização<sup>30</sup> e universalização<sup>31</sup> da Revolução Francesa.

A questão da compatibilização entre continuidade e reforma, analisada por Burke no século XVIII, pode ser lido, assim, com a lente contemporânea do problema do intervalo entre redundância e variação do Direito, tratado por Daniel Oitaven Pamponet Miguel, através de sua leitura “[...] desconstrutivo-construtiva sistêmico-interativa dos *steadyings factors*”.

Miguel (2016, p. 438) afirma que Luhmann admite a existência de uma tradição de princípios, regras, doutrinas, costumes dos tribunais e aprendizados com a prática judicial vivenciada no jogo de linguagem jurídico, que configuram restrições de comportamento ao juiz, de modo semelhante a Llewellyn (1960), que escreveu sobre o peso dos *steading factors*<sup>32</sup> (fatores de estabilização) na atividade de decidir, de forma que ambos os autores reconhecem que a questão da decidibilidade judicial passa pela vinculação a regras atinentes ao seu ofício.

O objetivo deste trabalho não é analisar, pormenorizadamente, os *steadyings factors* de Llewellyn, mas entendê-los como complementos, que servem de pontos de referência para que as decisões dos magistrados respeitem, consciente ou inconscientemente, certos limites estabelecidos através dos materiais autorizados, da lei, doutrina, precedentes, tradição, experiência, desejo social por uma decisão que seja capaz de estabilizar expectativas; sendo assim, em linguagem sistêmica, são elementos ligados à redundância, mas admitem possibilidade de variações, ou seja, por terem potencial vinculativo, contribuem para a redundância dos sentidos normativos, ao mesmo tempo que, por serem, reiteradamente, aplicados “[...] envolvem um inexorável resquício de variação significativa” (MIGUEL, 2016, p. 439).

Apenas como exemplo, em Llewellyn, a *law-conditioned officials* pode ser entendida como a afirmação de que a atividade dos juízes é condicionada pela sua “experiência jurídico-profissional”, a *legal doctrine* está ligada à lei, aos precedentes e às construções doutrinárias, as *known doctrinal technique*” podem ser entendidas como máximas de raciocínio que os

<sup>30</sup> Entendida como eliminação de aspectos concretos do direito.

<sup>31</sup> Aqui entendida como pretensão de que tais normas abstratas do direito sejam válidas para todos os casos.

<sup>32</sup> Os *steadyings factors* seriam: (1) *Law-conditioned Officials*; (2) *Legal Doctrine*; (3) *Known Doctrinal Techniques*; (4) *Responsibility for Justice*; (5) *The Tradition of One Single Right Answer*; (6) *An Opinion of the Court*; (7) *A Frozen Record from Below*; (8) *Issues Limited, Sharpened, Phrased*; (9) *Adversary Argument by Counsel*; (10) *Group Decision*; (11) *Judicial Security and Honesty*; (12) *A Known Bench*; (13) *The General Period-Style and Its Promise*; (14) *Professional Judicial Office*. (LLEWELLYN, 1960)

agentes do Direito usam muitas vezes sem consciência, mas que são conhecidas, aprendidas e sentidas, sendo que a doutrina possui um papel determinante na conservação dessa memória jurídica, que pode ser relacionada com o romance em cadeia de Dworkin. A *responsibility for justice* seria o sentimento do magistrado de que sua decisão deve ser justa e que, não raras vezes, pode entrar em conflito com outros fatores de estabilização (MIGUEL, 2016, p. 439-440).

Burke (2014, p. 181) defende que as mudanças não devem ser feitas sem a necessária “[...] prudência, deliberação e previsão”, de modo que não partam de uma destruição total do que já existe (que poderia ser traduzido, em linguagem sistêmica, como um excesso de variação). Conservar e reformar simultaneamente requer que as partes úteis de uma velha instituição (ou de uma tradição jurídica) sejam preservadas. O que acrescentamos deve se adaptar ao que conservamos, de forma prudente e reflexiva. Tal reflexividade pode ser percebida quando o filósofo *whig* expõe uma necessária luta “[...] contra as forças combinadas dos vícios opostos, contra a obstinação que rejeita todo o melhoramento e frivolidade, que se fatiga e se desgosta de tudo o que possui” (BURKE, 2014, p. 182).

O princípio do equilíbrio entre continuidade e reforma que Burke defende para a política se aproxima muito do *steadying factor, the general period-style and its promise*, materializado, na época de Llewellyn, mediante o *grand style*. Este fator de estabilização está intimamente ligado a uma busca de melhorar o Direito para o futuro, mas respeitando o que o passado pode oferecer. Uma forma de renovação do Direito, tendo um contato muito próximo com o passado.

Llewellyn (1960, p. 35 e ss.) afirma que esse *grand style do common law* é um “modo de pensar e trabalhar” que consiste no constante reexame de um patrimônio já existente, no contexto de uma harmonização da tradição com o aperfeiçoamento. Llewellyn contrapõe, ainda, o *grand style* com o *formal style*, admitindo que o estilo formalista tenha influenciado fortemente o funcionamento do pensamento moderno, materializando o *steadying factor, the general period-style and its promise* no passado.

No *grand style*, a discricionariedade não é completamente livre, mas funciona através da “[...] inserção de variação que iterativamente desconstrói e reconstrói, mediante autotranscendência do direito, os limites da redundância, sem destruir os padrões do [...] romance em cadeia (Dworkin)” (MIGUEL, 2016, p. 440-441).

Burke (2014, p. 172) afirma que “[...] um verdadeiro político pensa sempre em tirar o melhor partido possível dos materiais existentes em seu país” e que qualquer reforma deve

respeitar “o estilo do próprio prédio” (BURKE, 2014, p. 254), de forma que o político prudente de Burke se assemelha muito ao juiz que segue o *grand style* de Llewellyn.

Vê-se, ainda, no estadista ideal de Burke, alguém que realiza a “[...] automediação histórica do presente com a tradição”, visto que ele se encontra dentro do acontecer histórico e a cada nova mudança se apresentam novos aspectos da própria tradição a ser compreendida (GADAMER, 2015, p. 487).

De qualquer modo, alerta-se que as lições de continuidade/reforma de Burke, aplicadas ao Direito, não devem ser entendidas como método, em sentido constitutivo, para chegar à decisão correta, mas como elementos de flexibilidade, tendo em vista que o presente trabalho busca ressaltar “[...] a primazia hermenêutica da pergunta”, que, necessariamente, implica colocar algo em aberto, bem como na “[...] limitação da ideia de método para o saber” (GADAMER, 2015, p. 477). Assim, o enaltecimento da importância de características como a prudência, reflexividade e autoconsciência, no plano propositivo, ao contrário de revelar uma possibilidade de método, como instrumento do sujeito iluminado, significa condições de possibilidade para uma melhor compreensão.

### 2.3.3.3 Reflexão sobre a tradição e sobre os preconceitos

Gadamer (2015, p. 360), ao fazer uma análise da história do termo “preconceito”, chega à conclusão de que “[...] é somente na *Aufklärung* que o conceito do preconceito recebeu a matiz negativa que agora possui”. Preconceito (*Vorurteil*), nada mais seria do que um juízo (*Urteil*) anterior ao exame definitivo de elementos da coisa em questão. Assim, preconceito não significa falso juízo e pode ser valorado positiva ou negativamente.

É que a *Aufklärung*<sup>33</sup> reconhece apenas os juízos fundamentados, tendo em vista que a fundamentação seria a garantia do método, único caminho de se chegar à verdade. A partir da modernidade, o termo preconceito fica restrito a algo como juízo sem fundamento, ou seja, sem validade científica aos olhos da razão moderna. Sobre tal conclusão, funda-se o descrédito dos preconceitos em geral, e, conseqüentemente, a desvalorização da tradição (GADAMER, 2015, p. 360-361).

Distinguindo os “preconceitos da estima humana” e os “preconceitos por precipitação”, a *Aufklärung* passaria a mensagem de que a razão humana é induzida a erro por dois motivos consistentes: na estima por pessoas, por sua autoridade, ou a precipitação que

---

<sup>33</sup> Termo em alemão utilizado por Gadamer, aqui traduzido como iluminismo.

existe dentro de nós. Desse modo, a autoridade como fonte de preconceitos, vai ao encontro da crítica à tradição religiosa do cristianismo e à pretensão de desvalorizar qualquer tradição frente ao tribunal da razão (GADAMER, 2015, p. 362). A tradição escrita, como a bíblia ou qualquer outra informação histórica, vale apenas se for digna de credibilidade pela razão absoluta, fonte de toda autoridade.

O que a radicalidade do iluminismo ignorou é o fato de que a autoridade também pode ser uma fonte de verdade. Essa desvirtuação do conceito de autoridade, entendido como obediência cega, o colocou em oposição direta com os conceitos de a razão e liberdade. Ocorre que a verdadeira autoridade não se funda na submissão e abdicação da razão, mas sim no reconhecimento de que o outro está acima de nós em juízo e visão, ou seja, possui uma visão mais ampla ou é mais experto. Se um professor, por exemplo, estudou por décadas determinado assunto torna-se uma autoridade diante do neófito aluno. A compreensão correta de autoridade, em Gadamer, não tem a ver com obediência, mas sim com conhecimento. Funda-se, então, na liberdade de reconhecer que essa autoridade tem uma visão mais ampla (GADAMER, 2015, p. 371).

Um das formas de autoridade mais atacadas pela *Aufklärung* foi a autoridade anônima, que nem sempre tem fundamentos evidentes. Trata-se do que é consagrado pela tradição e pela herança histórica. Gadamer (2015, p. 372) parte da crítica que o Romantismo faz à *Aufklärung*, na direção de uma tentativa de resgate do valor da tradição, tratando-a como algo que tem validade sem necessidade de uma fundamentação racional. Porém, diferentemente do que entendia a crítica romântica, a tradição, em Gadamer, é tratada como algo espontâneo, transmitido e conservado pelas gerações.

O movimento iluminista acaba convertendo a tradição em investigação histórica. Todo tipo de tradição é tomada como objeto de crítica, devendo qualquer preconceito ser justificado pelo conhecimento racional. A máxima da *Aufklärung* moderna afirma que “[...] o que está escrito não precisa ser verdade. Nós podemos sabê-lo melhor”, conforme o Tribunal absoluto da razão (GADAMER, 2015, p. 363).

Levando em consideração a crítica que o Romantismo propõe face ao Iluminismo, o Historicismo acabou tratando a realidade histórico-social como objeto. Para Gadamer (2015, p. 366), o fator determinante dessa atitude da ciência histórica seria essa ruptura radical levada a cabo pelo Romantismo. Este se limitaria a inverter toda valorização e todas as premissas do iluminismo, pregando a valorização do antigo apenas porque é antigo, de forma que o “feitiço romântico” ganha preferência frente à verdade, substituindo o dogma do conhecimento racional acima de qualquer outra verdade.



Essa oposição entre mito e razão apenas alimentou o espírito abstrativizador do iluminismo moderno, tendo em vista que a crença mítica do Romantismo seria tão dogmática quanto o estado perfeito de esclarecimento total ou de saber absoluto defendido pelo Iluminismo. “A crença na perfectibilidade da razão se converte na crença da perfeição da consciência coletiva mítica e se reflete em um estado originário paradisíaco anterior à queda do pecado de pensar” (GADAMER, 2015, p. 364).

No contexto dessa ruptura e inversão de valores teria nascido a atitude da ciência histórica do século XIX, baseada em investigações históricas de um passado distante. Gadamer sentencia, então, que ciência histórica do século XIX é um filho legítimo da *Aufklärung*. Querendo, combater as premissas do iluminismo, o historicismo adotou a mesma base iluminista, consistente na descontinuidade do sentido da tradição. (GADAMER, 2015, p 366).

Para o Romantismo, a tradição é um dado histórico essencial, do mesmo modo que a natureza é um dado para as Ciências Naturais, e, ao passo que se desenvolve como ciência histórica, entende que, qualquer tradição contrária à razão passa a ser uma situação comum porque o presente é interpretado de acordo com a realidade histórica, vista como objeto. A hermenêutica filosófica rompe com esse padrão, ao alertar que “[...] não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela” (GADAMER, 2015, p.367-368).

Tanto o combate radical da tradição por meio da razão, quanto o desejo cego de conservá-la, tratando-a como um dado histórico a ser estudado, mostram-se incompatíveis com a autodeterminação livre (GADAMER, 2015, p. 373). A compreensão da finitude de que fala Gadamer não pode se dar nesses dois extremos, tendo em vista que a razão somente se dá como real e histórica. Não devemos tentar nos compreender na reflexão do passado, antes, “[...] os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser” (GADAMER, 2015, p. 367-368).

Feitas tais considerações sobre essa relação bifronte entre o Romantismo e o Iluminismo, torna-se necessária a análise de como a tradição é tratada por Edmund Burke. Tal análise parte do pressuposto de que a defesa da tradição é uma das características centrais do pensamento burkeano, bem como do Romantismo e Historicismo que lhe sucederam. Como já dito, alguns autores, como Isaiah Berlin, compreenderam o pensamento de Burke como um movimento contrailuminista, ao lado de Herder e Vico, que teriam “[...] fornecido as bases teóricas do Romantismo” (CASSIMIRO, 2015, p. 60). O próprio Gadamer (2015, p. 363) parece concordar com esse entendimento, ao afirmar que a crítica de Burke à *Aufklärung* e à Revolução Francesa teriam preparado o caminho para o movimento romântico alemão.

O objetivo, então, passa a ser a verificação se a tradição foi tratada, em Burke, como um objeto a ser estudado, um dado histórico a serviço da ciência ou como uma experiência da vida que determina os limites do ser finito e da razão histórica.

Corolário do princípio do equilíbrio entre continuidade e reforma é a consideração da tradição do pensamento burkeano. O passado, logicamente, tem grande peso nesse contexto. Burke (2014, p. 53) afirma que, em sua comunidade, sempre foi demonstrada enorme simpatia pela tradição, que teria desde sempre norteado as mentes dos juristas, dos legisladores e do próprio povo, evidenciando uma política estável que considerava os direitos e franquias mais sagradas como uma herança. Percebe-se, nesse trecho, que Burke entende a tradição como uma herança que norteia a mente da comunidade, como uma questão cultural cultivada de forma natural.

Liberdades, como heranças inalienáveis, teriam sido deixadas pelos antepassados e transmitidas, de geração em geração, como uma propriedade do povo, preservando, desse modo, a Constituição como uma unidade, na diversidade de suas partes (BURKE, 2014, p. 55).

Para Gadamer (2015, p. 373), não existe essa oposição entre tradição e razão, de modo que a tradição autêntica é aquela que é “afirmada, assumida e cultivada”. Sua manutenção acaba sendo um ato da razão que não chama atenção e que, muitas vezes, passa despercebida, conjugando-se o antigo com o novo em uma nova forma de validade.

O que a tradição nos diz não pode ser visto com estranhamento, mas sim como algo próprio, tendo em vista que estamos sempre inseridos na tradição. Tanto a mudança, quanto a conservação ou destruição tem a ver com a liberdade. Trata-se de “[...] um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição” (GADAMER, 2015, p. 374).

No contexto dessa ideia de tradição como herança, Burke (2014, p. 113-114) clama para que a nação tenha precaução com aquilo que recebe dos seus antepassados, de forma que o “edifício original da sociedade” não deve ser destruído. Sem esse respeito às instituições dos antepassados, a continuidade da nação se rompe e nenhuma geração poderia se ligar à outra. Trata-se de uma ideia, na qual o conjunto da tradição histórica é mediada com o presente de sua própria vida, “[...] mantendo o conjunto da tradição aberto para o futuro” (GADAMER, 2015, p. 446).

Em outro trecho, Burke deixa clara a sua finitude e a consciência de estar dentro de uma cadeia comunicativa que traça os limites de sua compreensão, reconhecendo que o seu horizonte interpretativo é limitado pela tradição, quando afirma que as suas opiniões

expressadas sobre a política inglesa têm sido aceitas dentro da sua comunidade com aprovação geral e contínua, de forma que estariam tão incorporadas à sua personalidade que ele seria incapaz de distinguir o que aprendeu de outros daquilo que seria resultado de sua própria meditação (BURKE, 2014, p.117).

Enquanto a consciência histórica, nos moldes do historicismo, exigiria uma busca aos resquícios de uma tradição do passado, deixando de lado os próprios conceitos e pensando através dos conceitos obtidos nesses resquícios históricos, o pensar historicamente da hermenêutica filosófica implica sempre uma mediação entre os conceitos históricos transmitidos e o próprio pensar. “Querer evitar os próprios conceitos na interpretação não é só impossível como também um absurdo evidente” (GADAMER, 2015, p. 514 ).

Entendemos que Burke, apesar de suas limitações atinentes à época na qual difundiu suas ideias, consegue combater o pretense objetivismo da racionalidade científica moderna, sem incorrer no erro metodológico do historicismo ao pensar o passado como algo destacado, sem uma mediação com o presente.

O filósofo *whig* demonstra consciência de sua situação hermenêutica, ao reconhecer que suas opiniões são oriundas de uma tradição linguística compartilhada e demonstra, ainda, que reflete sobre tais pré-juízos, de forma que a sua própria reflexão se funde com os seus pré-juízos de uma maneira que ele não consegue diferenciá-los. Essa confissão é autoconhecimento e o reconhecimento que a história efetual opera na sua compreensão de mundo. Parece algo como um reconhecimento de que é um ser histórico, que tem opiniões prévias e preconceitos pessoais. Com Heidegger, percebemos que “[...] a pertença a tradições faz parte da finitude histórica da pré-sença tão originária e essencialmente como seu estar-projetado para possibilidades futuras de si mesma” (GADAMER, 2015, p. 351).

Ao comentar sobre a descrição heideggeriana do círculo, Gadamer (2015, p. 388) coloca a compreensão como o “[...] jogo que se dá no intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete”. A antecipação de sentido<sup>34</sup> não surge da subjetividade, mas a partir da comunhão do intérprete com a tradição, sendo que essa relação com a tradição estaria em contínuo e ininterrupto processo de formação e renovação.

Sobre os preconceitos, Burke (2014, p. 106) afirma que sua comunidade, ao invés de prescindir dos velhos preconceitos, prefere cultivá-los, quanto mais tenham durado e

---

<sup>34</sup> A expressão antecipação de sentido seria a projeção de sentido, baseada nas expectativas do intérprete, nos pré-conceitos. Tal noção está ligada à de círculo da compreensão, que visa descrever a estrutura compreensiva. “Ora, é no *médium* linguístico que se dá o compreender; mais propriamente, como vimos em Heidegger, no “como hermenêutico”. E essa compreensão mesma pressupõe uma interpretação, inexoravelmente reflexiva em relação ao sentido antecipado, consistindo ambas na força-motriz do círculo hermenêutico gadameriano” (MIGUEL, 2012, p. 17).

prevalecido. Isso não quer dizer que a manutenção dos preconceitos determina, de antemão, todo seu pensamento.

Ainda, descrevendo o modo como são tratados os preconceitos, afirma que os filósofos britânicos, ao invés de, *a priori*, partir de uma exclusão geral dos preconceitos, “[...] empregam sua sagacidade em descobrir a sabedoria latente que eles encerram”, de forma que, se a busca resultar em resultados positivos, “[...] consideram mais sensato continuar com o preconceito, juntamente com a razão que o envolve” (BURKE, 2014, p. 106).

Ora, a *contrario sensu*, podemos entender que, em Burke, se os preconceitos não válidos devem ser abandonados, isso demonstra que os preconceitos e tradições, na teoria política burkeana, não são contrários à liberdade racional.

Essa análise concreta dos preconceitos, defendida por Burke, contrasta com o modelo cartesiano de ciência moderna, que parte do caráter pejorativo acerca das autenticidades dos pré-juízos para a livre construção metodológica da verdade e se alinha ao pensamento gadameriano, que defende o enfrentamento da autenticidade de tais pré-conceitos. Para Gadamer, “[...] se não é possível superar os pré-conceitos, sob pena de anularmos a nossa condição humana, faz-se necessário distinguir pré-conceitos autênticos daqueles que devem ser refutados, os inautênticos” (CARNEIRO, 2009, p. 128).

Trata-se de uma valoração concreta dos preconceitos e da autoridade anônima da tradição através de uma certa reflexividade. Não há dúvidas que o pensamento burkeano valoriza o que vem do passado, através da transmissão de geração para geração, porém não ao modo do Romantismo: eis que há, em seu pensamento, uma reflexão sobre a sabedoria dos preconceitos.

Esse reconhecimento burkeano se aproxima do reconhecimento e da valoração da autoridade em Gadamer, através da liberdade de reconhecer que determinada autoridade pode ter uma visão melhor em determinado tema. Burke (2014, p. 106) completa seu raciocínio afirmando que os iluministas franceses “[...] não têm respeito algum pela sabedoria alheia, mas têm, em contrapartida, uma excessiva confiança em sua sabedoria própria”.

Vê-se que o fundamento do apelo à autoridade anônima da tradição e aos preconceitos valorados positivamente é um reconhecimento de sabedoria alheia como superior à sua própria visão, após uma reflexão.

Interessante, ainda, é a afirmação de que “[...] o preconceito é de aplicação imediata em casos de emergência” (BURKE, 2014, p. 106). Aqui, novamente, *a contrario sensu*, pode-se concluir que, em situações normais, o preconceito deve ser valorado como legítimo ou ilegítimo, como fonte de verdade, ou não, na busca do entendimento pela própria coisa.

Em casos emergenciais, nos quais não há tempo para reflexão, o que resta é a antecipação de sentido, baseadas nos nossos pré-juízos. No campo do Direito, pode-se imaginar um caso concreto de plantão judicial, no qual o magistrado se vê em uma situação de decidir, liminarmente, sobre uma internação em Unidade de Tratamento Intensivo. Qualquer demora de algumas horas para decidir pode ser fatal para o requerente. Nesse caso, certamente, o magistrado não terá tempo de uma reflexão aprofundada sobre questões do caso concreto. Restará decidir com base em sua antecipação de sentido, de acordo com suas atuais condições de compreensão, como alertado por Burke, em relação aos casos emergenciais.

Desse modo, percebe-se que Burke tem um tom conciliador e prudente sobre a tradição e os preconceitos. Não afirma incondicionalmente a validade do que vem do passado como o Romantismo, nem exclui a possibilidade de terem valor, como faz o modelo moderno de racionalidade. Tradição e preconceitos, para Burke, devem ser mediados com vida presente. Sua abertura à tradição está em consonância com o equilíbrio entre mudanças e conservação (de forma a não ter nada completamente novo, nem manter nada completamente obsoleto). Essa diferença em relação ao pensamento romântico, que defendia o reestabelecimento do passado apenas pelo fato de ser passado, mostra-se na própria biografia de Burke, na qual consta a defesa da limitação dos poderes da monarquia, defesa do fim da colonização da Índia, entre outras causas progressistas para a época. A opção pela razão<sup>35</sup> seria uma ato de liberdade, não uma razão abstrata, mas uma razão que se funda no convencimento de que muitas das tradições, que foram passadas de geração em geração, são fontes de sabedoria e podem ser considerados preconceitos legítimos, no âmbito de sua comunidade.

De igual modo, conclui-se que Burke não incorre no padrão metodológico das Ciências Naturais, tal qual o historicismo, no sentido de conversão da tradição em objeto a ser abordado livremente, sem ver-se atingido por ela, visto que não há, no seu pensamento, uma metodologia para eliminação do subjetivo. Há uma consciência de que a tradição existe e que é passada de geração para geração. Não se vê um apelo para que a sociedade busque, estude e entenda algo perdido em um passado distante. Pelo contrário, Burke defende a tradição como uma herança transmitida. Muitos de seus argumentos são uma descrição do que já ocorria na Inglaterra, que se caracteriza por mudanças graduais.

---

<sup>35</sup> Gadamer (2015, p. 373), afirma que “[...] a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair atenção a si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a supostas mudanças de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação”.

Por mais que Burke demonstrasse uma preferência pelo passado, não havia, em seu pensamento, uma objeção a mudanças necessárias e aperfeiçoamentos, seja na sociedade, seja no Direito, seja na interpretação de um texto ou de uma tradição.

Essa necessária reflexão sobre a qualidade das tradições e preconceitos transmitidos, bem como uma precaução e humildade quanto à confiança na razão humana, está ligada à consciência da finitude (GADAMER, 2015, p. 467) e encontra espaço na prudência burkeana em sua crítica à confiança do sujeito racional.

#### *2.3.3.4 Crítica à autoconfiança do sujeito*

Com fundamento na dialética socrático-platônica, que ensina a importância do saber que não se sabe, Gadamer (2015, p. 477) destaca a questão da primazia da pergunta, como base do conceito de saber e ideia que demonstra a limitação do método como forma de obtenção do conhecimento. Essa limitação do método está ligada à limitação da possibilidade da razão humana individual como única e confiante fonte de legitimação do saber.

Estar aberto ao diálogo, seja com uma tradição, com um texto ou com outra pessoa, opondo-se à rigidez das opiniões, no contexto da primazia da pergunta que requer colocar algo em suspenso e aberto, é uma atitude incompatível com o alheamento em relação ao outro, típico “monólogo do método moderno” e da confiança cega no sujeito racional (GADAMER, 2015, p. 478 e ss).

No contexto de sua crítica à Assembleia Francesa, Burke (2014, p. 182-185) conclama que o verdadeiro legislador desconfia de si mesmo, conjuga inteligência e experiência e desconfia da existência de plano bem sucedido “[...] que não tenha sido emendado pelas observações dos que eram muito inferiores em inteligência à pessoa que assumiu a direção do negócio”. De forma semelhante, Gadamer (2015, p. 485) afirma que “[...] aquele que procura manter rigidamente seus planos é justamente quem acaba sentindo a impotência de sua razão”.

Na parte final de suas reflexões sobre a revolução na França, Burke (2014, p. 254) reverencia seus antepassados, afirmando que “[...] mesmo em sua conduta mais decidida, figuravam sempre uma precaução política, uma prudente circunspeção e uma timidez mais moral do que conjuntural”, e que agiam “[...] sob uma forte impressão da ignorância e da falibilidade humanas”, em contraposição aos iluminados franceses.

Essa prudência burkeana, que atua sob a impressão de ignorância própria, difere totalmente da postura da confiança no método, indo ao encontro da ideia de primazia da

pergunta gadameriana, que se opõe à rigidez das opiniões e deixa “[...] em suspenso a verdade que tem em mente” para uma compreensão que se dá no “vir-à-fala da própria coisa em pauta” (GADAMER, 2015, p. 493).

A cautela de Burke, em relação ao gênio do sujeito racional, foi aplicada ao contexto judicial americano por Alexander Bickel (1978, p. 35), que defendeu uma atuação cautelosa do Judiciário por meio de decisões de pequeno alcance, julgando mais com base nos princípios assentados na sociedade e menos com base na afirmação de princípios gerais abstratos, de forma a chegar a concessões e acomodações na comunidade. Nesse sentido, os juízes não deveriam impor à sociedade respostas simplesmente porque lhe parecem sábias; ademais, os Tribunais, quando instados pela realidade a decidir questões importantes, deveriam estabelecer princípios mais como advertência às instituições políticas do que como normas.

Bickel (1978, p. 38-39), expressamente apoiado em Burke, diferencia Constituição em aberto e Constituição manifesta. A Constituição em aberto seria aquela em que o Judiciário necessitaria injetar teoria para justificar “privilégios e imunidades metafísicos”, como a cláusula do devido processo e da igual proteção. Já a Constituição manifesta seria a Constituição da estrutura e do processo, da mecânica das disposições institucionais e do processo político, da distribuição de poder e da divisão de poderes. Nesse sentido, o autor questiona a legitimidade do Tribunal em relação às questões da soberania popular e do processo político, no que se refere à aplicação judicial do que ele chama de Constituição em aberto.

Qualificando Bickel como um dos autores que defendem o diálogo<sup>36</sup> entre o Legislativo e o Judiciário, Conrado Mendes (2008, p. 101) destaca o fato de Bickel ter tido uma visão inovadora para a sua época, ao defender virtudes políticas passivas da Corte, no contexto do controle de constitucionalidade, em pleno período de ativismo judicial da Suprema Corte da década de 1960, publicizando *slogans* como virtudes passivas, colóquio socrático, arte do compromisso, prudência, longo prazo, gradualismo, pragmatismo, acomodação, estabilidade.

---

<sup>36</sup> Ao descrever teorias que se inclinam por um diálogo entre parlamentos representativos e cortes constitucionais, sem que seja atribuída a última palavra a algum desses interlocutores, Mendes (2008, p. 98 *et seq.*) diferencia duas categorias de teorias: Uma com caráter endógeno (propõe uma teoria de decisão judicial que leve em conta a interação da corte com o legislador) e outra que teria um caráter exógeno, na qual o diálogo seria menos dependente da postura de cada instituição (aquelas teorias que definem o diálogo como algo inerente ao desenho institucional da separação dos poderes) e, adverte que, dentre os primeiros, “[...] alguns preferem atuações deferentes passivas e minimalistas; outros uma intervenção ativa e maximalista”. Desse modo, haveria uma diferença de grau quanto às diversas teorias que defendem o caráter endógeno da necessidade de um diálogo no âmbito da decisão judicial.

“No exercício das virtudes passivas, a corte assume atitudes cautelosas, autocontidas, na forma de juízos políticos prudentiais” (BICKEL, 1986, p. 112*et seq.*). O referido autor criou a alegoria de que a Corte agiria como um “animal político”, não no sentido de agir por impulsos, sentimentos, preferências, partidarismos ou *hunch*, mas agindo com base em um “[...] juízo qualificado pela virtude da prudência” (MENDES, 2008, p. 102).

Bickel insere as virtudes políticas da Corte constitucional dentro de uma teoria normativa da revisão judicial e o faz sustentando que a Corte deve realmente ser influenciada por fatores externos ao direito. Desse modo, o juiz decidiria, não só por argumento de princípio, mas também com base na oportunidade e conveniência, admitindo, assim a possibilidade de um juízo político discricionário em sua teoria constitucional normativa (MENDES, 2008, p. 101). Essa teoria parte, então, de uma diferenciação e uma tensão entre princípio e *expediency* (oportunidade e conveniência)<sup>37</sup>, não somente aplicável ao Legislativo e ao executivo, mas também ao Judiciário<sup>38</sup>.

Ocorre que o sentido que Bickel utiliza para a expressão princípio não é o mesmo sentido que grande parte dos autores do Direito utiliza atualmente. Em seu trabalho, há uma crítica à revisão judicial baseada em princípios rígidos e absolutos, como regras de ação de aplicação universal e imediata, o que dificultaria à Corte cumprir sua função de chegar a acordos baseados em concessões, em temas relevantes, no contexto de um sociedade plural. Ele fala saudosamente de um tempo no qual os princípios não significavam rígidas restrições derivadas de um passado não democrático, mas sim de um *ethos* democrático eficaz em orientar a tendência da ação pública, de forma que sua integridade fosse compatível com os compromissos da sociedade (BICKEL, 1986, p. 69).

Essa visão pessimista acerca do julgamento de princípio parece ser oriunda do próprio período de ativismo judicial vivido por Bickel. Sua crítica se volta contra um ativismo baseado em princípios gerais abstratos impostos pelo Judiciário, no âmbito contramajoritário. Ao que parece, em Bickel, há uma ligação entre julgamento de princípio, subjetivismo e imprudência judicial.

---

<sup>37</sup> “No Society, certainly not a large and heterogeneous one, can fail in time to explode if it is deprived of the arts of compromise, if it knows no ways of muddling through. No good society can be unprincipled; and no viable Society can be principle-ridden. But it is not true in our society that we are generally governed wholly by principle in some matters and indulge a rule of expediency exclusively in others. There is no such neat dividing line. There are exceptions, some of which are delineated, as we shall see, by the so-called doctrine of political questions. Most often, however, and as often as not in matters of the widest and deepest concern, such as the racial problem, both requirements exist most imperatively side by side: guiding principle and expedient compromise. The role of principle, when it cannot be the immutable governing rule, is to affect the tendency of policies of expediency. And it is a potent role” (BICKEL, 1986, p. 64).

<sup>38</sup> “Our democratic system of government exists in this Lincolnian tension between principle and expediency, and within it judicial review must play its role” (BICKEL, 1986, p. 68)



No presente trabalho, adota-se a premissa de que as normas-princípio devem ser tratadas como “[...] uma ponte restauradora da relação entre direito e moral, tanto na perspectiva teórica como na da aplicação prática” (MIGUEL, 2012, p. 60), de forma que os “[...] princípios acontecem sempre no caso concreto, porque é por eles que o ethos, o factum social – sempre ficcionalizados pelo Positivismo – penetram no direito” (STRECK, 2009, p. 172). Desse modo, diferentemente da visão de Bickel, aqui os princípios são tratados como um abertura ao mundo prático (STRECK, 2009, p. 253) e não como normas subjetivas abstratas advindas da genialidade subjetiva da Corte. Então, o julgamento com base nos princípios passa a ser elemento de prudência judicial e não de imprudência, visto que o juiz ideal deve abdicar de sua moral pessoal e julgar de acordo com os princípios, como norma jurídica exigível, por força de sua dimensão de moralidade (DWORKIN, 2010, p. 36).

Realmente, em boa parte das democracias, as sociedades devem ser governadas tanto por princípios, quanto por juízos de conveniência, porém, a discricionariedade política deve se restringir às questões políticas. Este trabalho adota a premissa de que um político prudente deve dominar a arte da conciliação entre princípios e políticas de conveniência e oportunidade. Já o juiz prudente deve se livrar da ânsia solipsista e se limitar a tentar compreender o que é o direito daquela sociedade e acompanhar as mudanças dessa sociedade complexa e fragmentada. O poder Judiciário não pode identificar (no sentido de compreender, interpretar e concretizar) o “direito” de uma sociedade e deixar de aplicá-lo por questões de conveniência, até mesmo porque a compreensão somente se dá na aplicação.

O político ideal e prudente de Burke é aquele que não deve avançar para o completamente novo, nem reter nada obsoleto por razões de acomodação política, mas não há como replicar as lições políticas burkeanas automaticamente ao Judiciário sem se atentar para as peculiaridades da interpretação judicial. Desse modo, este trabalho defende que seria função do juiz prudente reconhecer o material autorizado e institucional proveniente da política e dos próprios precedentes judiciais; e inserto em uma realidade intersubjetiva, procurar desvelar tal direito dentro da concretude da situação posta em juízo. Não há como aplicar um direito anterior sem a compreensão. Na própria compreensão desse direito institucional anterior, vai ocorrer, necessariamente, uma mediação do passado com o presente, através de uma complementação exigida pelo caso concreto (GADAMER, 2015, p. 446). Prudência, assim, estaria ligada à humildade intelectual pregada por Burke e pela vigilância de Gadamer.

As técnicas de não decisão de Bickel, fundamentadas em compromissos pragmáticos, podem gerar um risco adicional de serem utilizadas como meios para impedir o debate, o

controle e a crítica pública (MENDES, 2008, p.109). Tais técnicas esbarram, ainda, na regra da vedação à recusa da prestação jurisdicional, considerada, por Teubner<sup>39</sup>, um compelimento à decisão.

Bickel se apoia em Burke, porém extrai consequências passivas e minimalistas para o Judiciário. Ser prudente, então, no contexto dessa teoria que defende o diálogo, seria, muitas vezes, não agir, estrategicamente, ou agir de forma mínima, para que o tempo assente as questões controversas na sociedade.

Este trabalho intenta realizar uma interpretação distinta da prudência burkeana, aplicada ao Judiciário. Aqui, opta-se apenas pelo ceticismo em relação ao método racional e pela advertência quanto à falibilidade humana, o que leva a uma abertura, flexibilidade quanto aos próprios juízos, considerando que “[...] aquele que quer compreender pode deixar em suspenso a verdade que tem em mente” (GADAMER, 2015, p. 488).

A prudência burkeana, certamente, vai de encontro ao juiz solipsista e autoconfiante, que tenta impor seus valores pessoais, seja sob o manto de um moralismo próprio ou de um paternalismo. Daí, não dá para inferir, nos dias atuais, que os juízes não devam ter poderes para, na sua atividade de compreensão judicial, proteger direitos substanciais como afirma Bickel na sua diferenciação entre Constituição em aberto e Constituição manifesta.

O próprio Burke (2014, p. 216) defendeu um Judiciário independente e que tivesse poderes suficientes para corrigir os excessos e erros da monarquia, chegando a afirmar que um Judiciário forte “é dez vezes mais necessário” no caso de uma democracia, citando, entre outros motivos, a proteção “[...] das minorias vencidas e todos aqueles que nas eleições apoiaram os candidatos malsucedidos”. Sendo assim, parte-se do pressuposto de compatibilização da “humildade intelectual” do estadista burkeano e a busca vigilante pelo desvelamento da hermenêutica filosófica. Aqui, verifica-se, ainda, a compatibilização do pensamento burkeano com a necessidade de proteção da existência de racionalidades diversas.

A teoria de Bickel tem a virtude de expor que há mais do que interpretação e aplicação do Direito no controle de constitucionalidade (MENDES, 2008, p. 101), mas tem a deficiência de ignorar que é apenas pela compreensão, interpretação e aplicação, na concretude da vida, que se desvela o que é o Direito.

---

<sup>39</sup> Os compelimentos sistêmicos são, para Teubner, três limitações à atuação da justiça. O compelimento à decisão significa que ainda “[...] que o juiz saiba, após um longo e doloroso processo de reflexão e discussão, que ambas as partes do processo jurídico “têm razão”, e mesmo que ele saiba que, decidindo de qualquer forma, será injusto com uma das partes, ele precisa acolher ou rejeitar o pedido – sob a exigência da justiça” (TEUBNER, 2011, p. 44).

### **3 POSITIVISMO, PÓS-POSITIVISMO E A IMPRUDÊNCIA JUDICIAL**

Antes de adentrar a análise de aspectos do pós-positivismo no Brasil, faz-se necessário uma breve digressão em direção ao pensamento da Escola da Exegese, que pugnou por um forte formalismo baseado na noção de supremacia do Legislativo, bem como se torna interessante analisar alguns detalhes muitas vezes esquecidos, mas não menos importantes da teoria positivista de Hans Kelsen (1999). Embora o aspecto sobressalente, quando se lembra de Escola da Exegese, seja o da segurança jurídica e, quando se fala da Teoria Pura do Direito, muitas vezes se confunda a pretensão de purificação da ciência do Direito com um formalismo decisório, há que se ressaltar que o Positivismo jurídico normativo de Kelsen está relacionado a um discricionarismo decisório, o que acaba recaindo na imprudência judicial. Essa tensão entre vinculatividade e liberdade judicial já era vista no Direito natural clássico, bem como está contida nas lentes pós-positivistas do Direito que buscaram a superação das insuficiências do Positivismo.

#### **3.1 DO DIREITO NATURAL AO POSITIVISMO**

Como visto no primeiro capítulo, o apego ao esquema metodológico sujeito-objeto, nas ciências em geral criou as condições ideais para a hipertrofia do sujeito solipsista no âmbito jurídico, ancorado no pensamento de Descartes, do sujeito absoluto de sua consciência, descobridor do sentido do texto de forma neutra.

Porém, antes do movimento de codificação consistente na cristalização dos direitos naturais por meio da razão humana e do advento do método moderno fortemente pautado na técnica, o Direito antigo trilhou caminhos que já demonstravam a existência de certa aporia entre imanência/transcendência consistente na busca da justiça, ora por meio de convenções estabelecidas previamente, ora, de forma mais casuística, por meio de um ideal de equidade.

##### **3.1.1 O direito natural pré-moderno**

Em um trabalho de análise histórica sobre o direito natural, Costas Douzinas (2009, p. 54-55) afirma que, na Grécia clássica, a ideia de lei, como mandamento ou regra acompanhada por sanções, não teve muita importância. Com base no pensamento aristotélico de justiça, a tarefa do juiz era chegar ao resultado correto na divisão dos bens externos, dos benefícios, ônus e recompensas. A arte jurídica era essencialmente prática, de forma que a

decisão justa seria sempre provisória, experimental, conforme a observação da natureza da vida e de uma confrontação dialética sobre tal natureza.

O direito natural do mundo teleológico clássico, como conceito dinâmico, visava buscar a solução justa no mundo externo das relações humanas e podia ser considerado “[...] a rebelião da filosofia contra o peso das convenções e do passado” (DOUZINAS, 2009, p. 59).

Aristóteles (1984, p. 122) entendia as leis como um modo de universalizar obrigações referentes às virtudes e, de alguma forma, denunciou a existência de uma tensão entre uma justiça referente às leis e as convenções e uma justiça referente à natureza das coisas. Sendo assim, as leis deveriam dizer o que é justo, conforme a arte do legislador, mas para isso deveriam ser bem elaboradas, de modo que as leis mal concebidas não alcançariam esse desiderato.

Tal pensamento já adiantava uma das insuficiências do formalismo jurídico que iria se desenvolver posteriormente, consistente na impossibilidade de as regras formais abarcarem todo o comportamento humano. Aristóteles (1984, p. 136) não concebia o Direito como conjunto de regras absolutas, tendo em vista que a justiça necessita do equitativo como “[...] correção da lei quando quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”.

Para os juristas de Roma, assim como na Grécia, o Direito não era um conjunto de regras, mas o resultado justo de uma disputa particular, de forma, predominantemente dialética e casuística (DOUZINAS, 2009, p. 61-62).

Douzinas (2009, p. 65-66) atribui à Cícero a pavimentação do caminho ao racionalismo jurídico moderno, que teria transformado o direito natural em uma questão de introspecção e revelação, conduzindo-o a uma moralidade abstrata de preceitos a ser revelada pelo sábio. Este último não precisava mais observar a natureza ou a cidade, como no pensamento aristotélico, mas apenas ouvir a sua voz interior.

Cícero (1967, p. 40 *et seq.*) busca explicar a natureza do Direito a partir do estudo da natureza do homem. A razão suprema da natureza deveria ser confirmada e desenvolvida pela mente humana, de forma a revelar uma lei suprema eterna e imutável. A razão e a lei eterna seriam vínculos entre o homem e Deus. Dessa forma, se em Aristóteles as convenções foram substituídas por um direito dinâmico baseado na observação da natureza cambiante e pela dialética, no pensamento de Cícero, essas convenções foram substituídas por um direito natural imutável que seria revelado pela razão dos sábios através do conhecimento de Deus. A natureza, na obra de Cícero, “[...] tornou-se a origem de um conjunto definido de regras e normas, de um código legal, e deixou de ser uma forma de argumentar contra cristalizações

institucionais e opiniões comuns” (DOUZINAS, 2009, p. 64). Assim como o cosmos era perfeito e imutável, deveria ser o conjunto de normas decorrente dessa natureza perfeita.

Para Douzinas (2009, p. 66-67), portanto, a obra de Cícero seria o ponto de inflexão na direção de um direito pautado na norma derivada da razão humana, passando o legislador e o juiz a ter o papel de porta-voz do espírito e da razão da lei. Ao sábio caberia a função de revelar tal conjunto de regras objetivas.

Outra modificação importante do jusnaturalismo foi a transição de um direito natural baseado na cosmologia antiga para um direito natural cristão, como decorrência lógica da ruptura que culminou na transição da filosofia grega para a doutrina cristã. O divino deixou de significar o cosmos, a estrutura perfeita do mundo, para se tornar um Deus encarnado, uma pessoa individual, que é Cristo. De uma estrutura perfeita para uma pessoa singular.

Sendo assim, houve um processo de cristianização do direito natural, que passou por Santo Agostinho<sup>40</sup>, que equiparou lei e justiça, no intuito de deslegitimar a autoridade do Império Romano pagão, de forma que uma lei injusta não poderia ser considerada lei e um Estado injusto (pagão) não seria Estado. No direito natural de Santo Agostinho, o “dar a cada um o que é seu” aristotélico se mistura com uma subordinação às normas da misericórdia divina. Somente no amor de Deus existiria a verdadeira justiça e “[...] a injustiça torna-se a condição da humanidade” (DOUZINAS, 2009, p. 70). Desse modo, não era possível haver justiça sem adesão a Deus, porque não haveria justiça sem dar a Deus o amor que lhe é devido (VILLEY, 2008).

Em contraposição à falha justiça dos homens, deve haver, conforme Agostinho, uma justiça ideal de bondade e misericórdia reservada aos cristãos na cidade eterna<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> “Afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões? Que é que são, na verdade, as quadrilhas de ladrões senão pequenos reinos? Estas são bandos de gente que se submete ao comando de um chefe, que se vincula por um pacto social e reparte a presa segundo a lei por ela aceite. Se este mal for engrossando pela afluência de numerosos homens perdidos, a ponto de ocuparem territórios, constituírem sedes, ocuparem cidades e subjuguem povos arroga-se então abertamente o título de reino, título que lhe confere aos olhos de todos, não a renúncia à cupidez, mas a garantia da impunidade. Foi o que com finura a verdade respondeu a Alexandre Magno certo pirata que tinha aprisionado, De facto, quando o rei perguntou ao homem que lhe parecia isso de infestar os mares, respondeu ele com franca audácia: O mesmo que a ti parece isso de infestar todo o mundo; mas a mim, porque o faço com um pequeno navio, chama-me de ladrão; e a ti porque o fazes com uma grande armada, chamam-te de imperador” (AGOSTINHO, 1996, p. 383).

<sup>41</sup> “Mas, mesmo cá, é muito diferente a recompensa dos santos que sofrem opróbrios pela verdade de Deus, odiosa para os apaixonados por este mundo. Esta cidade é eterna

— ninguém nela nasce porque ninguém nela morre;

— nela é verdadeira e plena a felicidade, que não é uma deusa mas um dom de Deus;

— dela recebemos o penhor da fé para todo o tempo durante o qual, peregrinando, suspiramos pela sua beleza;

— nela o Sol já não se levanta para os bons e para os maus, — o Sol da justiça apenas protege os bons;

— nela não haverá mais esforços para enriquecer o erário público à custa das fortunas privadas, porque o tesouro comum será a verdade.

Não foi, por conseguinte, somente para que uma tal recompensa fosse concedida a tais homens que o Império Romano se desenvolveu e conquistou a glória humana; — foi também para que os cidadãos desta Cidade eterna,

Na doutrina de São Tomás de Aquino, há uma forte influência aristotélica (VILLEY, 2008, p. 53), tanto em relação à justiça geral, através da pregação do conjunto de virtudes, confirmadas pela moralidade bíblica, como em relação à justiça particular, pela boa divisão dos bens exteriores.

No entanto, Aquino não tem a visão pessimista de Santo Agostinho em relação à justiça pagã e ao Estado. Pelo contrário, ele visa integrar, em uma visão de mundo, as sabedorias cristãs e pagãs, já que ambas provém da mesma fonte divina (VILLEY, 2008, p. 117) e, o Estado, embora resultado do pecado original, era justificado porque servia à ordem hierárquica celestial como sua parte humana (DOUZINAS, 2009, p. 72).

A visão tomista situa o Direito em um quadro das atividades humanas, de forma que não caberia ao cristianismo o papel de advogar por uma justiça social ou “[...] matraquear sobre as estruturas em vez de visitar os doentes” (VILLEY, 2008, p. 122).

Para Douzinas (2009, p. 72-73), a mediação entre céu e terra do tomismo serviu para justificar a ordem medieval, de forma que esse direito natural relativizado perdeu sua capacidade de se opor à lei positiva. Essa crítica parte do pressuposto de que o direito natural clássico não visava justificar a aplicação das leis vigentes, mas sim em uma confrontação dialética do senso comum institucional e político. Já o direito natural tomista, para ele, fundamentava dominação, desigualdade e diferenciação social.

Esse breve apanhado histórico sobre o direito natural anterior ao modelo mais conhecido do direito natural moderno torna-se importante para demonstrar que as concepções de direito natural variaram entre uma função de transcendência em relação ao direito positivo, o que daria ao julgador a liberdade de julgar conforme as convenções ou conforme a justa natureza das coisas, por meio da observação da realidade da cidade e da totalidade do *cosmos* (Aristóteles) e a função de ser o próprio conjunto de normas a serem observadas, seja por derivar da razão divina e reveladas pelos sábios (Cícero), por normas morais que levam à cidade eterna (Agostinho), ou pelo conjunto de normas que visam à distribuição dos bens, conforme o grau de importância na comunidade (Aquino).

Desse modo, o direito natural perdeu parte de sua força como ideal de transcendência da tradição clássica e foi cooptado pela religião, perdendo, também dinamismo em direção a um conjunto de normas objetivas, fato que contribuiu para uma resposta radical do direito natural moderno (DOUZINAS, 2009, p. 77).

---

enquanto por cá peregrinam, olhem com atenção e com tino para aqueles exemplos e vejam quão grande amor se deve à pátria celeste por causa da vida eterna — quando a cidade terrena é tão amada pelos seus cidadãos por causa da glória dos homens” (AGOSTINHO, 1996, p. 517).

Além da perda em relação ao potencial de transcendência do Direito, houve uma transformação relevante, ainda antes da modernidade, consistente na transição desse *jus* objetivo para os direitos subjetivos dos indivíduos soberanos. “Essa transição redefiniu o conceito de direito como um “poder” ou “liberdade” possuído por indivíduo, um qualidade que caracteriza o seu ser” (DOUZINAS, 2009, p. 75).

John Finnis (2007, p. 203) aponta que essa transição do *jus* de São Tomás de Aquino, como conjunto de normas objetivas que visavam à distribuição dos bens externos, para o de Suarez, como um poder que uma pessoa possuiria, teria sido um divisor de águas.

Villey (2008, p. 111) destaca a importância da segunda escolástica, por meio de teólogos como Vitoria De Soto, Suarez, Lessius e Bellarmin, para o desenvolvimento da ideia de que a regra moral não teria como fonte única os preceitos revelados por Deus, mas também a lei que Deus teria inserido no coração de cada indivíduo. A Escola moderna do direito natural derivaria dessa segunda escolástica.

O primeiro passo dessa transição, essencial para o entendimento da jurisprudência da modernidade, ligada ao nascimento do homem moderno e dos direitos individuais, consiste no pensamento nominalista de Duns Scotus e Guilherme de Ockham. O nominalismo rejeitava que conceitos genéricos como lei, justiça e cidade representassem entidades reais. Tais termos seriam fruto apenas de um convencionalismo que gerava uma artificialidade. Desse modo, “a cidade”, por exemplo, não existiria de forma real, mas sim como uma artificialidade convencional para a totalidade dos cidadãos individuais. Os nominalistas, já em meados do século XIV, defendiam que “[...] a expressão máxima da criação é a individualidade, conforme evidenciado na encarnação histórica de Cristo” (DOUZINAS, 2009, p. 75).

Na concepção de Michel Villey (2008, p. 126), os três fatores que podem estar na gênese do individualismo modernos seriam o cristianismo, o humanismo e o nominalismo<sup>42</sup>.

Essas duas transições do direito natural tiveram influência direta sobre a noção de direito natural moderno, esta, por sua vez, importante para o entendimento do Positivismo legalista.

---

<sup>42</sup> O cristianismo teria dissolvido a tradição clássica do homem como parte da cidade, como animal político inserto em uma comunidade, de forma que os cristãos negligenciariam a cidade terrestre em prol da espiritual. O Deus cristão não era uma abstração deduzida do *cosmos*, mas sim um Deus que veio à Terra como indivíduo (VILLEY, 2008, p. 127). O segundo fator seria o humanismo, como exaltação do homem em substituição de Deus, que teria ocorrido em um contexto de ruptura do mundo burguês com a teologia, um renascimento do interesse pelo idealismo platônico, que teria forte ligação com o direito moderno, como sistema ideal de normas, distanciado da experiência concreta, bem como em Descartes, considerado fundador da filosofia moderna, que “[...] constrói seu sistema com base no “penso logo existo”, “em vez de demonstrar a existência de Deus pela ordem do cosmo” (VILLEY, 2008, p. 130). Antes, porém, do humanismo, o individualismo já tinha encontrado guarida no pensamento nominalista, que, no contexto da literatura judaico-cristã, só reconhecia “[...] existência real a seres singulares” (VILLEY, 2008, p. 132).

### 3.1.2 O direito natural moderno e a razão cristalizada pelo Positivismo legalista.

Foi analisada, na seção anterior, a questão do paradigma metodológico moderno que, entre outras características, destacava-se pela secularização, subjetividade e pretensão de neutralidade.

A noção do direito natural moderno, como condição de validade do direito positivo (CARNEIRO, 2009, p. 50), é de extrema importância para o entendimento das concepções positivistas que advieram após o movimento de codificação.

Há que se destacar uma inicial influência teológica sobre os pensadores modernos, antes da substituição de “Deus” pelo “Homem” (DOUZINAS, 2009, p. 77), de forma que a origem mais remota de um ideal de justiça, até mesmo dos revolucionários franceses de 1789, seria o cristianismo, antes da troca da religião cristã pelo culto à razão (VILLEY, 2008, p. 108).

Daí pode-se entender a influência do individualismo, que estava intimamente ligado ao cristianismo conforme tópico acima, no direito moderno<sup>43</sup>. Apesar da existência de diversas escolas do direito natural moderno, “[...] todas elas acreditavam que a vida social e o Estado são o resultado da atividade individual” (DOUZINAS, 2009, p. 79).

Embora Hugo Grócio seja considerado, por muitos, o iconoclasta do direito natural moderno, seu direito natural racional está mais ligado à construção de um direito das gentes, que estabelecesse limites ao relacionamento entre os diferentes povos, mas, ainda, sem a sistematização científicista que caracterizou o jusracionalismo moderno (CARNEIRO, 2009, p. 52).

Como direito natural, organizado sistematicamente, destaca-se o pensamento de Hobbes<sup>44</sup>, que teve grande influência na modernidade burguesa. Sua teoria extraiu consequências do nominalismo para o Direito, buscando basear-se em elementos singulares: “Na física, os átomos; na política, os indivíduos” (VILLEY, 2008, p. 140). Ele “[...] separou o indivíduo da ordem social e o instalou no centro, como sujeito da modernidade e origem da lei” (DOUZINAS, 2009, p. 85).

---

<sup>43</sup> “A filosofia individualista moderna tinha que dar uma definição do Direito que não somente destruísse, mas substituísse o antigo conceito clássico de direito” (VILLEY, 2008, p. 136).

<sup>44</sup> Nesta passagem, Hobbes (2003, p. 85) tenta demonstrar uma característica comum à natureza de todos os indivíduos consistente na ânsia pelo poder: “Assinalo assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte. E a causa disto nem sempre é que se espere um prazer mais intenso do que aquele que já se alcançou, ou que cada um não possa contentar-se com um poder moderado, mas o fato de não se poder garantir o poder e os meios para viver bem que atualmente se possuem se adquirir mais ainda” [...].



A abstração do homem, como ausência de características concretas, favorecia um estudo que tentasse desvendar os elementos comuns da humanidade, ou seja, um denominador comum que superasse as características e peculiaridades de determinadas nações. É nesse contexto que a “[...] busca pelo permanente universal e eterno tinha de subtrair das pessoas empíricas o que quer que fatores históricos, locais ou contingentes tivessem adicionado à sua natureza” (DOUZINAS, 2009, p. 78).

Para Hobbes (2003, p. 147), o homem, em seu estado natural, está em constante guerra para satisfazer suas vontades individuais antagônicas, sendo que somente um soberano poderia conformar todas essas vontades que, descontroladas, acabavam gerando guerras, medo e morte.

No pacto social que delega poderes ao soberano, encontra-se a passagem do estado de natureza para a sociedade civil. Partindo da lei natural de autopreservação, na qual o homem tem a liberdade de fazer o que quiser para preservar sua vida, haveria uma deliberação e decisão racional, na qual os indivíduos firmariam pactos recíprocos, concedendo poder para o soberano, com a finalidade de assegurar a paz e a defesa comum (DOUZINAS, 2009, p. 89-90).

Wálber Carneiro (2009, p. 53-54) destaca que, no pensamento de Hobbes, coexiste um direito natural, desdobrado sistematicamente da essência humana, e um direito positivo necessário para a manutenção da paz, sendo que este último tinha que ceder certo espaço ao primeiro, fosse mediante alguns limites ao poder de legislar, fosse como mecanismo de correção da aplicação da lei civil. Essa ambiguidade faz com que Hobbes seja considerado um dos precursores do Positivismo jurídico. Ainda que o direito positivo tivesse que ceder algum espaço ao direito natural, este servia ao direito positivo, legitimando o poder de um Estado autoritário, tendo em vista que a justificação teológica não era mais suficiente.

Hobbes estabelece um sistema jurídico para reconhecimento e proteção dos direitos individuais, notadamente, o direito de propriedade (DOUZINAS, 2009, p. 94). Desse modo, no sistema de Hobbes, a lei estatal tem um mero papel instrumental, no sentido de servir às intenções dos contratantes, de forma que os direitos subjetivos, notadamente a liberdade e a propriedade, que estavam ameaçados no estado de liberdade natural, estão no centro do pensamento jurídico moderno (VILLEY, 2008, p. 144).

De forma semelhante, John Locke (2001, p. 83) parte sua concepção do pressuposto da existência de uma condição natural dos homens. Porém, diferentemente de Hobbes, essa condição seria um estado no qual os homens são absolutamente livres, dentro dos limites do direito natural, um estado de igualdade e reciprocidade.

Outra semelhança com o pensamento de Hobbes consiste no entendimento do direito natural proveniente da razão como parâmetro para interpretação da lei civil<sup>45</sup>.

Locke apresenta uma visão menos pessimista desse estado de natureza humano em relação a Hobbes, de forma que antes do contrato social já existiria uma ordem social baseada em direitos distintos pré-constituídos (VILLEY, 2008, p. 147) Pela concepção de direito natural de Locke, o homem já possui o direito natural à propriedade, derivado do direito de autopreservação. Desse modo, o homem teria o direito de buscar meios de subsistência pelo trabalho, como forma de vencer a miséria e alcançar a felicidade, em forma de prosperidade (DOUZINAS, 2009, p. 95-96).

O contrato social e o Estado são necessários não para constituir o direito de propriedade, mas para “[...] que estes direitos sejam garantidos pela força pública, pelo estado-policia” (VILLEY, 2008, p. 148). Essa é a justificação para existência do Estado e das leis civis. Já que no estado de natureza de Locke o homem já é livre, dono de seus bens e igual aos seus pares, a função do contrato social consiste no aparato para proteção e conservação de tais direitos, tendo em vista que “[...] ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros” (LOCKE, 2001, p. 156).

Deus deu a razão ao homem para que ele possa bem explorar os recursos do planeta, misturando o seu trabalho a tais coisas, o que geraria o direito de propriedade, sendo que o trabalho acrescentaria algo à natureza. Esse sistema seria baseado na “lei da razão” (LOCKE, 2001, p. 98).

Apesar de dar grande importância à proteção da propriedade, Wálber Carneiro (2009, p. 62) lembra que Locke também previa alguma limitação natural a tal direito, limitações ao direito positivo, inclusive quanto ao direito de propriedade.

Para Douzinas (2009, p. 97), o pensamento de Locke finaliza o processo de transição do direito natural como protetor de um *jus* consistente na relação objetiva entre as pessoas para ser o direito com o objetivo de “[...] servir ao indivíduo e promover sua felicidade”. O pensamento de Hobbes e Locke deu forte suporte filosófico às revoluções e declarações vindouras.

---

<sup>45</sup> “Embora esteja além de meu presente propósito entrar aqui em detalhes sobre a lei da natureza ou suas medidas de punição, é certo que esta lei existe, absolutamente inteligível e clara para uma criatura racional dedicada a seu estudo, como o são as leis positivas da comunidade civil; ou melhor, possivelmente mais claras, pois a razão é mais fácil de ser compreendida que os sonhos e as maquinações intrincadas dos homens, buscando traduzir em palavras interesses contrários e ocultos; pois assim realmente se constitui grande parte das leis civis dos países, que só são justas na medida em que se baseiam na lei da natureza, pela qual devem ser regulamentadas e interpretadas” (LOCKE, 2001, p. 88).

Desse modo, a justificação racional para a liberdade professada pela Revolução Francesa foi encontrada “[...] no discurso jusnaturalista, vitorioso contra o direito anterior, que tinha base nos costumes era considerado irracional e desorganizado” (MIGUEL, 2012, p. 30).

Se as grandes codificações ocorridas entre o século XVIII e o século XIX podem ser consideradas causas históricas mais imediatas em relação ao Positivismo jurídico, há que ressaltar que tais codificações possuem estreita relação com boa parte do pensamento iluminista, mais especificamente com o pensamento jusnaturalista (BOBBIO, 1995, p. 54-55).

A ideia de codificação é fruto, então, dessa cultura racionalista, em detrimento do direito histórico. As normas acumuladas pelo desenvolvimento histórico, complexas e arbitrárias, deveriam ceder frente a um direito simples e unitário, fundado na natureza humana<sup>46</sup>. Tal direito simples seria proveniente da razão científica do legislador (BOBBIO, 1995, p. 65).

A positivação dos ideais do jusnaturalismo por meio do Código de Napoleão, considerando a forte inspiração de seus autores no direito natural, não impediu que o direito codificado perdesse rapidamente essa feição jusnaturalista, o que redundou na redução do discurso jurídico à dogmática. Nesse contexto, após a cristalização de um ideal de justiça, liberdade e igualdade metafísica, diante do temor de retorno dos absolutistas, nasce a Escola da Exegese, como manifestação teórica do Positivismo (MIGUEL, 2012, p. 31).

Quanto a essa aludida perda, Wálber Carneiro (2009, p. 72) entende que a concepção de Direito forjada no projeto de modernidade foi abandonada ao decorrer da sua execução, reconhecendo que o direito moderno teria sucumbido ao Positivismo. É que as diversas vertentes do jusracionalismo tinham algo que as faziam ultrapassar o texto, na direção antropológica, de modo que as revoluções burguesas se utilizaram desse ideal, mas que o pensamento jusracionalista teria sido desvirtuado.

O capitalismo, como lógica prevalecente na modernidade é um dos fatores para tal desvirtuamento e a técnica deixa de ser instrumento para virar fim no contexto da dominação

---

<sup>46</sup> Rousseau entendia que, no estado de natureza, os homens viviam livres e que a desigualdade seria decorrência da sua evolução (CARNEIRO, 2009, p. 63). O homem tem a liberdade de, com o passar do tempo, afastar-se de sua natureza e esta passa a ser corrompida pelas camadas de costumes e leis históricas que vão se acumulando, durante o passar do tempo, de forma que um direito positivo racional, baseado no contrato social, deveria garantir a liberdade e a igualdade perdidas: “[...] Conclui-se dessa exposição que, sendo quase nula a desigualdade no estado de natureza, deve sua força e seu desenvolvimento a nossas faculdades e aos progressos do espírito humano, tornando-se, afinal, estável e legítima graças ao estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente e na mesma proporção, com a desigualdade física – distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário” (ROUSSEAU, 1983, p. 282).

econômica. No âmbito do Direito, “[...] passamos a falar em codificações e em sistemas abstratos que se constroem em torno do *texto* e não em torno do homem” (CARNEIRO, 2009, p. 77).

O paradoxo<sup>47</sup> do esquecimento do jusracionalismo pelo novo regime implementado após as revoluções burguesas (por terem se valido abertamente da ideologia racionalista) marca “[...] a passagem para as concepções positivistas de direito, representadas na França pela *Escola da Exegese* e na Alemanha pela *Jurisprudência de Conceitos*” (CARNEIRO, 2009, p. 78)

No contexto da Escola da Exegese, a lei era vista como elemento de racionalização dos atos de governo, de forma a evitar arbitrariedades de eventual governo tirano ou o subjetivismo dos juízes, sendo que ao Judiciário bastaria apenas a busca pela vontade do legislador histórico para descobrir o sentido do texto legal. Esse método universal levaria à verdade no âmbito do processo jurisdicional, através do discurso da neutralidade judicial. Por trás desse véu de racionalidade e neutralidade, há uma opção política em torno do liberalismo e pela proteção das conquistas da Revolução Francesa, mediante as leis editadas pela Assembleia. Desse modo, os juízes se tornaram “boca da lei” e passou-se a estabelecer uma tirania legislativa, até por conta da desconfiança que os revolucionários franceses tinham em relação ao Judiciário (MIGUEL, 2012, p. 32).

O juiz seria visto apenas como o “núncio do legislador”, intermediando a relação do Legislativo com as partes envolvidas em um litígio, não havendo nada que pudesse proteger o povo frente a algum possível excesso proveniente do convencionalismo legislativo. Além da questão da dificuldade referente a um *deficit* de responsividade em relação às mudanças sociais, existe a dificuldade interpretativa inerente ao próprio silogismo como método. Daí que tal perspectiva cria um problema político, bem como um problema hermenêutico, tendo em vista o total distanciamento entre a generalidade e a abstração da lei e a individualidade do caso concreto (MIGUEL, 2012, p. 39 ).

A concepção da Escola da Exegese, do juiz “como boca da lei” corresponde ao que Riccardo Guastini (2014, p. 347-348) chama de teoria cognitivista da interpretação, pela qual a interpretação judicial seria um ato de descobrimento ou conhecimento do significado do texto normativo que teria, então, um sentido unívoco suscetível de conhecimento.

---

<sup>47</sup> Bobbio (1995, p. 55) retrata bem esse paradoxo, ao lembrar a supressão, na redação definitiva, do artigo I do projeto preliminar para Código Civil francês, que declarava: “Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens”.

O ponto de vista cognitivista, na classificação apresentada por Guastini<sup>48</sup>, ignora a possibilidade da discricionariedade judicial, fundamentando-se na soberania do parlamento e na separação dos poderes, em busca da certeza do Direito e da estabilidade e previsibilidade nas relações e decisões judiciais (GUASTINI, 2014, p. 349-350).

A concepção cognitivista se aproxima de um formalismo jurídico radical, alicerçado nos ensinamentos da Escola da Exegese, ainda crente na possibilidade de afastamento da discricionariedade pelo método de valorização das leis e do poder do parlamento. A estruturação do Estado mediante a separação dos poderes correspondeu, na epistemologia jurídica, ao desenvolvimento do pressuposto da “[...] neutralidade axiológica do juiz em seu ofício decisório” (MIGUEL, 2012, p. 30).

A pretensão de retratar de forma completa a realidade através de um código, como se fosse possível albergar, via lei, tudo que pode acontecer no mundo dos fatos, mostrou-se algo impossível, de forma que o sistema fechado do Código Napoleônico, ao invés de evitar o subjetivismo dos juízes, acabou gerando uma “[...] discricionariedade de segundo nível”, localizada na atividade de interpretação do “juiz racional”, ao lado do “legislador racional” (STRECK, 2009, p. 472).

O próprio artigo 4º do *code civil* de 1804<sup>49</sup>, que proibia o juiz de se eximir do julgamento, mesmo no caso de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, reconhece que a lei não pode cobrir todos os aspectos da faticidade. Esse dispositivo está no cerne do que pode ser considerada uma delegação para que o juiz, de uma forma limitada, preencha “[...] os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador” (STRECK, 2009, p. 472).

---

<sup>48</sup> Advertindo que o problema da interpretação é mais complexo do que as classificações apresentadas, Guastini afirma que as teorias da interpretação são, em geral, classificadas em: teoria cognitivista, segunda a qual a interpretação é um ato de conhecimento; teoria cética ou realista, segundo a qual a interpretação seria um ato de vontade; e teoria eclética, segundo a qual a interpretação seria, de acordo com as circunstâncias, algumas vezes ato de conhecimento e outras ato de vontade. A teoria cética e a teoria eclética teriam duas variantes. A primeira variante da teoria cética seria moderada, ao reconhecer que os textos normativos são equívocos, que as normas são indeterminadas e admitem uma pluralidade de interpretações igualmente plausíveis, de forma que a interpretação judicial é uma atividade decisória, com certa carga de discricionariedade e, em certos casos, seria uma atividade criadora. A segunda variante da teoria cética é a variante cética extremada, segundo a qual os textos normativos não possuem nenhum significado antes da interpretação; baseia-se em que os juízes são totalmente livres para atribuir a todo texto normativo qualquer significado. A primeira variante da teoria eclética distingue casos de fácil classificação jurídica, quando a interpretação seria um mero ato de conhecimento dos casos de difícil classificação jurídica, que se encontram na penumbra de incerteza, nos quais a interpretação seria um ato de vontade. Já a segunda variante eclética, ao invés de distinguir casos fáceis ou difíceis, baseia-se na distinção entre textos claros e unívocos e textos obscuros e equívocos, de forma que quando o texto fosse claro a interpretação seria um ato de conhecimento, ao passo que nos casos de textos com significados duvidosos ou controvertidos a interpretação constituiria ato de vontade (GUASTINI, 2014, p. 345 *et. seq.*)

<sup>49</sup> Este artigo dispõe: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (BOBBIO, 1995, p. 74).

De acordo com Bobbio (1995, p. 77), deixar aberta a possibilidade da livre criação judicial foi a solução que os redatores do art. 4º tinham em vista, porém os intérpretes da Escola da Exegese pretenderam atribuir a tal dispositivo a fundamentação para o argumento da completude da lei, mesmo que fosse via apelo à investigação da vontade do legislador.

A intenção dos redatores do Código Napoleônico de deixar uma porta aberta ia ao encontro do art. 9º do *Livro preliminar* do projeto, que foi eliminado no texto definitivo. Tal dispositivo tinha a seguinte redação: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva” (BOBBIO, 1995, p. 76).

Depois de eliminado o art. 9º, o art. 4º foi compreendido pelos primeiros intérpretes do código (exegetas) de forma completamente diferente do imaginado pelos compiladores, “[...] no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias” (BOBBIO, 1995, p. 77)

Desse modo, enquanto os exegetas interpretaram o art. 4º como a prova da existência da possibilidade do código solucionar todos os possíveis casos futuros, Lênio Streck, ciente da impossibilidade de um código conseguir abranger toda a faticidade, entende tal dispositivo como uma delegação ao juiz/intérprete racional, adaptação do próprio sistema para preencher os vácuos do legislador racional.

Apesar de ter sido configurado para buscar segurança jurídica, o modelo metodológico do Positivismo primitivo não foi capaz de cumprir tal desiderato. A complexidade do mundo da vida não se coaduna com a simplicidade da operação de subsunção que separa sujeito e objeto, fatos e direito a serem aplicados pelo juiz, o que levou a uma sucumbência do Direito frente à política, por meio da discricionariedade judicial. É que o problema da insegurança não estava apenas na base antropológica do jusnaturalismo moderno, mas também no método racional abstrato, sustentado pela “armação da técnica” (CARNEIRO, 2009, p. 81-82).

### **3.1.3 O discricionarismo no Positivismo de Hans Kelsen e no pensamento de Herbert Hart**

Influenciado pelo cientificismo reinante, Kelsen tentou reduzir o Direito a uma ciência positiva pura, de modo que o jurista neutro kelseniano deveria lidar com as normas existentes, independentemente de seu conteúdo, tendo em vista que a decisão quanto a valores resultaria de uma atividade irracional e subjetiva de cada um, o que resultou em um alto nível de indiferença da ciência do Direito em relação aos fins do direito (VILLEY, 2008, p. 185-186).

O ponto central dessa pureza científica pretendida por Kelsen estava fundamentado na diferenciação entre juízos de ser e juízos de dever ser. Cada um de tais juízos seria independente e teriam métodos diferentes. A conduta humana efetiva seria objeto de outras ciências como a Sociologia, enquanto a ciência do Direito seria apenas uma ciência de normas (LARENZ, 2005, p. 92-93).

A teoria pura de Kelsen não se preocupou com o conteúdo do direito, mas sim com a estrutura lógica das normas jurídicas, tendo em conta a supracitada disparidade entre ser e dever ser, no sentido da busca de libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe seriam estranhos (LARENZ, 2005, p. 95).

A teoria da interpretação desenvolvida por Kelsen segue a lógica de sua teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica, de forma que a cada aplicação da norma superior se produz uma norma inferior. Nesse passo, aplicação do Direito é produção do próprio Direito. “A produção da Constituição opera-se em aplicação da norma fundamental, que é a única norma não produzida através de um acto de vontade, mas apenas mentalmente pressuposta” (LARENZ, 2005, p. 104).

Nesse passo, assim como uma lei inferior é um ato de vontade concretizador de uma norma superior, uma sentença judicial é um ato de vontade que aplica a lei e, ao mesmo tempo, cria o Direito, tendo em vista que uma norma superior não tem a capacidade de ditar completamente as direções do ato inferior de execução, sempre havendo múltiplas possibilidades dentro do quadro estabelecido pela norma superior.

Assim, se a subjetividade, no Positivismo primitivo era um efeito colateral indesejado do método adotado, em Kelsen (1999, p. 246) essa discricionariedade é prevista e aceita expressamente, visto que a determinação da norma nunca é completa, sempre restando uma margem de livre apreciação.

O ato de conhecimento serviria apenas para descobrir as possibilidades admitidas pela Direito. A partir daí se daria um ato de vontade, consistente na livre escolha entre essas possibilidades no âmbito da política do Direito. A aplicação judicial seria um ato de criação do direito positivo, mas tal criação judicial se utilizaria de norma morais, juízos de valor sociais e de inúmeras variáveis fora do direito positivo. A interpretação seria, então, um ato de vontade. Sobre o caráter cognitivista da interpretação judicial do Direito, no sentido de ser uma questão apenas de conhecimento do direito pré-existente, o professor de Viena afirma que se trata de “[...] uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação” (KELSEN, 1999, p. 249).

Kelsen, ao invés de buscar o “direito puro” supostamente descoberto pela razão humana, busca uma “ciência do direito puro”, sendo que o ceticismo kelseniano parte de um recorte da ciência jurídica em relação à prática jurídica, que abre mão de purificar o “fenômeno jurídico” em relação à sua condição política (CARNEIRO, 2009, p.82). A ciência do direito deveria, então, apenas descrever o Direito com rigor.

Já a aplicação judicial seria uma questão atinente apenas a um ato de vontade do juiz. Trata-se do momento ametódico, no qual a autoridade competente “[...] decide valorativamente, sem se basear em quaisquer métodos ou critérios jurídicos, constituindo um posicionamento eminentemente moral” (MIGUEL, 2012, p. 72). O Positivismo estaria, então, intimamente ligado à discricionariedade e pautado na possibilidade de múltiplas respostas, naqueles casos que não podem ser resolvidos com uma mera pesquisa de regras vigentes e decisões passadas (STRECK, 2009, p. 13).

Se a discricionariedade judicial kelseniana é uma parte essencial da teoria de escalonamento normativo, tendo em vista que a escolha entre as possibilidades de interpretação seria “[...] um problema de política do direito” (KELSEN, 1999, p. 249) e que tal escolha constitui produção jurídica, no âmbito de uma interpretação autêntica (LARENZ, 2005, p. 104), para Hart (2007, p. 141), essa discricionariedade é uma consequência inevitável da textura aberta do Direito, tendo em conta os limites da linguagem humana da qual o Direito é dependente.

O Positivismo de Hart fundamenta o sistema jurídico em uma regra última de reconhecimento como forma de identificação das regras válidas em substituição à norma hipotética fundamental de Kelsen. O fundamento de um sistema jurídico não consistiria no hábito de obediência às ordens do soberano baseadas em coação, mas em uma “[...] situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação” (HART, 2007, p. 111). Desse modo, o ordenamento jurídico seria formado por regras primárias de conduta e regras secundárias de organização<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> “Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos· privados necessitam de satisfazer: podem obedecer cada qual <por sua conta apenas> e sejam quais forem os motivos por que o façam; embora numa sociedade sã eles aceitem de facto frequentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer, ou reconduzam mesmo esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição. A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. Naturalmente é



Na posição de observador, Hart busca descrever o Direito como diferenciado em relação a outros fenômenos normativos, como a moral, p. ex., não pelas regras de conduta que impõem deveres (regras primárias), mas sim pelas regras que conferem poderes e faculdades, regras secundária que os agente públicos obedecem, em certa medida, em um estado de direito (MENDES, 2008, p. 177). Essa descrição corresponderia ao Direito, como ele é.

Mais especificamente, sobre a decisão judicial, Hart propõe um caminho do meio entre o formalismo e o ceticismo sobre as regras. Reconhece que o Direito não pode prescindir de padrões gerais de conduta, sem a necessidade de direcionamentos específicos posteriores (HART, 2007, p. 137), porém adverte que “[...] em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 2007, p. 139).

Hart (2007, p. 140) afirma que a “linguagem geral”, dotada de autoridade, pela qual a regra é expressa, pode guiar o juiz apenas de um modo incerto, de modo que a discricionariedade deixada ao julgador pela linguagem é muito ampla, ainda que possa não constituir uma arbitrariedade ou irracionalidade.

Desse modo, inevitavelmente, o Direito tem uma textura aberta, tendo em vista que, ao descrever padrões de conduta, seja pela legislação, seja por meio dos precedentes, haveria uma aplicação com facilidade sobre a grande massa de casos comuns e se revelará indeterminado na zona de penumbra, considerando que “[...] a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto” (HART, 2007, p. 141).

O julgador, considerando a textura aberta do Direito, deparar-se-á com um núcleo de significado estabelecido, permanecendo, porém, apartadas dessas questões que pareceriam simples todas as questões que ficam na fronteira, sujeitas à discussão. Isto não quer dizer que não possa ocorrer que determinada Corte Constitucional não respeite os padrões de decisão judicial correta, determinados na parte central e não na zona de penumbra. Nesse caso, em razão de ser uma decisão de Corte Suprema, haveria definitividade dessa decisão que poderia ser considerada falha (HART, 2007, p. 158-159).

Assim, para Hart (2007, p. 161), a textura aberta do Direito deixa grande margem criadora aos tribunais. Estes entendem as regras jurídicas apenas como padrões a serem seguidos, no sentido de uma tentativa de limitar a discricionariedade, embora sem pretensão de eliminá-la.

---

também verdade- que, além destas, haverá muitas regras primárias que se aplicam aos funcionários na sua capacidade meramente pessoal, a que eles necessitam apenas de obedecer” (HART, 2007, p. 128).

Partindo da premissa de que o Positivismo kelseniano está ligado a uma indeterminação intencional na aplicação do Direito ligada à sua própria estrutura escalonada e que em Hart o poder discricionário judicial é um dos pontos centrais do seu entendimento sobre a textura aberta do Direito, pode-se melhor analisar o contexto teórico do pretense pós-positivismo no Brasil e do abuso da ponderação de princípios, como forma reforçar decisionismos que se disseminaram a partir da discricionarismo judicial do Positivismo.

### 3.2 TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO

Embora admita a complexidade da tarefa de dizer o que seria o Positivismo jurídico, Lenio Streck (2009, p. 5) destaca como aspecto relevante a separação entre Direito e moral, de forma que a validade de uma norma independe de sua validade moral. Propostas teóricas positivistas prestigiam uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que apenas as questões de validade são relevantes para o Direito. Outra característica marcante é o recurso à discricionariedade nos casos difíceis, que liga o Positivismo ao sujeito solipsista, conforme tópico anterior.

Posturas pós-positivistas seriam aquelas que buscam a superação dos problemas do Positivismo, preocupando-se com a indeterminabilidade do Direito e com as relações entre o Direito, a moral e a política. Nesse contexto, passa-se a valorizar a teoria da interpretação, que não prescinde de uma valoração moral (STRECK, 2009, p. 6-7).

Essa reaproximação entre Direito e moral sobreleva um novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo. Algumas características ajudam a identificar essa fase histórica do Direito e do Estado, como a disseminação de textos constitucionais principiológicos, a previsão constitucional de efetivas transformações da sociedade e as crescentes demandas sociais exigidas pelo Poder Judiciário, de forma que o grande desafio atual é evitar que, sob a justificativa de uma justiça constitucional, o poder dos juízes se sobreponha ao poder do Direito. Diversas teorias, entre elas a teoria do discurso habermasiana, as teorias da argumentação, bem como a hermenêutica filosófica, estão inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito e buscam alterar uma dogmática jurídica ainda refém do Positivismo. (STRECK, 2014, p. 411-412).

Walber Carneiro (2009, p. 84-85) alerta para as implicações efetivas dessas ideias no âmbito do Judiciário nacional. Admite que a crise da racionalidade moderna impulsionou diversas concepções teóricas, bem como o movimento complexo do neoconstitucionalismo, que não dispõe de uma unidade teórica, mas um compromisso ideológico que agrega várias

propostas epistemológicas, porém demonstra preocupação quanto ao fato de que tais matrizes teóricas apresentam uma complexidade nunca compreendida na práxis jurídica nacional.

Se o próprio pensamento kelseniano<sup>51</sup> nunca foi bem compreendido, diversas propostas teóricas que surgiram em contraposição ao neopositivismo de Kelsen tinham em comum uma pretensão de “fechamento hermenêutico”, mas acabaram sendo utilizadas para ampliar o campo de indeterminação do Direito (CARNEIRO, 2009, p. 86).

Junta-se a essa má compreensão das novas matrizes teóricas o fascínio pela ponderação de princípios como método universal de interpretação judicial em questões de direitos fundamentais, resultando em mais discricionarismo judicial.

O período posterior à Segunda Guerra, no contexto da crescente rejeição ao Positivismo, proporcionou condições ideais para teorias como a de Alexy e Dworkin, que deram grande destaque à noção de normas-princípio, como “[...] uma ponte restauradora da relação entre direito e moral, tanto na perspectiva teórica como na da aplicação prática” (MIGUEL, 2012, p. 60).

### **3.2.1 Modelo de ponderação de princípios de Alexy**

No contexto da tentativa de superação dos problemas do positivismo, boa parte da doutrina e da jurisprudência nacional adotaram, mesmo que sem o rigor técnico necessário, o modelo de ponderação de princípios de Alexy, misturando-o com o modelo de Dworkin, como solução para todos os problemas de interpretação que envolvessem, ainda que indiretamente, a Constituição da República de 1988.

Marcelo Neves (2013, p. 171) afirma que a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela ponderação de princípios, o que contribuiria para uma banalização de questões complexas no campo da relação entre regras e princípios, mas que tal fascínio não poderia ser associado diretamente à democratização e constitucionalização, apresentando exemplos históricos de como regimes autoritários se distanciaram do modelo de regras e se aproximaram de modelos axiológicos.

Considerando a intensa aceitação do modelo teórico da ponderação de princípios dentro da academia e do Judiciário brasileiro, Neves (2013, p. 187) alerta que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy desenvolveu-se no contexto específico de uma reconstrução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, até o início da década de 1980, e está

---

<sup>51</sup> A obra de Kelsen é, muitas vezes, objeto de confusão, na medida em que é entendida como tendo a pretensão de purificar todo o fenômeno jurídico (CARNEIRO, 2009).

começando a dar sinais de mudanças no sentido da superação do modelo de ponderação. Alerta, ainda, que o modelo da proporcionalidade não encontra correspondência em outras sólidas tradições jurídicas, como o do consitucionalismo americano<sup>52</sup>.

A preocupação central de Neves é a capacidade do modelo alemão de ser transplantado à nossa realidade jurídico-constitucional, de forma a desenvolver um modelo jurídico consistente e socialmente adequado.

Ele alerta que um dos maiores problemas da história constitucional brasileira seria a baixa capacidade de consistência, tendo em vista que o Direito sempre esteve na mira de pressões de particularismos sociais diversos. Nesse passo, o abuso de princípios, na prática jurídica, bem como o fascínio pela ponderação, não seriam remédios adequados para solucionar os problemas de inconsistência da prática jurídica. Quando os princípios funcionam em um constitucionalismo hígido eles desempenham o papel de adequar o Direito à sociedade, ou seja, uma abertura do Direito ao mundo prático. Ao revés, em uma prática jurídica constitucional marcada por ilegalidades e inconstitucionalidades, a ponderação “[...] serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição” (NEVES, 2013, p. 190-191).

Além dessa questão de uma possível incompatibilidade entre o modelo transposto e a realidade brasileira, há um problema em relação à autonomia do Direito frente à política. A compulsão pela ponderação de princípios leva a uma judicialização da política e a uma politização do Direito e pode, também, estar associada à corrupção política do Judiciário, quando “[...] decisões judiciais são tomadas primeiramente com base na distinção governo/oposição ou em critérios políticos, sobretudo em matéria constitucional” (NEVES, 2013, p. 195).

A ponderação de princípios traz, ainda, o já citado problema da má compreensão teorica<sup>53</sup>. No Brasil, tudo é ponderado, sejam princípios, bens ou valores (CARNEIRO, 2018,

---

<sup>52</sup> Há, inclusive, nos Estados Unidos, certa oposição à adoção do modelo da proporcionalidade. Richard Posner afirma o sistema judicial norte-americano deveria se precaver quanto à dissolução do pragmatismo jurídico (organizado em uma estrutura de normas e de doutrina, expressadas em princípios como a negligência, boa-fé, liberdade de expressão), em favor de uma resolução dos conflitos baseados apenas nos fatos (e na proporcionalidade), como estaria acontecendo na comunidade global emergente de juízes constitucionais, agressivamente intervencionistas. Critica a utilização de princípios abstratos, como jogos de palavras e afirma que o Judiciário livre para ignorar decisões de agentes eleitos limita a democracia em qualquer lugar do mundo (POSNER, 2011, p. 394 *et seq.*).

<sup>53</sup> “Outro sintoma que demonstra a minha tese da crise de dupla face: *a tal ponderação*. Esse sintoma desnuda a crise de dupla face. Sempre a denunciei (a ponderação) como sendo uma tese caudatária do subjetivismo. Inúmeros juristas – alguns que hoje se queixam da “lava jato” e se queixaram da AP 470 – escreveram ou ensina(ra)m nas salas de aula que o juiz pode fazer ponderação entre direitos individuais e interesses coletivos, citando, para isso, Alexy. Dramaticamente equivocados. Quantos acusados já foram condenados com base na ponderação (mal feita)? Sem fazer qualquer passagem pelas fases complexas do processo de “ponderação”, o

p. 133), mas, apesar de Alexy ser frequentemente citado em acordãos do Supremo Tribunal Feferal e do Superior Tribunal de Justiça, raramente se encontra um voto que percorra todas as fases da ponderação (STRECK, 2014, p. 419), de forma que a utilização da ponderação, no contexto do pretense pós-positivismo do Brasil, não contribui para a superação dos problemas do Positivismo, mas serve para legitimar decisões muitas vezes baseadas apenas na opinião pessoal do julgador ou influenciadas pela política.

A “compulsão ponderadora” da prática constitucional brasileira, muitas vezes, chega a ter como consequência o afastamento regras constitucionais, pela alegação retórica de algum princípio, porém o próprio Alexy reconhece que, em geral, existiria uma primazia do nível das regras constitucionais diante dos princípios. “Portanto, definida a regra (completa, não suscetível de sopesamento) além do seu teor literal, ela tem primazia sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico” (NEVES, 2013, p. 192 ).

Apesar de todos os problemas apontados em relação ao modo como os princípios vêm sendo tratados por boa parte do Judiciário no Brasil, abandoná-los não é um hipótese. Tanto a tecnologia das regras, quanto os princípios são necessários no Direito. Nesse sentido, Neves (2013, p. 225) conclui que o regresso ao formalismo é uma solução insuficiente para as complexas controvérsias jurídicas atuais, enquanto o excesso de apego à técnica da ponderação pode levar a outro tipo de formalismo, no qual o sopesar é um valor em si mesmo, desconectado da realidade social.

Os princípios devem ser vistos como o meio de abertura para a faticidade, ou seja, para o mundo prático adentrar o modelo abstrato de Direito baseado nas regras. “Os princípios acontecem sempre no caso concreto” (STRECK, 2009, p. 172). Desse modo, faz-se necessário entender um pouco das propostas distintas de Alexy e Dworkin sobre as normas-princípio, tendo em vista que as duas propostas anteriormente citadas são tratadas frequentemente como similares (MIGUEL, 2012, p. 60).

Os excessos e problemas referente ao uso dos princípios no Brasil, já apontados, podem ter ligação à predileção pelo modelo de princípios de Alexy, que ao invés de solucionar o problema oriundo do Positivismo, acabou por aumentar a discricionaridade judicial, ressoando a afirmação de que “[...] a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje” (STRECK, 2014, p. 413).

---

Judiciário simplesmente “pega um valor” em cada mão e escolhe um deles, no mais das vezes o “valor público”, que seria o interesse da coletividade. Só que esquece(ra)m que Alexy nunca disse isso [...]” (STRECK, 2016, p. 37).

Robert Alexy (2015, p. 25-26) entende que os direitos fundamentais, na Alemanha, foram positivados mediante um catálogo de disposições constitucionais com natureza extremamente aberta, com a consequência de uma densidade regulatória menor. Essa citada abertura, associada a eventual dissenso em relação ao objeto de disputa, geraria amplas controvérsias no campo dos direitos fundamentais.

Se a positivação dos direitos fundamentais constitui um catálogo aberto, os direitos fundamentais gerados pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, dentro do amplo campo de possibilidades da Constituição, são veiculados, boa parte das vezes, por manifestações gerais e ambíguas, de forma que o cenário alemão aponta para uma abertura não só das disposições de direitos fundamentais, como também da jurisprudência sobre esses direitos (ALEXY, 2015, p. 27-28).

Sua teoria serviria ao propósito de tentar dar respostas racionalmente fundamentadas sobre o tema, no âmbito de uma tarefa da ciência dos direitos fundamentais em um ambiente de incerteza, no qual “[...] qualquer tomada de posição na disputa sobre os direitos fundamentais pode se utilizar de alguma decisão e/ou posicionamento do tribunal” (ALEXY, 2015, p. 28)

Nesse contexto, a tentativa da construção de uma dogmática dos direitos fundamentais de Alexy tem como um dos pontos fulcrais a distinção qualitativa entre regras e princípios.

Princípios seriam normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Sendo assim, princípios seriam mandamentos de otimização<sup>54</sup>, que podem ser satisfeitos em graus variados. Enquanto as regras seriam normas que contêm determinações, ou seja, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela exige, sem gradações. (ALEXY, 2015, p. 90-91). As regras proíbem, permitem ou ordenam algo definitivamente. Se os seus pressupostos estiverem presentes, advém a consequência jurídica. Para que a regra não produza suas consequências deve ser declarada inválida ou ser inserida no sistema uma regra nova contendo uma exceção (ALEXY, 2011, p. 37).

A diferença entre princípios e regras fica mais clara na análise do modo de solução de colisões entre princípios e dos conflitos entre regras. O conflito entre regras, como já dito, somente pode ser solucionado se é introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras ou se alguma delas for declarada inválida. Já a colisão entre princípios deve ser solucionada pelo

---

<sup>54</sup> Mandamentos de otimização, em Alexy, têm dois sentidos: No plano do objeto os mandamentos de otimização são ideais a serem otimizados, ou seja, os princípios. Em um metaplano, os mandamentos de otimização possuem a estrutura de uma regra que exige que os princípios sejam realizados tão amplamente quanto possível (ALEXY, 2011, p. 37).

sopesamento, que seria “[...] uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 96). Considerando que os princípios, quando colidentes, sempre podem ser ponderados, conclui-se que não existem princípios absolutos<sup>55</sup>.

Alexy (2015, p. 116) defende uma íntima ligação entre a máxima da proporcionalidade<sup>56</sup> e os princípios, chegando a afirmar que “[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.

A máxima da proporcionalidade, decorrente da natureza dos princípios, compreende três máximas parciais: A adequação (idoneidade dos meios para atingir os fins), necessidade (ordena que entre os meios idôneos seja escolhido o menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (que é a própria ponderação ou sopesamento). As duas primeiras máximas delimitariam as possibilidades fáticas, enquanto a ponderação delimitaria as possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011, p. 110-111). Desse modo, colisão entre normas de direitos fundamentais com caráter principiológico deve ser solucionada pela lei de sopesamento, ou seja, deve haver uma ponderação (ALEXY, 2015, p. 117)

Na ponderação, o intérprete deve considerar três variáveis: o peso abstrato do princípio, a intensidade da intervenção no direito fundamental e a importância dos fundamentos que justifiquem tal intervenção (ALEXY, 2011, p. 139-140).

O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios, independente das circunstâncias de algum caso. Por exemplo, o direito à vida tem um peso abstrato maior do que o direito à liberdade de expressão. Se o peso abstrato dos dois princípios em colisão é equivalente, essa variável deve ser excluída (ALEXY, 2011, p. 139).

Considerado o peso abstrato dos princípios colidentes, quanto maior for a intensidade da intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a importância dos fundamentos que a justifiquem (ALEXY, 2011, p. 68).

Esses três graus confeririam racionalidade ao procedimento da ponderação, de forma a estruturar racionalmente soluções em matéria de direitos fundamentais, sem a vinculação

---

<sup>55</sup> “Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável” (ALEXY, 2015, p. 111).

<sup>56</sup> Alexy utiliza o termo “máxima” ao invés de “princípio”, por considerar que a proporcionalidade é uma norma interpretativa com estrutura semelhante a das regras, situada em um metaplano em relação ao objeto da interpretação (princípios e regras). Sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. Proporcionalidade não é sopesada contra algo. É critério de aplicação e não objeto de aplicação (MIGUEL, 2012, p. 62-63).

estrita do modelo de regras. Assim, para o professor de Kiel, a ponderação possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade, tendo em vista que levaria a sério a Constituição, sem o engessamento das regras, através da otimização por meio da ponderação (ALEXY, 2011, p. 69).

Na definição dos princípios como mandamentos de otimização reside um dos pontos decisivos da diferenciação da proposta de Alexy para a concepção principiológica de Dworkin. Este último entende os princípios como normas com forte caráter deontológico, considerando-os padrões que devem ser observados, assim como as regras; mas, diferentemente destas, os princípios não oferecem consequências jurídicas automáticas. Princípios seriam razões que nos conduzem em uma ou outra direção e possuem a dimensão de peso ou importância, de forma que quando existirem princípios apontando em direções contrárias deve-se verificar qual princípio é mais importante naquela situação concreta e aplicá-lo, afastando o outro (DWORKIN, 2010, p. 42). Na obra de Dworkin, não há que se falar em uma otimização de razões conflitantes, com base na ponderação de princípios, mas sim em um juízo de adequabilidade (*balancing*) que determina o peso de cada princípio no caso concreto, de forma a proporcionar uma resposta correta a cada situação (MIGUEL, 2012, p. 66). Sendo assim, um princípio ou outro será aplicado de acordo com a faticidade, com o caso concreto, no momento da compreensão/aplicação judicial.

Outra diferença relevante entre o pensamento dos dois citados autores consiste no fato de que Alexy não diferencia princípios e políticas, de forma que entende que os princípios são dotados, também, da dimensão de planejamento, a qual envolve uma otimização de valores. Ao revés, para Dworkin<sup>57</sup>, princípio diferencia-se de política por ser norma jurídica exigível, por força de sua dimensão de moralidade, enquanto políticas são diretrizes éticas a pautarem politicamente objetivos coletivos a serem alcançados. Essa indiferenciação dos conceitos de princípios e política, na obra de Alexy, traz para dentro dos princípios a questão dos valores. Os princípios são aplicados axiologicamente de acordo com as possibilidades. Enquanto os princípios, em Alexy, carregam uma dimensão deontológica e outra axiológica, em Dworkin os princípios têm um caráter eminentemente deontológico (MIGUEL, 2012, p. 65).

---

<sup>57</sup> Política, para Dworkin (2010, p. 36) seria “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, **em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade**”, enquanto que **princípio** seria “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.



Soma-se a isso o fato de que Alexy (2011, p. 109) entende que o Direito, necessariamente, está ligado a uma pretensão de correção. Esta é o fundamento<sup>58</sup> sobre o qual se edifica a teoria alexyana e consistiria em três pilares: na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção.

Desse modo, todos os que atuam no sistema jurídico promoveriam, em suas alegações ou decisões, a pretensão de correção, o que significa que tais atos têm a pretensão de serem corretos quanto ao conteúdo e ao procedimento (ALEXY, 2011, p. 21).

Os critérios de correção de uma afirmação do Direito estariam ligados à questão da fundamentabilidade. A pretensão de correção nos leva a contextos institucionais do Direito, bem como à fundamentação de normas, independente do Direito, através do discurso prático geral (ALEXY, 2011, p. 25).

Alexy entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (moral) e, por conta dessa relação, as assertivas do Direito podem ser fundamentadas, não só no âmbito especial institucionalizado, mas também via elementos externos a ele presentes no discurso prático geral, o que demonstra “[...] uma dimensão corretiva da moral no tocante aos casos difíceis”<sup>59</sup> (MIGUEL, 2012, p. 68).

Essas características apontadas tendem a demonstrar que, na prática, a concepção de Alexy de princípios como mandamento de otimização a serem ponderados tende a abrir espaços para subjetivismos e decisionismos, problemas do Positivismo que Alexy se propõe a enfrentar.

Nesse sentido, Lenio Streck (p. 179-181) entende a ponderação como um véu exterior que encobre o verdadeiro raciocínio estruturante da compreensão do juiz. Seria a própria discricionariedade positivista sob o manto de um método supostamente racional argumentativo, de forma que, ao entender os princípios constitucionais como espaços de abertura interpretativa, Alexy depende da subjetividade e do protagonismo judicial, tendo em

---

<sup>58</sup> “Minha teoria depende da tese de que o direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção” (ALEXY, 2011, p. 20). Para Alexy, não há cooriginariedade entre o Direito e a Moral, mas sim um vínculo constituído posteriormente a partir da pretensão de correção (STRECK, 2014, p. 414).

<sup>59</sup> Pela impossibilidade de adoção da moral como corretiva do Direito, Wálber Carneiro (2009, p. 186): “Não é possível, por exemplo, assumir a moral como corretiva quando o direito se mostra lacunoso, como propõe Robert Alexy. A moral não pode ser corretiva por duas razões: primeiro porque o direito sempre chega tarde, antecipando-se no fenômeno compreensivo um projeto de sentido moral-prático que não distingue o que é moral e direito; segundo, porque o direito não é lacunoso apenas pelo fato de não dar respostas a todos os problemas, mas também pelo fato de não dar respostas completas a nenhum dos problemas para quais imaginamos haver uma resposta dada. Isso porque sabemos que o nível apofântico é uma síntese precária que apenas faz ver o ente, sendo o acontecer fenomenológico completo, ainda quando alienado. Se há sempre um não-dito no dito, haverá sempre uma porosidade na dimensão sistêmico-apofântica do direito”.

vista que caberia ao intérprete hierarquizar valores, o que resultaria na “[...] repaginação do momento ametódico kelseniano” (MIGUEL, 2012, p. 71).

A ponderação, pela “lei de colisão” parte de um caráter *prima facie* do valor dos princípios, tendo em vista que, além intensidade da intervenção no direito fundamental e da importância dos fundamentos que justifiquem tal intervenção, como já dito acima, também é considerado o peso do princípio “em abstrato”, ou seja, independente das situações concretas<sup>60</sup>. Desse modo, tem consistência a crítica de Streck (2009, p. 183) quando afirma que a teoria de Alexy “[...] reporta-se à existência de interpretações *prima facie*, ou seja, dissociadas de casos concretos”, de forma a cindir aplicação e fundamentação, subsunção e ponderação, casos fáceis e casos difíceis.

Miguel (2012, p. 71) alerta que o próprio Alexy acredita ser possível apenas alcançar uma resposta tendente ao ideal, abrindo mão da ideia da resposta correta pela ideia da resposta meramente plausível. A confiança no método, como caminho para chegar às repostas plausíveis, com mera esperança do reconhecimento da correção, implica o sacrifício da ideia de resposta correta visando a soluções valorativas, parciais e particulares, o que facilitaria a invasão excessiva e imprudente do judicial no campo das decisões eminentemente legislativas.

Desse modo, verifica-se que um dos modelos teóricos mais acolhidos pelo estudo e pela prática do Direito Constitucional brasileiro, como forma de combater os males do Positivismo, acaba por replicar seus problemas e consagrar a discricionariedade, em contraposição à prudência judicial defendida neste trabalho, com base na obra de Edmund Burke.

---

<sup>60</sup> “A segunda grandeza presente na lei de sopesamento é a importância da satisfação do outro princípio. Ao contrário do que ocorre com a intensidade da intervenção, o grau de importância não tem necessariamente que ser compreendido sempre como uma grandeza concreta. É possível construir um conceito de importância que seja a reunião de uma grandeza concreta e uma grandeza abstrata. Nesse sentido, a vida humana tem, em abstrato, um peso maior que a liberdade geral de se fazer ou deixar de fazer o que se queira. Portanto, a importância que a proteção da vida tem em uma determinada situação pode ser determinada, ao mesmo tempo, com base no peso abstrato da vida e na ameaça que ela sofre no caso concreto. Mas a possibilidade de tal conceito integrado de importância não é um argumento contra a distinção entre seus elementos. E isso, em primeiro lugar, por razões analíticas. A essas razões soma-se também o fato de que, nos sopesamentos, os pesos abstratos têm um papel influente na decisão apenas se esses pesos forem diversos. Se eles forem iguais – o que é muito frequente nas colisões entre direitos fundamentais -, tudo dependerá exclusivamente dos pesos concretos” (ALEXY, 2015, p. 600-601).

### 3.2.2 Modelo do Direito como integridade de Dworkin

Para Ronald Dworkin (2014, p. 134-135), a função do Direito é dar uma justificativa para o uso do poder coletivo contra cidadãos, ou seja, o conceito de Direito estaria ligado a uma devida justificativa para a coerção oficial.

Sua própria concepção dessa justificação é intimamente ligada à questão da interpretação. Para ele, o Direito é interpretativo. O raciocínio jurídico seria um exercício de interpretação construtiva das nossas práticas jurídicas, não no sentido de que o intérprete pode fazer qualquer coisa, até porque a própria história da prática a ser interpretada exerce algum tipo de coação sobre as interpretações possíveis. A interpretação construtiva seria “[...] uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2014, p. 64).

Na interpretação haveria uma interação entre propósito e objeto, de modo que toda a interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível. Cada interpretação é um relato de um propósito, que “[...] propõe uma forma de ver o que é interpretado” (DWORKIN, 2014, p. 71).

Ao afirmar que o Direito é interpretativo, Dworkin se apoia Gadamer, no sentido de que o intérprete reconhece as imposições da história, ao mesmo tempo em que luta contra elas. A concepção interpretativa de Dworkin não parte de uma interpretação conversacional, na qual se buscaria as intenções de um autor, mas sim de uma interpretação construtiva. Nesse papel de construir a melhor interpretação possível de uma prática ou objeto, o intérprete parte de determinada tradição interpretativa e deve ter consciência disso, ao passo que dá a sua contribuição para mudança, no sentido de tirar o melhor proveito daquilo que é interpretado. “A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes” (DWORKIN, 2014, p. 75).

Por tratar-se de um conceito interpretativo, os participantes da sociedade frequentemente divergem sobre qual a melhor interpretação sobre questões de Direito. Ao fazer essa afirmação, Dworkin descarta que o Direito seja uma questão apenas de busca empírica nos textos legais e que suas controvérsias sejam apenas questões semânticas sobre tais textos.

Desse modo, consentâneo com o equilíbrio entre continuidade e reforma da política de Burke e com a noção gadameriana de mediação da totalidade da tradição com o presente, Dworkin procura estabelecer um equilíbrio entre descrição da prática social e uma justificativa apropriada de tal prática. No caso do Direito, a interpretação construtiva tenta

“[...] apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática” (DWORKIN, 2014, p. 112).

Partindo do pressuposto de que o Direito autoriza a coerção oficial, estabelecendo direitos e responsabilidades, decorrente de decisões anteriores adequadas, a concepção dworkiniana acrescenta que eles surgem não apenas quando estão explícitos nessas decisões anteriores (regras), mas também “[...] quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa” (DWORKIN, 2014, p. 120).

Nesse sentido, os membros de uma sociedade admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam em decisões particulares explícitas, como no convencionalismo<sup>61</sup>, mas dependem do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam (DWORKIN, 2014, p. 255). A integridade insiste que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade (DWORKIN, 2014, p. 202).

Se determinada comunidade aceita e entende que é governada não apenas por regras explícitas baseadas em decisões passadas, mas também pelas normas que decorrem dos princípios que tais decisões pressupõem, “[...] o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente” (DWORKIN, 2014, p. 229). Tal comunidade aceita que é governada por princípios comuns e não apenas por regras abstratas criadas por um acordo, sendo que a política é o local onde são discutidos quais os princípios que devem ser adotados em tal sistema (DWORKIN, 2014, p. 254).

Nesse contexto, torna-se relevante a diferenciação feita por Dworkin entre coerência de estratégia e coerência de princípio. A coerência de estratégia exige que as novas regras criadas no Direito (seja pelo Legislativo ou interpretativamente pelo Judiciário) devam se ajustar suficientemente bem às regras estabelecidas por outros ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e

---

<sup>61</sup> Dworkin (2014, p. 152 *et seq.*) entende que existem duas versões do convencionalismo, o convencionalismo estrito e o moderado. No convencionalismo estrito, haveria uma restrição do Direito de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas. Se o juiz não encontrar a solução do caso explicitamente nessas convenções, deveria declarar uma “lacuna” e exercer um poder discricionário extralegal para criar um novo direito. Nos casos difíceis, os juízes seriam liberados da legislação e dos precedentes pela insuficiência de densidade dessas convenções jurídicas explícitas para decidir tais casos. O convencionalismo moderado afirmaria que o direito de uma comunidade inclui tudo que for abrangido pela extensão implícita das convenções. Dworkin entende que o convencionalismo moderado não seria, na realidade, uma forma de convencionalismo, mas fim uma forma muito abstrata e subdesenvolvida da sua própria concepção do Direito como integridade. Rejeita o divórcio entre direito e política, na medida em que qualquer decisão poderia ser fundamentada, de algum modo distante, na lei.

torne a situação melhor e não pior. Já a coerência de princípio exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes, no sentido de expressar uma visão única e abrangente da justiça. A coerência de princípio é fonte do Direito para a concepção do Direito como integridade (DWORKIN, 2014, p. 163).

Os juízes devem conceber o Direito que administram como um todo e não como um conjunto de decisões distintas, que eles são livres para tomar, uma por uma, como se nada existisse além de interesse estratégico pelo resultado da demanda individual (DWORKIN, 2014, p. 203).

Na deliberação judicial, até onde seja possível, os juízes devem tratar o sistema de normas como se este expressasse um conjunto coerente de princípios. Essa virtude da integridade estaria, para os juízes, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal. A integridade insiste que o Direito contém não apenas os comandos explicitados em suas decisões, mas também o sistema de princípios necessários à sua justificativa (DWORKIN, 2014, p. 274).

Desse modo, a produção judicial tem o dever de coerência com o direito já existente, bem como o dever de integridade em relação às justificativas principiológicas que sustentam o Direito de determinada comunidade. Ao afastar-se da linha das decisões anteriores, na busca da fidelidade com os princípios mais fundamentais, o juiz está aplicando a integridade (DWORKIN, 2014, p. 264).

Isso não significa a abertura defendida por Alexy. Por mais paradoxal que possa parecer essa concepção interpretativa do Direito, ela visa um fechamento em torno da melhor resposta possível em cada situação, tendo em conta a complexidade do sistema institucional do Direito. Sempre deve haver uma resposta correta<sup>62</sup> dentro do direito. Essa resposta correta se dá no contexto do que Dworkin chama de “romance em cadeia”.

Na interpretação construtiva, tentando tirar o melhor proveito daquilo que é interpretado, os juízes introduzem acréscimos na tradição jurídica que interpretam, enquanto que os futuros juízes se depararão com a nova tradição que inclui o que foi feito por aqueles primeiros. Os juízes seriam autores e críticos desse “romance em cadeia”, de modo que cada um deve escrever seu capítulo da melhor maneira possível, a partir do material que receberam, de forma a criar o melhor conjunto possível como se fosse a obra de um único

---

<sup>62</sup> Sobre a metáfora da resposta correta, Lenio Streck (2009, p. 339), em uma nota de rodapé de *Verdade e consenso*, adverte: “Parece despiendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do Direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.

autor, considerando seus próprios acréscimos e os acréscimos dos sucessores (DWORKIN, 2014, p. 275-276).

Para fins de avaliação do “romance em cadeia”, Dworkin utiliza duas dimensões: adequação e justificação. Na dimensão da adequação, veda a adoção de uma interpretação incompatível com o material que lhe foi entregue, ou seja, se tal interpretação não se amoldar à totalidade do texto, de forma a impossibilitar a adaptação à maior parte do conjunto textual.

Se mais de uma interpretação for adequada, por se ajustar ao conjunto do texto, passe-se à segunda dimensão, que vai exigir do intérprete “[...] que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.” (DWORKIN, 2014, p. 278). Na dimensão da adequação, será exigido um limiar mínimo para que a interpretação jurídica seja aceitável, de acordo com a história política de determinada comunidade e não de acordo com os próprios juízos do intérprete. Nos casos difíceis, quando não prevalece uma das interpretações em uma análise preliminar, ele escolherá entre as interpretações aceitáveis “[...] perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo” (DWORKIN, 2014, p. 306).

Nesse contexto, Dworkin lança mão de uma alegoria, já citada no capítulo anterior, que é o juiz Hércules, criterioso, com conhecimento total sobre o sistema jurídico de sua comunidade, com capacidades e tempo para resolver problemas jurídicos maiores que os juízes seres humanos.

Hércules não apela para as suas próprias convicções políticas e morais, como no discricionarismo positivista ou na ponderação alexyana. Ele busca identificar a moralidade comunitária pressuposta nas leis e instituições da comunidade e essa moralidade política comunitária será um fator decisivo para os problemas jurídicos (DWORKIN, 2010, p. 197). Para tanto, ele deve construir um esquema de princípios que forneçam uma justificação coerente a todos os precedentes judiciais, bem como um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2010, p. 182). Ao analisar esses esquemas teóricos, ele escolherá a melhor resposta, entre as interpretações adequadas do ponto de vista da moral política como um todo (DWORKIN, 2014, p. 314).

O Direito como integridade, tese fortemente amparada na noção de norma principiológica, surgiu como uma crítica de Dworkin ao Positivismo analítico de Hart (NEVES, 2013, p. 51) que, conforme analisado supra, defendeu uma discricionariedade em situações limítrofes conforme sua concepção de textura aberta do Direito.

Dworkin, por meio dos princípios justificadores que melhor se ajustam à história institucional de determinado sistema jurídico, visou, assim como Gadamer e Burke, realizar uma mediação histórica do presente com a tradição. Parte de um raciocínio completamente diferente do Positivismo que, ainda preso ao silogismo da aplicação da regra, defendeu a liberdade do sujeito julgador, tendo em vista a insuficiência da regra jurídica para a determinação de uma resposta no caso concreto.

Boa parte deste trabalho visou justamente alertar para o fato de que o julgador, no momento da decisão judicial, está dentro de uma tradição, ou seja, não parte de um ponto zero interpretativo e que tal julgador pode confrontar sua tradição e seus preconceitos para verificação da legitimidade de tais tradições.

Essa atitude reflexiva já seria um passo em direção a uma melhor compreensão de diversos problemas jurídicos, tendo em vista que boa parte dos juízes partem de uma pretensa neutralidade interpretativa, apelam para a discricionariedade positivista e utilizam-se de sua própria “moral racional”, seja pelo método da ponderação, seja por entender que o Direito realmente tem uma zona de indeterminação que somente o juiz pode preencher.

Abrir mão da pretensão de neutralidade e da imposição de sua própria racionalidade individual seria o ponto de partida do modelo de juiz, conforme pressupostos acima apresentados. Embora parta de uma rejeição à possibilidade do apelo à moral individual do sujeito julgador, este trabalho reconhece as insuficiências do enfrentamento da tradição e dos princípios a ela subjacentes, na busca de um *ethos* que possibilite o desvelamento da resposta correta para os acirrados problemas jurídicos constitucionais, uma vez que “[...] não é mais possível apostar em uma protounidade (Deus, cultura, valores sociais) que ancore a unidade constitucional” (CARNEIRO, 2018, p. 158).

Desse modo, faz-se necessário refletir sobre a complexidade social e sobre como o Judiciário pode lidar com essa sociedade contemporânea conflituosa, sem a tentativa de erradicação dos dissensos pela imposição de única racionalidade, o que acabaria por emudecer essas diversas racionalidades que expressam a diferença, elemento intrínseco ao ser humano.

#### 4 RACIONALIDADES DIVERSAS, DISSENSOS SOCIAIS E O DIREITO

O presente trabalho chegou a uma conclusão inicial de que o decisionismo judicial deve ser combatido e que a melhoria das condições de compreensão dos juízes passa pela consciência de que estão inseridos em uma tradição determinada, de forma a deixar claro que a atividade de compreensão, que inexoravelmente vai complementar o Direito, não parte de um ponto zero, mas sim complementa algo que já existe. E o que já existe não pode ser simplesmente substituído pela opinião privada do sujeito julgador.

Nesse sentido, a decisão judicial deve complementar o Direito e se submeter ao Direito ao mesmo tempo. “Os sentidos são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo” (STRECK, 2009, p. 288).

A hermenêutica filosófica tem o grande mérito de descrever, de uma forma competente, como essa compreensão se dá. O Judiciário, no momento crucial da decisão judicial, não vai alcançar a verdade absoluta pela metodologia, como pregou o jusracionalismo moderno, porque sempre algo continuará velado. “Se há sempre um não dito no dito, haverá sempre uma porosidade na dimensão sistêmico-apofântica do direito.” (CARNEIRO, 2009, p. 186). Haverá sempre alguma circunstância que não foi desvelada e o juiz não pode esperar o infinito, considerando uma dimensão temporal para proferir sua decisão. Apenas os seres mitológicos podem alcançar a onisciência. Essa consciência da finitude, que está na base da descrição fenomenológica da compreensão, estabelece limites, mas não constitui impedimento para “[...] uma epistemologização do fenômeno compreensivo do direito”<sup>63</sup>.

Wálber Carneiro (2009, p. 221-222) alerta que a interpretação é o local no qual se pode construir uma epistemologia jurídica, tendo em vista que a interpretação é a compreensão acompanhada por um esforço reflexivo sobre o que foi compreendido. Desse modo, a compreensão que se antecipa traria a cooriginariedade hermenêutica entre Direito e moral e a autonomia da compreensão jurídica seria buscada no momento reflexivo da

---

<sup>63</sup> “Não é possível, portanto, pretender que o jurista compreenda de uma forma distinta daquela que a hermenêutica filosófica descreve, sendo esse o principal ônus que a matriz impõe àquele que pretende enfrentar o problema do direito a partir dela. Contudo, dentro dos limites paradigmáticos que ela nos confere, é possível conceber *cânon*es normativos para a compreensão do direito. Isso só é possível porque o direito é uma artificialidade, ou seja, é uma opção regulatória que se constitui de forma autêntica na tradição moderna. Tratando-se de uma contingência, e não de uma condição existencial, não só é possível estabelecer determinados *cânon*es compatíveis, como eles se tornam necessários para que o direito cumpra o papel ao qual foi concebido. Uma epistemologização do fenômeno compreensivo do direito não pode – convém reiterar – estar desconectado dos limites que a hermenêutica filosófica nos impõe.” (CARNEIRO, 2009, p. 192).



compreensão, que é vista como interpretação. Conclui-se que toda interpretação é compreensão, mas que nem toda compreensão é interpretação.

Parte-se do pressuposto de que é possível a compatibilização de elementos da descrição do compreender, fornecidos pela hermenêutica filosófica, em consonância com os pilares do pensamento burkeano trabalhados no primeiro capítulo<sup>64</sup>, com uma teoria de decisão judicial que leva em conta os desafios da democracia e do pluralismo que marca a contemporaneidade. Adota-se, então, a precisão da descrição fenomenológica do compreender de Heidegger e Gadamer e a força intelectual de Burke, sem pretensão de adoção da moral subjacente à obra de tais autores.

Assim, embora os *insights* burkeanos e a descrição fenomenológica hermenêutica sejam valiosos para os fins deste trabalho, faz-se necessário complementá-los com visões teóricas que não ancorem a decisão judicial apenas na tradição, seja pela noção de história efetual de Gadamer ou pela história institucional do direito via romance em cadeia de Dworkin.

Se é certo que o juiz não pode julgar apenas com base em sua consciência e que existem limites semânticos a serem observados (STRECK, 2016, p. 126), no sentido da suspensão da verdade que temos em mente e abertura ao texto, conforme lição de Gadamer, bem como a existência de um direito já institucionalizado no passado, conforme o “romance em cadeia” de Dworkin, há que se reconhecer que existem influxos conscientes e inconscientes que conformam a atividade decisória. É nessa complexidade, que envolve intensos dissensos sociais, que o juiz está inserto, o que torna a coesão e a integridade propostas por Dworkin insuficientes para uma análise mais abrangente do fenômeno da decisão judicial.

Desse modo, o presente trabalho defende que a melhoria das condições de possibilidade do julgador passa tanto por uma abertura à faticidade e ao direito institucional que precede o momento de decisão, quanto por uma humildade no sentido de se abrir para a existência de diferentes racionalidades e uma desconfiança quanto à própria racionalidade.

Nesse sentido, será analisada a ideia de democracia radical plural de Chantal Mouffe (2005), bem como algumas teorias pluralistas do direito que problematizam os dissensos

---

<sup>64</sup> O apelo ao mundo concreto de Burke foi relacionado à faticidade da hermenêutica filosófica, que não separa qualquer explicação da realidade do horizonte fático da realização do si, bem como não separa compreensão da aplicação. O equilíbrio entre continuidade e reforma burkeano foi relacionado à mediação entre o passado e o presente e as condições de possibilidade do novo delineadas por Gadamer. A reflexão sobre a tradição e os preconceitos proposta por Burke foi ligado à questão da vigilância, no sentido da distinção entre pré-conceitos autênticos e inautênticos, bem como a consciência de que sempre estamos dentro de alguma tradição linguística, tendo em vista a intersubjetividade. Por fim, a crítica à autoconfiança do sujeito burkeano de foi relacionada à primazia da pergunta gadameriana.

sociais e as diversas racionalidades do meio social, sem a pretensão de imposição de uma racionalidade única, “[...] o que importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação” (NEVES, 2009, p. 38), ou seja, tratam da relação entre “[...] a fragmentariedade da sociedade e as as insuperáveis diferenças entre diferentes ordenamentos jurídicos no que tange aos seus princípios da justiça” (TEUBNER, 2011, p. 21).

#### 4.1 A DEMOCRACIA RADICAL PLURAL DE CHANTAL MOUFFE

Chantal Mouffe (2005, p. 1) formula uma teoria política crítica, que parte do pressuposto de que, após o fim da Guerra Fria, teria sido desenvolvida, no senso comum de boa parte da sociedade ocidental, a ideia de que o estágio de desenvolvimento econômico e político alcançado seria um grande avanço da humanidade na direção a um futuro de implementação dos direitos humanos<sup>65</sup> de uma forma global e que os conflitos sectários cederiam espaço ao consenso dialógico, no contexto da universalização da democracia liberal.

A crítica da cientista política belga ganha importância para o presente trabalho pelo fato da adoção de uma perspectiva de democracia plural, noção imprescindível para a pretensão de abordagem do momento decisório judicial. Se uma justiça baseada em amplos consensos já é difícil em qualquer lugar do mundo, considerando as diferentes racionalidades existentes na sociedade complexa, no Brasil essa busca torna-se ainda mais problemática, partindo do pressuposto de que o Estado independente brasileiro foi formado a partir de interesses antagônicos entre brancos, negros e índios e que essa ferida ainda não foi devidamente tratada<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> No sentido da impossibilidade de os direitos humanos cumprirem essa tarefa hercúlea de pacificação global, já se posicionava Jacques Derrida (1994, p. 116-117): “Através dessas crises do direito internacional busca-se uma ‘nova internacional’; desde já ela denuncia os limites de um discurso sobre os direitos humanos que continuará sendo inadequado, às vezes hipócrita, em todo caso formal e inconsequente para consigo mesmo, enquanto a lei do mercado, a ‘dívida externa’, a desigualdade do desenvolvimento técnico-científico, militar e econômico mantiveram uma desigualdade efetiva tão monstruosa como esta que prevalece hoje, mais do que nunca, na história da humanidade. Pois é preciso gritá-lo, no momento em que alguns ousam neoevangélicos em nome do ideal de uma democracia liberal tendo enfim vindo a ser ela mesma como o ideal da história humana: jamais a violência, a desigualdade, a exclusão, a fome, e, portanto, a opressão econômica afetaram tantos seres humanos, na história da terra e da humanidade”.

<sup>66</sup> Sobre a tentativa eurocêntrica de formação da noção de Estado-nação em alguns países da América Latina, o sociólogo peruano Anibal Quijano (2005, p. 130), que adota uma perspectiva decolonial, entende que o que chamamos de Estado-nação trata-se de uma sociedade nacionalizada e politicamente organizada através das instituições da cidadania e da democracia política. Desse modo, para que haja algum tipo de identidade, os membros precisam ter algo em comum, algo o que compartilhar. A participação democrática no controle das instituições de autoridade pública e de seus mecanismos de coação estatal seria a principal maneira de criação dessa identidade que fundamentaria a ideia de Estado-nação. A ideia de raça como instrumento de dominação sempre foi um fator de limitação desse processo de construção do modelo eurocêntrico de Estado-nação. Essa teria sido uma das dificuldades do Brasil, assim como de outros países da América Latina, nos quais o Estado

A teoria política de Chantal Mouffe (2015, p. 8) se utiliza da noção de diferença ontológica<sup>67</sup> de Heidegger para estabelecer uma distinção entre “a política” e “o político”, sugerindo que a política se referiria ao nível ôntico, que “[...] teria a ver com as diferentes práticas da política convencional” enquanto que “o político” teria a ver com o nível ontológico e se referiria “[...] precisamente à forma em que a sociedade é fundada”<sup>68</sup>. Enquanto a ciência política aborda o campo empírico da “política”, a teoria mais voltada para a filosofia investigaria a essência do “político”. Na concepção da referida autora, essa essência do político consiste no inevitável antagonismo.

Sua concepção da essência do político é de que as decisões políticas, inexoravelmente, exigem escolhas entre alternativas conflitantes, o que redundaria no antagonismo, considerando o pluralismo do mundo social, indo de encontro a grande parte dos pensadores do liberalismo, que preferem uma abordagem racionalista e individualista, o que minimizaria o

---

independente teria sido formado através do poder de uma minoria branca de origem estrangeira, exercido sobre negros escravos e índios: “Por outro lado, nas outras sociedades ibero-americanas, a pequena minoria branca no controle dos Estados independentes e das sociedades coloniais não podia ter tido nem sentido nenhum interesse social comum com os índios, negros e mestiços. Ao contrário, seus interesses sociais eram explicitamente antagônicos com relação aos dos servos índios e os escravos negros, dado que seus privilégios compunham-se precisamente do domínio/exploração dessas gentes. De modo que não havia nenhum terreno de interesses comuns entre brancos e não brancos, e, conseqüentemente, nenhum interesse nacional comum a todos eles. Por isso, do ponto de vista dos dominadores, seus interesses sociais estiveram muito mais próximos dos interesses de seus pares europeus, e por isso estiveram sempre inclinados a seguir os interesses da burguesia europeia. Eram, pois, dependentes. [...]”

A dependência dos capitalistas senhoriais desses países tinha como consequência uma fonte inescapável: a colonialidade de seu poder levava-os a perceber seus interesses sociais como iguais aos dos outros brancos dominantes, na Europa e nos Estados Unidos. Essa mesma colonialidade do poder impedia-os, no entanto, de desenvolver realmente seus interesses sociais na mesma direção que os de seus pares europeus, isto é, transformar capital comercial (benefício igualmente produzido na escravidão, na servidão, ou na reciprocidade) em capital industrial, já que isso implicava libertar índios servos e escravos negros e transformá-los em trabalhadores assalariados. Por óbvias razões, os dominadores coloniais dos novos Estados independentes, em especial na América do Sul depois da crise de fins do século XVIII, não podiam ser nada além de sócios menores da burguesia europeia. Quando muito mais tarde foi necessário libertar os escravos, não foi para assalariá-los, mas para substituí-los por trabalhadores imigrantes de outros países, europeus e asiáticos. A eliminação da servidão dos índios é recente. Não havia nenhum interesse social comum, nenhum mercado próprio a defender, o que teria incluído o assalariado, já que nenhum mercado local era de interesse dos dominadores. Não havia, simplesmente, nenhum interesse nacional. [...]

Neste sentido, o processo de independência dos Estados na América Latina sem a descolonização da sociedade não pôde ser, não foi, um processo em direção ao desenvolvimento dos Estados-nação modernos, mas uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. Desde então, durante quase 200 anos, estivemos ocupados na tentativa de avançar no caminho da nacionalização de nossas sociedades e nossos Estados. Mas ainda em nenhum país latino-americano é possível encontrar uma sociedade plenamente nacionalizada nem tampouco um genuíno Estado-nação” (QUIJANO, 2005, p. 135).

<sup>67</sup> “A filosofia heideggeriana dá seu grande salto quando o filósofo percebe que ao “como apofântico” inexoravelmente precede um “como hermenêutico”, no plano primário do inexprimido, em que se constitui a estrutura compreensiva do homem. A essa relação entre os dois “como”, modos-de, Heidegger chamou de diferença ôntico-ontológica (normalmente referida apenas como diferença ontológica); o plano dos entes, apofântico, distingue-se do plano do ser, hermenêutico, de forma irreduzível e inexorável, porém, ao mesmo tempo, a ambos é inerente uma indissociabilidade [...]” (MIGUEL, 2012, p. 12).

<sup>68</sup> “[...] entendo por ‘o político’ a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por ‘política’ o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político” (MOUFFE, 2015, p. 8).

reconhecimento das identidades coletivas e maximizaria a tentativa de soluções racionais para os conflitos (MOUFFE, 2015, p. 9). Apesar desse pretensão desaparecimento das identidades coletivas e vitória do individualismo, a autora entende que não se pode eliminar a dimensão coletiva da política, até mesmo pela “[...] importância da dimensão afetiva na política e à necessidade de mobilizar as paixões por meio dos canais democráticos” (MOUFFE, 2015, p. 69).

Parte-se da objeção radical do liberalismo formulada por Carl Schmitt (1992) que deu grande importância sobre uma reflexão sobre a distinção amigo/inimigo tanto para a política, quanto para o Estado.

Para Schmitt (1992, p. 51), o campo político, com seus critérios próprios, deveria se manter autônomo em relação a outros campos do pensamento e agir humano, como a moral, que contraporia o bom e o mal, o estético, que contrapõe o belo e o feio, e o econômico. Nesse sentido, o que distinguiria o político seria o fato de que ele reside na discriminação entre amigo e inimigo.

Sendo assim, “[...] toda contraposição religiosa, moral, econômica, étnica ou outra transforma-se numa contraposição política, se tiver força suficiente para agrupar objetivamente os homens em amigos e inimigos” (SCHMITT, 1992, p. 63).

Ocorre que o autor alemão não admitia a existência do pluralismo dentro de um Estado, mas sim apenas o pluralismo entre nações (MOUFFE, 2015, p. 13). Ele ainda ancorava seu pensamento em uma noção de unidade política, que seria constituída pelo agrupamento humano determinante. No interior dessa unidade política não havia como entrar em cena o pluralismo sem que fosse destruída essa tal unidade política (SCHMITT, 1992, p. 70). Desse modo, se dentro de um Estado, p. ex., o proletariado tomasse o poder, surgiria um Estado proletário. Tal agrupamento humano iria tomar as decisões importantes dentro do Estado, que constituiria uma unidade política<sup>69</sup> e iria se posicionar internacionalmente, segundo o código político amigo/inimigo no pluralismo entre diversas nações com diferentes unidades políticas.

Desse modo, para Schmitt, o individualismo liberal é incompatível com a política, tendo em vista que o código amigo-inimigo, constituidor da política, está ligado a formas coletivas de identificação e que todo consenso pressupõe alguma exclusão (MOUFFE, 2015, p. 10).

---

<sup>69</sup> Para Schmitt, são os casos de conflito que irão definir se e quando determinada força torna-se a nova substância da unidade política de um Estado soberano. “O que interessa é sempre apenas o caso do conflito. Se as forças opositoras econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de, por si sós, determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se justamente a nova substância da unidade política. Não sendo suficientemente fortes para impedirem uma guerra deflagrada contra seus interesses e princípios, fica patente que não atingiram o ponto decisivo do político.” (SCHMITT, 1992, p. 65).

Mouffe (2015, p. 13) usa “Schmitt contra Schmitt” no sentido de utilizar o *insight* da impossibilidade de superação da oposição nós/eles, mas acrescentando que a democracia exige que “[...] formulemos a distinção nós/eles de um modo que seja compatível com a aceitação do pluralismo, que é constitutivo da democracia moderna”.

Sem um “eles” não existe um “nós”, de forma que tal distinção é condição de possibilidade da existência de identidades políticas, o que abre espaços para a existência do antagonismo (MOUFFE, 2015, p. 15).

Mouffe (2015, p. 18/19) pugna por uma nova visão da oposição nós/eles, compatível com a democracia pluralista, sem ignorar o potencial antagonismo existente nas relações sociais. O conflito entre nós/eles precisa assumir uma forma legítima, que não destrói o ente político. Se, de um lado, os oponentes não podem ser vistos como competidores que podem chegar a um consenso com uma simples negociação (o que eliminaria o potencial antagonismo constitutivo da política), eles não devem se ver como inimigos que devem ser exterminados na primeira oportunidade. A pretensão da autora é transformar o antagonismo na noção de “agonismo”, no qual os adversários reconhecem a legitimidade de seus oponentes e dividem o mesmo espaço simbólico, no qual ocorre o conflito, que é o ente político.

A existência de canais legítimos, como procedimentos democráticos aceitos pelos adversários para as diversas racionalidades discordantes se manifestarem, tende a diminuir as formas violentas de conflitos antagonísticos, tanto na política interna, quanto na política internacional (MOUFFE, 2015, p. 20).

Dessa forma, a teoria de Mouffe (2015, p. 28-29) parte da legitimação dos dissensos e da recusa da tentativa de suprimi-los pela imposição de uma ordem autoritária, ao afirmar expressamente que “[...] uma sociedade democrática liberal pluralista não nega a existência dos conflitos, mas fornece as instituições que permitem que eles se expressem de forma adversarial”. Para ela, só assim funciona a democracia; dependeria desse choque entre posições políticas antagônicas distintas.

Não há, atualmente, como pensar a sociedade integrada como um corpo unitário. Desse modo, torna-se imprescindível, em uma sociedade democrática, que existam alternativas e formas políticas de identificação através de posições democráticas claramente diferenciadas. Apenas na configuração democrática adversarial as paixões constitutivas das identidades coletivas podem ter uma válvula de escape.

A falta dessa válvula, que permite a legitimação do dissenso, culmina na indefinição das fronteiras políticas<sup>70</sup>, e no risco de “[...] que o confronto democrático seja substituído pelo confronto entre formas essencialistas de identificação ou entre valores morais não negociáveis” (MOUFFE, 2015, p. 29).

O fato relatado pode gerar, ainda, o risco de que a política ocorra na esfera moral, o que acaba transformando a oposição nós/eles, constitutiva da política, pela oposição moral do bem contra o mal, e impossibilita que os oponentes se vejam como adversários em uma esfera pública democrática e estimula que eles se vejam como inimigos ou como moralmente doentes (MOUFFE, 2015, p. 74-75).

A concepção política agonística entende que o equilíbrio entre estabilidade e mudança social se dá na confrontação política entre racionalidades discordantes, mas igualmente legítimas, no contexto da democracia pluralista, ao invés da tentativa de estabelecimento de um “[...] consenso a respeito de um modelo único, impedindo, assim, a possibilidade de um dissenso legítimo” (MOUFFE, 2015, p. 81).

Há que se ressaltar que há limites para esse pluralismo. A abordagem agonística de Mouffe (2015, p. 121) defende um “consenso conflituoso”, que incidiria apenas sobre os valores ético-políticos de liberdade e igualdade. O dissenso intenso entre as diversas racionalidades incidiria sobre como interpretar esses valores, ou seja, sempre vai haver interpretações conflitantes de como maximizar a liberdade e a igualdade de uma sociedade. Conclui-se que, para ela, no contexto do modelo democrático liberal, os limites do pluralismo obrigam a deixar de fora do “consenso conflituoso” aqueles que rejeitam tais valores (liberdade e igualdade).

A autora entende que o traçado dessa fronteira entre o legítimo e o ilegítimo dentro do pluralismo democrático é estabelecido sempre por uma decisão política sujeita à contestação e não por uma decisão racional, o que denota seu entendimento no sentido de que essa

---

<sup>70</sup> A autora alerta, ainda, que o estabelecimento de um consenso político de centro, através do qual as diferenças entre os partidos democráticos tradicionais se tornam muito menos significativas do que antes, deixa o eleitor sem opção de escolha real entre políticas significativamente diferentes, o que gera as condições ideais para a proliferação de discursos demagógicos e populistas, consistentes no estabelecimento de uma clara fronteira entre um “nós” composto pelos cidadãos de bem e pretensos defensores dos valores nacionais e o “eles”, composto pelos partidos tradicionais, sindicatos, burocratas, estrangeiros, intelectuais de esquerda e artistas (MOUFFE, 2015, p. 65-66). No Brasil, um dos fatores que desencadearam a popularidade e a eleição de Jair Bolsonaro, em 2018, pode ser localizado nesse fenômeno. No momento em que o PSDB ameniza o discurso neoliberal e desestatizante e o PT chega a nomear como Ministro da Fazenda Joaquim Levy, economista com perfil liberal e trajetória acadêmica na Universidade de Chicago, bem como quando as operações de combate à corrupção atingem, igualmente, esses dois maiores partidos tradicionais, as fronteiras entre direita e esquerda democráticas tornam-se tênues e o eleitor se vê privado de opções entre posições democráticas claramente diferenciadas. A própria estratégia eleitoral do candidato vencedor explorou essa aproximação, tratando PT e PSDB como partidos iguais.

dimensão normativa tem natureza ético-política, referindo-se sempre “[...] a experiências específicas, que dependem de contextos particulares, e que não é expressão de uma moralidade universal” (MOUFFE, 2015, p. 121-122).

A teoria de Mouffe reconhece- a existência de outras formas de se relacionar com o mundo que não as baseadas no modelo democrático liberal, já que o universalismo pode ser confrontado pela diversidade epistemológica, ontológica e cultural (SANTOS, 2008b), bem como admite a inevitável dimensão antagonística da política, na qual o poder e a hegemonia sempre serão disputados por racionalidades diversas. No nosso contexto das democracias liberais, melhor que tal disputa se dê no campo democrático.

Feita uma análise de uma abordagem sobre a necessidade radical do reconhecimento da luta pelo poder político e de como essa luta pode ser conciliada com o pluralismo nas democracias liberais, pode-se passar para uma abordagem sobre o pluralismo no Direito e de como o Direito pode lidar com as racionalidades diversas antagonicas, no sentido de busca da sustentabilidade do sistema jurídico.

#### 4.2 O *TRANSCONSTITUCIONALISMO* DE MARCELO NEVES

Marcelo Neves, na obra *Transconstitucionalismo*, aborda a noção de racionalidade transversal, com fundamento nos estudos do filósofo alemão Wolfgang Welsch<sup>71</sup>, como um *plus* à noção de acoplamento estrutural<sup>72</sup> de Luhmann, na forma de “[...] mecanismos

---

<sup>71</sup> Wolfgang Welsch propõe um modelo de entrelaçamentos de racionalidades diversas pela razão transversal, como uma ponte entre mundos irremediavelmente plurais. Ele tenta conciliar um reconhecimento da heterogeneidade das esferas discursivas, mas não abre mão da tentativa de construção de uma metanarrativa, ainda que vazia de conteúdo, orientadora dos discursos particulares (NEVES, 2009, p. 39). Defende o entrelaçamentos dessas diversas racionalidades: “A perspectiva ainda dominante de áreas e disciplinas claramente delimitadas corresponde à perspectiva das separações, estabelecida pela Modernidade. Anteriormente, na Antiguidade e na Idade Média, sempre se havia visto transições, articulações e interdependências, dava-se importância aos vínculos, os quais – ainda que não fáceis de descobrir – criavam um conceito entrelaçado de mundo altamente efetivo. Esses vínculos foram conscientemente cortados em pedaços por Descartes, com sua doutrina das duas substâncias – *res cogitans* e *res extensa*. A seus olhos, isso era um pressuposto fundamental para o início de uma ciência precisa. Desde então, uma perspectiva das separações define a Modernidade. [...] Pesquisas mais recentes em Teoria da racionalidade demonstraram, entretanto, que essa separação, na verdade, é um engano. Entrelaçamentos perpassam a departamentalização tanto no detalhe como no todo” (WELSCH, 2007, p. 242-243).

<sup>72</sup> Para Luhmann, a separação dos sistemas sociais não exclui intensas relações entre eles, tendo em vista que cada sistema é dependente um do outro. “A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria destruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais. Mas não são suficientes meios que possibilitem relações pontuais e momentâneas no plano das operações do sistema, os chamados “acoplamentos operativos”. É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação” (NEVES, 2009, p. 34-35). É pelos acoplamentos estruturais que os subsistemas da sociedades são atrelados. A própria existência desses acoplamentos estruturais depende da diferenciação entre

estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas” (NEVES, 2009, p. 38).

Nesse contexto, a razão transversal seria imposta aos jogos de linguagem particulares como um hiperintelecto, mas teria apenas um *status* de razão que teria a função de fazer a transição entre heterogêneos, por meio de entrelaçamentos. Essa metanarrativa de Welsch, na dimensão descritiva, reconhece a existência de diversas formas de vida, ao passo que, normativamente, estabelece que essas diversas concepções não devem ser suprimidas por um supermodelo que, fatalmente, seria parcial, correspondendo a uma narrativa particular. Constitui um metadiscorso pós-moderno que, ao invés de impor determinada racionalidade totalizante, teria a missão de garantir a própria heterogeneidade dessas racionalidades. Não buscando consenso de conteúdo entre os diversos segmentos da sociedade. Welsch, assim como Mouffe, entende não ser possível um consenso conteudístico baseado na atividade racional. O único acordo seria sobre a existência de dissensos de conteúdo. Partindo dessa premissa, o papel da justiça, para o filósofo alemão, consistiria em atuar corretivamente nas formas particulares de racionalidade, impedindo totalizações e possibilitando intercâmbios e o caráter racional dos conflitos entre elas, mantendo a estabilidade do pluralismo social (NEVES, 2009, p. 39-40).

Neves (2009, p. 42) entende que, apesar de ser altamente formal e desvinculada a conteúdos particulares, a razão transversal abrangente de Welsch, como metanarrativa pós-moderna supraordenada, parece discutível nas condições de policontextualidade de uma sociedade mundial multicêntrica, preferindo restringir a aplicação do conceito. Desse modo, ao invés de trabalhar com uma abrangente razão transversal, prefere a ideia de racionalidades transversais parciais<sup>73</sup>.

---

tais subsistemas. Nesse sentido, o acoplamento estrutural, ao mesmo tempo que vincula, separa. A propriedade e o contrato, por exemplo, são tratados de formas distintas no sistema econômico e jurídico, não obstante possibilitarem que um sistema se ponha a disposição do outro. “A passagem a uma diferenciação funcional primária do sistema da sociedade requer acoplamentos estruturais de um novo tipo na relação dos sistemas funcionais entre si, ou seja, a de acoplamentos que possam levar em conta a autonomia e o fechamento operativo dos sistemas funcionais. Na sociedade, os sistemas de função são preservados por esses mecanismos; mas, como de qualquer modo têm de operar como sistemas de comunicação, não poderiam sair da sociedade. Portanto, os acoplamentos se desenvolvem em unidade com as novas autonomias funcionais. Um não seria possível sem o outro” (LUHMANN, 2016, posição. 7717).

<sup>73</sup> “Tendo em vista que diversas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade se encontram em relações recíprocas muito distintas, a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscorso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações. Todo âmbito de comunicações, ao pôr-se em conexão com outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então cabe falar de racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas” (NEVES, 2009, p. 42).



A racionalidade transversal, assim como os acoplamentos estruturais de Luhmann, está ligada ao equilíbrio entre responsividade em relação às demandas vinda de fora do sistema e a máxima consistência interna possível. Assim, no nível dos entrelaçamentos entre os heterogêneos, no contexto do aprendizado e intercâmbio recíproco, há dois riscos diferentes: perigo de autismo e de uma expansão exagerada de um âmbito de racionalidade sobre o outro. No primeiro problema, há certa indiferença em relação às outras racionalidades presentes na sociedade, caso em que a consistência interna é maximizada e toma espaço da necessidade de adequação do sistema ao ambiente. No segundo caso, a expansão prejudicial “[...] ocorre quando o sistema que dispõe de um código forte, ao relegar um outro à insignificância, não só prejudica a transversalidade, como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade”, havendo hipertrofia de um e atrofia do outro (NEVES, 2009, p. 45-47).

Marcelo Neves (2009, p. 49) afirma que tanto os acoplamentos estruturais como os entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais variam muito conforme o tipo dos sistemas envolvidos e alerta que a existência de um acoplamento estrutural é condição necessária, mas não é condição suficiente para a racionalidade transversal. Enquanto os acoplamentos estruturais servem para garantir a autonomia, mediante a seletividade das influências entre os sistemas, os entrelaçamentos servem, primordialmente, ao intercâmbio e ao aprendizado recíprocos entre racionalidades diversas. Desse modo, por exemplo, a Constituição como acoplamento estrutural entre a política e o Direito pode, ou não, contribuir para uma racionalidade transversal entre os sistemas. Quando não serve como motor catalizador da racionalidade transversal entre os sistemas, o acoplamento pode conduzir a uma judicialização da política e à politização do direito (NEVES, 2009, p. 50).

Sendo assim, a Constituição pode deixar de ser compreendida apenas como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos, para sê-lo como Constituição transversal, o que implica compreendê-la também “[...] como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito” (NEVES, 2009, p. 62).

Na noção de Constituição transversal, as racionalidades particulares política e Direito são vinculadas transversalmente mediante a Constituição estatal. Do lado da racionalidade jurídica há a necessidade de consistência jurídica, pelo fechamento normativo que deve apontar soluções consistentes e, ao mesmo tempo, adequação social do Direito que, na sociedade complexa do presente, não significa resposta a pretensões de conteúdos específicos, mas à capacidade de “[...] convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas [...],

considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente. Em relação à política, isso implica um modelo constitucional que suporte o pluralismo” (NEVES, 2009, p. 64-65).

Do lado da política, a democracia consiste na racionalidade particular tanto na consistência política, quanto na adequação à sociedade. Em relação ao fechamento pela consistência democrática do sistema político, a seleção de decisões no interior do sistema político depende da passagem do povo como pluralidade para o povo como unidade procedimental construída constitucionalmente<sup>74</sup> (NEVES, 2009, p. 70). Já em relação à dimensão da adequação social da política, trata-se de “possibilitar o convívio de forças antagônicas em uma esfera pública política abrangente [...], pois pressupõe procedimentos políticos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências” (NEVES, 2009, p. 71).

A dimensão da adequação social do lado político da ponte entre Direito e política vai ao encontro do pensamento político de Chantal Mouffe (2015, p. 75), que defende, como visto em tópico supra, a necessidade da manutenção de uma esfera pública democrática “agonística” que abrigue os antagonismos políticos, impedindo-os de ser tratados através da moralidade, pelo código “nós do bem” *versus* “eles do mal”. Verifica-se que, em Neves (2009, p. 71), tanto o lado político, quanto o jurídico-constitucional, só estão adequados ao meio-ambiente se permanecerem abertos ao dissenso contido na esfera pública<sup>75</sup>.

No Direito, como na política, o perfeito equilíbrio entre consistência interna pela autolegitimação do povo constitucional e adequação complexa à sociedade, pela abertura à esfera pública pluralista, é apenas um ideal. O fortalecimento de um polo enfraquece o outro, de forma que esse paradoxo não pode ser superado definitivamente, mas apenas controlado em casos procedimentais concretos (NEVES, 2009, p. 73).

No contexto da Constituição estatal como ponte, no sentido de uma racionalidade transversal específica para a política e o Direito, o excesso de democracia pode enfraquecer o Estado de direito, orientado pelo princípio jurídico da igualdade, e o excesso de Estado de direito pode enfraquecer o jogo democrático. Trata-se do que Neves (2009, p. 76-77) chama de “[...] transversalidade entre Estado de direito e democracia”, que demanda uma atuação concreta dos tribunais constitucionais para controle e solução pontual de conflitos entre a racionalidade política e a jurídica.

<sup>74</sup> Tal passagem, no caso do Estado brasileiro, está contida no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>75</sup> “Em geral, a adequação social constitucionalmente fundada do direito, isto é, justiça constitucional externa mediante procedimentos, exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente. Em relação à política, isso implica um modelo constitucional que suporte o pluralismo em relação a partidos, a grupos de pressão, à opinião pública etc.” (NEVES, 2009, p. 65).

Nesse sentido, as cortes constitucionais devem filtrar influências e irritações recíprocas, atuando como “[...] fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos dessa ‘ponte’, servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais” (NEVES, 2009, p. 77), fazendo, desse modo, com que a Constituição sirva como uma efetiva ponte que faz a transição entre racionalidades diversas.

Importante ressalva consiste na observação de que não há que se falar em “ponte de transição”, conforme linguagem de Neves, entre racionalidades, como *plus* ao acoplamento estrutural, se existe subordinação estrutural de um sistema ao outro. Assim, se em determinado Estado falta autonomia da política perante a moral ou a economia, ou falta autonomia do Direito frente à política, não há como existir racionalidade transversal a permitir aprendizado e influência recíproca. Se não existe verdadeira diferenciação entre os sistemas, não há que se falar em acoplamento estrutural. “Na falha do acoplamento estrutural como seu pressuposto, não se pode desenvolver a respectiva racionalidade transversal” (NEVES, 2009, p. 80), o que faz o autor concluir que a Constituição do Estado moderno, como ponte a possibilitar a racionalidade transversal entre o Direito e a política, só se desenvolveu significativamente em poucos lugares do mundo (NEVES, 2009, p. 82).

Partindo de tais pressupostos teóricos, que possibilitam a construção de pontes promovedoras de racionalidade transversal entre racionalidades distintas, mediante prestações recíprocas, interpenetrações e interferências, Neves (2009, p. 115) pretende delinear formas de relação entre ordens jurídicas diversas, que nada mais são do que ordens que seguem o mesmo código binário lícito/ilícito, mas diferenciadas, dentro do mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna (Direito). Tais formas de relação foram denominadas, pelo autor, *transconstitucionalismo*.

Nesse sentido, o autor apresenta diversas formas de *transconstitucionalismo*, nas quais há um aprendizado entre diversas ordens normativas, através de um convívio construtivo entre elas, devendo haver uma compatibilização entre o fechamento da cadeia interna de validação e a capacidade de aprendizado recíproco, sendo que, desse modo, “[...] a abertura normativa não quebra a consistência interna da cadeia de validação, antes serve a uma concretização jurídica normativamente adequada à pluralidade de ordens envolvidas” (NEVES, 2009, p. 127).

Necessária é, na visão do autor, a construção dessas pontes quando o código binário lícito/ilícito dessas diferentes ordens jurídicas apresenta soluções conflitantes. Essas pontes, que são como “modelos de entrelaçamento” para uma racionalidade transversal, não são estáticas e permanentes, mas sim dinâmicas: a cada novo caso as estruturas reflexivas das

ordens se rearticulam na busca de uma solução complexamente adequada à sociedade, mas que não atue no sentido de destruição da outra ordem, mas sim no sentido de estímulo ao permanente intercâmbio para o enfrentamento de casos comuns. Desse modo, o *transconstitucionalismo* pode ser entendido como “[...] um constitucionalismo relativo a (solução de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens” (NEVES, 2009, p. 129).

Assim, quando problemas jurídicos concretos relativos a direitos humanos ou direitos fundamentais perpassam diversas ordens (que contenham princípios e regras de organização e que realmente levem a sério os problemas constitucionais<sup>76</sup>), o *transconstitucionalismo* propõe uma conversação constitucional entre diversos tipos de ordens que seguem o código lícito/ilícito.

Nos casos de ordens mais arcaicas, que não possuem princípios e regras secundárias de organização, seria necessário, de acordo com Neves (2009, p. 217), um transconstitucionalismo unilateral de tolerância, com o desenvolvimento de uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio entre ordem jurídica estatal oficial e as ordens extraestatais, que possuem pressupostos antropológico-culturais diferenciados, rejeitando-se a simples imposição unilateral de “direitos humanos” aos seus membros.

O primeiro passo, nesse sentido, seria observar a existência do “outro”, pressuposto “[...] para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo [...] uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas [...]” (NEVES, 2009, p. 228). O foco da teoria de Marcelo Neves, quando se trata de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais, é o problema das comunidades indígenas, que muitas vezes têm suas práticas culturais coletivas ameaçadas por valores supostamente universais dos direitos humanos.

Através da noção de democracia plural de Mouffe, este trabalho reconhece a necessidade de respeito ao pluralismo na sociedade complexa fragmentada<sup>77</sup> via legitimação dos conflitos que são constitutivos da política em uma democracia.

---

<sup>76</sup> “Sem dúvida, há ordens jurídicas, especialmente estatais, que não estão dispostas a colaborar com o transconstitucionalismo, pois desconhecem os direitos fundamentais e rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores de poder. Internamente, elas não admitem Constituição em sentido moderno, a serviço de uma racionalidade transversal entre Direito e política. Em face dessas ordens, o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional” (NEVES, 2009, p. 129-139).

<sup>77</sup> “A análise da fragmentação social não começa com os teóricos contemporâneos sobre a pluralidade do discurso, mas remonta ao conceito de solidariedade orgânica de Emile Durkheim, ao novo politeísmo da racionalidade formal de Max Weber, à pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein e à crítica

Pelo transconstitucionalismo, observa-se, especificamente em relação ao Direito, a necessidade de reconhecimento da fragmentação (entendida como falta de unidade do Direito), ao passo que é apresentado um “[...] modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 288) pelas pontes entre ordens jurídicas, sem a pretensão de hierarquização de uma sobre a(s) outra(s), ou seja, há uma proposta de como integrar esses fragmentos do Direito.

Assim, em um primeiro momento foi apresentada uma teoria que reconhece o pluralismo da sociedade complexa atual e propõe uma nova abordagem da política, compatível com esse pluralismo nas democracias. Avançando, foi apresentada a abordagem de Marcelo Neves que reconhece a pluralidade de racionalidades que constituem a sociedade atual, bem como a fragmentação do Direito, como sistema funcional, e propõe um modelo, para o Direito, que possa oferecer as condições de costura desses fragmentos, na busca de uma “[...] redução da exclusão primária crescente [...], no contexto de uma estrutura heterogênea e diferenciada de comunicações” (NEVES, 2009, p. 293). O ponto central dessa tecelagem entre fragmentos do Direito e da própria sociedade é a ideia de alteridade e de troca de informações e experiências entre ordens jurídicas fundadas em princípios e pressupostos organizacionais distintos.

Foge ao escopo do presente trabalho a análise minuciosa de como se dão essas relações em cada tipo de transconstitucionalismo proposto por Neves, mas aqui se pretende demonstrar a importância de cada ordem jurídica estar aberta ao aprendizado com o “outro”, tendo em vista que o transconstitucionalismo implica o fato de que existem, na sociedade complexa atual, “[...] diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional [...] que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação [...], cada uma delas observando a outra” (NEVES, 2009, p. 297). Essa conclusão implica que qualquer ordem jurídica deve observar a questão da alteridade, a qual traz a necessidade de reconhecimento dos limites de observação de dada ordem jurídica em relação ao todo (MIGUEL, 2016, p. 90).

Nesse ponto, o transconstitucionalismo de Marcelo Neves se liga a um dos pilares do presente trabalho, conforme tópico 2.3.3.4, que consiste em uma crítica à autoconfiança do sujeito, que demanda uma abertura ao outro se opondo à rigidez das opiniões, tendo em vista

---

sociológica da moral kantiana de Theodor Adorno. Max Weber, em particular, analisou a modernidade como racionalização independente de diferentes esferas de valores e ordenamentos de vida, que desencadeou conflitos insolúveis entre poderes de crença despersonalizados. Em uma situação desse tipo, a justiça não pode mais ser fundamentada por referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização.” (TEUBNER, 2011, p. 21).

que a prudência e a humildade intelectual, nos dias atuais, demandam o reconhecimento da existência de outras racionalidades e, conseqüentemente, outros discursos que utilizam o código lícito/ilícito para resolução de problemas.

#### 4.3 O PLURALISMO JURÍDICO NA VISÃO DE TEUBNER

Ao tratar do pluralismo jurídico, Teubner (2005, p. 91) não se restringe, como Marcelo Neves, ao relacionamento entre diversos discursos jurídicos, oficiais ou não, mas avança para tratar também do relacionamento entre os discursos jurídicos e outros discursos sociais. Segundo Teubner, o código binário lícito/ilícito não é característico unicamente do Direito oficial do Estado e que dentro do pluralismo é esse código quem define o que é propriamente jurídico<sup>78</sup>. Considerando a utilização, ou não, de tal código por diversos processos comunicativos, podem-se observar as fronteiras autodelimitadas pelo Direito nas suas relações com outras práticas sociais (TEUBNER, 2005, p. 90).

Buscando compatibilizar a tradição sistêmica aos desafios do pluralismo jurídico, aperfeiçoando e superando o *deficit* de desenvolvimento quanto à ideia de abertura cognitiva de sistemas racionais fechados, Teubner também apresenta uma leitura que visa ir além da noção de acoplamento estrutural<sup>79</sup>, por considerá-la insuficiente para dar conta do

---

<sup>78</sup> “É a invocação – implícita ou explícita – do código jurídico que constitui os fenômenos do pluralismo jurídico, desde o direito oficial do Estado até as normas jurídicas informais dos mercados e das organizações criminosas. A fim de, desde logo, evitar mal-entendidos, devo acrescentar que o código binário lícito/ilícito não é característico do direito oficial do Estado. Com a escolha do código jurídico como critério, não se está pretendendo defender um *centralismo* jurídico. A concepção aqui escolhida nega categoricamente ao direito oficial estatal qualquer posição hierárquica superior, orientando-se, antes, pela, pela imagem de diversos discursos jurídicos encontrados em níveis iguais. “Leis tributárias” de máfias locais, com o objetivo de garantir a “proteção” dos comerciantes, trazem à tona a questão. A sua “ilegalidade” está claramente excluída da possibilidade de qualquer “reconhecimento” pelo direito oficial estatal. [...]. Elas pertencem a um sem número de discursos jurídicos fragmentados, entre eles, leis estatais, regras da justiça privada, regulamentações da governança privada ou normas totalmente “ilegais” de organizações criminosas, que exercem um papel no jogo dinâmico da constituição recíproca de ações e estruturas no meio social. Os ordenamentos jurídicos diversificados do pluralismo jurídico produzem permanentemente expectativas normativas codificadas juridicamente no sentido sociológico. Excluem-se, aqui, meras convenções sociais e regras morais, uma vez e desde que elas não se apoiam no código binário lícito/ilícito. [...] Não é a estrutura, tampouco a função, que define o que é propriamente jurídico, e sim, tão somente, o código binário” (TEUBNER, 2005, p. 89-90).

<sup>79</sup> “Apesar de todo potencial inovador, a concepção de acoplamento estrutural entre sistemas autônomos, desenvolvida pela teoria geral dos sistemas, não é suficientemente complexa para lidar com os problemas específicos do relacionamento entre direito e sociedade. Aqui fracassa a simples imaginação de dois sistemas autônomos que constituem mutuamente seus ambientes. A razão está em que, afinal da contas, as relações entre direito e outros campos sociais decorrem de diferenças internas no contexto de uma única sociedade. Isso significa que, apesar de toda autonomia, esses campos pertencem ao mesmo sistema social, não podendo simplesmente ser concebidos num modelo de dois sistemas autopoiéticos independentes[...] o direito não é mais aberto em relação a outras províncias culturais – como a política, a ciência, a economia, a religião e a cultura – do que a concepção de *acoplamento estrutural* poderia permitir? Não é a *interdiscursividade* no direito e na sociedade muito mais densa do que a que poderia ser produzida por meras perturbações pontuais?” (TEUBNER, 2005, p. 85).

entrelaçamento entre diversas esferas, por meio da noção de interdiscursividade (MIGUEL, 2016, p. 484-485). Para ele, o pluralismo jurídico é caracterizado por um paradoxo na relação entre Direito e sociedade, os quais ao mesmo tempo seriam, separados, mas interligados, autoônomos, mas interdependentes, fechados, mas ao mesmo tempo abertos (TEUBNER, 2005, p. 81).

É que a noção de pluralismo jurídico, na pós-modernidade, ultrapassa a noção tradicional de pluralismo<sup>80</sup>, baseado na coexistência, de forma separada, entre ordens jurídicas no mesmo espaço político, para entender que os elementos sociais e jurídicos “[...] sobrepõem-se, interpenetram-se, interligam-se, integralizam-se, constituem-se mutuamente, dialeticamente” (TEUBNER, 2005, p. 82).

Desse modo, uma teoria sistêmica focada no fechamento e na consistência jurídica não seria suficiente para dar conta do pluralismo jurídico atual, no qual “[...] os limites do jurídico e do social se descaracterizam até ficar irreconhecíveis” (TEUBNER, 2005, p. 83).

Nesse sentido, Teubner (2005, p. 85-86) propõe modificações em relação à concepção de *acoplamento estrutural*, consistentes nos conceitos de mal-entendidos produtivos, instituições de ligação e responsividade.

O conceito de mal-entendidos produtivos substituiria a ideia de irritação, tendo em vista que no pluralismo jurídico o Direito não é somente perturbado processo de autorreprodução da sociedade, mas o que ocorreria é que o Direito entende mal, produtivamente, outros discursos sociais, que passam a ser fontes produtoras de normas (TEUBNER, 2005, p. 86).

Pelas instituições de ligações, o acoplamento estrutural ganha duração, qualidade e intensidade, que no contexto do novo pluralismo jurídico significa instituições que “[...] conectam o direito a uma multitude de subsistemas funcionais e organizações formais” (TEUBNER, 2005, p. 86). Enquanto o acoplamento estrutural, por si só, leva a uma transitória mudança estrutural, pelas instituições de ligação os mal-entendidos entre processos jurídicos e sociais tornam-se epidêmicos. Para Teubner, as instituições de ligação seriam como o Deus romano Janus, “[...] elas possuem duas faces. Apesar de o conceito ser idêntico, tanto no direito como na sociedade, é mesmo assim diferente: *de fora*, isto é, da sociedade, ele se mostra diversamente de como é observado *de dentro*, ou seja, do direito (TEUBNER, 2005, p.

---

<sup>80</sup> “Realmente, esse novo pluralismo jurídico [...] supera concepções hierárquicas do pluralismo jurídico que tendem a assimilar níveis jurídicos com a estratificação da sociedade, ignorando fenômenos sociais fora dessa hierarquia. [...] O ‘novo’ pluralismo jurídico é não-legalista, não hierárquico e não institucional. Seu tema são as interações dinâmicas entre uma enorme variedade de *ordens jurídicas* num campo social” (TEUBNER, 2005, p. 86-87).

97). Enquanto as condições de acoplamento estrutural resultam apenas na sobrevivência de estruturas, o que demonstra sua viabilidade, a introdução de instituições conectoras, com suas associações permanentes entre processos paralelo de auto-reprodução social, resultam no aumento da responsividade.

No pluralismo jurídico, a responsividade social nasce dessa ligação mais estreita e fortificada do Direito com relação aos discursos sociais autônomos, com melhor aproveitamento da sincronia entre operações jurídicas e sociais (TEUBNER, 2005, p. 86), tendo em vista que as instituições conectoras sugerem “[...] uma *ressonância* direta do direito com a sociedade civil, sem ter que caminhar pelos desvios de outros sistemas sociais” (TEUBNER, 2005, p. 100).

O professor alemão busca uma nova forma de explicar como se encontram esses diversos discursos herméticos e fragmentados por meio da interdiscursividade. Se nas associações de acoplamento estrutural, os discursos inicialmente fechados passam a influenciar uns aos outros, mas não de forma causal e direta, de forma que as perturbações provocadas externamente influenciam a criação de novas estruturas internas, o conceito de mal-entendido produtivo está mais próximo da noção de “[...] relações mutualmente constituídas entre a forma social e a jurídica, e entre os diferentes discursos jurídicos” (TEUBNER, 2005, p. 92).

Nos discursos sociais, que se autorreproduzem através de rotinas externas ao Direito, toda vez que uma questão de Direito for suscitada ocorre um processo jurídico interno (que não se confunde com o Direito oficial do Estado) que reconstrói as rotinas próprias do respectivo processo social, como normas jurídicas por meio de sua releitura. “O direito vigente dentro da organização observa as rotinas conforme o código lícito/ilícito, constituindo-as, novamente, como parte integrante do direito intra-organizacional (TEUBNER, 2005, p. 92). Do mesmo modo que ocorre uma juridificação de fenômenos sociais, inversamente também pode ser percebido um mal-entendido produtivo, quando as regras jurídicas desenvolvidas nesse direito intraorganizacional “[...] integram-se novamente às rotinas organizacionais, a fim de serem utilizadas na reconstrução do processo decisório interno. Tais normas são juridicamente decodificadas”, sendo desconstruídas no seu contexto jurídico e reconstruídas como fundamentos do poder no interior da micropolítica de determinada organização<sup>81</sup> (TEUBNER, 2005, p. 93).

---

<sup>81</sup> “Uma distinção construtiva similar ocorre nas transações econômicas e nos contratos jurídicos. [...] Juristas observam as ações econômicas por meio do código lícito/ilícito e entendem, equivocadamente, processos econômicos e estruturas como fontes do direito. E, vice-versa, com ajuda do código econômico, os racionais



Desse modo, Teubner abre mão da ideia de transporte de informações<sup>82</sup> entre discursos fechados, por entender que a interdiscursividade no pluralismo jurídico é um caso típico de comunicação sistematicamente perturbada. Para o professor alemão, através desses mal-entendidos produtivos, o significado normativo original já não pode mais ser reconhecido. “Não se pode falar simplesmente de transferência de construções de uma ordem normativa a outra [...]. Tampouco *interação, negociação, ou interpenetração* de diversas ordens jurídicas seriam as metáfora adequadas” (TEUBNER, 2005, p. 94). Comunicação distorcida, até mesmo pela intensa diversidade entre os discursos, seria a noção essencial para o entendimento do pluralismo jurídico (TEUBNER, 2005, p. 95).

A importância da ressalva quanto à radical diversidade dos discurso fica clara, quando “o autor assume como inegociável o reconhecimento das fronteiras de sentido que distinguem os discursos fechados e, por conseguinte, impedem uma flexibilização da diferença entre direito e sociedade” (MIGUEL, 2016, p. 493).

A intensa fragmentação da autorreprodução social gerou uma multiplicidade de discursos herméticos que acabarm por impulsionar uma pluralização do pluralismo jurídico, que não deve se reorientar apenas para grupos e comunidades, conglomerados empresariais, mas deve voltar-se aos discursos sociais e às suas diversas realidades. Os fenômenos jurídicos nascem no contexto desses discursos especializados que são novas fontes de reprodução social mal-entendidas pelo Direito como fonte de criação de normas. Esse novo pluralismo,

---

atores econômicos tomam normas jurídicas como *moedas de troca*, por novas oportunidades de obtenção de mais lucros. Estamos, mais uma vez, diante de uma simbiose de mutuas distorções. [...] No regime de *private government*, da *private justice* e da *private regulation*, deve-se distinguir cuidadosamente entre: 1. fenômenos como estruturas micropolíticas de poder, coações econômicas e expectativas sociais, morais e convencionais de natureza não-jurídica; 2. a sua reconstrução em genuínos processos jurídicos de caráter não estatal, como acordos particulares, processos disciplinares internos nas organizações, regimes inter-organizacionais de regulação oligopolista de mercado; 3. O seu *reconhecimento* Legislativo, administrativo ou judicial, que produz novas regras para o Legislativo. Assim a interdiscursividade aparece aqui em duas forma distintas: entre discursos jurídicos (direito estatal *versus* direito particular e direito da máfia) e entre discursos jurídicos e não jurídicos (normas jurídicas *versus* normas sociais). [...] Em ambos os casos de interdiscursividade, podemos falar em *recontextualização*. No primeiro caso, entre discursos jurídicos *versus* não-jurídicos, trata-se de decodificação e recodificação e, no segundo, isto é, entre diferentes discursos jurídicos desprogramação e reprogramação” (TEUBNER, 2005, p. 93-94).

<sup>82</sup> Sobre a mudança do direito por intermédio de normas e institutos estrangeira, Teubner propõe que se deixe de analisar o tema sob a ótica da metáfora *legal transplant*, que traz consigo a ideia de repulsa ou integração, para que seja utilizado o termo “irritação jurídica”, tendo em vista que os institutos jurídicos não podem simplesmente ser “transplantados”, ou seja, retirados de um contexto e introduzidos em outro. Ele defende que, quando uma norma jurídica estrangeira é imposta a uma determinada cultura jurídica, há uma espécie de irritação que redundam em inesperados acontecimentos a alterar não só o contexto interno, como também o significado das normas estrangeiras. Essas mudanças irritam as “instituições de ligações” (*binding arrangements*) que ligam o Direito com o meio social. Do lado jurídico dessa conexão haverá um recontextualização dentro do novo ordenamento jurídico, ao passo que do lado social haverá perturbações e modificações que seguirão a própria lógica interna desse meio. Em um terceiro momento, essas modificações sociais voltam a agir irritando o lado jurídico, criando uma dinâmica evolucionária de irritações recíprocas, dinâmica essa que não resultará na convergência das ordens jurídicas participantes. (TEUBNER, 2005, pág. 156-157).

sobre o qual disserta Teubner, deve ser tratado sob uma perspectiva horizontal entre Direito e sociedade. “O problema não é mais a tradução das normas sociais de grupos para normas jurídicas, e sim a integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico” (TEUBNER, 2005, p. 96).

O olhar de Teubner sobre o pluralismo jurídico leva a uma reflexão sobre a questão da responsividade do Direito em relação aos diversos discursos sociais, seja em relação às culturas tradicionais<sup>83</sup>, seja em relação aos processos de grandes corporações, seja aos incontáveis fragmentos de discursos sociais existentes no ambiente social. Esse olhar, apesar de macro e aparentemente distante de uma teoria de decisão judicial, é imprescindível, tendo em vista que, atualmente, o apelo de Burke ao mundo vivido, que é o mundo da intersubjetividade, consiste nessa responsividade a todos os modos de vida. Não há como o Direito se contentar com a abstratividade da pretensão de fechamento do sistema jurídico, sem dar conta do mundo da vida, que é, inexoravelmente, um mundo de diversas visões, racionalidades e discursos.

#### 4.4 A CONCEPÇÃO DE WÁLBER CARNEIRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ECLUSAS QUE CONTROLAM O FLUXO DE SENTIDO ENTRE O DIREITO E O SEU AMBIENTE

Partindo de uma crítica à lógica ponderativa<sup>84</sup> dos direitos fundamentais, que vai ao encontro do tópico 3.2.1 do presente trabalho, Wálber Carneiro (2018, p. 132) propõe um repensar acerca da visão corrente dos direitos fundamentais, consentânea com o horizonte de sentido de uma sociedade complexa e global, o que resulta em um ambiente inexoravelmente plural, considerando os direitos fundamentais como “eclusas”<sup>85</sup> do fluxo de sentido entre o sistema jurídico e o seu ambiente<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> As observações de Teubner sobre o pluralismo jurídico “[...] implicam a demanda por um aumento de responsividade da reconstrução às culturas tradicionais, visto que não existe um direito indígena real, mas apenas um “mal-entendido criativo”, consistente na leitura das culturas regionais, com seus costumes e usos fáticos, pelo direito moderno” (MIGUEL, 2016, p. 505).

<sup>84</sup> “A ponderação pressupõe uma sociedade que não existe e que, mesmo para aqueles que ainda têm pretensões crítico-normativas sobre a reprodução social (que inclui a do Direito), não seria (mais) desejável, tampouco viável. Em geral, adeptos da ponderação pressupõem a sociedade como um conjunto de indivíduos que agem em um ambiente valorativo “objetivo”, capaz de produzir consensos apriorísticos ou pelo menos capazes de transformar, com o auxílio de regras procedimentais, o dissenso presente no ambiente em um consenso democrático de relativa estabilidade” (CARNEIRO, 2018, p. 134).

<sup>85</sup> O sistema de eclusas, na engenharia, consiste em um conjunto de portas e válvulas que funciona como um elevador aquático, ajudando navios a transpor rios ou canais onde existe desnível no terreno. Depois que o navio entra, os portões são fechados. Quando a embarcação passa do ponto mais baixo para o mais alto, a água entra e eleva o navio. Quando o caminho é o inverso, a água escoar e a embarcação desce.

<sup>86</sup> “Uma abordagem satisfatória sobre os fundamentos do fluxo de sentidos entre ambiente e sistema jurídico na constituição dos direitos deve enfrentar, pelo menos, quatro campos teóricos: a. o da constituição assimétrica das

O autor defende que o reconhecimento da policontextualidade<sup>87</sup> implica uma mudança de paradigma em relação aos direitos fundamentais e não pode ser suportada por modelos teóricos que apostam apenas na abertura semântica das estruturas normativas; isto porque, tanto os mitos da concordância prática ponderativa, como o da existência de uma comunidade que aceita que é governada por princípios comuns - o que facilitaria um modelo de Direito baseado na integridade e coerência dworkinianas -, fracassam em dar conta dos direitos fundamentais “[...] no horizonte de uma sociedade global, complexa, plural, altamente especializada e fragmentada, inclusive quanto aos seus sistemas normativos” (CARNEIRO, 2018, p. 135).

Tais teorias clássicas, que acentuam o fechamento do sistema, qualificando os direitos fundamentais como dispositivos de bloqueio de possibilidades de sentido na proteção do indivíduo frente a ações e omissões do Estado, acabam incorrendo redudando na abertura dos sistema jurídico por não darem conta de boa parte das expectativas normativas advindas do ambiente do Direito. A vocação dogmática e a primazia sintático-semântica das teorias clássicas exigem uma preferência pela autorreferência do sistema. “Assim, eventuais disputas sobre o sentido ‘atual’ do sistema são semanticamente implodidas como dificuldades cognitivas, cuja solução se daria, nos órgãos de decisão, pela utilização daqueles modelos ‘hermenêuticos’ ou ‘argumentativos’ que privilegiam a abertura” (CARNEIRO, 2018, p. 137).

Ao lado desse modelos teóricos clássicos, o referido autor descreve teorias institucionais que privilegiam o modo como os direitos fundamentais atuam em relação ao seu entorno, como o *approach* sociológico de Luhmann, que entenderia os direitos fundamentais como instituições que manteriam a diferenciação social entre homem e sociedade, impedindo que “[...] que o direito passasse a decidir o que é moral e imoral a partir de uma simbiose entre sociedade e consciência (ou *ethos* opressores)” (CARNEIRO, 2018, p. 139). O autor citado conclui que tanto as teorias clássicas, quanto as teorias institucionais, são falhas. As primeiras por insuficiência em relação à complexidade ambiental e por uma sobrecarga na função hermenêutica responsável por fechar as possibilidade de sentido que refletem o ambiente complexo. As segundas falhariam “[...] quando tendem a reduzir as demandas

---

expectativas e pretensões de racionalidade prática nos sistemas parciais da sociedade; b. o do modo pelo qual o sistema jurídico estrutura essas diferentes pretensões; c. o dos problemas internos decorrentes dessa estruturação e, por fim, no contrafluxo, d. o dos limites de regulação das assimetrias e as possibilidades dos “impulsos horizontais” [...]. Todavia, aqui abordaremos apenas as linhas gerais dos três primeiros âmbitos (enunciados em a, b e c), já que são determinantes para a transição paradigmática que perseguimos (CARNEIRO, 2018, p. 141).

<sup>87</sup> Policontextualidade é entendida como “[...] emergência de estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social [...]” que impede a compreensão da sociedade atual a partir da interação (TEUBNER, 2011, p. 20).

ambientais às pretensões expansivas de outros sistemas parciais da sociedade, ignorando que o ambiente busca no direito proteção para os efeitos destrutivos” de tais energias expansivas de outros sistemas sociais (CARNEIRO, 2018, p. 140). Sua proposta visa atender tanto para a heterorreferência quanto para a autorreferência dos direitos fundamentais, de modo que estes possam comunicar as reservas de racionalidades presentes na sociedade (abertura) com tradição jurídico-dogmática (fechamento), aproximando as abordagens institucionais com as abordagens dogmáticas (CARNEIRO, 2018, p. 141).

Coerente com a perspectiva da descrição fenomenológica hermenêutica, no sentido da impossibilidade de compreensões absolutas, Wálber Carneiro (2018, p. 142) destaca a complexidade dos sentidos que os entes podem assumir na sociedade complexa, o que denota a existência de diversos discursos com pretensão de centralidade, o que resulta em um “[...] estranhamento recíproco de diferentes âmbitos isolados em suas cegueiras estratégicas relativas ao entorno”, bem como no estranhamento desses sistemas parciais da sociedade em relação ao Direito institucionalizado.

O Direito se ocupa, funcionalmente, de problemas já sinalizados anteriormente em alguns desses âmbitos parciais da sociedade, porém essa função de estabilização de expectativas e resolução de conflitos, conferida ao Direito institucional, não significa que o Direito é uma racionalidade superior totalizante em relação à moralidade prática da sociedade. O estranhamento em relação ao Direito institucionalizado, citado anteriormente, faz com que esses sistemas parciais antecipem esses problemas práticos a partir dos danos que podem ser causados pela assimetria entre os âmbitos organizados e espontâneos desses sistemas funcionais, o que leva tanto a uma autonormatização, quanto à formação de expectativas normativas em relação ao sistema jurídico. Essa autorreprodução em determinado âmbito social pode levar a uma expansão das possibilidades do respectivo sistema, colocando em risco outros âmbitos de reprodução da sociedade, gerando diversos conflitos com diferentes níveis de assimetria<sup>88</sup> (CARNEIRO, 2018, p. 144).

Essas tensões geram, conforme dito supra, expectativas normativas e pretensões de racionalidade, antes mesmo de o Direito refletir sobre elas, culminando em um movimento,

---

<sup>88</sup> “Essas tensões se dão 1. entre o âmbito organizado e o âmbito “espontâneo” da comunicação de seu próprio sistema (entre empresas e consumidores da economia, entre partidos e cidadãos da política, entre instituições e fiéis de uma religião, entre museus e admiradores da arte, entre uma família e seus “sujeitos” etc.), 2. entre âmbitos organizados de diferentes sistemas (entre os produtores de bebidas alcoólicas e ordens religiosas ou entre organizações mantenedoras de uma universidade e a sua estrutura acadêmica) e 3. entre o âmbito organizado de um sistema e os âmbitos espontâneos de outros sistemas, sujeitos ou indivíduos indiretamente afetados por sua reprodução expansiva (entre a Administração Pública e os riscos destrutivos que políticas públicas desenvolvimentistas trazem para o meio ambiente, indivíduos ou animais específicos, por exemplo)” (CARNEIRO, 2018, p. 144).

por parte dos âmbitos organizados de sistemas parciais, no sentido da construção de uma comunicação simbolicamente orientada para a assimilação de demandas provenientes dos âmbitos espontâneos, o que constitui uma reserva de racionalidade prática. Tais expectativas normativas, mesmo antes de serem estruturadas por qualquer ordem normativa institucionalizada, poderão ser observadas no entorno dos sistemas normativos, através da diferença possibilidade/impossibilidade dos sistemas parciais da sociedade global, o que faz o autor destacar a importância da pergunta sobre o “[...] modo como o sistema jurídico estrutura essas diferentes pretensões observadas no ambiente dos sistemas normativos mediante essa diferença” (CARNEIRO, 2018, p. 145).

Nesse sentido, Carneiro trata os direitos fundamentais<sup>89</sup> como conceit-chave para essa recepção, pelo sistema jurídico. Os direitos fundamentais atuam como “eclusas”, controlando o fluxo de sentido entre o Direito e o seu ambiente, “[...] refletindo, internamente, a diferença entre as expectativas de possibilidades/impossibilidades práticas dos sistemas sociais” (CARNEIRO, 2018, p. 145). É através da noção de direitos fundamentais que o professor Wálber Carneiro busca a comunicação da capacidade cognitiva do sistema jurídico (heterorreferência) com os pressupostos para o fechamento do sistema (autorreferência). Sua teoria está condicionada à dinâmica funcional do “direito da sociedade”, mas considera também um lado interno das formas de fundamentalidade, que serviriam na busca da construção de concepções dogmáticas voltadas para o fechamento do sistema jurídico. Daí a utilização da analogia com o mecanismo das eclusas<sup>90</sup>. A variação de fluxo de sentido entre a sociedade e o sistema jurídico deve ser observada e, dogmaticamente controlada na dimensão da variação social de sentido (entre consenso e dissenso), da variação temporal de sentido (que varia entre antes e depois) e da variação objetiva de sentido (diferenças entre o fora e o dentro dos sistemas) (CARNEIRO, 2018, p. 146).

A variação social de sentido está diretamente ligada à questão da inexorável pluralidade na sociedade complexa, tratada neste trabalho sob a ótica da democracia radical

---

<sup>89</sup> “De fato, se ainda resta ao direito algum papel emancipatório, ela passa pela ideia de direitos fundamentais. Todavia, a curta e já conturbada história do constitucionalismo brasileiro pós-1988 mostrou que tais possibilidades não serão garantidas por um ideário constitucional que ignore a complexidade social disposta no ambiente do sistema jurídico, as impossibilidades epistêmicas e sociais do dirigismo semântico e a incontornável conexão do direito estatal com outros sistemas não necessariamente territorializados” (CARNEIRO, 2018, p. 159).

<sup>90</sup> “Tal qual “eclusas” – comportas que permitem ou bloqueiam o fluxo de embarcações entre dois sistemas hidroviários –, os direitos fundamentais garantem, ao mesmo tempo, o controle do tráfego e a autonomia dos dois sistemas. Como uma teoria fundamental que substitui parcialmente a função das antigas teorias gerais do direito em um modelo ecossociológico, seu foco é a descrição estrutural resultante da dinâmica funcional entre sistema e ambiente, embora os ganhos atinjam o nível hermenêutico na medida em que orienta as construções dogmáticas e as decisões envolvendo direitos fundamentais” (CARNEIRO, 2018, p. 146).

de Mouffe, conforme tópico 4.1 do presente capítulo, que reconhece a existência de paixões constitutivas das identidades coletivas e busca a legitimação dos dissensos sem a imposição de uma racionalidade autoritariamente (MOUFFE, 2015, p. 28). “Não sendo o “social” uma reunião de indivíduos sob a égide de determinado pacto ou identidade cultural compartilhada, diferentes perspectivas de “mundo” se assumem como diferentes “horizontes de sentido” (CARNEIRO, 2018, p. 147).

Assim como Mouffe<sup>91</sup> (2015, p. 88), Wálber Carneiro não acredita na possibilidade de consenso como elemento de coesão entre esses diferentes “horizontes de sentido” na democracia pluralista, uma vez que as variáveis dissensuais da dimensão social de sentido não podem ser bloqueadas seja por um utópico consenso amplo, seja por um “um consenso “quase transcendental” sobre as condições de validade dos diálogos plurais que buscam a eliminação da nossa discordância” (CARNEIRO, 2018, p. 147).

Por tal razão, a noção-chave da teoria do professor Wálber, os direitos fundamentais, é considerada acoplamento mais maleável e generalizável, “cuja força institucional (simbólica), além de reforçada pela sua constitucionalização, vai sendo recursivamente ampliada pela comunicação especializada do direito”, com o objetivo de manter a sustentabilidade dos sistemas sociais (CARNEIRO, 2018, p. 148). Os dissensos continuarão no ambiente. Nesse sentido, a atuação dos direitos fundamentais não se dá no sentido de escolha de um consenso absoluto, mas sim no sentido de fazer uma ligação do fluxo de sentido dissensual da sociedade para o Direito. A pragmática do Direito se conecta ao dissenso externo pelos acoplamentos frouxos dos direitos fundamentais em uma comunicação hipercíclica<sup>92</sup> (CARNEIRO, 2018, p. 149).

Desse modo que os direitos fundamentais estão ligados, ao mesmo tempo, à função de abertura e fechamento do direito. Ao tempo que permitem o acoplamento entre o sistema e o ambiente, os direitos fundamentais, como eclusas, impedem seleções imediatas de variações de sentido demandada pelo ambiente, bloqueando possibilidades, e exigem a produção de determinados programas (necessidades). Essas fronteiras de variação social de sentido, considerando os dissensos existentes no ambiente, não são estáticas, razão pela qual se faz necessário a análise da dimensão temporal desse fluxo (CARNEIRO, 2018, p. 150).

---

<sup>91</sup> Boa parte das críticas de Mouffe, endereçadas ao liberalismo, consiste no seu pensamento de que não há, no contexto de uma democracia pluralista, como admitir a solução do consenso, sem que isso implique alguma forma de exclusão.

<sup>92</sup> “O retorno hipercíclico no jogo reflexivo do sistema jurídico circular (princípios → regras → dogmática → jurisprudência → decisões → jurisprudência → dogmática → regras → princípios) [...] enrijece a camada interna e separa o sistema jurídico de seu ambiente, embora não obstaculize o acoplamento e a estruturação do dissenso na parte exterior de seus limites” (CARNEIRO, 2018, p. 149).

A variação temporal de sentido dos direitos fundamentais é inevitável<sup>93</sup> e, embora essa afirmação seja uma realidade, são necessárias, a qualquer sistema político, comportas rigorosas para regulação desse processo evolutivo temporal. Essa necessidade de controle pode resultar a aposta nas regras para certo tipo de bloqueio de algumas possibilidades de variação, sem que haja supressão da possibilidade de variação, o que resultaria na implosão do sistema político. Nesse sentido, podem ser utilizados os mecanismos das cláusulas pétreas e de regras legislativas mais rígidas para a alteração do texto constitucional. Se a utilização das regras tende a bloquear algumas possibilidades de variação, a utilização de princípios tende a provocar “[...] uma pressão externa por modificações, e dependerá de programas condicionais reflexivos que reflitam o consenso pressuposto” (CARNEIRO, 2018, p. 151).

Direitos fundamentais, como eclusas, controlam essa dimensão temporal do fluxo de sentido com cuidado, para que o futuro do ambiente não implique a insustentabilidade dos sistemas e consequente implosão da sociedade. “Esse ‘cuidado’ exige que os direitos fundamentais reproduzam a complexidade ambiental em uma terceira dimensão da variação de sentido: a objetiva” (CARNEIRO, 2018, p. 152).

O autor, voltando a utilizar a diferenciação entre teorias clássicas e teorias institucionais, afirma que as primeiras tendem a observar essa diferenciação objetiva como uma situação evolutiva linear, retratada pela noção de gerações de direitos fundamentais, que “[...] representariam diferentes dimensões de uma ‘unidade’ constitucional do ‘presente’, cujos conflitos metavalorativos deveriam ser resolvidos mediante uma ‘concordância prática’ ponderativa” (CARNEIRO, 2018, p. 153). Vários problemas da ponderação foram abordados no presente trabalho. Se as teorias clássicas abordam a dimensão objetiva inadequadamente pela discricionariedade da ponderação, para o autor as teorias institucionais pós-metafísicas, embora reconheçam as diferenças objetivas entre Direito e ambiente, não abordam adequadamente, o modo como o direito internaliza essas diferenças (CARNEIRO, 2018, p. 153).

O autor trata essas diferenças objetivas, que resultam na ausência de unidade constitucional, não por meio das gerações de direitos fundamentais, mas pela noção da existência de diferentes esferas de fundamentalidade, cada uma com suas peculiaridades (CARNEIRO, 2018, p. 152). Considerando a dimensão objetiva, que distingue o que está dentro e o que está fora de determinado sistema, “[...] os direitos fundamentais, na sua função

---

<sup>93</sup> Essa variação temporal de sentido é inevitável porque o sentido de determinado direito fundamental só se dá mediante a compreensão. Considerando que, para a hermenêutica filosófica, apesar de o intérprete não poder se subtrair do condicionamento histórico no qual se encontra e a partir do qual compreende, “todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia” (GADAMER, 2015, p. 489).

de “eclusas” do fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, refletem “dentro” do direito a diferenciação que há “fora”, em seu ambiente” (CARNEIRO, 2018, p. 152). Desse modo, não há como considerar o fechamento do Direito, sem abordar como ele reproduz, internamente, em esferas de fundamentalidade, a complexidade do ambiente. A diferenciação externa gera uma diferenciação interna. É desse modo que os direitos fundamentais atuam para a manutenção da sustentabilidade de seu ambiente, atuando no fluxo entre as reservas de racionalidade prática das ordens parciais da sociedade e as esferas de fundamentalidade, como um acoplamento reflexivo entre sociedade e Direito (CARNEIRO, 2018, p. 157).

No caso de colisão entre essas esferas de fundamentalidade, deve-se optar pela sustentabilidade das esferas e das ordens sociais que elas refletem (CARNEIRO, 2018, p. 159), o que se aproxima da visão de Teubner abordada no capítulo anterior, da necessidade de uma perspectiva horizontal entre Direito e sociedade, na forma de relações mutuamente constituídas entre eles, bem como entre os diferentes discursos jurídicos (TEUBNER, 2005, p. 92). “A sustentabilidade deve ser vista como uma [...] tanto nas colisões internas às próprias esferas, reflexo dos conflitos entre âmbitos de um mesmo sistema parcial, quanto nos âmbitos de colisão que envolvem diferentes esferas de fundamentalidade” (CARNEIRO, 2018, p. 159).

Aqui, vê-se, também, uma aproximação com a noção, abordada no tópico 4.2, sobre a Constituição como ponte de transição entre racionalidades diversas, o que implica compreendê-la como uma válvula que regula relações recíproca e duradouras de aprendizado e intercâmbio de experiências, com as racionalidades particulares já processadas na política e no Direito (NEVES, 2009, p. 62), trabalhando, então pela sustentabilidade das esferas de fundamentabilidade que estruturam o dissenso.

Esse modelo, proposto por Wálber Carneiro, compatibiliza o acelerado fluxo de sentido entre Direito e ambiente com a pragmática do sistema jurídico, “[...] deixando claras quaisquer variações de sentido, seja na dimensão social, temporal ou objetiva” impede[m] que tais mudanças sejam mascaradas como erros históricos de cognição constitucional e, ao mesmo tempo, as eclusas impedem a assimilação imediata e irrefletida de qualquer variação contida no ambiente” (CARNEIRO, 2018, p. 160).

O modo como se dá a variação de sentido do Direito é algo inexplicável simplesmente pela noção de razão moderna. A variação de sentido do Direito já não era explicável racionalmente em um modelo de sociedade na época em que surgiu o Iluminismo. Agora, a multiplicidade de discursos e racionalidade que, em linguagem hermenêutica, denota os diferentes horizontes de sentido que compõem o ambiente do sistema jurídico, torna essa



variação do Direito ainda mais complexa, tendo em vista a ausência de unidade do próprio sistema jurídico.

#### 4.5 SOCIEDADE COMPLEXA E O EQUILÍBRIO ENTRE CONTINUIDADE E REFORMA NA EVOLUÇÃO DO DIREITO VIA COMPREENSÃO JUDICIAL

Um dos pilares do presente trabalho pode ser identificada na tentativa de equilíbrio entre continuidade e reforma do Direito. Conforme estudado no tópico 2.3.3.2, a mudança é inerente a qualquer Estado, ou mais especificamente, a qualquer sistema jurídico. Parafraseando Burke, pode-se afirmar que um Direito sem meios para mudar, não tem meios para se conservar. Qualquer sistema jurídico que se feche totalmente em face da complexidade do ambiente caminha para a implosão, uma vez que sem mudança não há sustentabilidade ou responsividade do Direito como sistema.

A explicação construtiva de Dworkin sobre como se dá esse equilíbrio sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores explícitas (o que representa o fechamento, a consistência e a continuidade), mas também “[...] dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa” (DWORKIN, 2014, p. 120).

O que o presente capítulo pretendeu demonstrar é a extrema dificuldade de identificação de princípios homogêneos de moral pessoal e política que possam ser consideradas como justificativas de decisões anteriores, tendo em vista que as próprias decisões políticas e judiciais anteriores foram tomadas em um ambiente de antagonismo entre diversas racionalidades. A compreensão dessas decisões anteriores (sejam decisões legislativas ou precedentes judiciais) não tem como se apoiar em uma pretensa unidade subjacente porque não existe essa unidade, nem no Direito nem na política, muito menos no ambiente social no qual tais sistemas estão inseridos.

Pode-se analisar, como exemplo, o texto constitucional do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição da República de 1988<sup>94</sup>. A origem do texto constitucional, ou seja, a origem da decisão legislativa advém de uma intensa contraposição no modelo adversarial nós/ele entre a UDR<sup>95</sup> e as forças sociais defensoras dos

---

<sup>94</sup> Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos (BRASIL, 1988).

<sup>95</sup> A União Democrática Ruralista é uma associação civil criada, nos anos 80, por grandes proprietários de terras, com o objetivo principal de defesa da propriedade.

direitos quilombolas<sup>96</sup>. Após a promulgação da Constituição, o embate não arrefeceu. Desse modo, não há como ancorar eventual decisão judicial, *a la* Dworkin, nos princípios justificadores do art. 68 do ADCT, até porque o que está subjacente a essa decisão é uma intensa luta política incessante e não um consenso apaziguador. Nesse sentido, o antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida entende que, após a promulgação da Constituição, o intenso dissenso referente ao art. 68 do ADCT se localizou em torno do conceito legislado de quilombo<sup>97</sup>.

O embate citado anteriormente é apenas um exemplo da impossibilidade de eleger alguns princípios pretensamente acolhidos por determinada comunidade e ancorar neles, racionalmente, a decisão judicial.

Atualmente, é insustentável tratar de decisão judicial sem levar em conta o irreduzível an antagonismo constitutivo da política (MOUFFE, 2015), a necessidade de convivência não destrutiva entre diversas racionalidades, projetos e perspectivas (NEVES, 2009), bem como a necessidade da devida observação, com posterior controle dogmático, da variação do fluxo de sentido do direito, resultante da dinâmica entre o sistema jurídico e o seu ambiente (CARNEIRO, 2018).

Onde poderia, então, ser buscado algum fundamento ou explicação para a evolução do Direito, considerando o equilíbrio entre continuidade e reforma, via complementação produtiva da compreensão judicial?

---

<sup>96</sup> “Deixando de lado os detalhes do processo de tramitação desse direito, pode-se afirmar que, ao final do processo Constituinte, a UDR teve uma derrota e uma vitória. A derrota foi a inclusão do direito quilombola na Constituição, aprovada em 22 de setembro de 1988. A vitória da UDR foi a supressão do termo “comunidades negras”, anterior ao termo “remanescentes”, o que tem permitido confrontos entre aqueles que defendem uma leitura passadista e histórico-arqueológica das comunidades de quilombo e aqueles que defendem a leitura a partir de uma reparação histórica do termo e sua aplicação para as situações atuais” (GOMES, 2013, p. 309.)

<sup>97</sup> “Dentro desta moldura de passadismo havia, no entanto, dubiedades e problemas que se colocaram desde logo, rompendo com a idéia de monumentalidade e sítio arqueológico que dominara o universo ideológico dos legisladores. Desde logo foi possível perceber que, ao contrário do imaginado pelos legisladores, nada havia de autoevidente ou de ruinaria, mais própria da arqueologia. Indagações multiplicaram-se num amplo debate. Quais eram os instrumentos operacionais para se efetivar essa questão colocada na ordem do dia constitucional? Como distinguir com acuro as situações objeto da ação de titulação definitiva? Qual o esquema interpretativo disponível e apropriado para dar conta desta contingência histórico-sociológica? Quer dizer, qual o conceito de quilombo que estava em jogo? Ora, as definições com pretensão classificatória seriam por princípio conjeturais e arbitrarias e sempre demandam disputas, dispondo em campos opostos os interesses em questão. E foi o que sucedeu a partir da retomada das mobilizações camponesas pós-1988, nas quais o fator étnico foi publicizado e tornado um componente dos critérios político-organizativos. As situações concretas de conflito levaram ao dissenso em torno do conceito de quilombo e dos procedimentos operacionais, revelando o grau de organização das forças sociais que recusavam o caráter restritivo e limitante do único instrumento legal produzido pós-abolição de 1888, que se refere a direitos sobre a terra por parte de ex-escravos e seus descendentes. Ganham visibilidade neste debate as primeiras associações voluntárias e as identidades coletivas, que revelavam a condição de pertencimento a grupos sociais específicos, que viriam a compor a partir de 1994 um movimento social quilombola de abrangência nacional” (ALMEIDA, 2011, p. 58-59).

Pelo caminho percorrido no presente trabalho, concluímos que a resposta não se encontra em uma aposta no método, conforme paradigma moderno, nem podemos nos conformar com a sua reformulação mediante o método ponderativo de Alexy; tampouco considerando tudo que foi analisado no presente capítulo sobre a sociedade complexa, não temos a dispor uma unidade constitucional e societal, na qual poderíamos nos ancorar para a escolha de um princípio justificador para cada caso concreto, conforme *balancing* de Dworkin.

Entendemos que o equilíbrio entre continuidade e reforma que, conforme Burke (2014, p. 56), significaria para o Direito a tentativa de evolução<sup>98</sup> sem o radicalismo da busca pelo completamente novo e, ao mesmo tempo, a tentativa de conservação, mas sem torná-lo obsoleto, está intimamente ligado à constatação hermenêutica “[...] de que a norma se produz no momento em que se aplica” (MIGUEL, 2016, p. 602).

A evolução do Direito se dá na compreensão-aplicação, pelos juízes, de normas gerais, envolvidos, a um só tempo, “[...] com as singularidades do caso, com as demandas específicas das partes, com as especificidades dos conflitos sociais subjacentes e com as pessoas participantes em sua infinitude concreta” (TEUBNER, 2011, p. 24).

Teubner (2011, p. 19) alerta que uma perspectiva de justiça compatível com Luhmann e Derrida demanda que noções da tradição de justiça kantiana, como universalização da reciprocidade, busca do consenso e racionalidade, sejam substituídas por conceitos como “assimetria, “orientação pelo ambiente” e “outro não-racional”. Parte-se, então, da premissa estabelecida por Teubner de que, tanto em Luhmann quanto em Derrida, o elemento irracional<sup>99</sup> não é meramente ocasional no momento da decisão judicial e essa irracionalidade, que está por trás das construções jurídicas, deve ser exposta (MIGUEL, 2016, p. 406).

Teubner explora o hiato entre as estruturas do Direito e as decisões, que traz à tona os paradoxos do Direito e busca extrair da autopoiese luhmanniana e da desconstrução

---

<sup>98</sup> Sobre evolução do Direito, em uma perspectiva sistêmica, afirma Teubner (1989, p. 98-99): “Na realidade, a evolução não é teleológica (orientada finalisticamente) mas meramente ‘teleonômica’, sendo construída na continuidade do sistema existente de acordo com particulares regras ou leis, recombinao programas bem sucedidos e eliminando outros falhados. Embora este desenvolvimento seja irreversível, ele não é garante da condução do sistema a um estado ‘melhor’ ou ‘pior’ que o seu predecessor, assim como não assegura maior viabilidade ou segurança, mais ‘sorte’ ou ‘consciência’. Neste sentido, a evolução não é ‘evolucionista’, desmentindo assim essa sacrossanta ideologia política segundo a qual a humanidade, na senda de uma ‘lógica de progresso’, progride de etapa em etapa até á consecução do seu ‘destino último’ ou, simplesmente, do ‘fim da história’”.

<sup>99</sup> “As fundamentações jurídicas, por mais profissionalmente que sejam trabalhadas, não podem justificar as decisões jurídicas – todo aquele que, ainda que uma única vez, tenha tido que decidir um caso jurídico, vivenciou esta decepcionante experiência. Expresso de outra forma: a mais inquietante falha do Direito consiste no fato de que ele não pode evitar a invasão da irracionalidade no mundo racional das decisões orientadas por normas e da argumentação embasada na razão” (TEUBNER, 2011, p. 33).

derridariana<sup>100</sup> uma compreensão mais profunda da justiça. (TEUBNER, 2011, p. 19). A busca por essa justiça deve considerar que diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em cada prática social, com racionalidade e normatividades próprias. Desse modo, fala-se em justiça moral, justiça política, justiça econômica e justiça jurídica<sup>101</sup> (TEUBNER, 2011, p. 23).

O autor alemão entende que cabe à Sociologia do Direito desenvolver um conceito específico de justiça que cuide das específicas racionalidade e da normatividade próprias do Direito, ou seja, justiça jurídica. Nesse sentido, apresenta o exemplo do princípio da igualdade que na política derivaria de uma generalização, através de um tratamento agregador igualitário entre os cidadãos, ao passo que juridicamente igualdade demandaria uma individualização pela “[...] diferenciação do tratamento-igual-ou-desigual de casos individuais” (TEUBNER, 2011, p. 24).

Para Teubner, a vinculação aos precedentes e o tratamento igual de casos iguais seriam exceções na justiça jurídica. A aplicação autorreferencial de decisões anteriores e de regras anteriores a novas situação fáticas são apenas uma parte do Direito<sup>102</sup>, uma vez que “[...] são os desvios do convencional, aquilo que se diferencia e que prevalece, bem como o tratamento desigual de casos desiguais, que compõem à busca por novas construções [...] e por uma justiça especificamente jurídica” (TEUBNER, 2011, p. 25).

Desse modo, a conservação do Direito, pela aplicação autorreferencial de decisões anteriores, e a alteração do Direito, pelas reconstruções jurídicas que extraem critérios das irritações externas para solução de conflitos individuais e, ao mesmo tempo, as revisa pelas normas anteriormente institucionalizada, são dois lados que devem ser, necessariamente, observados na racionalidade da justiça jurídica (TEUBNER, 2011, p. 25).

Teubner afirma que a transcendência do Direito, impulsionada pela busca da justiça, não advém de algo exterior a ele, como no direito natural. Os critérios substanciais de justiça não podem ser transportados de fora para dentro do Direito, seja advindos da moral, de Deus ou de uma razão natural. Por outro lado, a relação imanência-(auto) transcendência do Direito

---

<sup>100</sup> “A pretensão de Teubner, contudo, não é tanto revelar “isomorfias, analogias e afinidades seletivas” entre a autopoiese e a “différance”, mas sim, destacar como uma das teorias pode ver aquilo que a outra não pode” (MIGUEL, 2016, p. 406).

<sup>101</sup> “Nesse ponto, Teubner remete à teoria das “esferas de justiça” de Walzer, para quem princípios de justiça distintos devem ser aplicados a contextos sociais diferentes” (MIGUEL, 2016, p. 404).

<sup>102</sup> “A outra metade diz respeito às permanentes irritações do Direito, que emanam de processos sociais externos e que direcionam a semântica jurídica da justiça para outros trilhos. Neste ponto, torna-se visível a incongruência típica das normas jurídicas e da dogmática com o conflito do caso individual, que se origina de sua covariação com a modificação de estruturas sociais precedentes” (TEUBNER, 2011, p. 25). CITAÇÃO? sim

se afasta do Positivismo, tendo em vista que, a partir do arcano interno do Direito<sup>103</sup>, a “[...] justiça mina a rotina da recursão a decisões judiciais e questiona insistentemente se, à luz das demandas externas dirigidas ao Direito, uma lide não deve ser decidida de outro modo” (TEUBNER, 2011, p. 32). Desse modo, seria o Direito que subverteria o direito anterior, razão pela qual Teubner conclui que a justiça subversiva é o espinho na carne e motim a bordo. É que a resistência do Direito (na busca pela justiça) deriva dele próprio (TEUBNER, 2011, p. 33). “O Direito carrega, ele próprio, a responsabilidade por seus critérios da justiça” (TEUBNER, 2011, p. 39).

Este trabalho expôs, nos moldes da descrição da compreensão pela hermenêutica e do pensamento de Edmund Burke, os limites do racionalismo no Direito e da aplicação judicial silogística. Teubner expõe os limites da razão para fundamentação de decisões jurídicas sob a perspectiva das aporias da justiça e os paradoxos decisórios do Direito, conforme pensamento de Jacques Derrida e Niklas Luhmann sobre a falência do Direito direito, tratando a justiça jurídica<sup>104</sup> como uma dinâmica social dentro do Direito (TEUBNER, 2011, p. 34).

O paradoxo decisório jurídico está inserido em uma dinâmica cíclica que parte de uma irracionalidade propulsora da transcendência do Direito, ao mesmo tempo no qual ele se reorganiza, sob as condições e compelimentos do sistema jurídico. A transformação permanente do Direito pode ser caracterizada por uma imanência-transcendência-imanência, uma vez que “[...] a justiça como *praxis* discursiva também não é simples subversão do direito positivo em nome de seus ambientes, mas uma dinâmica cíclica progressiva da auto-subversão, na qual decisões jurídicas positivas são minadas por protestos jurídicos pela justiça, e vice-versa” (TEUBNER, 2011, p. 35).

Na visão de Teubner, Luhmann observa que existe um hiato que surge nesse processo e que está localizado na transição individual da estrutura para a operação. As operações geram estruturas, mas as estruturas não podem gerar, automaticamente, operações subsequentes. “Essa nova operação deve sempre, entretanto, ainda que diante da mais sólida estrutura,

---

<sup>103</sup> “Mas como poderia a justiça, *praxis* de auto-observação dentro do Direito, ser capaz de ultrapassar o fechamento primário do Direito? A explicação é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação “Direito/não-Direito”, só que dentro do mundo simbólico do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 30).

<sup>104</sup> “A justiça jurídica seria [...] um processo obstinado de auto-descrição no Direito, que interrompe, bloqueia, sabota, mina a ininterrupta auto-reprodução do sistema jurídico, a recursividade rotinizada das operações jurídicas; que, com isso, compele o Direito à sua auto-transcendência sobre cada sentido; que, entretanto, se coloca ao mesmo tempo de volta sob o compelimento à continuidade da produção de novas operações jurídicas; e que, assim, se auto-sabota, porque gera, exatamente através disso, novas injustiças” (TEUBNER, 2011, p. 34).

ultrapassar um momento de indeterminação fundamental”<sup>105</sup> (TEUBNER, 2011, p. 37). A argumentação jurídica não supera a necessidade de uma decisão quanto a esse hiato, entre normas e ato jurídico, e Luhmann aposta suas fichas, considerando o fechamento operativo do Direito (que não pode importar soluções de fora) e a necessidade de que os critérios de justiça sejam ambientalmente adequados, no fenômeno da *re-entry*. Diferentemente do decisionismo, que confunde moral e Direito, os critérios de justiça devem ser oriundos do próprio Direito, mesmo que eles sejam construídos a partir do conhecimento sobre o seu ambiente pela reconstrução do exterior no interior<sup>106</sup>. (TEUBNER, 2011, p. 39).

Como dito anteriormente, Teubner não busca uma aproximação ou conciliação entre Luhmann e Derrida. Ele busca delimitar que uma teoria poder ver que a outra não consegue, ou seja, os pontos cegos de uma em relação à outra. Nesse sentido, o autor alemão afirma que, ao invés de, como Luhmann, tentar suprimir os paradoxos decisórios do Direito, Derrida escancara tais paradoxos e radicaliza a respeito do que pode significar a autotranscendência do Direito. O paradoxo do hiato permanente entre estrutura para a operação não pode ser superado via *re-entry*, visto ser necessário observar aquilo que se passa fora das fronteiras do Direito “[...] e exige, do discurso da justiça, que as confusões e concussões sejam expostas, que a transcendência para além de cada sentido – “a travessia do deserto” – seja experimentada” (TEUBNER, 2011, p. 40). A justiça passa a ser uma fórmula de autotranscendência do Direito em contraposição ao Direito tecnicizado. “Derrida destaca que aquilo que é excluído pelo Direito, demanda inclusão mediante o discurso da justiça” (MIGUEL, 2016, p. 417).

Essa noção de autotranscendência no Direito vai muito mais longe do que a noção de reconstrução via *re-entry*. “Derrida possibilita que a noção de transcendência seja deslocada da dimensão religiosa para uma concepção especificamente jurídica” (MIGUEL, 2016, p. 417). Teubner observa que essa ideia de transcendência, sem Deus, deve ser pensada para reinterpretar a justiça, levando-a a uma interminável demanda do outro e dos muitos outros. A justiça, estaria, então na fronteira entre a imanência do Direito e sua transcendência<sup>107</sup>. “Em

---

<sup>105</sup> “Aplicado ao Direito: cada ato jurídico (lei, contrato, decisão do julgador) modifica a situação jurídica, na medida em que produz uma nova norma jurídica. Mas essas normas jurídicas não podem, por seu turno, gerar qualquer novo ato jurídico, mas apenas referências mais ou menos concretas a novos possíveis atos jurídicos” (TEUBNER, 2011, p. 37)

<sup>106</sup> “A teoria luhmanniana importa-se exclusivamente com o direito imanente, com a positividade dos atos e regras jurídicas e com a relação entre o direito e o ambiente, salvo em um único ponto, qual seja o paradoxo jurídico, que expõe o Direito a sua própria transcendência. Ainda assim, esta exposição é proibida pelo modelo luhmanniano, que opta pela busca da desaparadoxização do Direito” (MIGUEL, 2016, p. 415).

<sup>107</sup> “Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador [...]. Cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se for um “julgamento novamente fresco” [...]. O novo

oposição à insistência na fundamentabilidade da justiça, na racionalidade do discurso público, insistir-se-ia na justiça do não-fundamentável, no Outro não-racional da justiça” (TEUBNER, 2011, p. 42).

Para Derrida (2010, p. 30), não há justiça sem aporia, visto que a justiça é a própria experiência do impossível. A justiça, que não se confunde com o Direito, é incalculável e nunca pode ser garantida por regras anteriores. É o processo de busca por essa justiça que produz a evolução (não no sentido de melhora) e a inquietação do Direito, que nessa busca “[...] se expõe continuamente a outras experiências de injustiça, que constrói incansavelmente novos critérios jurídicos para a igualdade, e que inventa constantemente novas fundamentações para as decisões e, por este meio, destrói novamente a justiça” (TEUBNER, 2011, p. 43).

Após o delírio da transcendência, ligada à interminável demanda do Outro e dos muitos Outros, o sistema jurídico subordina a busca pela justiça infinita a três importantes limitações, chamadas, por Teubner, de compelimentos à conexão do Direito.

O compelimento à fundamentação obriga que toda a aporia supra discutida, inerente ao processo jurídico, seja simplificada através de argumentos jurídicos. A “[...] experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência” deve ser transformada em fundamentos racionais compatíveis com a dogmática jurídica (TEUBNER, 2011, p. 45).

O compelimento à decisão obriga o juiz a produzir a conexão entre estrutura-decisão, ainda que ele não tenha chegado a qualquer convencimento. (TEUBNER, 2011, p. 44). Tal compelimento pode ser identificado pela princípio da proibição do *non liquet*.

Por fim, o compelimento à normatização obriga que a justiça jurídica simplifique drasticamente as experiências infinitas da alteridade da racionalidade própria e da irracionalidade para a finalidade da criação de uma norma, com pretensão de ser adequada ao conflito jurídico (TEUBNER, 2011, p. 45).

Essa demandas compelem que a justiça, após a consumação da autotranscendência do Direito, retorne à imanência da estrutura jurídica. Há na fórmula da justiça jurídica de Teubner (2011, p. 47) uma “[...] combinação de alta indeterminação (auto-transcendência) e

---

frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação re-instauradora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua “justiça” não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinvetá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio” (DERRIDA, 2010, p. 44).

alta determinação (o compêlimento à forma do jurídico)”, em consonância com a descrição de Derrida na nota de rodapé 111 supra, no sentido de que a decisão, para ser justa, precisa, ao mesmo tempo, “ser regrada e sem regra”.

É mediante as noções de Teubner de autotranscendência e disciplinamento que se pode entender o paradoxo da reforma-continuidade do Direito. O ideal da justiça requer que o Direito novo, de um lado promova a autotranscendência através de uma alteridade mais radical que outro, por outro, que sejam produzidas decisões, argumentos e normas que se manifestem como mais justas do que a de outros ordenamentos (TEUBNER, 2011, p. 47). A cada ciclo, a “[...] busca jurídica pela justiça provoca necessariamente nova injustiça, que, por seu turno, conduz a uma renovada auto-transcendência e a um renovado disciplinamento” (TEUBNER, 2011, p. 48).

#### 4.6 O VALOR DA CONTRIBUIÇÃO HISTÓRICA DOS *INSIGHTS* BURKEANOS DADA A SITUAÇÃO DO DISSENSO CONTEMPORÂNEO

Apresentado o complexo problema do dissenso social contemporâneo, cumpre ao presente trabalho verificar a viabilidade da utilização da contribuição histórica de Burke, através dos *insights* destacados na obra *Reflexões sobre a revolução na França*, compatibilizando-os com as circunstâncias atuais. Até porque, para Burke (2014, p. 29), somente analisando as circunstâncias do tempo pode-se analisar e reformular os princípios políticos.

As circunstâncias do nosso tempo são aquelas apresentadas na presente seção, caracterizadas pelo profundo dissenso, fragmentação social, fragmentação do sistema jurídico e premente necessidade da busca pela sustentabilidade, que permita a convivência não destrutiva entre diversas racionalidades.

Se em um primeiro momento este trabalho usou Burke, lido pela hermenêutica filosófica, contra o solipsismo judicial, faz-se necessário utilizar Burke contra Burke, no sentido da abertura ao pluralismo.

Seria viável, então, essa utilização de Burke contra Burke? Se ao tempo da Revolução Francesa as lições do filósofo *whig* visavam, entre outros objetivos, a manutenção do *status quo* do clero e da nobreza, atualmente, uma aplicação coerente dos quatro *insights*<sup>108</sup> trabalhados leva, não só à consistência do Direito, mas também à responsividade dele diante das demandas concretas atuais da sociedade.

---

<sup>108</sup> São eles: O apelo ao mundo concreto, o equilíbrio entre continuidade e reforma, reflexão sobre a tradição e os preconceitos e a crítica à autoconfiança do sujeito.



Como afirmado supra, a primeira parte do presente trabalho teve como foco a superação do modelo moderno de racionalidade, na busca de um judiciário mais prudente. A prudência judicial, defendida através da obra de Burke, vai de encontro ao que é defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2018), como papel iluminista dos Tribunais Constitucionais<sup>109</sup>.

Esse papel iluminista seria uma competência das Cortes para superar bloqueios institucionais e empurrar a história rumo ao “bem e à evolução da humanidade”.

Ora, quem garante que a razão própria do juiz iluminado constitui atalho adequado para o bem da humanidade? O Tribunal absoluto da razão de Barroso tende a ser uma justificativa retórica para o acúmulo de poderes do Tribunal ou apenas uma resposta inocente e insuficiente para os complexos problemas do dissenso atual.

Nas seções 2 e 3 do presente trabalho foi rejeitado esse modelo de juiz solipsista que julga através de sua moral pessoal, velada sob o mito da razão humanista, pelo enfrentamento do paradigma filosófico que sustenta esse modelo, que é a racionalidade científica moderna.

O juiz burkeano não apelaria ao seu estoque de razão privada<sup>110</sup>, mas sim ao estoque de razão acumulado durante gerações, não desconsiderando sua própria tradição jurídica, conforme o “romance em cadeia” dworkiniano e a possibilidade de compatibilização da razão com a tradição, conforme Gadamer.

Os *insights* de Burke, lidos sob a lente da hermenêutica filosófica, mostraram-se totalmente adequados para combater o solipsismo judicial, tendo em vista que substituem a razão abstrata pelos direitos considerados em concreto, ou seja, como são aplicados na intersubjetividade.

Lênio Streck (2009, p. 472) entende que o discricionarismo do juiz racional, ao lado da figura do legislador racional, surgiu como efeito adverso do positivismo primitivo. Posteriormente, no positivismo de Kelsen e Hart esse discricionarismo é aceito expressamente como elemento intrínseco à interpretação judicial.

---

<sup>109</sup> O Ministro Barroso (2018, p. 2.207) defende que, ocasionalmente, as Cortes Constitucionais devem desempenhar o papel iluminista, tomando para si o papel de protagonista nos avanços necessários em nome da razão “[...] em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade”. Ele afirma que esse papel iluminista do Judiciário estaria à razão humanista “que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. [...] A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos.” (BARROSO, 2018, p. 2.208).

<sup>110</sup> “Tememos colocar os homens para viverem e comerciarem cada um com o seu próprio estoque de razão, porque suspeitamos que o fundo de cada homem é pequeno e que os indivíduos fariam melhor se utilizassem o banco geral e o capital das nações e dos séculos.” (BURKE, 2014, p. 106).

Recentemente, o discricionarismo judicial passou ser, frequentemente, um elemento velado dentro do método de Alexy de ponderação de princípios, que, muitas vezes, é utilizado apenas para legitimar decisões baseadas na opinião pessoal do julgador.

É que, na ponderação, o próprio julgador vai determinar, de acordo com sua moralidade pessoal, o peso em abstrato dos princípios colidentes, a intensidade da intervenção em um direito fundamental e a importância dos fundamentos que a justifiquem (ALEXY, 2011, p. 68). Na ponderação, cabe ao intérprete hierarquizar valores, o que acaba favorecendo a subjetividade e o protagonismo judicial (MIGUEL, 2012, p. 71).

Sobre a concepção de Barroso acerca do papel iluminista das Cortes Constitucionais, este trabalho a qualifica como mais uma teoria que busca valorizar o protagonismo judicial e justificar o decisionismo<sup>111</sup> e discricionarismo judicial, através de uma pretensa evolução da história pela razão privada.

Como ancorar a decisão judicial em um ambiente de intenso dissenso, apenas na própria razão do julgador? Luís Roberto Barroso tenta justificar essa competência iluminista (ou discricionária) através de decisões históricas que transcenderam o Direito de sua época e constituíram uma evolução.

Como visto anteriormente, através de Teubner, no tópico 4.5 e pelo próprio Burke, no tópico 2.3.3.2, decisões que transcendem o Direito não nascem de algum ponto zero. Elas são resultados de ciclos nos quais o Judiciário está envolvido em combinação de alta indeterminação, pela autotranscendência e alta determinação, através do compimento à forma do jurídico (TEUBNER, 2011, p. 47).

O juiz está sujeito à lei, mas a cada ordem judicial há uma complementação produtiva do Direito, de modo que a ordem jurídica “[...] reelabora dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei” (GADAMER, 2015, p. 433). Trata-se de uma variação dando lugar a uma nova redundância.

Desse modo, não há como justificar, em um Estado Democrático de Direito, no qual haja pretensão de autonomia do Direito em relação a outros campos sociais, como a política e a moral, a afirmação da Barroso (2018, p. 2.207) de que as Cortes Constitucionais devem ter o poder de impor sua própria razão “[...] contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade

---

<sup>111</sup> No sentido da impossibilidade da superação do hiato estrutura-operação via decisionismo, ao modo de Barroso, Teubner (2011, p. 38): “Se, entretanto, a justiça deve ser buscada, isso significa, então, que esse hiato não será ultrapassado via decisionismo, ou que ele não irá sendo postergado, por meio de contínuas novas racionalizações intra ou extra-jurídicas, até o ponto de exaustão. O discurso da justiça elege o valor de rejeição da alternativa do decisionismo ou da racionalização”.

majoritária da sociedade”. Trata-se de uma nova etapa nacional do discricionarismo judicial, fundado na razão privada do ministro de Corte Constitucional.

No contexto do combate ao discricionarismo judicial, destacou-se o trabalho de Ronald Dworkin (que surgiu como antítese ao discricionarismo defendido por Hart). Uma de suas grandes contribuições consiste na afirmação de que as questões de Direito são questões interpretativas. Ele se alinha a Gadamer, ao reconhecer que a própria história da prática a ser interpretada exerce algum tipo de efeito coercitivo sobre as interpretações possíveis, ou seja, reconhece que todo intérprete parte de (e está inserto em) uma determinada tradição. A compreensão judicial não parte de um ponto neutro (DWORKIN, 2014, p. 75).

Dworkin rejeita, fortemente, a hipótese de o Poder Judiciário ter o poder de julgar através de suas próprias convicções políticas ou morais, até mesmo pelo reconhecimento da existência de uma tradição jurídica da qual se parte, conforme afirmado supra.

Esse abandono da pretensão de neutralidade do julgador e a rejeição da racionalidade individual do julgador como fundamento para a decisão judicial são as mais importantes contribuições de Dworkin para o presente trabalho.

Boa parte do pensamento de Dworkin se alinha ao pensamento de Burke, lido pela Hermenêutica Filosófica, no sentido da rejeição ao modelo de juiz solipsista. Mas o presente trabalho visa, também, compatibilizar as lições políticas burkeanas com a necessidade de abertura ao pluralismo e à legitimação do dissenso. Nesse último ponto, a teoria de Dworkin tem limitações, tendo em vista que ainda busca ancorar a decisão judicial em uma integridade social que não corresponde à realidade atual.

A existência de uma unidade, pelo modelo de coerência e integridade dworkiniano, vai de encontro à necessidade de reconhecimento e legitimação do dissenso, sem a imposição de uma única racionalidade sobre as outras.

Considerando as circunstâncias concretas do Direito e da sociedade complexa atual, tratar somente o tema do combate ao solipsismo (ou ao novel Iluminismo) jurídico, através de Burke e da descrição da compreensão judicial feita pela Hermenêutica Filosófica e por Dworkin, gera uma resposta incompleta.

Sendo assim, o presente trabalho complementa a visão burkeana, através do reconhecimento da necessidade de abertura ao pluralismo e ao dissenso, temas mais bem compreendidos por autores ligados à Teoria dos Sistemas, razão pela qual, nesta quarta seção, o presente trabalho se abriu para a dimensão sistêmica.

Entendemos que essa abertura é compatível com as ideias burkeanas, devidamente atualizadas.

Em relação à tradição, foi afirmada certa moderação de Burke, não recaindo nos extremos. Seja o extremo do Romantismo que legitima, *a priori*, tudo que vem do passado, seja o extremo que rejeita tudo do passado que a razão moderna não possa justificar.

A tradição jurídica, aqui entendida como memória do sistema, está intimamente ligada à ideia dworkiniana de romance em cadeia. A necessária reflexão sobre essa tradição jurídica existente leva à consistência jurídica. A própria transcendência dessa tradição existente demanda uma prévia reflexão sobre essa tradição, conforme explicitado no tópico 2.3.3.3.

Não há como ignorar o passado. O novo somente surge através da mediação entre o presente e o passado. Derrida (2010, p. 44) afirma que, para que uma decisão seja justa e responsável, ela deve, ao mesmo tempo, ser regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei. Não há compreensão judicial sem complementar algo que já existe.

A consideração da memória do sistema é uma atitude de humildade intelectual e se liga à crítica à autoconfiança do sujeito, traduzida aqui como rejeição ao juiz solipsista. Verifica-se uma preocupação com a consistência interna do sistema jurídico. Aqui a preocupação de Burke pode ser relacionada com a manutenção e a conservação do direito.

A abertura do Direito à realidade concreta atual e o equilíbrio entre continuidade e reforma podem ser entendidos, devidamente atualizados, como uma abertura ao pluralismo do mundo contemporâneo.

É que, atualmente, levar em consideração o mundo concreto e a faticidade implica, inevitavelmente, a abertura ao antagonismo constitutivo da política (MOUFFE, 2015), a necessidade de manutenção da sustentabilidade dos sistemas sociais (CARNEIRO, 2018) e o respeito às diversas racionalidades, sem a tentativa de imposição de uma delas (NEVES, ano?, p. 2009), bem como a necessidade de reconhecimento da interdiscursividade no pluralismo jurídico (TEUBNER, 2005). O pluralismo é a realidade atual. Desconsiderar o pluralismo e o dissenso social significa trabalhar com ideias abstratas, em detrimento da realidade concreta.

A rejeição burkeana à universalização e à abstração dos direitos está em consonância com a impossibilidade de uma justiça fundamentada em amplos consensos que, inevitavelmente, quando aplicados na vida prática, geram efeitos concretos consistentes na exclusão da consideração das diversas formas concretas de vida.

Agir de acordo com as circunstâncias reais e imprevisíveis era uma grande necessidade prática do Estado, para Burke. Atualizada essa necessidade, deve ser orientada

para a sustentabilidade dos sistemas sociais, inclusive do direito, mediante abertura a todas as formas de racionalidade compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Entendemos que uma leitura atual de Burke leva a uma especial atenção à adequação social do Direito, tendo em vista que levar em consideração o mundo concreto e as circunstâncias atuais significa não só a superação do apego às formulações abstratas do modelo de racionalismo moderno e ao silogismo no Direito, como também é estar aberto à sociedade plural e fragmentada.

Sendo assim, o presente trabalho reconhece o potencial histórico da obra de Burke, como contribuidora para a redução do solipsismo judicial, desde que complementada e compatibilizada com a necessidade atual de abertura ao pluralismo e ao dissenso.

## 5 CONCLUSÃO

Entendemos que o presente trabalho cumpriu seu objetivo de enfrentar a questão do solipsismo judicial, com base nas reflexões políticas de Edmund Burke, por meio da lente gadameriana, compatibilizando-as com a abertura ao problema do dissenso e à realidade do pluralismo. Para isso, ele foi dividido em duas etapas.

A primeira parte teve como principal foco apresentar e contrapor o pensamento de Burke ao modelo moderno de racionalidade, destacando pontos da teoria política burkeana válidos para a construção de um modelo de juiz prudente e vigilante, o qual realiza a devida mediação entre passado e presente na compreensão do Direito, em consonância com a descrição fenomenológica da Hermenêutica Filosófica.

Foram expostas, ainda, Teorias do Direito arraigadas no paradigma do método moderno, como o Positivismo, que traz consigo uma predileção ao subjetivismo e solipsismo do sujeito e outras que têm a pretensão de superar esse paradigma.

Em um segundo momento, este trabalho apresentou descrições do Direito com um olhar mais sociológico. Uma visão mais completa acerca do sistema jurídico, quando o seu entorno foi necessário para compatibilizar a visão burkeana e o combate ao solipsismo ao problema do dissenso, considerando a realidade atual da sociedade plural e dos diversos discursos jurídicos presente nesse ambiente social.

Conclui-se que, no nível apofântico, os *insights* burkeanos sobre política têm valor histórico para uma Epistemologia do Direito que aborde a compreensão judicial de modo adequado.

A abordagem sobre a prudência burkeana lida pela Hermenêutica Filosófica, complementada pelas visões sociológicas do Direito, demonstra a existência de um grande mistério localizado na decisão judicial, *locus* da evolução do Direito.

O reconhecimento desse mistério ajuda a realização de uma analogia entre o juiz e um jogador de *poker*. O magistrado, assim como o jogador, está, constantemente, em posição de compêlimento à decisão.

Mesmo sem ter acesso a todas as cartas sobre a mesa e nas mãos de outros jogadores, o jogador tem que decidir a cada rodada: se entra ou está fora, se paga ou aumenta a aposta. Igualmente, o juiz é forçado a decidir, mesmo que não esteja seguro sobre o seu veredito.

Sempre algo continuará velado, mas, mesmo assim, o jogo (e o Direito) tem que continuar.

Para decidir, o jogador não pode ignorar o que aconteceu até o momento na mesa de jogo (seja em relação ao seu modo de jogar, seja em relação ao modo de jogar dos outros), bem como não pode ignorar o que está acontecendo no exato momento da jogada.

O juiz não pode ignorar o que foi feito em sua tradição jurídica até o momento, bem como precisa se abrir para a realidade atual. A necessidade de o Direito ser responsivo ao seu ambiente social não é apenas legislativa. A compreensão judicial é grande parte disso.

O tempo é curto para jogar e para julgar, de modo que o mistério da decisão sempre será mantido. Não há como eliminar as aporias entre redundância e variação, imanência e (auto)transcendência. Burke (2014, p. 44) afirmou que um Estado que não tem meios para mudar, não tem meios para se conservar. Essa afirmação se aplica ao Direito. Continuidade e reforma constituem o paradoxo da evolução jurídica. Cabe ao juiz reconhecê-la e agir prudentemente, agir de forma a considerar o máximo das informações conhecidas, para conciliar consistência do Direito e responsividade em relação ao ambiente social.

O Direito institucionalizado anteriormente, a realidade da sociedade plural, a necessidade de reconhecimento da alteridade são questões a serem consideradas na aporia decisória, mas não são suficientes para eliminá-la.

Este trabalho conclui que o julgador não pode ignorar tais contingências para abraçar a solução individualista de sua própria razão privada. Deve, considerando o aspecto temporal da variação de sentido do Direito, manter-se vigilante na mediação entre o passado e as necessidades do presente e do futuro e ciente das limitações da adoção de sua própria razão como solução iluminada.

Nikos Kazantzákis, escritor, poeta e pensador grego, indicado ao prêmio Nobel de literatura por nove vezes, em seu livro *Vida e proezas de Aléxis Zorbás*, apresenta Zorbás como personagem central, um velho da ilha de Creta com a capacidade de se libertar dos grilhões do passado e das preocupações com o futuro (sem desconsiderá-los), de modo a viver intensamente no presente, na concretude dos atos presentes, tal qual indica a filosofia budista.

Zorbás não temia romper as barreiras das convenções para viver o momento presente, captando-o e percebendo-o como se todas as coisas estivessem acontecendo pela primeira vez; e essa liberdade não vinha da razão, mas sim de sua irracionalidade, uma vez que o velho tinha a “[...] coragem de caçar de sua própria alma” (KAZANTZÁKIS, 2011, p. 6)

Que os juízes sejam menos iluminados e mais Zorbás, que possam encarar os inúmeros processos judiciais como casos concretos e não como elementos cotidianos a serem encaixados em alguma súmula! E que quando essa concretude não se encaixar em nenhuma

convenção passada, que possam perscrutar as nuances do presente, considerando todo passado institucional e ideal de transcendência futura, para que a resposta correta possa ser desvelada a partir da complexidade de todo o sistema jurídico, considerada toda complexidade da sociedade fragmentada, sem apelo ao seu próprio senso de moralismo! Oxalá.



## REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. **Cidade de Deus**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno De. **Quilombolas e novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011. p. 56-88.
- AQUINO, Tomas de. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Petrópolis,RJ : Vozes, 1995.
- ARENDT, Hannah. **Da revolução**. São Paulo: Ática, 1988.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Victor Civita, 1984.
- ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 19, jan.-mar. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista:os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias. **Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.
- BERLIN, Isaiah. **As raízes do romantismo**. São Paulo: Três Estrelas, 2015.
- BICKEL, Alexander. **A ética do consentimento**. Rio de Janeiro: Agir, 1978.
- BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of polics**. New Haven; London: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 abr. 2019.
- BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradgmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia no direito**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (Orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Cap. 9, p. 133-152.

CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. As origens ambivalentes do conservadorismo. O lugar de Edmund Burke na história do pensamento político. **Leviathan-USP**, São Paulo, n. 11, p. 56-87, 2015.

CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**. São Paulo: Relume Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. 2. ed. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**. 2. ed. Pánuco, MX: Fondo de Cultura Económica, 1949.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DROYSEN, Johann Gustav. **Manual de teoria da história**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Porto Alegre: Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 199, p. 303-320, jul./set. 2013.

GROSGOUEL, Ramón. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, p. 25-50, jan./abr. 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HATOUM, Milton. **Dois irmãos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.
- HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade**. São Paulo: Realizações, 2011.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KAZANTZÁKIS, Nikos. **Vida e proezas de Aléxis Zorbás**. São Paulo: Grua, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LLEWELLYN, Karl. **The common law: tradition-deciding appeals**. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade [livro eletrônico]**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política - Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008.
- MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **Hermenêutica da esgrima e direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autoapoiese e desconstrução**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.
- MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do Legislativo e do Judiciário: Uma interpretação construtiva do princípio da separação dos poderes**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador.
- MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- POCOCK, John Greville Agard. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Edusp, 2003.
- POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.) **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-140. (Perspectivas latinoamericanas.)

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre origem das linguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobra as ciências e as artes**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

SANDEL, Michael J. **Justiça** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008a.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008b.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba, SP: Unimep, 2005.

TEUBNER, Günther. Justiça autosubversiva: formula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, 2011.

VICO, Giambattista. **Princípios de (uma) ciência nova: acerca da natureza comum das nações**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WELSCH, Wolfgang. Mudança estrutural nas ciências humanas: diagnóstico e sugestões. **Educação**, Porto Alegre, v. 30, n. 2 (62), p. 237-258, maio/ago. 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1999.