

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
REGIONAL CIDADE DE GOIÁS  
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO CARRIJO ARTIAGA MORENO**

**A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO : UM PASSEIO**

**CIDADE DE GOIÁS – GO**

**2021**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

## TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

### 1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome completo do autor : FERNANDO CARRIJO ARTIAGA MORENO

Título do trabalho: **A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO : UM PASSEIO**

### 2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [ X ] SIM [ ] NÃO<sup>1</sup>

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(a)(s) autor(a)(es)(as) e ao(a) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

#### Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

**Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.**



Documento assinado eletronicamente por **Margareth Pereira Arbués, Professora do Magistério Superior**, em 21/06/2021, às 11:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

Documento assinado eletronicamente por **FERNANDO CARRIJO ARTIAGA MORENO, Usuário Externo**, em 21/06/2021, às 12:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do



[Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.](#)

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.ufg.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **2149707** e o código CRC **E43ABB0D**.

---

Referência: Processo nº 23070.025919/2021-11

SEI nº 2149707

FERNANDO CARRIJO ARTIAGA MORENO

**A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO : UM PASSEIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Goiás – Regional Cidade de Goiás, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação: Profa. Margareth Pereira Arbués.

**CIDADE DE GOIÁS – GO**

**2021**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Moreno, Fernando Carrijo Artiaga  
A Crítica Hermenêutica do Direito [manuscrito] : Um Passeio /  
Fernando Carrijo Artiaga Moreno. - 2021.  
xciv, 94 f.

Orientador: Profa. Dra. Margareth Pereira Arbués.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade  
Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências  
Sociais Aplicadas, Direito, Cidade de Goiás, 2021.  
Bibliografia.

1. Filosofia do Direito. 2. Crítica Epistemológica. 3. Crise de  
Paradigmas. 4. Teoria da Decisão Judicial. 5. Neoconstitucionalismo. I.  
Arbués, Margareth Pereira, orient. II. Título.

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS  
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos Dez dias do mês de junho do ano de 2021, às 17h, iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado, A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO : UM PASSEIO , de autoria do discente: **FERNANDO CARRIJO ARTIAGA MORENO** , do curso de Direito, da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas (UAECSA) - UFG /Câmpus Goiás. Os trabalhos foram instalados pela docente Profa Dra. Margareth Pereira Arbués do Curso de Direito da UAECSA - Câmpus Goiás , com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Profa Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi e Profa Dra Maria Carolina Carvalho Motta, ambos da UAECSA - UFG/Câmpus Goiás. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora considerou o TCC **aprovado com louvor**.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Margareth Pereira Arbués, Professora do Magistério Superior**, em 21/06/2021, às 11:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maria Carolina Carvalho Motta, Professor do Magistério Superior**, em 21/06/2021, às 13:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi, Professor do Magistério Superior**, em 01/07/2021, às 15:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.ufg.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **2141872** e o código CRC **78E35D05**.

## **AGRADECIMENTOS**

À Profa. Andrea Abrahão Costa, pelo apoio durante o início da monografia.

À Profa. Margareth Pereira Arbués, pelo apoio durante o final da monografia.

À Profa. Fernanda de Paula Ferreira Moi, pela participação na banca examinadora.

À Profa. Maria Carolina de Carvalho Motta, pela participação na banca examinadora.

## RESUMO

Ao longo deste trabalho pretendo, em linhas gerais, realizar um passeio pelo itinerário traçado pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) na desleitura sem precedentes que realiza a respeito do universo jurídico nacional. A Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Lenio Streck, denuncia o caráter refratário do direito brasileiro em relação ao giro linguístico ocorrido na filosofia a partir do início do século XX, desvelando, dessa forma, a existência de uma *crise de paradigmas* no direito nacional, decorrente da subsistência de posturas jurídicas inconciliáveis com a ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988. Essas posturas jurídicas se assentam em dois paradigmas: um, objetivista, baseado na ideia de que a lei encerra um sentido em si; outro, subjetivista, fundado na noção de que o intérprete da lei está desonerado de prestar contas da interpretação que faz. O objeto do presente trabalho será, assim, a Crítica Hermenêutica do Direito. O objetivo: percorrer o caminho seguido por Lenio Streck na investigação sobre a genealogia jurídica brasileira. A problematização tem como eixo a tese streckiana sobre a existência de uma crise de paradigmas no direito brasileiro. O método é revisional bibliográfico, tomando como aporte teórico a filosofia produzida a partir do giro linguístico, bem como trabalhos muito mais recentes, realizados no âmbito da filosofia jurídica, na esteira do movimento liderado por Streck.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito, Crítica Epistemológica, Crise de Paradigmas, Teoria da Decisão Judicial, Neoconstitucionalismo.

## ABSTRACT

Throughout this work I intend to follow the itinerary devised by the Hermeneutic Critique of Law (CHD) in the unprecedented scrutiny it promotes of the national legal universe. The Hermeneutic Critique of Law, led by Lenio Streck, exposes the refractory nature of Brazilian law with respect to the linguistic turn that took place in philosophy since the beginning of the 20th century, thus unveiling the existence of a paradigm crisis in national law, arising from the persistence of legal positions that are irreconcilable with the constitutional order inaugurated by the 1988 Charter. These legal positions result from two paradigms: one, objectivist, based on the idea that the law-text has a meaning in itself; another, subjectivist, based on the notion that the interpreter of the law-text is exempt from accountability. The object of this work is, therefore, the Hermeneutic Critique of Law. The goal: to follow the path determined by Lenio Streck in his investigation of Brazilian legal genealogy. The problematization revolves around the Streckian thesis on the existence of a paradigm crisis in Brazilian law. The method chosen is the bibliographical review, taking as theoretical support the philosophy produced during the linguistic turn, as well as much more recent works, carried out in the scope of legal philosophy, in the wake of the movement led by Streck.

**Keywords:** Philosophy of Law, Epistemological Critique, Crisis of Paradigms, Decision Theory of Law, Neoconstitucionalism.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>1. A MODERNIDADE EUROPEIA: DO SUJEITO À CONSTITUIÇÃO.....</b>         | <b>3</b>  |
| 1.1. A CIÊNCIA E O SUJEITO COGNOSCENTE.....                              | 3         |
| 1.2. A POLÍTICA E O CONTRATUALISMO.....                                  | 9         |
| 1.3. A FILOSOFIA E A CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA DE KANT.....                 | 10        |
| 1.4. O CAPITALISMO E O LIBERALISMO BURGUESES.....                        | 13        |
| 1.5. A DEMOCRACIA E A TENSÃO INATA AO ESTADO CONSTITUCIONAL.....         | 17        |
| <b>2. A MODERNIDADE BRASILEIRA: DA CONSTITUIÇÃO AO SUBJETIVISMO.....</b> | <b>20</b> |
| 2.1. A HISTÓRIA RECENTE E A MODERNIDADE TARDIA NO BRASIL.....            | 21        |
| 2.2. A GENEALOGIA JURÍDICA DO BRASIL.....                                | 26        |
| 2.2.1. Os Positivismos Jurídicos Primitivos.....                         | 27        |
| 2.2.2. O Neopositivismo Normativista de Kelsen.....                      | 39        |
| 2.2.3. A Jurisprudência de Valores.....                                  | 42        |
| 2.2.4. A Teoria Jurídica de Habermas.....                                | 47        |
| 2.2.5. A Teoria Jurídica de Alexy.....                                   | 53        |
| <b>3. O PANORAMA ATUAL DO DIREITO NO BRASIL.....</b>                     | <b>71</b> |
| 3.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS MISTURAS IMISCÍVEIS.....               | 71        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>77</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>81</b> |

## INTRODUÇÃO

O que é o Estado? Como ele se originou? Qual sua função? Parece-me oportuno iniciar este trabalho seguindo a tão repisada via que instauram tais indagações porque, muito embora intrincadas – prova do que, é o fato de sequer vislumbrarmos respostas que melhor as atendam –, elas conduzem inevitavelmente a uma categoria que ocupa posição de centralidade nas discussões que pretendo encetar: a legitimidade política. Como se percebe, o Estado, sua origem e sua função são um pretexto à exposição que tentarei desenvolver desse ponto em diante.

A definição do que seja o Estado, mesmo quando tomada na acepção restrita do Estado Moderno, continua sendo tema de infindáveis dissensos, particularmente nas searas da filosofia política e da sociologia. A delimitação mais célebre do conceito, e possivelmente também a mais deturpada, segundo a qual o Estado seria a expressão de uma comunidade humana que *reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física* (WEBER, 2007, p. 56), não raro é reputada inadequada (MORRIS, 2004, cap. 15). Isto, entre outras razões, por pretender reduzir o conceito a um fenômeno social confinado numa unidimensionalidade analítica simplista que apenas assentiria tomá-lo como instância institucionalizada de *poder* - fato que, sob visões alternativas, representaria um empobrecimento categorial decorrente, ora da privação de uma mitologia fundante (por todos, ROUSSEAU, 1999), ora do alheamento em relação a determinações históricas de caráter não teleológico (ENGELS, 1992), para restringir-me a apenas estas.

Sem embargo de quaisquer divergências, entretanto, mas concorrendo para o bem desse que continuará sendo não mais que um pretexto, sugiro admitir que uma conceituação minimamente útil de Estado reclama reconhecê-lo como *instituição dotada da aptidão e dos meios que lhe permitem compelir seus membros a adotarem certa conduta, com vistas ao atingimento de um desígnio compartilhado*. Da “aptidão” decorre seu *poder*; dos “meios” eleva-se sua *autoridade*; e no “desígnio compartilhado” repousa sua *legitimidade*. Essa base tripartida – poder-autoridade-legitimidade – constitui, assim, o alicerce sobre o qual as teorias do Estado, quase que invariavelmente, tem sido desenvolvidas. Aliás, não apenas as elaborações teóricas mas sobretudo as concretas, em sua tangibilidade histórica; razão pela qual, ainda com o fito de apresentar o problema da legitimidade política, notadamente

visando recobrar os desdobramentos histórico-culturais que alçaram a legitimidade política à condição de requisito primordial das democracias constitucionais contemporâneas, recorro à digressão seguinte.

## 1. A MODERNIDADE EUROPEIA: DO SUJEITO À CONSTITUIÇÃO

### 1.1. A CIÊNCIA E O SUJEITO COGNOSCENTE

Capacidade de persuasão parecia ser o ponto fraco de um jovem físico que, ainda que não fosse um completo desconhecido, afligia-se por não mais que raramente conseguir vencer a desconfiança de seus conterrâneos de forma a persuadi-los a observar, através do aparato ótico que construía, um ponto cuidadosamente pinçado na escuridão do céu (HENRY, 2002, p. 6, 58). Galileu desejava encontrar testemunhas com quem pudesse compartilhar a euforia de haver conseguido comprovar que o modelo de universo vigente até então, em cujo centro se supunha estar o planeta Terra, padecia de uma falha essencial. Seu aparato, que só mais tarde receberia o nome de batismo pelo qual ainda hoje é conhecido, trazia lentes apontadas para o planeta Júpiter, em torno do qual gravitavam luas semelhantes à que gira ao redor do nosso próprio planeta. Aquele acontecimento foi a contraprova factual que fulminou a ideia de que todos os corpos celestes gravitavam em torno da Terra. A *revolução científica* (KUHN, 1988) inaugurada por Copérnico décadas antes, com o anúncio da tese da conformação heliocêntrica do cosmos, pode, enfim, ser verificada<sup>1</sup>. O ano era o de número 1610 da Era Cristã. E, conquanto fosse assim denominada, abrigava em seu interior traços de uma cultura que, pelos próximos séculos, representariam pontos de desacordo com a visão de mundo secularizada que ali se descortinava.

Como se sabe, até o final da Idade Média, o modo de pensar do homem ocidental foi determinado essencialmente pela Escolástica: uma tradição filosófica cujas raízes se prendiam, de um lado, aos ensinamentos que compunham o legado grego clássico e, de outro, ao corpo de conhecimento da teologia cristã. A Escolástica apropriou-se da herança helênica sob o feitiço da revalorização da *lógica*, assentida como a doutrina do uso rigoroso da razão. Essa apropriação ocorreu

---

1 A discussão que proponho nessa passagem independe da correteza das teses apresentadas a respeito da topologia do universo. Ou, se assim se preferir: a discussão depende da (in)correteza das teses colacionadas, mas exclusivamente porque, por haverem sido ambas superadas, evidenciam o estatuto da inexorável precariedade das enunciações científicas assumido na contemporaneidade. Por ora, mais relevante é a noção elementar de *mudança de paradigma* (KUHN, 1988), que aqui se encontra representada na refutação do geocentrismo ptolomaico, apenas possibilitada pela admissão do heliocentrismo copernicano.

direta mas, sobretudo, indiretamente, ao servir-se da dialética e da metafísica<sup>2</sup> aristotélicas. Assim procedendo, incorporou ao acervo cultural do medievo a *lógica do provável* (ARISTOTLE, Topics), já livre das amarras do silogismo, bem como a *filosofia primeira, do ser enquanto ser* (ARISTOTLE, Metaphysics), acompanhada dos dualismos típicos que traduziam a inclinação da disciplina em problematizar determinadas questões fundamentais como aspectos irreduzíveis da realidade. A Escolástica admitiu, dessa forma, com Aristóteles, a cisão interna aos pares *ser e essência, forma e matéria, alma e corpo*, oferecendo atalhos (que posteriormente se mostrariam questionáveis) a problemas filosóficos clássicos. Para tanto, e objetivando harmonizar-se com a teologia cristã em sua consagrada onipresença, elegeu a fé como ingrediente capaz de conferir fechamento ao sistema sincrético de crenças que instaurava e, numa façanha malfadada, demarcou os limites da razão, sob a rubrica de Aquino (apud Descartes, 2001, p. IX), sumo expoente daquela tradição, que sustentava: “Fé e razão provêm ambas de Deus – logo, não se podem opor realmente [...] No entanto, como a razão humana não pode ter a pretensão de ser a Razão absoluta, deve aceitar o controle da fé.”

A atmosfera cultural que se avizinhava ao final do medievo era catártica: as espessas nuvens que, impelidas pelos novos ventos, ameaçavam perturbar o acesso da cristandade às revelações divinas eram justamente aquelas que, em virtude de não mais pairarem sobre seu local de origem, encorajavam a investigação de horizontes outros. Através de uma abordagem diferente – é importante ressaltar.

No campo do estudo do ser, as relações de causa e efeito sempre representaram um dos pontos focais sobre os quais a metafísica projetou sua imagem da realidade. O argumento tomista de que “Fé e razão provêm ambas de Deus”, ligeiramente distendido, serviu de cabedal dogmático sobre o qual a Escolástica apoiou a noção de que Deus seria a causa de todas as coisas. Tal

---

2 No transcorrer da história, o termo “metafísica” se sujeitou a três variações de sentido: ora aproximou-se do que habitualmente se entende por *ontologia* (o que é visível em Aristóteles), ora ostentou contornos de *teologia* (o que é perceptível também na metafísica aristotélica e, através deste, na metafísica tomista), ora identificou-se como *gnosologia* (o que se observa na filosofia de Descartes). A importância dessa distinção leva Streck (2014a, p. 186) a prevenir: “Um problema meta-metafísico é não distinguir essas três acepções do conceito”. Visão equivalente é defendida por Abboud et al. (2015, p. 236), que, em referência aos fundamentos da(s) metafísica(s), asseveram: “todos eles guardam o fato de afirmarem o fundamento na compreensão de uma totalidade que está para além dos limites do conhecimento: o mundo (cosmologia); Deus (teologia); e o homem (psicologia)”. Um estudo mais aprofundado do assunto, em especial no tocante à suplantação da metafísica ontoteológica aristotélica, pode ser encontrado em Stein (2014b).

apontamento, longe de se limitar a uma construção inconsequente, representou, ao mesmo tempo, o resgate da *verdade sublime* do *ser* contida na *causalidade eficiente* revelada por Deus ao se anunciar como “*Ego sum qui sum*”<sup>3</sup>, e o combate à reafirmação que os intérpretes árabes (e, circunscritos às fronteiras do império islâmico, que vertiginosamente se expandia, sobretudo os intérpretes persas), faziam da metafísica e, em particular, da denominada *Teoria das Quatro Causas*, de Aristóteles (AQUINAS, 1955, p. 21). A filosofia europeia medieval, assim, imbuída da visão cristã, reconhecia em Deus a expressão máxima da transcendência<sup>4</sup> – o *a priori* capaz não apenas de escapar às determinações do *mundo sensível*<sup>5</sup> mas de dar-lhes causa.

A reflexão científica que se desenvolveu nos séculos seguintes não poderia ter tomado rumo mais divergente. A estupefação suscitada pela confirmação do modelo heliocêntrico (teorizada por Copérnico na obra *De Revolutionibus Orbium Coelestium*) foi igualada apenas por Newton, a quem coube anunciar a descoberta de um conjunto de regras que descreviam, em termos abstratos e absolutos, o deslocamento dos corpos no universo. A partir de então, as leis do mundo estavam dadas, e serviam igualmente para aquém e para além de Júpiter, para bem ou para mal. Com efeito, escapando inclusive à intuição religiosa do filósofo inglês<sup>6</sup>, os

3 “Em Êxodo (3:14) Deus revela seu próprio nome me termos do *ser*. ‘Ego sum qui sum’ (Eu sou quem sou) era o que constava na tradução Vulgata. Aquilo significava para Aquino a ‘verdade sublime’ que os cristãos conheciam a respeito do *ser*. Era o nome e a natureza, propriamente ditos, de Deus. Na linguagem aristotélica, significava que a primeira instância do *ser* era Deus; o Deus que agora era revelado como um afetuoso e amável pai, profundamente interessado e preocupado com os filhos que ele havia gerado segundo sua própria imagem e semelhança. Sua **causalidade eficiente** se estendia a tudo que acontecia, na medida em que ele, sendo a causa primária de tudo o que faziam suas criaturas, conservava-as na existência.” (KRETZMAN et al., 1993, p. 46, tradução minha, grifo meu)

4 A referência à *transcendência* é feita sob o alerta dado por Abboud et al. (2015, p. 238-239): “não confundir o *transcendental* de matriz kantiana com a *transcendência* clássico-medieval. [...] o *transcendente* da tradição greco-medieval é proveniente de uma ontologia dogmática que remete o domínio do real a um fundamento que é transcendente com relação à própria realidade”. Os mesmos autores, recorrendo a Stein, concluem: “essa concepção ontológica [...] não problematiza a possibilidade de acesso à realidade transcendente ao sujeito. [De outro modo, o método transcendental de Kant] deduz da subjetividade não apenas as condições de possibilidade do conhecimento, mas a própria condição de possibilidade dos fenômenos”.

5 O conceito de *mundo sensível* foi introduzido na tradição ocidental através da *Alegoria da Caverna*, formulada por Platão em *A República*. Na esteira do realismo idealista entabulado pelo pensador grego, o *ideal filosófico de vida*, epitetado de βίος θεωρητικός, exigia o exercício autêntico da práxis filosófica como meio de interligar o mundo sensível, fundado nas sensações, ao mundo inteligível, fundado na razão. (Cf. JAEGER, 1995, p. 193 e ss., p. 893 e ss.)

6 “Esse sistema esplendoroso constituído pelo Sol, pelos planetas e por cometas só pode proceder do cuidado e da autoridade de um ser inteligente e poderoso. E se as estrelas fixas são os centros de outros sistemas semelhantes, estes, formados por equivalente cuidado, devem todos

*Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, acabariam por se desvincular da transcendência que, postulada pela Escolástica como causa de toda mudança, conferia *animus* ao universo medieval cristão.

Nesse acontecer, a física, *ciência da natureza*, alcançou uma proeminência singular, o que se deveu, não tanto ao alargamento do escopo de seu objeto, mas ao objetivo de seu pensamento. A partir desse momento, explica Cassirer (1992, p. 65), “A ciência da natureza [deixou de ser] meramente o movimento do pensamento que se aplica ao mundo dos objetos, [e passou a ser] também o meio onde o espírito adquire o autoconhecimento”. Um tal testemunho (em que pese o viés que lhe confere a sombra de Hegel) aponta para a emergência de um *standard* que, impregnado nas ciências e nas artes, determinou, além da presumida existência de uma *realidade objetiva*, a instauração da “utopia de que era possível observar o mundo a partir de uma *perspectiva objetiva* [...] que pudesse organizar a experiência humana e construir uma representação perfeita do real. Esse novo critério de objetividade foi chamado de racionalidade” (COSTA, A., 2005. p. 7), e encontrou, na figura de René Descartes, seu grande tradutor filosófico.

O cerne do pensamento cartesiano era habitado pela convicção de que o atingimento da verdade dependia da concessão de garantias de segurança, por meio da incorporação de uma espécie de “matemática universal”, aos pontos de partida do conhecimento – o que implicou “uma verdadeira secularização da reflexão filosófica” (JAPIASSU apud CARNEIRO, 2011, p. 41), uma vez que gerou, como efeito adverso<sup>7</sup>, a imposição de demandas com vistas à derrogação do sistema

---

ser sujeitos à autoridade Dele; [...] Esse Ser governa todas as coisas, não como a alma do mundo, mas como Senhor de tudo: E como prova de sua autoridade ele costuma ser chamado *Senhor Deus παντοκράτωρ* ou Governante Universal” (NEWTON, 1846, p. 503-507, tradução minha)

7 À semelhança do que se verificava em Newton, também em Descartes se constata a convicção a respeito da possibilidade de demonstração racional da existência de Deus: “Quanto aos pensamentos que tinha acerca de muitas outras coisas exteriores a mim, como o céu, a terra, a luz, o calor e mil outras, não me preocupava tanto em saber de onde vinham, porque, nada notando neles que me parecesse torná-los superiores a mim, podia crer que, se fossem verdadeiros, eram dependentes de minha natureza, na medida em que ela tem alguma perfeição; e que, se não o fossem, eu os tirava do nada, isto é, eles estavam em mim porque eu tinha falhas. Mas isso não podia ocorrer com a idéia de um ser mais perfeito que o meu, pois tirá-lo do nada era algo claramente impossível. E, como não repugna menos que o mais perfeito seja uma consequência e uma dependência do menos perfeito do que do nada proceda alguma coisa, tampouco não podia tirá-la de mim mesmo. De modo que ela só podia ter sido inculcada em mim por uma natureza que fosse verdadeiramente mais perfeita do que eu, e que até tivesse em si todas as perfeições de que eu poderia ter alguma idéia, isto é, para explicar-me numa só palavra, que fosse Deus” (DESCARTES, 2001, p. 39-40).

transcendente de tradição e autoridade (COSTA, A., 2008. p. 74) vigente durante o medievo. Estabeleceu-se, com isso, na modernidade, “uma nova relação entre sensibilidade e entendimento, entre experiência e pensamento, entre *mundus sensibilis* e *mundus intelligibilis*” (CASSIRER, 1992, p. 67). Essa abordagem metódica de apuração do conhecimento, que a locução de Descartes alçou ao *status* peculiar de um substantivo próprio – Discurso *do Método* –, era fruto de uma dúvida que, à primeira vista, soou como um dilema incontornável, daí haver sido qualificada de *hiperbólica*:

**[Onde encontrar a base da certeza objetiva], se a certeza é uma experiência subjetiva?** Como converter a certeza em verdade? Os gregos não precisam responder a essa pergunta justamente porque eles não identificam certeza e verdade. A certeza, fruto da dialética, tinha a ver com a verossimilhança e não com a verdade, que se mostra ao *logos* a partir da contemplação. Os cristãos medievais e modernos buscaram uma certeza que não podia ser alcançada pela razão, valorizando mais a fé que a demonstração. Já a postura cartesiana implicou uma nova estratégia de resposta a essa pergunta. **Em um primeiro momento, a pergunta parece insolúvel, pois a admissão de que somente há certeza subjetiva conduz à idéia de que não há critério objetivo de verdade fora do próprio sujeito. Esse é o ponto central da recusa da tradição como fonte de verdade e de obrigatoriedade. Já que eu posso duvidar de tudo o que está fora de mim, somente o que está dentro de mim pode servir como base para uma certeza objetiva. Cogito ergo sum, ou seja, posso duvidar de tudo, menos de meu próprio pensamento e de minha própria subjetividade: essa é a certeza que pode me reconduzir à verdade.** (COSTA, A., 2005, p. 4, grifos meus)

A dúvida de Descartes motivou, assim, o raciocínio com o qual o filósofo traçou, de forma arrebatadora, as diretrizes que orientariam a busca pela *certeza objetiva* durante todo o transcorrer da Idade Moderna, estendendo sua influência séculos afora. Nessa façanha, o ser onisciente, transcendente, o *Ego sum qui sum*, foi deslocado do ponto central que, por tanto tempo, ocupou no espaço cultural europeu, e cedeu terreno ao agente do *Cogito ergo sum*, o ser cognoscente, dotado da autonomia que lhe permitiu movimentar-se no entorno do objeto e colocar-se em posição de primazia em relação a este, afirmando-se como seu fundamento<sup>8</sup>, seu *subjectum*<sup>9</sup>. Nessa oportunidade, a modernidade deu à luz o sujeito; e o sujeito, a

8 "Descartes [...] busca para sua filosofia um fundamento inabalável, que é, como todos sabem, o 'eu penso', com o qual se dá inseparavelmente o 'eu sou'. Eis aí o que Husserl chama 'uma intuição originária'. Infelizmente, Descartes procede de tal maneira que todas as outras intuições se dão a ele como duvidosas e ele tem que recorrer a Deus para garantir sua verdade." (DARTIGUES, 2008, p. 18).

9 O termo latino *subjectum* encontra origem no léxico grego ὑποκείμενον e tem como melhor expressão, não o sentido subjetivista que ordinariamente se lhe atribui, mas o que aponta na direção de algo “que subjaz como imutável diante das várias dimensões fenomênicas do ente”. (GADAMER apud STRECK, 2014a, p. 200)

modernidade (STRECK, 2014a, p. 198). O que àquele momento sequer se imaginava é que tal episódio marcaria o início uma “genealogia [...] de sujeição à lei e dominação pelo poder” (DOUZINAS, 2009, cap. 8).

Ocorre que, se, de um lado, o enaltecimento da precisão científica, cujas expressões últimas podiam ser encontradas na quantificação e na redução da complexidade, não apenas reforçou, mas, antes disso, deu impulso a uma movimentação significativamente mais ampla, esteada na subjetividade do sujeito de conhecimento, na pretensão de neutralidade axiológica, na conversão da práxis em teoria aplicada e na secularização (JAPIASSU apud CARNEIRO, 2011, p. 40), de outro, converteu-se no “fermento de uma transformação técnica e social sem precedentes na história da humanidade” (SANTOS, 2002, p. 59).

É sabido que um dos marcos históricos da transição da Idade Média para a Idade Moderna foi precisamente a reversão do impacto político milenar que os povos *bárbaros* – movimentando-se num turbilhão migratório originado a leste e a nordeste da Europa – haviam causado à região central do continente por ocasião da invasão das fronteiras do que, então, constituía o Império Romano do Ocidente. Tal reversão não ocorreu de súbito. Ao contrário, deu-se paulatinamente, por meio da instituição do Estado nacional – um organismo não apenas dotado de poder central, portanto, soberano em seus interesses, mas também, unido sob a identidade de seu povo<sup>10</sup> e edificado sobre a superfície de seu território. Essa passagem, que no plano econômico refletiu a derrocada do modo feudal de produção e a consagração do capitalismo mercantil, efetuou-se sob a influência política da Igreja e teve como paroxismo a instalação de monarquias absolutistas imbuídas de uma convicção autocrática. O Estado moderno havia sido estruturado em torno de um governante que, proclamado pela Igreja vigário de Deus na Terra, reinava com poderes ilimitados – eventualmente, inclusive, em desfavor e prejuízo do desígnio compartilhado por seu povo. Numa época em que o requinte da razão flertava com a possibilidade da exoneração de Deus do posto de *causa de todas as coisas*, confiar a Ele a legitimidade do poder do monarca configurou-se como uma estratégia, para

---

10 As categorias *população*, *povo* e *nação*, constituem, na classificação de Duguit, o *elemento humano* do Estado nacional, e o representam, respectivamente, em suas dimensões demográfica, jurídica e cultural (BONAVIDES, 2015, p. 70). Visando atingir os fins da exposição que desenvolvo, desviarei-me das importantes controvérsias teóricas que envolvem as aludidas categorias (Cf. BONAVIDES, op. cit., cap. 4), e tratarei apenas da dimensão jurídica do elemento humano do Estado nacional, ou seja, seu povo – aquele que, conforme veremos, despontou como signatário do contrato social.

se dizer o mínimo, anacrônica. Por esse ângulo, o epíteto *Ancien Régime* não poderia ser mais sintomático. Ciência e política, àquela altura da história, moviam-se em rota de colisão<sup>11</sup>.

## 1.2. A POLÍTICA E O CONTRATUALISMO

Fato é que a razão cobrou seu preço. A partir da segunda metade do século XVII, a busca por alternativas teóricas que, enquanto consentâneas com as aspirações de um mundo cada vez mais rendido ao controle da ciência e alinhadas ao compasso do capital, oferecessem resposta satisfatória ao problema da legitimação estatal, havia conduzido a formulações que, inobstante diferissem umas das outras em suas minúcias, eram embasadas numa teleologia<sup>12</sup> segundo a qual os Estados nacionais modernos seriam o produto de deliberada diligência humana no sentido de viabilizar a vida em sociedade mediante a institucionalização de regras de conduta que, na vigência do *estado de natureza*, prescindiam de eficácia em virtude de ainda estarem encerradas em um quadro *não cogente* do jusnaturalismo. Esse suposto acordo plurilateral, dito *contrato social*, por meio do qual se buscou legitimar o poder estatal através da “domesticação” do direito natural<sup>13</sup>, acobertou uma fábula

---

11 O constitucionalismo que eclodiu ao final do século XVIII não se deveu, por óbvio, apenas às forças antagônicas da ciência e da política. No entanto, novamente em razão do objetivo modesto da exposição que desenvolvo, opto por abordar apenas tangencialmente as causas *conjunturais* do acontecido para, com maior propriedade, aludir àquelas causas que, porquanto *estruturais*, determinaram mais evidentemente o rumo dessa história. Os conceitos *conjuntura* e *estrutura*, celebrados na antropologia de Lévi-Strauss, foram transportados para a historiografia pela Escola dos Annales. Nas palavras de um de seus expoentes, Braudel (1970, p. 70): “Para nosotros, los historiadores, una estructura es indudablemente un ensamblaje, una arquitectura; pero, más aún, una realidad que el tiempo tarda enormemente en desgastar y en transportar. Ciertas estructuras están dotadas de tan larga vida que se convierten en elementos estables de una infinidad de generaciones: obstruyen la historia, la entorpecen y, por tanto, determinan su transcurrir. Otras, por el contrario, se desintegran más rápidamente. Pero todas ellas, constituyen, al mismo tiempo, sostenes y obstáculos”. Uma exposição sucinta sobre o estruturalismo pode ser encontrada em (DOSSE, 2010).

12 Aproveito o ensejo para, em acréscimo à referência anterior a Engels, tornar mais claro o contraponto teórico que se observa entre a(s) tese(s) de Estado contratualista(s) e a tese materialista-histórica. Os primeiros teorizam que o Estado decorre de uma “decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza” (BOBBIO, 1995, p. 49); daí ser considerado teleológico. Na visão materialista, contrariamente, o Estado é filho da contingência; nasce acidentalmente, da congregação de forças em torno do chefe militar dos agrupamentos humanos primevos, encarregado da proteção dos valores acumulados na fase primitiva do capitalismo. (ENGELS, 1992, caps. V-VIII).

13 Tal entendimento é defendido, por exemplo, por Rocha (1985, p. 78), que afirma: “A maior contribuição do contratualismo talvez seja a de ter eliminado a legitimação transcendente do poder soberano apesar de justificá-lo num suposto Direito Natural-Racional”.

que se tornou um padrão arquetípico do *ficcionalismo jurídico* (VAIHINGER, 2011, cap. XXXIII), a despeito de haver sido patrocinado por entusiastas da razão. A agenda dos contratualistas reivindicava a positivação do direito.

Tal clamor pelo direito positivo, que, em essência, veiculava um programa com vistas à “despersonalização do poder [mediante] a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, [...] de um poder de fato a um poder de direito” (BONAVIDES, 2015, p. 115), não se esgotou no eco produzido pelas vozes do contratualismo. Ao contrário, em reforço a elas, foi entoado em coro pelos herdeiros de Immanuel Kant, atônitos pela extensão de sua crítica filosófica, bem como por integrantes de uma classe social que, malgrado recém-nascida, ansiavam por ocupar o espaço que julgavam caber-lhes no terreno sinuoso da política.

### 1.3. A FILOSOFIA E A CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA DE KANT

A ciência moderna posta em ação por Descartes polarizou-se, nos anos que se seguiram, em duas facções que divergiam frontalmente quanto ao que consideravam ser o ponto de partida do saber: aos *racionalistas*<sup>14</sup> – seguros de que o atingimento da realidade última dependia exclusivamente da capacidade conceitual humana e, portanto, somente cabia ser franqueado pelo exercício da razão – se opunham os *empiristas* – que defendiam a ideia de que a apreensão do real apenas poderia ser perseguida pela via da experiência, o que colocava a razão em um plano secundário. Divergências à parte, o debate estabelecido a partir da oposição entre racionalistas e empiristas evidenciava sua ascendência comum, uma vez que nutriam, nas entrelinhas da herdada dúvida hiperbólica cartesiana, a presunção de uma realidade que, porquanto suposta imediatamente acessível, seria capaz de conduzir à certeza objetiva. Essa ingenuidade metafísica, em virtude da qual, em infundada tese, o acesso às “coisas em si” se encontraria desembaraçado,

---

14 Anteriormente, esclareci que a *racionalidade* compreende um *standard* que supostamente confere segurança ao atingimento da certeza científica. Agora, trato do *racionalismo*, que, distinto da primeira, remete à corrente teórica que conferiu desmedido apreço à razão em despreço à experiência e, por isso, constituiu, naquilo que Abbagnano (2007, p. 821-822) intitulou de “metafísica do intelecto”, uma versão corrompida da racionalidade. Sigo, assim, a praxe terminológica (nada absoluta) que recomenda reservar aos “ismos” (cientificismo, racionalismo, empirismo, psicologismo etc) a acepção extrema, eventualmente deturpada, das noções originais que eles endereçam.

corroborava a manutenção de cosmovisões teístas fundadas em argumentos de razão alheios à sensibilidade<sup>15</sup>.

A revolução promovida por Kant, embalada pelo afã de superação desse estado de inocência epistêmico, anunciou-se, na transcendentalidade de sua filosofia, mediante a indagação pelas *condições de possibilidade* do conhecimento (ABBOUD et al., 2015, p. 239-240). A adoção da atitude transcendental implicou reconhecer, em prognose ao dismantelo do objetivismo, o descabimento da certeza quanto ao “dado” e impôs assinalar a distinção entre *fenômeno* e *númeno* – é dizer, entre manifestação sensível e aquilo que, por supostamente aprisionado na “coisa em si”, permaneceria impedido de se apresentar aos sentidos e, por isso, deveria constituir objeto de juízos exclusivamente *a priori* (CARNEIRO, 2011, p. 49-53). Essa distinção sinalizou a demarcação do perímetro metafísico, no interior do qual não mais se autorizou o emprego da *razão pura* (ou seja, desligada da experiência) exceto à maneira de um “como se”<sup>16</sup>. Não satisfeito, Kant radicalizou sua crítica com o agudo entendimento de que “certas afirmações da metafísica, da matemática e da ciência são universal e necessariamente verdadeiras [...] porque refletem os modos pelos quais a mente do homem opera [e, não, o oposto disso]” (KITCHER, 1996, p. xxxi, tradução minha), o que importou a ressignificação da noção de tempo e, por conseguinte, da ideia de causalidade, que, a partir de então, não mais coube ser

15 Guyer et al. examinaram de modo mais aprofundado o panorama em que se desenvolveu a filosofia de Kant – cujo cerne foi apresentado na obra *Crítica da Razão Pura*. Segundo os autores, “A *Crítica [da Razão Pura]* é comumente vista como uma terceira via que combina as virtudes, ao mesmo tempo em que evita as armadilhas, tanto do ‘racionalismo’ de Descartes e Leibniz quanto do ‘empirismo’ de Locke e Hume. Essa forma de ler a *Crítica*, no entanto, muito embora sugerida, em certa medida, pelo próprio Kant, se baseia em uma leitura simplificada da história da filosofia moderna e, para dizer o mínimo, em uma avaliação incompleta dos pontos fortes e fracos dos predecessores modernos de Kant. Menos controversa é a observação de que **o principal objetivo da Crítica é encontrar um caminho intermediário entre a metafísica tradicional (especialmente no que se refere a suas tentativas de promover uma visão teísta de mundo através do emprego de argumentos racionais *a priori*) e o ceticismo que estava a caminho de corroer, não apenas as reivindicações da metafísica religiosa, mas também as da ciência natural moderna.** [...] A filosofia de Kant pode ser compreendida como uma tentativa de sintetizar [A] a visão de Leibniz quanto à existência de uma harmonia pré-estabelecida entre os princípios da natureza e os princípios da graça, [B] a substância da ciência newtoniana e [C] as concepções morais e políticas de Jean-Jacques Rousseau” (GUYER et al., 1998, p. 20-24, tradução minha, grifo meu).

16 Nesse sentido, Hans Vaihinger, visando suprir, no início do século XX, alegadas insuficiências do idealismo transcendental kantiano, sobreleva o papel do ficcionalismo no âmbito das reflexões científica e filosófica, imbuindo as ficções da carga utilitarista que supunha faltá-lhes, o que mereceu a seguinte exposição apologética por parte de seu tradutor: “as ficções não representam obstáculos no caminho da razão, mas, ao contrário, são artifícios produtivos sem os quais as ciências não cumpririam boa parte de suas finalidades [...] a ficção não é confinada a ser mero engano ou quase mentira e se revela técnica do pensar e do agir”. (VAIHINGER, 2011, p. 45-55).

tomada como expressão de uma conexão entre eventos, senão, como imposição cognitiva sobre a experiência apreendida; de tal feita que, dali em diante, a compreensão humana despontou como “o real legislador da natureza, e os sucessos da ciência moderna [passaram a ser considerados resultantes de] questionamentos [elaborados] em concordância com um plano cujo fundamento se encontra *a priori* na estrutura do pensamento” (GUYER et al., 1998, p. 21, tradução minha). Na condensação de Stein, “Kant temporaliza o elo que junte conhecimento sensível e intelectual e reduz a possibilidade de conhecimento às condições *a priori* da sensibilidade e do entendimento” (STEIN, 2016, p. 248).

Essa reviravolta, que, segundo a imodesta avaliação do próprio Kant, equiparou-se à revolução copernicana (KITCHER, 1996, p. xxxi), demonstra bem sua opção por “converter questões ontológicas em questões epistemológicas – ou seja, a transformação de questões sobre quais tipos de coisas devem existir em questões sobre as condições através das quais podemos reivindicar conhecimento das coisas” (GUYER et al., 1998, p. 25, tradução minha), fato que veio à luz em inflamada exortação:

o termo pomposo ‘ontologia’, [a partir do qual se] ousa oferecer cognições sintéticas *a priori*<sup>17</sup> das coisas em geral no âmbito de uma doutrina sistemática (e.g., princípio da causalidade) deve ceder espaço à modesta [doutrina] de uma mera analítica<sup>18</sup> da compreensão pura. (KANT, 1998, p. 345, tradução minha)

---

17 A categorização dos juízos em *sintéticos* e *analíticos* é central na filosofia kantiana e, por isso, digna de esclarecimento. “Os *juízos analíticos* são aqueles em que a ligação entre sujeito e predicado é pensada por identidade, quer dizer, o predicado está contido no sujeito, sem acréscimo de qualquer dado externo. Já nos *juízos sintéticos* o predicado traz uma nova informação sobre o sujeito, não sendo mais possível verificar a adequação do juízo a ele mesmo, mas necessita ser averiguado com o auxílio de elementos externos a ele [, não necessariamente empíricos]” (ABBOUD et al., 2015, p. 240). Os mesmos autores complementam: “Quando se emite um juízo, como exemplifica o próprio Kant: ‘todos os corpos são extensos’, realiza-se uma referência a algo universal (todos os corpos) [...] Essa universalidade é *representada no conceito* de corpo e a verdade de uma tal proposição poderá ser encontrada no próprio conceito, sem a necessidade de se dizer algo mais sobre o objeto. Quando a verdade do juízo se apoia apenas no desmembramento do puro conceito, este juízo é *analítico*. O juízo analítico possui então um papel apenas explicativo, não alargando o conteúdo do nosso conhecimento. Todavia, os juízos sintéticos dependem, para sua verificação veritativa, de um *ir além* do conceito na direção do próprio objeto que deve ser representado. Retomando outro exemplo de Kant, temos o juízo: ‘Alguns corpos são pesados’, este é um juízo sintético, porque depende de algo a ser acrescentado a ele de modo exterior ao conceito dado (corpo), como substrato dele, que torne possível ultrapassá-lo com os predicados.”

18 “Kant chamou de ‘Analítica transcendental’ a primeira parte da ‘doutrina dos elementos’ na Crítica da Razão Pura [...], entendendo por Analítica a determinação das condições *a priori* do conhecimento e da ação moral” (ABBAGNANO, 2007, p. 54)

Em que pese tenha pretendido superar a metafísica através da afetação de um espaço para seu uso exclusivo – se, de um lado, a afeição de Kant pela *coisa em si* refletiu a radicalidade de seu pensamento, em contrapartida, determinou a ruína de parte de seu esforço no instante em que deu causa à inversão da “polaridade determinante do conhecimento: do *conhecimento metafísico* [...] para uma *metafísica do conhecimento*” (OLIVEIRA, R., 2008, p. 103; ABOUD et al. 2008, p. 239). Esse fato, na apreciação de Friedrich Jacobi, foi consagrado no aforismo “Sem a coisa em si não se entra na Crítica da razão pura e com a coisa em si não se pode permanecer nela” (JACOBI apud STEIN, 2006, p. 173). Nisso, o crítico niilista do idealismo transcendental antecipava a advertência que a hermenêutica seria capaz de mais apropriadamente expressar: o sistema de Kant, moldado na bitola em que fora forjada a filosofia da consciência, “ao tentar quebrar o que ele chama de metafísica dogmática e despótica, acaba inaugurando uma outra forma de metafísica, estabelecida a partir das representações<sup>19</sup> de um sujeito solipsista” (CARNEIRO, 2011, p. 50).

Apesar de, sob esse ângulo, malsucedida, a *Crítica da Razão Pura*, longe de haver perdido seu embalo, difundiu-se pelos subterrâneos das ciências e da filosofia e fixou raízes nos mais diversos campos do conhecimento. Especificamente no que atina a compreensão do fenômeno jurídico, a *Crítica* estabeleceu a impossibilidade de se afirmar o conteúdo de direitos naturais tomando como suporte estruturas apriorísticas, o que representou o enjeitamento da “pretensão de se poder fundar, a partir da ‘natureza’, um direito natural com um conteúdo inequívoco igual para todos os homens e para todos os tempos” (KAUFMANN apud ABOUD et al., 2015, p. 243). Foi o ensejo para a entrada em cena do direito positivo.

#### 1.4. O CAPITALISMO E O LIBERALISMO BURGUESES

Na mesma época em que Kant elevou-se do anonimato, a Europa se viu às voltas com um quadro agudo de convulsões políticas que, igualmente, precipitaram a codificação do Direito. No transcorrer de praticamente toda a Idade Média e

---

19 O uso do termo “representação”, registra Abbagnano (2007, p. 853), “foi sugerido aos escolásticos pelo conceito de conhecimento como ‘semelhança’ do objeto. ‘Representar algo’ – dizia S. Tomás de Aquino – ‘significa conter a semelhança da coisa’ [...] O termo voltou a ter importância com a noção cartesiana de idéia como ‘quadro’ ou ‘imagem’ da coisa [...] Kant estabeleceu seu significado generalíssimo, considerando-o gênero de todos os atos ou manifestações cognitivas [...], e foi desse modo que passou a ser usado em filosofia.”

durante o início da Idade Moderna, a ordem social europeia conservou-se estacionada sob um imobilismo quase completo, por efeito do qual indivíduos nascidos em determinado estrato social deveriam a ele permanecer adstritos. Esse imobilismo – apoiado, illogicamente, na mesma *causalidade* que conferia cinesia ao mundo – foi contestado por decorrência de transformações ocorridas no interior do sistema capitalista, que, no trânsito rumo ao seu estágio industrial, viabilizou a posição hegemônica da ideologia<sup>20</sup> burguesa, abraçada pela classe social possuidora dos meios de produção. O pensamento burguês, nitidamente marcado pelo racionalismo, descortinava, inusitadamente, sua filiação irracionalista, vez que intimamente apegado ao seio da crença puritana, e sobretudo porque, nutrindo-se daquela fonte, conferiu ao trabalho o prestígio de um múnus divino – fato (social<sup>21</sup>, por excelência) que, pelas mãos de Weber, metido nas trincheiras das *Geisteswissenschaften*<sup>22</sup>, foi envasado sob o rótulo “espírito do capitalismo”<sup>23</sup>, cuja encarnação mais genuína, focada na

obtenção de mais e mais dinheiro, combinada com o estrito afastamento de todo gozo espontâneo da vida é, acima de tudo, completamente destituída de qualquer caráter eudemonista ou mesmo hedonista, pois é pensado tão puramente como uma finalidade em si, que chega a parecer algo de superior à “felicidade” ou “utilidade” do indivíduo, de qualquer forma algo de totalmente transcendental ou simplesmente irracional. (WEBER, 1999, p. 33)

---

20 Partindo de uma leitura rasa do conceito investigado por Manheim (apud Ricoeur, 2008, p. 98) tomo *ideologia por uma estrutura de pensamento vinculada a um grupo*. Evitarei as discussões teóricas mais elaboradas acerca das conotações do termo e, em particular, desviarei-me das armadilhas que, por terem vitimado tantos que me antecederam, foram inclusive sinalizadas por Ricoeur (2008, Parte II).

21 Durkheim (2007, cap. 1) conceitua os *atos sociais* como “maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual [...] se impõem a ele. Por conseguinte, eles não poderiam se confundir com os fenômenos orgânicos, já que consistem em representações e ações; nem com os fenômenos psíquicos, os quais só têm existência na consciência individual e através dela.”

22 “Weber aproxima a sociologia da *Geistwissenschaft*, na interpretação idealista da história. E, muito embora a concepção de Weber seja conscientemente anti-irracionalista, não lhe faltam nuances de irracionalismo. Sua sociologia visa a demonstrar que um necessário irracionalismo foi engendrado no terreno da racionalização capitalista. Um exame do modo como Weber analisa a gênese do capitalismo (= espírito do capitalismo) certamente evidencia que o racionalismo moderno é ligado à religião através da sujeição desta última a uma ‘guinada em direção ao irracional’” (LUKÁCS, 1955, p. 388, tradução minha)

23 Embora aqui não se planeje tratar detalhadamente do projeto weberiano, é relevante ressaltar que, não se limitando a uma antropologia da religião, “Weber estava particularmente interessado por um subtipo dessa categoria geral designada capitalismo, qual seja, ‘o capitalismo burguês racional’, cuja principal característica é a ‘organização burocrática’ a serviço do lucro pecuniário em um sistema de relações de mercado” (PARSONS, 2010, p. 665 e ss).

Essa ética, ao vincular a salvação da alma a uma espécie de credenciamento prévio, unicamente alcançável pela *ascese intramundana* (WEBER, 1999, Parte II), isto é, pela “purgação dos vínculos com o corpo”<sup>24</sup> mediante o *exercício* laboral disciplinado, determinou o reexame da valoração dogmática, tradicionalmente negativa, dispensada à riqueza e à usura, segundo o renovado argumento de que “a verdadeira objeção moral refere-se ao descanso sobre a posse, ao gozo da riqueza, com a sua consequência de ócio e de sensualidade, e, antes de mais nada, à desistência da procura de uma vida ‘santificada’” (WEBER, 1999, p. 112). Com(o) efeito, o contorno volitivo que a redenção do espírito adquiriu no horizonte escatológico da fé protestante ascética, na concretude do plano político-econômico converteu-se em selo da doutrina da liberdade. O reconhecimento desse isomorfismo, revelador da correspondência entre *livre-arbítrio* e *livre iniciativa*<sup>25</sup>, e a insistência na antítese intrínseca ao par liberdade-poder (BOBBIO, 2000, p. 20) constituíram indícios de que o Estado moderno, de absoluto se convertera a obsoleto, devendo, por isso, ser abandonado em favor do Estado de direito – liberal, cumpre acrescentar, porque coadunado com o “progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo [...] e a emancipação da sociedade” (BOBBIO, 2000, p. 22). Por força dessa ressalva, a condução da modernidade “foi assumida pelo capitalismo na medida em que ele [passa a] estabelecer com as lógicas de racionalidade emancipatórias cálculos de correspondência que [lhe] interessavam” (CARNEIRO, 2011, p. 155). Tal acontecimento – que, consoante exposto, operou nos âmbitos religioso, político e econômico da sociedade moderna – irrompeu no direito sob o primado da *segurança jurídica*, determinando a

[censura da] tradição jusnaturalista, cindindo *conhecimento* e *aplicação do direito*, e usurpando seu caráter moral-prático. [...] passamos [por isso,] a falar em codificações e em sistemas abstratos que se constroem em torno do *texto* e não em torno do *homem*. O direito deixa de ser uma antropologia para ser uma tecnologia, e o jusracionalismo – com todos os seus equívocos metodológicos – é deixado de lado sob o argumento de que a aplicação do direito agora prescinde do “pensar”, bastando, tão somente, a comparação silogística entre o *fato* e o *texto*. (CARNEIRO, 2011, p. 157, grifos do autor)

---

24 A locução é devida a Abbagnano (2007, p. 83), na redação dada ao verbete “ascese”.

25 A análise que ora desenvolvo a respeito do conceito de *liberalismo* se limita a tratá-lo como não muito mais do que uma equivalência entre *livre-arbítrio* e *livre iniciativa*. Uma exposição que extrapola significativamente os limites que aqui imponho, e faz jus à polissemia que reveste o conceito, pode ser encontrada em Bobbio et al. (1998, p. 686 e ss).

Assim, ainda que sobre a lâmina da guilhotina tenha recaído o pesado fardo com que, a um só golpe, foi decretada a demissão do monarca e a falência do *Ancien Régime*, o fato é que essa solenidade pavorosa, ocorrida sob o ideário da “liberdade, igualdade e fraternidade”, no “racionalista e filosófico” século XVIII, no interior de uma marcha voltada à “justificação doutrinária do princípio da legalidade” (BONAVIDES, 2015, p. 122), tomou, mais do que depressa, a forma da onda constitucionalista – mesmo que, por cerca de cento e cinquenta anos, materializada numa Carta estritamente política; desprovida, portanto, de juridicidade, de *força normativa*<sup>26</sup> (Cf. CARNEIRO, 2011, p. 162).

É verdade que esse *lance capital* no curso dos acontecimentos que compõem a biografia do ocidente opôs-se ao zelo historiográfico ordenador, não havendo se desenrolado segundo a conveniência de uma série harmônica de eventos, mas, contrariamente, deu-se na organicidade impertinente da história. Daí não ser motivo de perplexidade que o “pai do liberalismo”, do alto da postura naturalista que lhe era típica (e que a razão da época, aos poucos, tomaria por *démodée*), tenha investido contra a base teórica vigente do Estado moderno e cobrado o condicionamento da legitimidade política do monarca não apenas à manutenção do *consentimento* dos governados mas, igualmente, ao respeito à propriedade (LOCKE, 1824, § 27, 95), pelo menos enquanto perdurasse sua inscrição no rol imperecível dos *direitos naturais*; ou, posteriormente, que a teoria da separação dos poderes, que, como é notório, visava frustrar os arroubos autoritários do rei, enrustisse um desejo notoriamente antigo<sup>27</sup> – inobstante recondicionado pela reflexão aristocrática de um teórico que, apesar de *iluminado*, cultivava, à meia-sombra, uma incontida repulsa pelo governo do povo<sup>28</sup>.

---

26 O conceito é desenvolvido em (HESSE, 1991).

27 “O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização da obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na Antiguidade [...] Distinguiria Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marcílio de Pádua [...] já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf [...] se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu” (BONAVIDES, 2015, p. 146)

28 “Montesquieu mostrou-se muito crítico das políticas antiaristocráticas introduzidas na França nos séculos XVI e XVII. Ao minar o poder da nobreza, ele alertou, os reis absolutos não serviram à causa da liberdade, como muitos de seus contemporâneos acreditavam, pelo contrário. Sem poderes intermediários, uma monarquia automaticamente degeneraria em uma democracia ou em despotismo. ‘Se você abolir as prerrogativas dos senhores, do clero, da nobreza [...] em uma monarquia’, ele avisou, ‘logo você terá um estado popular ou então um estado despótico’” (DIJN, 2008, p. 23, tradução minha). Nada obstante, cabe ressaltar que Montesquieu se referia à

## 1.5. A DEMOCRACIA E A TENSÃO INATA AO ESTADO CONSTITUCIONAL

De toda sorte, e enfim chego ao ponto central do capítulo, o interesse pela *positivação* dos direitos – que canalizou a energia oriunda não apenas das teses políticas contratualistas, mas também da revolução epistemológica kantiana, bem como da pretensão liberal burguesa (para ficar apenas nessas causas) –, ao mesmo tempo em que propiciou a emergência de movimentos de codificação e do constitucionalismo propriamente dito, também engendrou sua expressão degenerada, o *positivismo jurídico*, identificado na tese da separação entre direito e moral e, complementarmente, na ideia da suficiência do direito legislado, possibilitada pelo gradual abandono do direito natural. Daí que, enquanto, por uma via, o requisito da legitimidade se desdobrou sob a cadência da separação de poderes institucionalizada pelos textos constitucionais, passando a incidir inclusive sobre a atividade jurisdicional, pela via oposta, em reverência ao positivismo, “toda argumentação jurídica [passou a] tributar seus méritos aos Códigos, [agora dotados da] estatura de verdadeiros ‘textos sagrados’” (STRECK, 2014a, p. 124), o que, no exercício da judicatura, e “na evidente impossibilidade de que as regras [jurídicas] ‘abarquem’ a complexidade do mundo prático, [importou] confiar a solução dos casos *não contemplados* (sic) ao discernimento pessoal do juiz” (MOTTA, 2012, p. 32, grifos do autor).

Essa tensão inata ao Estado constitucional, devida, em parte, ao fato de seus fundadores haverem aderido “mais à doutrina do liberalismo [...], acentuando [...] a liberdade individual [...], do que mesmo à doutrina da democracia, que firmava com maior ênfase [...] a igualdade” (BONAVIDES, 2015, p. 152) agudizou-se a partir da proliferação desregrada de correntes jurídicas tributárias da matriz positivista.

Antes de prosseguir, convém sumariar a reflexão desenvolvida até aqui. Expus que na Idade Moderna a racionalidade se impôs como padrão de aferição da certeza científica. Que esse paradigma ocultou o vício do objetivismo, denunciado por Kant por efeito de sua convicção sobre a possibilidade de *juízos sintéticos a priori*, contrabalanceada pelo bloqueio do acesso à “coisa em si”. Que a partir de então, não mais se admitiu certeza quanto ao que subjazeria às manifestações

---

democracia inaugurada pela experiência grega clássica.

sensíveis do mundo; o que, na perspectiva jurídica, importou a negação de sua dimensão moral por decorrência da cisão entre teoria e prática, além do distanciamento em relação a presumidos direitos naturais e a conseguinte supervalorização do direito legislado. Expliquei, ademais, que a racionalidade deu forma ao contratualismo, que, por sua vez, amparou teoricamente o Estado moderno. Estado esse que, conquanto cooptado pela ânsia reprodutiva sociometabólica do capitalismo (MÉSZÁROS, 2015), apoiou sua legitimidade no consentimento dos governados. Por fim, aponte que uma convulsão operada no interior do Estado moderno foi responsável por convertê-lo de absoluto a constitucional, o que viabilizou a separação de poderes e importou o espriamento do requisito da legitimidade sobre a atividade jurisdicional.

O valor dessa recapitulação, para os propósitos deste trabalho, reside no fato de que ela recobra um déficit na jurisdição praticada no âmbito do Estado constitucional contemporâneo (de linhagem liberal e propensão utilitarista, que se pretende politicamente legítimo em razão de quão perfeitamente se alinha às aspirações da maioria), patenteada, no caso brasileiro, pela escassez de respostas que estejam à altura das demandas que ora se lhe apresentam; essas, veiculadas segundo uma nova ordem, compromissória e dirigente<sup>29</sup>, que, por também democrática, ocasionalmente cobra, no cumprimento de seu papel contramajoritário<sup>30</sup>, a subordinação da *volonté générale*<sup>31</sup> aos interesses das minorias e, com ainda maior afincio, reivindica para o Direito um novo *modo de produção*, capaz de afiançar a manutenção de sua autonomia frente à ameaça representada pelas fileiras do voluntarismo, nas quais prestam serviço multidões de

---

29 Canotilho (2013, p. 48) reconhece como *dirigente* a constituição que “propõe linhas ou direcções para a política de concretização e implementação do programa constitucional em domínios sensíveis como os dos direitos sociais, da transformação agrária e dos instrumentos de garantia de direitos”. Em igual sentido, embora tratando especificamente do cenário brasileiro, Streck (2017, p. 125): “A Constituição [brasileira de 1988] não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no art. 3º, que encarna a obrigação da construção de um Estado social. E nisso reside o papel transformador do Direito e do Estado”.

30 Tal postura contramajoritária que visa resguardar as minorias – adotada simultaneamente ao surgimento do intitulado *neoconstitucionalismo* (STRECK, 2012a), a partir do segundo pós-guerra, por efeito do retrocesso civilizatório sem precedentes, simbolizado pelo Holocausto – reiteradamente produz a judicialização da política (Cf. TATE apud STRECK, 2018, p. 2).

31 Retomando o exame de Koselleck sobre a *patogênese do mundo burguês*, Streck (2017, p. 114) registra que “uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.”

juristas, muitos magistrados e, eventualmente, até alguns “magistrólogos”<sup>32</sup>. Por força das exigências da democracia, a disfunção judicial brasileira toma ares de *crise de paradigmas* (STRECK, 2014a, p. 64 e ss); daí a opção por examinar, em sequência, o enfermo e a enfermidade – o que será feito no capítulo seguinte.

---

32 Em certa ocasião, taquígrafistas do órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro foram colocados em uma situação embaraçosa quando, em face do julgamento do HC 103.412/SP, se viram obrigados, por força do cargo que ocupavam, a registrar para a posteridade o voto de um Ministro que supôs adequado motivar sua decisão nos seguintes termos: “[...] eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes.”

## 2. A MODERNIDADE BRASILEIRA: DA CONSTITUIÇÃO AO SUBJETIVISMO

Início este capítulo refletindo sucintamente a respeito de um pormenor metodológico que se interpõe entre a intenção deste que escreve e aquilo sobre o que desejo escrever. Esse pormenor, que preliminarmente tomo como um problema, se esconde na seguinte questão: dado que o horizonte de eventos que constitui a história do Brasil já ultrapassou os quinhentos anos, qual critério de amostragem me permitirá selecionar os  *fatos*  que, ante o exíguo espaço de que disponho, melhor me permitam discorrer sobre a recepção da Modernidade pelo Estado brasileiro? Ou, dito de outro modo: existirá um recorte histórico ideal para a análise que pretendo fazer? Respondo que se adoto o pressuposto de que “fatos históricos” são, eles próprios,  *discursos*  sobre uma realidade que não é objetiva – e que, por isso, com ela não se confundem (nem tampouco dela independem) –, então o problema metodológico se revela um pseudoproblema. É dizer: fatos não são dados<sup>33 34 35</sup>.

Sustento esse ponto de vista em indisfarçável autotutela, especialmente porque, num aparente paradoxo, elejo investigar a Modernidade brasileira segundo sua compleição atual. Daí que, se, por abrangerem uma faixa demasiado estreita do horizonte fático, as estatísticas de que me valerei não alcançarem força de prova do diagnóstico a ser apresentado ao final do próximo tópico, espero que, ao menos,

---

33 Essa questão, sob a visada da historiografia, pode ser assim resumida: “Negar a redutibilidade da história ao texto não significa [...] admitir que haja uma história independente do texto. **A história é sempre texto, ou mais amplamente, discurso**, seja ele escrito, iconográfico, gestual, etc., de sorte que somente através da decifração dos discursos que exprimem ou contêm a história poderá o historiador realizar o seu trabalho. Parece válida, assim, a observação do semiotista Eliseo Veron de que no funcionamento de uma sociedade, ‘nada é estranho ao sentido; o sentido está, portanto, em toda parte’, do mesmo modo que o ideológico e o poder estão sempre em toda parte. ‘Dito de outro modo: todo fenômeno social é suscetível de ser lido em relação ao ideológico e em relação ao poder’. E, segundo o mesmo autor, as ‘condições de produção’ de um discurso têm a ver com o ‘ideológico’, com os valores sociais da sociedade que o produz, ao passo que as ‘condições de seu reconhecimento’ dependem do poder, isto é, das instâncias capazes de legitimar ou não a sua aceitação na sociedade” (CARDOSO; VAINFAS, 1997, grifo meu).

34 A mesma questão, sob uma ótica distinta, é expressa da seguinte maneira: “Texto é evento; textos não produzem ‘realidades virtuais’; textos não são meros enunciados linguísticos [...]. Eis a especificidade do Direito: **textos são importantes; [...] mas nem eles são ‘plenipotenciários’, carregando seu próprio sentido (o mito do dado)**” (STRECK, 2017, p. 254, grifo meu)

35 Em suma, o que está em jogo nessa expressão é a impossibilidade hermenêutica de se produzir uma clivagem entre  *Historie*  (a narrativa histórica) e  *Geschichte*  (a história como acontecimento), a despeito, por exemplo, das pretensões formuladas por Koselleck no debate estabelecido com Gadamer. O contexto em que se deu esse debate, bem como seu desfecho, são apresentados em (OLIVEIRA, Marcelo, 2015).

servam as “orelhas” da história recente do Brasil como elementos indiciários<sup>36</sup> capazes de corroborar o argumento que trarei sobre sua *face*.

Tendo feito esse esclarecimento, atendo-me agora a eles, os fatos, relatando-os em oito breves parágrafos, cada um dos quais atinente a uma dimensão distinta da realidade social brasileira.

## 2.1. A HISTÓRIA RECENTE E A MODERNIDADE TARDIA NO BRASIL

De acordo com uma das edições de 2019 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (IBGE, 2019), promovida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, cerca de 45% da população brasileira interrompeu seus estudos antes de iniciar o Ensino Médio. A renda média do percentil mais rico da população equivale a 33,7 vezes a renda dos 50% mais pobres. A renda média mensal da parcela branca é 75% maior que a da parcela parda e 80% maior que da parcela preta. O rendimento dos trabalhadores homens é 28% maior que o das mulheres. O rendimento médio na região Sudeste é 65% maior que na região Norte e 75% maior que na região Nordeste, onde, diga-se de passagem, observa-se um aumento na desigualdade, não bastasse já ser a maior do país.

No mesmo ano, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura publicou o resultado de um estudo (FAO, 2019, p. 45) que confirmou o aumento recente da fome no Brasil e também a existência de correlação estatística positiva entre índices de insegurança alimentar e obesidade no país. Conclusões essas que não veiculam novidades nem sob a perspectiva acadêmica (Cf. CASTRO, 1984) nem sob o ponto de vista cultura de massa (Cf. GARAPA, 2009), muito embora pareçam fazê-lo aos olhos do chefe do Executivo, que, negando não apenas o mérito mas também a finalidade dos programas de transferência de renda concebidos por seus antecessores, e inadmitindo os vícios da *comoditização* que

---

36 Com o emprego das expressões “orelhas” e “elementos indiciários” remeto ao método proposto pelo historiador da arte Giovanni Morelli, no final do século XIX, como procedimento adequado à identificação da autoria de obras de arte de origem desconhecida. Visando estabelecer um procedimento que permitisse diferenciar originais de suas cópias, Morelli propõe, em lugar da consideração dos aspectos mais visíveis das obras, a análise de seus indícios, de seus pormenores (e um dos exemplos dados se refere ao contorno dado pelo artista aos lóbulos das orelhas dos personagens retratados). Nasce, desse modo, o *método morelliano*, frequentemente denominado *indiciário*. O desenvolvimento do método foi melhor apresentado por Ginzburg (1989, p. 143 e ss).

contaminam o modelo de negócios global da indústria alimentícia (Cf. FOOD, 2009), afirmou pública e categoricamente que a fome no Brasil “é uma grande mentira”<sup>37</sup>.

A concentração de renda no espaço urbano brasileiro reflete a perpetuação de uma ordem colonial rural de matriz nitidamente liberal que, por absolutizar a propriedade privada, estimula a concentração de terras<sup>38</sup>. O Censo Agropecuário de 2017 (IBGE, 2017, p. 66), evidencia a dimensão do problema: no Brasil, 2,5 milhões dos menores estabelecimentos agropecuários controlam 2% da área rural do país, ao passo que 1% dos grandes proprietários controlam cerca de 50% da área rural. Apesar disso, por motivos que lhe são próprios, a Presidência da República parece haver deslembrado que a publicação, pelo chefe do Executivo, de decretos desapropriatórios constitui o único recurso jurídico legítimo, no âmbito da política fundiária brasileira, com aptidão de promover a desapropriação de propriedades rurais que ultrajem sua função social (CRFB, art. 184). Se durante o transcorrer de todo o ano de 1994, a Presidência já se ocupava com menos de 1300 decretos desapropriatórios, esse número caiu para menos de 400 em 2004 e 0 (zero) em 2015 (INCRA, 2019).

Tendo isso em conta, passam a ser compreensíveis as projeções para o ano de 2020 da safra nacional de cereais, leguminosas e oleaginosas, publicadas pelo IBGE na edição mais recente do Levantamento Sistemático da Produção Agrícola. A estimativa de mais uma safra recorde provoca deslumbramentos tão intensos quanto fugazes: do total de 250 milhões de toneladas de cereais, leguminosas e oleaginosas a serem produzidas em 2020, apenas 10% terão como finalidade a alimentação de seres humanos, ao passo que 90% corresponderão a apenas duas culturas: soja e milho (IBGE, 2020, p. 4), *commodities* que serão consumidas pelo mercado financeiro. A razão que, incomodada, assiste ao maior grupo de comunicação do país propagandear que o “*agro é tech*”, vira-lhe as costas antes da conclusão da peça publicitária.

---

37 [https://www.youtube.com/results?search\\_query=presidente+brasil+fome+mentira](https://www.youtube.com/results?search_query=presidente+brasil+fome+mentira)

38 Contrapondo nossa legislação agrária às de outros países da América Latina, Marés (2003, p. 103-109) elabora uma crítica cáustica ao viés liberal impregnado na noção brasileira de *função social da propriedade*: “[...] sempre houve no Brasil uma política de impedimento aos pobres, camponeses e indígenas de viverem em paz na terra. Uma permanente e nem sempre surda luta entre o latifúndio e os camponeses cada vez mais despossuídos esteve latente no Brasil desde 1500, e foi severamente agravada nos últimos 150 anos [...] A desapropriação, longe de ser a negação do conceito liberal de propriedade, é sua reafirmação [...] A desapropriação é entendida como a reparação de um dano patrimonial causado ao cidadão e, portanto, é uma reafirmação da plenitude do direito de propriedade.”

Ainda nesse terreno, a projeção, realizada no mesmo estudo, de que a região Centro-Oeste do Brasil contribua com quase 50% da safra nacional de cereais, leguminosas e oleaginosas (IBGE, 2020, p. 4) tende a encobrir uma outra estatística, disponibilizada pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais através da plataforma *TerraBrasilis*, não tão favorável ao agronegócio goiano: a de que, dos onze estados da federação abrangidos pelo bioma cerrado, o estado de Goiás é o segundo maior responsável pelo desmatamento acumulado na série histórica iniciada em 2011 (INPE, 2020). Decerto a plataforma se limita à divulgação dos efeitos, e não das causas do desmatamento do Cerrado, mas nossa história já produziu mostras em quantidade suficiente para, ao menos, autorizar a suspeição de nexos espúrios entre a expansão da fronteira agrícola e a devastação dos biomas brasileiros (Cf. AMAZÔNIA, 2020).

Numa outra frente, de acordo com informações referentes ao ano de 2019 compiladas no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2019), mantido pelo Ministério da Justiça, o sistema carcerário brasileiro dispõe de cerca de 440 mil vagas. A população carcerária ultrapassa o número de vagas substancialmente: são cerca de 750 mil detentos. Apenas 20 anos atrás, eram 230 mil. Do total atual de 750 mil encarcerados, 30% são presos provisórios, isto é, não foram submetidos a julgamento. Daquele mesmo total, 96% são homens; 67% são pretos(as) ou pardos(as); e 45% tem entre 18 e 29 anos. Ainda quanto ao total, 50% são acusados de haverem praticado crime contra o patrimônio, 20% são acusados de práticas de crimes tipificados na Lei de Drogas e apenas 17% respondem por crimes contra pessoas. Entre os apenados por crimes hediondos, 41% respondem por tráfico de drogas. De julho a dezembro de 2019, foram diagnosticados cerca de 32 mil casos de patologias no interior do sistema carcerário brasileiro, 87% das quais corresponderam a HIV, tuberculose, hepatite ou sífilis. A compreensão desse cenário, que, pelo que demonstram as estatísticas, é construído, assim como no restante da “periferia latino-americana neocolonizada”, pelo exercício do poder punitivo que opera em complacência com uma lógica de “altíssima seletividade e discriminação” (ZAFFARONI, 2015, p. 48), não foi o bastante para impedir que um membro da magistratura – rendendo-se ao defasado apelo de “ontologias regionais humanas” (ZAFFARONI, 2001, Capítulo Segundo) e ao perigosismo<sup>39</sup> que ameaça o

---

<sup>39</sup> Censurando a proposta do “direito penal do inimigo”, de Günther Jakobs, Zaffaroni (2015, p. 162) esclarece que “o direito penal do século XX [...] foi teorizado com base na admissão de que alguns seres humanos são *perigosos* e que só por isso devem ser segregados ou eliminados.”

próprio Código Penal Brasileiro, particularmente no que toca à dosimetria da pena<sup>40</sup> – tenha ripristinado a malfadada teoria lombrosiana para motivar, com indizíveis palavras, uma sentença penal condenatória que, ao invés de repreender o ato do réu, apenas comprova a inclinação do julgador: “Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta [...]”<sup>41</sup>.

À gravidade esses fatos, entretanto, talvez só se equipare o vulto dos crimes de lesa-humanidade perpetrados por agentes do Estado brasileiro durante a vigência do regime ditatorial instaurado no país em março de 1964. O “pau de arara”, o choque elétrico, a “pimentinha”, o afogamento, a “cadeira do dragão”, a “geladeira”, insetos, animais e produtos químicos foram apenas alguns dos instrumentos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011) catalogados nos manuais de sevícias aos quais recorreram membros das forças armadas em seu avanço “contra tudo e contra todos”, inclusive mulheres, algumas das quais, grávidas, menores de idade e estudantes, que oferecessem oposição ao regime militar. A esse terceiro grupo, cito pela peculiaridade, pertenceu o goiano itaberaiense Honestino Guimarães, “último dirigente máximo da UNE antes de sua desarticulação, em 1973, preso no mesmo ano pelos órgãos de repressão política, que nunca mais deram notícia sobre seu paradeiro” (idem, p. 157).

Por fim, se o distanciamento temporal em relação aos horrores da ditadura faz crer tratar-se, o Estado de exceção<sup>42</sup>, de um lapso de torpeza já superado por este país, não é demais lembrar que há pouco mais de um ano, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás (SSP-GO) ocupou lugar vexatório nos

---

40 Streck (2014a, p. 93) sustenta que “não se discutem no âmbito da dogmática, ficando [...] escondidas nas brumas do *sensu comum teórico*, as condições de possibilidade que tem o juiz para avaliar a personalidade do réu por ocasião da aplicação da pena, em conformidade com os ditames do art. 59 do Código Penal. Diz esse dispositivo que o juiz, ao aplicar a pena, entre outras coisas, deve atentar para a personalidade do réu... Diante da – evidente – dificuldade da aferição do que seja ‘personalidade do delinquente’, é possível colher subsídios na dogmática jurídica tradicional, do tipo ‘personalidade é todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano’. Ou seja, os problemas do universo fenomênico dão lugar e passagem para a abstração jurídico-conceitual-objetificante que utiliza jargões, como ‘personalidade voltada para o crime’”.

41 Cf. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Processo nº 0017441-07.2018.8.16.0013

42 Expressão aqui empregada não na acepção de uma técnica de Estado (no sentido de um instrumento jurídico legítimo voltado à restauração da ordem constitucional) mas, ao contrário, como “paradigma de governo” (AGAMBEN, 2007, cap. 1) implicado na suspensão ilegítima da ordem jurídica.

noticiários por haver sido a única em todo o Brasil a se negar a divulgar informações sobre o número de mortes decorrentes da ação da Polícia Militar do estado (MP-GO, 2020). O fato de a justificativa apresentada pela SSP-GO ter se baseado no pretense caráter sigiloso das estatísticas solicitadas, em que pese o inquestionável interesse público do acesso aos dados, apenas evidencia que as linhas que separam Estado constitucional do de exceção podem ser tão tênues quanto alguns queiram.

Mesmo um observador desinteressado é capaz de apontar, em cada um dos oito parágrafos anteriores, violações a bens jurídicos dignos da mais enérgica proteção. Não sem motivo, receberam da Assembleia Constituinte de 1988 posição de destaque na Carta Magna. A materialidade dessas violações, no entanto, parece não encontrar reprovação na materialidade histórica do nosso país.

Ao lema inaugural da Era Moderna, atravessado por imperativos éticos grandiloquentes, o Brasil – *Estado de mal-estar social* (COSTA, J., 2020) – contrapõe desigualdades regionais, de classe, de raça, de gênero. Afronta sistematicamente interesses de minorias. Por não franquear a seus cidadãos o direito fundamental à educação, frustra os objetivos da agenda emancipatória iluminista. Não lhes garante segurança, nem mesmo a alimentar; nega-lhes um prato de comida e interdita seu acesso à terra. Relega-a ao arbítrio do agronegócio, cerrando os olhos diante de sua vocação ecocida. Admite o excesso e a proteção deficiente (STRECK, 2008). *Estigmatiza e rotula* (BARATTA, 2013, cap. VII) pobres negros jovens, convertendo-os em *inimigos* do Estado (e) do patrimônio. Usurpa-lhes garantias processuais penais: submetendo-os a *medidas de contenção* (ZAFFARONI, 2015, p. 70); condenando-os “em razão da raça”, como quem dá de ombros, em inadmissível ensaio de *razão cínica* (SLOTERDIJK, 2012); lançando-os à própria sorte, às sombras do sistema prisional brasileiro, na reconhecida<sup>43</sup> pujança de seu *estado de coisas inconstitucionais (sic)*.

---

43 No julgamento da ADPF nº 347, instado a determinar que o Estado tomasse providências quanto às violações de direitos fundamentais perpetradas no interior do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a reconhecer se tratar de um “estado de coisas inconstitucionais” (*sic*), como se, à luz de tempos pós-bélicos, o texto constitucional – compromissório e dirigente que é – pudesse ser interpretado como simples carta de intenções. Por causa de sua atuação nesse episódio, a Corte foi taxada de ativista. Sobre a controvérsia em torno da expressão “estado de coisas inconstitucionais”, ver (STRECK, 2015a; 2017, p. 225 e ss). Sobre ativismo, especificamente, ver (STRECK, 2017, p. 83 e ss).

Quero afirmar com isso (é o diagnóstico que me comprometi a apresentar) que o legado deixado pela Modernidade – mormente para países situados à periferia do sistema do capital, entre os quais figura, por óbvio, o absentéista Estado brasileiro – constitui-se menos de direitos concretizados e mais de *promessas incumpridas* (Cf. SANTOS, 1990, p. 29). Não passa, portanto, de um *projeto inacabado*<sup>44</sup> (Cf. HABERMAS, 1983), cuja consecução, em nosso caso, foi reassumida pela comunidade nacional por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, nos quadros da reabertura política que sucedeu ao regime militar.

Ocorre que essa repactuação contratual social, viabilizada pela inscrição na Lei Maior de “um certo grau de deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário” (STRECK, 2014a, p. 333) tem sido obstaculizada, não somente pelo modo de produção liberal-individualista do Direito, já, de alguma forma, considerado neste trabalho, mas, sobretudo, “pela permanência, no plano imaginário gnosiológico dos juristas, de um *mix* de posturas assentadas na vulgata da filosofia da consciência e no velho objetivismo” (STRECK, 2014a, p. 334), arranjadas como faces opostas de uma mesma moeda: o positivismo jurídico. Este será o tema do próximo tópico, que, muito embora tenha sido intitulado conforme o que se lê abaixo, bem poderia ter recebido a sugestiva legenda: “De como nossa enfermidade se deve a uma questão de método”.

## 2.2. A GENEALOGIA JURÍDICA DO BRASIL

No primeiro capítulo deste trabalho, tratei, em abstrato, das circunstâncias que conduziram ao movimento de codificação do Direito. Apontei, então, o

---

44 A investigação conduzida por Habermas sobre a Modernidade tem um ponto de partida muito mais sofisticado do que o adotado nesta monografia. Sem embargo, sua abordagem nos diz respeito porque, na medida em que trata da questão da *justiça*, tangencia nossa temática, relativa à crise jurídica brasileira. Ao referir-se à Modernidade como um “projeto inacabado”, o autor alemão expõe o fiasco do programa emancipatório iluminista que visava a criação de uma “razão unificadora” que fosse capaz de interligar e, ao mesmo tempo, preservar a *autonomia* das dimensões científica (com sua pretensão de verdade), ética (com sua pretensão de justiça) e estética (com sua pretensão de beleza) da experiência humana. A era Moderna, no entanto, foi testemunha da *heteronomia* decorrente do assujeitamento da ética e da estética pela racionalidade científica; situação que, em tempos atuais se repete por obra da hipertrofia estética que subordina a ciência e a ética. Resta, por isso - eis uma das propostas teóricas mais difundidas de Habermas – corrigir os rumos da Modernidade e concluir seu “projeto inacabado”. O modo de fazê-lo, dirá o sociólogo, está delineado em sua Teoria da Ação Comunicativa (Cf. CARNEIRO, 2011, p. 167-168), e consiste, em resumo, na substituição da *razão cognitivo-instrumental* pela *razão comunicativa*. Mais adiante tentarei demonstrar, entretanto, que a razão comunicativa esbarra em dificuldades, especialmente quando opera em solo jurídico.

positivismo jurídico como efeito colateral desse movimento. No início deste segundo capítulo, expus duas teses complementares: a primeira, de que o projeto da Modernidade tem sido executado tardiamente no Brasil, razão pela qual se encontra inacabado; a segunda, de que nosso atraso é devido, em parte, à permanência do positivismo no imaginário dos juristas. Na ocasião, optei por tratar mais detidamente dos indícios que reforçam a tese da nossa Modernidade tardia e, apenas de passagem, abordei a tese da permanência do positivismo jurídico em terras brasileiras.

Agora, não mais em abstrato, mas com o amparo concreto da experiência histórica, darei continuidade à discussão sobre o positivismo enquanto efeito colateral do movimento codificador, o que, não por acidente, permitirá uma melhor compreensão da ascendência jurídica do Brasil. Para tanto, e buscando equilibrar concisão e inteligibilidade, abordarei, em sequência, duas variantes do positivismo jurídico primitivo (paleojuspositivismo): o francês e o alemão, para então esboçar as linhas-guias do positivismo normativista de Kelsen e dos pretensos pós-positivismos entabulados pelas teorias discursivas-argumentativas de Habermas e Alexy, bem como pela corrente neoconstitucionalista.

## **2.2.1. Os Positivismos Jurídicos Primitivos**

### **2.2.1.1. O Positivismo Primitivo Francês**

A falência do *Ancien Régime* francês, celebrada ao som de *La Marseillaise* em meio ao sangue derramado de Luís XVI, ocorreu no mesmo palco em que, em 1791, foi promulgada a primeira Constituição escrita da França. O texto, de inspiração claramente iluminista, não apenas apregoou o retorno à natureza, eis que havia sido forjado nos moldes da noção rousseauiana do “naturalmente bom” (BOBBIO, 1995, p. 65), mas, em igual importância, representou a consagração do movimento codificador pela via da “realização concreta do ideal lógico-sistemático” vigente à época (ABBOUD et al., 2015, p. 389), na medida em que, ao preconizar a edição de códigos de leis constituídos por “normas simples, sistematicamente organizadas e ditadas por um *legislador universal*”<sup>45</sup> (BOBBIO, 1995, p. 65), criou

<sup>45</sup> Diz-se daquele que “dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares” (BOBBIO, 1995, p. 65)

expectativas de que, a partir de então, “o procedimento judiciário consistiria somente de um *juízo de fato*, visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* não apresentaria qualquer dificuldade” (BOBBIO, 1995, p. 67).

Entretanto, as inúmeras tentativas fracassadas de elaboração do código de leis civis, apenas concluído em 1804, demonstrariam que o naturalismo de Rousseau, embora inscrito na Carta Política de 1791, já não gozava do prestígio de outrora. O Código Civil Francês de 1804, redigido por uma comissão designada pelo próprio imperador (daí a alcunha *Código de Napoleão*), inaugurou uma nova tradição jurídica, o que se deu, também pela mitigação de anseios jusnaturalistas inscritos na constituição francesa, mas, sobretudo, pelo desvirtuamento da lei civilista, tomada de assalto pelos integrantes daquela que seria conhecida como a Escola da Exegese (BOBBIO, 1995, p. 73).

Esse desvirtuamento tornou-se evidente por ocasião da controvérsia erigida em torno do artigo 4º do Código de Napoleão<sup>46</sup>, em que o legislador estabeleceu a regra processual da vedação à emissão de juízos de *non liquet* – é dizer, mesmo que se encontrasse diante de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, era defeso ao magistrado eximir-se da obrigação de decidir o caso, devendo, alternativamente, recorrer a juízos de *equidade*<sup>47</sup> ou outros critérios decisórios exteriores ao direito positivo, conforme explicara Jean-Étienne-Marie Portalis, um dos redatores do código. Os intérpretes exegetas, porém, buscando coibir este que consideravam um modelo de jurisdição danoso por propiciar “manipulações interpretativas” (ABBOUD et al., 2015, p. 388) típicas da ordem pré-constitucional francesa, apostaram ser possível solucionar o problema da aplicação do direito, suscitado pelo artigo 4º, diferentemente, apelando ao seguinte procedimento: quando a lei fosse clara, caberia ao juiz sustar o ato interpretativo e simplesmente aplicá-la; já nos casos em que a lei fosse obscura, insuficiente ou silente, deveria o juiz interpretá-la, integrá-la ou supri-la, respectivamente. Em outras palavras: competia aos julgadores *deduzir do próprio texto* a norma aplicável ao caso, diretamente através da subsunção ou, nos casos em que isso não fosse possível, deveriam ora usar a *analogia*, ora servir-se dos *princípios gerais do direito*, ora socorrer-se junto à *moral* plasmada no regramento legal – sem, jamais, descuidar da

46 “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, pode ser processado por denegação de justiça ” (FRANCE, 1804, tradução minha)

47 O que quer que isso significasse, como expuseram Streck et al. (2015b)

*vontade da lei*. Na tradição que se iniciava, marcada pela deferência fetichística ao texto (STRECK, 2014a, cap. 05), a lei surgiu como zona de confinamento dos juristas, devendo eles a ela se ater.

Como se vê, a *técnica* exegética de interpretação e decisão partia de algumas premissas correlacionadas: a imanência da vontade da lei; a *cisão* entre casos fáceis (isto é, passíveis de subsunção) e casos difíceis<sup>48</sup>; e o *dogma da completitude do ordenamento jurídico* – todas elas, a seu modo, problemáticas.

A concepção de uma vontade imanente à lei, com frequência associada à noção de *intenção do legislador* (COSTA, A., 2008, p. 225 e ss), remonta aos dualismos inconfundíveis do pensamento aristotélico-tomista<sup>49</sup>. Se representa alguma inovação, isso se deve unicamente ao fato de tratar como *lei* aquilo que os gregos consideravam o *ser*, e como *vontade* aquilo que concebiam como *essência*. Tanto é assim, que os exegéticos não souberam escapar ao engano helênico clássico, uma vez que insistiram em considerar *ser* e *essência*<sup>50</sup> – ou, querendo-se, *lei* e *vontade da lei* – dimensões irreduzíveis, porque inconciliáveis, da realidade. Reeditaram, dessa maneira, a milenar ilusão essencialista<sup>51</sup>, e, na medida em que

48 As expressões *caso fácil* (*easy case*) e *caso difícil* (*hard case*) foram originalmente empregadas a partir da segunda metade do século XX, pelo jusfilósofo britânico Herbert Hart, como partes constitutivas de uma teoria discricionária fundada no conceito de “textura aberta do direito” (Cf. HART, 2009, cap. VII). Se tomo a liberdade de referir-me a ambas na exposição que ora desenvolvo sobre o paleojuspositivismo exegético é porque, embora à época do exegetismo as expressões ainda inexistissem, a noção a que elas remetiam já constituía elemento central da cultura jurídica do ocidente.

49 “Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência. Há uma unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é. É a essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido. Desse modo, exemplificadamente, o que garante à palavra *cão* uma significação una é o mesmo que faz o *cão* ser *cão*. Numa palavra: a permanência da essência é pressuposta como fundamento da unidade de sentido: *é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido*. Isto porque as palavras são para ele símbolos dos estados de espírito, o que nos levaria a subordinar a proposição ao juízo, a palavra ao pensamento, a linguagem ao espírito, ratificando, dessa forma, a afirmação de ser uma ontologia.” (STRECK, 2014a, p. 184, grifos do autor)

50 A lista das dicotomias metafísicas que cobraram, e continuam cobrando, um preço proibitivo do direito é longa. A *cisão* entre *questão de direito* e *questão de fato*, por exemplo, é um equívoco muito recorrente; assim como o *são*, nos lembra Streck (2014a, p. 170), a clivagem entre *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*, *interpretação* e *aplicação*, *palavra* e *coisa*, etc. Uma exposição particularmente breve e didática de alguns desses dualismos, inobstante seja contextualizada no âmbito da *common law*, pode ser encontrada em (RAMIRES, 2010, p. 70-73).

51 Veja, quanto a isso, a lição de Manfredo de Oliveira (2015, p. 129-131, grifos do autor) sobre o engano essencialista: “O que é a essência? Não é isso uma invenção da filosofia do Ocidente, de tal modo que se poderia considerar o essencialismo um de seus erros fundamentais? A questão de por que de uma palavra poder designar vários indivíduos tinha, de fato, como pressuposto, a existência da essência, que era a *base ontológica* da designação. Wittgenstein afirma simplesmente que não há essência [...] A significação, por exemplo, da palavra ‘animal’, não é

esta pressupõe uma *totalidade* que encerra a díada ser-essência, incorreram na *aporia*<sup>52</sup> que arruína a reflexão metafísica. Evocando esse expediente, ressuscitaram um protótipo de Estado montesquiano que propugnava, para além da separação, a estanqueidade entre os poderes, e, dessa forma, convertia o órgão judicante em um autômato encarregado do processamento não de causas, mas de um algoritmo (um método<sup>53</sup>) sintático-silogístico<sup>54</sup>, que moldava o juiz como “boca da lei”, gozasse ela de legitimidade ou não.

A cisão entre casos fáceis e casos difíceis (Cf. STRECK, 2017, p. 329 e ss) adentra o arcabouço exegético pré-articulada ao dogma da completitude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 74), uma vez que subsunção, analogia e princípios gerais do direito teriam encontrado guarida no ferramental exegético apenas porque, em face da suposta validade do axioma da completitude, o ordenamento (isto é, o sistema) representaria a garantia da jurisdição – subsuntiva, nos casos fáceis; analógica e principialista, nos casos difíceis – às infinitas contingências factuais que o mundo reserva. Ocorre que uma tal crença irrefletida na suficiência fenomênica (*ôntica*, na ótica heideggeriana perfilhada por Streck) do mundo das regras cobra

---

determinada de tal modo que já esteja certo, de antemão, ou seja, independentemente de toda experiência, onde termina o reino do inorgânico e começa o dos animais. [...] O fato, porém, de não poder determinar com maior exatidão possível [...] o sentido de uma palavra não significa que ela não possua sentido.”

52 Stein (2014b, p. 34) argumenta que “A Filosofia ocidental, ao tratar da totalidade das coisas e seguir a linha platônica que reaparece na ontoteologia aristotélica [...] entrara num paradoxo que podemos formular da seguinte maneira: ao conhecer o todo, a totalidade, ao mesmo tempo em que trazemos à luz a totalidade pelo nosso conhecimento, fazemos dessa totalidade a condição de possibilidade do nosso conhecimento. O paradoxo está em que para afirmarmos a totalidade já pressupomos aquilo que deveria resultar de nossa afirmação [...] Na Escolástica, isso seria formulado pela afirmação de que para conhecer precisamos de “certa luz divina”. Ora, isso representa uma clara contradição, na medida em que primeiro afirmamos o ser e Deus para depois dizer que Deus é a condição de possibilidade de nosso conhecimento pela iluminação divina. Essa espécie de contradição, de autorreferência, representa um radical círculo vicioso que irá comandar, primeiro, toda a interpretação do conhecimento da metafísica escolástica e servirá também para uma espécie de armadilha, na qual cai todo o conhecimento da modernidade.”

53 “Não existe método para identificar a literalidade, pois a percepção do sentido gramatical é *imediato* e não *mediado* pela aplicação de uma metodologia hermenêutica qualquer.” (COSTA, 2008, p. 191)

54 “A principal característica desse ‘primeiro momento’ do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito.” (STRECK, 2014a, p. 124)

uma rendição de sentido [...] nos casos denominados "fáceis", a partir da subsunção. Na verdade, subsunção é isso: uma rendição de sentido, uma mera capitulação. Ou seja – e aí se constata a indevida cisão estrutural entre casos fáceis e casos difíceis, [...] – o positivismo (e seus sucedâneos), quando estão diante de *easy cases*, rende-se ao primado do ôntico, sendo que, quando não se "contenta" com essa "suficiência ôntica", abandona-a, a partir de uma "transcendência epistemológica" que nada mais é do que delegar – sem limites de sentido e sem o sentido desses limites – ao sujeito solipsista a tarefa de "ir além da insuficiência da suficiência ôntica" (STRECK, 2017. p. 612)

Assim, o ceticismo e o apuro sistêmico com base nos quais a Escola da Exegese gabou-se por supostamente impossibilitar “manipulações interpretativas” características do período pré-revolucionário francês, não somente se revelaram desprovidos de sustentação, como deram origem a um equívoco teórico de dupla face, responsável por abrigar, num extremo, o objetivismo subsuntivo, manifesto na fantasia dogmática de que “o texto (r)existe na sua ‘textitude’” (STRECK, 2014a, p. 138), e, noutro, o subjetivismo analógico do intérprete introvertido, re-traído<sup>55</sup>, que, por se encontrar alijado da história e detido ao/pelo paradigma epistemológico-representacional da filosofia da consciência, entrega-se à *vontade de poder*, último *princípio epocal* da modernidade<sup>56 57</sup>, no instante mesmo em que decide apoderar-se

---

55 Por “retraído” aludo àquele sujeito que nega a si a abertura hermenêutica justamente porque se encontra re-traído, ou seja, traído pela coisa, pela *res*.

56 Stein ensina que “Quando se fala em princípio epocal se quer dizer [...] que cada época da história da metafísica é caracterizada por um princípio objetificado que marca todos os fenômenos da época [...] todas as marcas da cultura provêm de um elemento metafísico que determina a História, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia [...] [Assim,] a partir da *ideia* de Platão não apenas se pensa o mundo como ontologia. A partir da *ideia*, pensa-se o conhecimento, a ética, a estética, a política. [...] A *substância* em Aristóteles, por sua vez, determina os princípios da ética, da estética, etc. A partir do princípio epocal do *ser subsistente* [teológico] a Idade Média determina a Ética, a Estética, a Psicologia, etc. [...] Em Descartes, Kant e Hegel o elemento que determina como princípio epocal a tudo é a *subjetividade*. E Heidegger diz: Em Nietzsche, temos, de certo modo, o último princípio epocal, a *vontade de poder*” (STEIN, 2018, p. 62-63). Complementarmente, ver (STEIN, 2014a, p. 76).

57 Streck (2014a, p. 207-208) transpõe para o Direito a exposição iniciada por Stein sobre os princípios epocais: “é necessário lembrar que aquilo que pode ser considerado o último princípio epocal da modernidade (onde a metafísica atinge seu ápice), a *vontade de poder*, acabou por proporcionar e fundamentar toda sorte de pragmaticismos, mormente na área do direito. Diversas teorias/posturas filosóficas, em pleno Estado Democrático, rompem com qualquer possibilidade de autonomia do direito e conseqüentemente estabelecem um “grau zero de sentido” na interpretação/aplicação do direito. É nesse sentido que, para Nietzsche, o verdadeiro é o que [...] permanece em cima, provém de cima, isto é, é o seu comando; mas o ‘em cima’, o ‘senhor’ do senhorio pode aparecer de diversas formas [...] o ‘senhor’ é Deus; o ‘senhor’ é a ‘Razão’; o ‘senhor’ é o ‘Espírito do mundo’ (*Weltgeist*) [...], o ‘senhor’ é a ‘vontade de poder’. E a ‘vontade de poder’, como determinou Nietzsche expressamente, é [...] comando. Trata-se, pois, de uma forma rebuscada de positivismo, uma vez que o direito passa a depender de discursos adjudicadores e do protagonismo do poder do intérprete.”

do sentido da lei. “Eis o fenômeno da discricionariedade positivista”, anunciará Streck (2017, p. 613).

#### 2.2.1.2. O Positivismo Primitivo Alemão

##### a. O Historicismo e a Escola Histórica

O caso francês, acima analisado, é exemplar porque ilustra o ritmo em que se deu a jornada de dessacralização do jusnaturalismo promovida pelo positivismo jurídico. Nesse tocante, o juspositivismo francês representou um embaraço ao racionalismo e, em particular, à sua aposta no futuro, baseada na presumida existência de um direito imutável, universal e deduzível pela razão: o direito natural.

A Alemanha, semelhantemente, não passou imune ao positivismo jurídico. Diferente do que ocorria na França, entretanto, o movimento codificador alemão encontrou entrave numa concepção que se infiltrara na experiência germânica. Essa concepção, o *historicismo*, aparentava, à primeira vista, consistir de uma força meramente antagônica ao racionalismo iluminista, uma vez que patrocinava a glorificação do passado, o culto à tradição e denunciava a perpetuação de uma irracionalidade trágica no desenrolar da história. Representava, nesse sentido, uma “reação ao processo de afirmação da modernidade”. Nada obstante, carregava uma contradição manifesta em sua incapacidade de prescindir de uma noção indiscutivelmente moderna: o ideal de sistema (LAMEGO apud ABBOUD et al., 2015, p. 391). O desenlace dessa ambivalência deu-se segundo o feitio de uma materialização gradativa do direito dos códigos, assentados numa *positividade* que, em razão do que propunha a denominada Escola Histórica, apenas começou a ser reclamada.

A Escola Histórica despontou, assim, como uma moção de rechaço “aos postulados de supratemporalidade dos ideais de justiça existentes no ambiente jusnaturalista” (ABBODUD et al., 2015, p. 391), em substituição aos quais vislumbrava o revigoramento da instituição representada pelo direito consuetudinário (BOBBIO, 1995, p. 53). Procurava, dessa forma, “remeter a formação das instituições jurídicas à história de um ente chamado *povo*”, sob cujo ponto de vista, a lei seria “não o produto de um corpo legislativo, mas [...] de forças históricas que transcendem a consciência dos indivíduos” (LAMEGO apud ABBODUD et al., 2015, p. 391-392). A

Escola teve como expoentes as figuras de Anton Thibaut e Friedrich von Savigny, que tomaram parte numa disputa teórica da qual o segundo saiu vitorioso.

Thibaut simbolizava a personalização da ambivalência latente no historicismo: era crítico da tradição e afirmava que o homem deveria superá-la através da construção de um *sistema* positivo de direito, que fosse, simultaneamente, depurado do elemento *a priori* do jusnaturalismo e perfeito em suas dimensões formal (isto é, *sintática*) e substancial. Fiado nessa perfeição, defendia um modelo de interpretação científico que combinava análise lógico-sistemática e exame histórico das leis (BOBBIO, 1995, p. 56 e ss).

Savigny era tido como a expressão genuína do pessimismo historicista. Acreditando viver numa época de declínio da cultura jurídica, manifestou-se contrário à codificação por estar convencido de que a positivação das leis impediria o desenvolvimento natural do direito. Propôs, com alternativa (e nisso convergia com Thibaut) uma concepção jurídica científica (BOBBIO, 1995, p. 61 e ss). Diferente deste, no entanto, sustentava a imanência do sentido da lei, acessível aos moldes de um *saber histórico* objetivamente dado (COSTA, A., 2008, p. 204) e condizente com o *espírito do povo* (*Volkgeist*). Esse enfoque interpretativo exprime o caráter reacionário da metodologia de Savigny; primeiro, porque “vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração”, e, por conseguinte, negligencia sua aplicação; e, segundo, porque aborda o “espírito povo” partindo de uma dogmática que escamoteia o fato de tratar-se, em realidade, da reprise de uma antiga tradição, “construída com base na experiência dos juristas germânicos em desenvolver um *sistema* [...] a partir do estudo do direito romano e dos costumes” (WIEACKER apud COSTA, A., 2008, p. 206-208, grifo meu).

A toda evidência, “da combinação dos métodos histórico e sistemático [...] emerge a característica metodológica fundamental da Escola histórica” (ABBOUD et al., 2015, p. 392-393). Esse agregado, porém, não foi capaz de aterrorizar o abismo que a modernidade havia cavado entre as duas ilhas que supôs serem o mundo sensível e o mundo inteligível. Ao fim, inobstante tenha influenciado movimentos posteriores, a Escola Histórica não teve fôlego suficiente para transformar o direito numa “ciência prática que estabelecesse um vínculo pragmático entre o 'espírito do povo' e a 'lei'” (LARENZ apud CARNEIRO, 2011, p. 160-161).

## b. O Pandectismo e a Jurisprudência de Conceitos

A técnica de regresso ao direito romano, denominada “ciência das pandectas”, à qual se acudia a Escola Histórica, teve como apogeu o *formalismo conceitual* que caracterizou a Jurisprudência dos Conceitos (WIEACKER apud ABBOUD et al., 2015, p. 393). Essa vertente do juspositivismo alemão, de certo modo, representou uma aproximação em relação ao raciocínio exegético francês, em razão de haver repetido os desacertos que davam conta, primeiramente, que o ato de interpretação equivaleria à elucidação do sentido objetivamente dado da lei e, conseqüentemente, que a aplicação do direito se resumiria na atividade mecânica de conhecimento de seu objeto. Curiosamente, o objeto do direito foi, ao mesmo tempo, ponto de aproximação e de distanciamento entre a tradição exegética e a Jurisprudência dos Conceitos – eis que, enquanto na França a opção pelas construções sistêmicas exteriorizava-se no enredamento dos códigos, reivindicados válidos pelo que determinava a intenção do legislador, na Alemanha, as elaborações de objetos jurídicos com pretensão de validade foram empreendidas através de processos de depuração acadêmica que, operando ao modo de uma engenharia reversa, tomaram como insumos normas socialmente aceitas<sup>58</sup> e geraram como produtos sistemas conceituais reveladores das estruturas que subjaziam àquelas normas. A justificativa era de que

se é possível haver um conhecimento jurídico válido, ele deve ser um *conhecimento científico* que vá além do mero conhecimento das leis e seja capaz de identificar as *estruturas* que estão por trás do próprio direito positivo. Assim, se há um modo adequado de conhecer o próprio direito positivo ele somente pode ser a formulação de uma teoria que ultrapasse a descrição minuciosa do objeto (finalidade da escola da exegese) e seja capaz de explicar o próprio objeto, suas conexões internas, suas regularidades, suas ligações com o mundo. (COSTA, A., 2008, p. 211, grifos meus)

Na trama justa da tessitura jurídica alemã, a nódoa savignyniana era evidente: a Jurisprudência dos Conceitos havia efetivamente iniciado a era científica do direito<sup>59</sup> e o fizera através da elaboração de sistemas teóricos fundados em normas

58 “[...] como a tradição jurídica germânica não era legalista, mas basicamente consuetudinária e romanística, foi a partir do estudo dessas fontes que os estudiosos germânicos buscaram construir um sistema de conhecimentos. Seguindo esses passos, a cultura germânica experimentou uma sistematização dos conceitos presentes em sua tradição, o que representa uma espécie de *auto-conhecimento*, na medida em que os estudiosos investigaram a sua própria cultura e sistematizam [...] os seus conceitos” (COSTA, 2008, p. 212-213, grifo do autor)

59 O paralelo traçado por Costa (2008, p. 214) tem um valor didático inestimável: “Quantos séculos foram necessários para que o homem compreendesse que a força que faz a lua girar em torno da terra é a mesma que faz uma maçã cair no chão? E a genialidade de Newton foi justamente saber

sociais historicamente afirmadas<sup>60</sup>. Georg Friedrich Puchta, tido como fundador dessa tradição, propôs a adoção de uma estrutura analítica piramidal em cujo topo se encerravam conceitos jurídicos genéricos que facultariam a *indução* de conceitos específicos dos quais seria composta sua base – todos eles operacionalizáveis segundo metarregras intratextuais infundidas no sistema. Assim, a Jurisprudência dos Conceitos representou um esforço de rejeição da mácula que havia debilitado a proposta teórica da Escola da Exegese. Todavia, assim procedendo,

a acentuação do pensamento sistemático, reforçado especialmente pela tentativa de cientificizar o discurso jurídico, fez com que ganhasse importância o cânone hermenêutico de que o sentido das partes se revela pelo sentido do todo. Porém, isso não significou uma abertura para a **circularidade** hermenêutica, na medida em que foram elaboradas estratégias conceituais para garantir que o raciocínio continuasse linear.

No caso da Escola da Exegese, essa **linearidade** foi conquistada por meio do estabelecimento de um critério hermenêutico meta-textual, que é a vontade do legislador. Assim, a referência a um ponto externo às normas possibilitava um tratamento objetivo do sentido dos textos legislativos. No caso da Pandectística, a busca não era de um critério transcendente ao texto, mas de um critério imanente, ou seja, intra-textual.

E esse foi justamente o papel desempenhado pelos conceitos, cuja existência se radicava dentro do próprio sistema jurídico, de tal forma que a determinação de conceitos fixos (mediante o procedimento de análise) permitia que o raciocínio jurídico não fosse propriamente hermenêutico-circular, mas que se processasse como uma montagem metodológico-linear de significados.

Para sustentar essa visão de que havia um sistema conceitual adequado, que refletia um direito positivo sistematizado, o principal instrumento teórico era justamente uma **teoria do ordenamento jurídico**, que oferecesse as chaves para uma compreensão sistematizada do direito positivo. Assim, descrito o direito como um sistema de normas com significados articulados segundo uma estrutura determinada, seria possível descrever a atividade hermenêutica como a busca de descobrir o sentido de uma norma a partir dos critérios oferecidos pelo próprio sistema. (COSTA, A., 2008, p. 232-233, grifos meus)

Um tal formalismo metodológico – diga-se de passagem, recepcionado em nosso país por ocasião da promulgação do Código Civil de 2002 (ABBOUD et al., 2015, p. 394) –, deixa transparecer a tendência ao “monopólio da decisão efetiva no plano da política e não, propriamente, da juridicidade. [Como resultado,] quem decide de forma, digamos, soberana, [...] são os espaços da erudição universitária”

---

estabelecer relações entre o que aparentemente não era conexo. Portanto, para que seja possível descrever adequadamente o ordenamento jurídico, é necessário pensar o direito de maneira científica, ou seja, por meio de conceitos derivados da experiência e rigorosamente concatenados em modelos explicativos abrangentes.”

60 Sob a ótica da afirmação histórica das normas sociais, passa a ser compreensível que a obra *A Luta pelo Direito*, da autoria de Rudolf von Ihering, tenha recebido tal título. O autor, tido como um dos mais icônicos representantes da Jurisprudência dos Conceitos, teorizava o sistema conceitual como o produto (indireto, é verdade) das *disputas* por direitos travadas no interior da sociedade.

(STRECK, 2014a, p. 148). O tom irônico presente nessa última observação não é, de forma nenhuma, gratuito.

### c. O Direito Livre e a Jurisprudência de Interesses

A recepção crítica à Jurisprudência dos Conceitos não tardou em apontar supostas fragilidades em suas premissas. Hermann Kantorowicz<sup>61</sup> expôs aquele que reputava ser possivelmente o mais importante paradoxo teórico da escola, ao denunciar sua incapacidade de reconhecer que a previsão da hipótese de *colmatação de lacunas* existentes na estrutura conceitual representava, acidentalmente, uma indesejada licença para o desempenho de funções criativas no interior do sistema – em termos mais atuais, uma *autopoiese*<sup>62</sup>. O jurista alemão, aclimatado ao púlpito da escola do *Direito Livre* fundada por François Gény, difundia, dessa forma, a doutrina de libertação científica (sociológica) do direito em relação ao formalismo que entendia assolar tanto a tradição exegética quanto a pandectista. Chegou a defender a posição extremada de que, em determinados casos, os juízes poderiam, inclusive, decidir *contra legem*, ou seja, em desobediência às regras do próprio sistema (ABBOUD et al., 2014, p. 398). À época, a impressão produzida na comunidade jurídica foi a de que Kantorowicz havia ido longe demais.

A Jurisprudência dos Interesses surge nesse ambiente, a partir da iniciativa de Philipp Heck de se colocar como proponente de uma “ala moderada do movimento do Direito Livre” (LOSANO apud ABBOUD et al., 2014, p. 399), do qual se desprende por ser avessa à possibilidade de decisões contrárias à lei. O movimento encabeçado por Heck preconizava que a satisfação das “necessidades

---

61 A obra mais conhecida de Kantorowicz, *A Luta pela Ciência do Direito*, já estampava em seu título o pendor cientificista nutrido pelo movimento ao qual se filiara, a escola do Direito Livre, em relação à Jurisprudência dos Conceitos defendida por Ihering.

62 Embora partam de uma matriz teórica diversa da adotada nesta monografia, Schwartz et al. (2015, p. 19) ensinam que “A ideia básica de um sistema social autopoiético parte do pressuposto de que um sistema é capaz de se autorreproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva. Assim sendo, o fato de os sistemas serem, ao mesmo tempo, autônomos e independentes, depende, basicamente, dos elementos componentes do sistema”. De forma complementar e apoiados em Teubner e Luhmann, Rocha et al. (2013, p. 36, grifos meus) esclarecem que “O sistema autopoiético é *simultaneamente fechado e aberto*, ou seja, é um sistema que sincroniza a repetição e a diferença, tendo que equacionar no seu interior esse *paradoxo* que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões”. Uma exposição sistematizada, embora mais breve, sobre o assunto pode ser encontrada em Neves (2006, cap. 2).

da vida”, isto é, dos *interesses* manifestos nos conflitos sociais<sup>63</sup>, poderia ser alcançada através da técnica da *ponderação*, que consistia numa espécie de modulação teleológica das reconstruções históricas dos conflitos de interesses, parametrizada pelo ideal axiológico (isto é, valorativo) de “realização prática [...] que a norma visa a garantir” (COSTA, A., 2008, p. 322).

Efetivamente, o socorro junto ao artifício da ponderação, que aos olhos da Jurisprudência dos Interesses aparentava imperioso para “suprimir as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro” (ABBOUD et al., 2014, p. 399), acabou por impregnar de formalismo um discurso antes afirmado como finalístico, o que ocasionou a descaracterização da teoria originalmente patroneada pela escola, que, de científica sociológica, terminou por convertida a dogmática interpretativa. Esse câmbio teve como desenlace o fato de que “enquanto as escolas sociológicas propunham formas antilegalistas de encontrar o direito, a jurisprudência dos interesses trabalhava dentro dos limites do normativismo” (HESPANHA apud COSTA, A., 2008, p. 323). E justamente aí residiu o seu maior senão.

De todo modo, se é verdade que alguma Jurisprudência dos Interesses desembarcou em solo brasileiro, decerto não foi aquela da proposta original (que, suponho suficientemente frisado, buscava na sociologia os elementos teóricos para o enfrentamento e a superação do legalismo), mas sim sua corruptela teleológica-normativista. Este é, sem dúvida, o caso da variante que acabou entranhada na *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (LINDB), que, apesar de promulgada à luz do século XXI, se por um lado firma prospectivamente o viés finalístico<sup>64</sup> do direito a ser praticado em nosso território, por outro, em patente anacronismo, “reafirma o ideal novecentista de um sistema jurídico completo<sup>65</sup> [que oferece] ao juiz apenas a possibilidade de utilizar critérios [decisórios] intra-sistemáticos” (COSTA, A., 2008, p. 324-325)<sup>66</sup>.

---

63 Eis a matriz iheringiana da Jurisprudência dos Interesses (Cf. COSTA, 2008, p. 322).

64 “Art. 5º – Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

65 “Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

66 A reprovação de Costa à autorreferência instilada na LINDB é compartilhada por Streck (2014a, p. 156 e ss). Um estudo mais detido da questão (em que pese haver sido realizado transversalmente, a pretexto de investigar a insistência do direito brasileiro na noção de *equidade*), pode ser encontrado em Streck et al. (2015).

Desvios como o descrito acima conspurcaram não apenas a técnica e a atividade legislativas mas, em igual maneira, a doutrina jurídica nacional. A teoria de base sociológica de Carlos Maximiliano, por exemplo, ainda que, declarando filiação ao método histórico-evolutivo, muitas vezes se opusesse à noção de *intuito do legislador*, asseverava contudo competir ao jurista determinar o sentido objetivo do texto (MAXIMILIANO, 2011, p. 24). Nesse tocante, o fato de o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal continuar sendo “a principal referência hermenêutica na cultura jurídica brasileira” (COSTA, A., 2008, p. 333), apesar de o livro que o mantém em evidência haver sido publicado nos idos de 1924, sob inspiração do cientificismo vigente no entreguerras, assume significância porque permite restaurar em cores vivas as nuances deterioradas de um quadro cuja valia, atualmente, deveria ser estimada mais pelo interesse histórico que desperta do que pelo vigor teórico que exprime<sup>67</sup>.

No próximo tópico, ao abordar a teoria jurídica de Hans Kelsen, tratarei da problemática resultante da cisão entre *fundamentação, conhecimento e aplicação* do direito. Em seguida, explicarei como os “valores” (que, enquanto pretensamente objetivados na lei, serviam de parâmetro de ponderação da Jurisprudência dos Interesses) acabaram catapultados, pela Jurisprudência de Valores, para uma zona situada além dos *limites semânticos*<sup>68</sup> do texto, de onde passaram a ser usados como anteparo na defesa de teses inerentemente subjetivistas. Posteriormente, tocarei nos aspectos centrais da teoria discursiva de Jürgen Habermas, com especial atenção à sua conceituação consensual da verdade e às impropriedades que surgem de sua proposta de cisão entre discursos de fundamentação e de aplicação. Na sequência, ao analisar as ideias formuladas por Robert Alexy, procurarei demonstrar como a racionalidade, quando encabrestada pela vontade do sujeito moderno, pode conduzir o direito por um caminho circular vicioso que leva do voluntarismo ao voluntarismo, e arrisca, ao fim da picada, descambar para o terreno do *pamprincipiologismo*<sup>69</sup>, como é o caso do sucedido com o neoconstitucionalismo

---

67 A leitura de Costa (2015, p. 337) sobre o alcance da teoria interpretativa de Maximiliano leva a igual conclusão: “uma avaliação mais cuidadosa do discurso hermenêutico de Maximiliano evidencia que ele não é científico e metodológico, mas dogmático e tópico. [...] as tentativas de construir uma dogmática jurídica baseada em um cientificismo sociológico tampouco conduziram a teorias científicas sólidas, mas apenas a uma pseudociência, um sociologismo que não chegou a ser sociologia”. Em semelhante sentido, (STRECK, 2013, p. 75).

68 O que não implica um retorno ao objetivismo. Cf. (STRECK, 2014a, p. 153 e ss).

69 O neologismo é devido a Streck (2014a, p. 162 e ss; 2017, p. 82, 554 e ss).

brasileiro, celebrado pela aposta que faz na “positivação dos valores” (STRECK, 2014a, p. 133, 171-175).

### 2.2.2. O Neopositivismo Normativista de Kelsen

Foi com fito na superação de axiologismos congêneres ao entabulado por Carlos Maximiliano que o jurista austríaco Hans Kelsen propôs sua Teoria Pura do Direito (TPD). Àquela altura, o amálgama resultante da fusão de elementos da sociologia ao juspositivismo “era duramente criticado por Kelsen, pois, segundo ele, esse tipo sociológico de Ciência Jurídica estava completamente contaminado [...] pelo problema das visões de mundo e das ideologias”<sup>70</sup> (OLIVEIRA, R., 2015, p. 45). De fato, a prevalência de um pandemônio valorativo no direito, havia levado

Savigny [...], Gény [e outros a] estabelecer uma orientação científica para o discurso hermenêutico, como se fosse possível uma cientificização da atividade decisória. Kelsen porém, ergueu a pretensão neopositivista de que não há como metodologizar o tratamento dos valores, de tal forma que sobre eles a ciência deve seguir o conselho com que Wittgenstein encerra o *Tractatus*<sup>71</sup>: ‘acerca daquilo de que se não pode falar [com certeza], tem que se ficar em silêncio’ (COSTA, A., 2008, p. 338-339)

No fundo, Kelsen caminhava pela trilha aberta por Kant um século e meio antes. O ar neokantiano de sua teoria do direito era inspirado inclusive pelo adjetivo que a qualificava. A pureza metodológica perseguida pelo jurista, no entanto, não implicava, conforme seria de se esperar se decorresse da obediência incondicional aos pressupostos epistemológicos de Kant, a busca do

‘direito puro’, ou seja, o direito descoberto pela razão, e sim uma ‘ciência pura’, [capaz de recortar] a complexidade do fenômeno jurídico e [operar] dentro dos limites possíveis da lógica. [...] [Acima de tudo, ] essa purificação

70 A obra de Kelsen é mais facilmente compreendida quando considerada em face do contexto político em que foi elaborada: as primeiras três décadas do século XX foram marcadas politicamente pela difusão, na Europa e também nos continentes americano e asiático, de regimes totalitários dos quais o comunismo, o nazismo e o fascismo foram apenas alguns exemplos, e que, por constituírem, pelo que dava conta a visão científica da época, “doutrinas mais ou menos destituídas de validade objetiva” (ABBAGNANO, 2007, p. 532), foram desde logo tomados por ideologias.

71 Alexandre Costa faz referência ao *Tractatus Logico-Philosophicus*, obra escrita por Ludwig Wittgenstein, que, embora ainda atrelada à corrente do positivismo lógico (alternativamente denominado neopositivismo) do Círculo de Viena (Cf. CARNAP et al., 2003), representou uma das primeiras manifestações da reviravolta linguística que foi operada na filosofia do século XX (Cf. OLIVEIRA, Manfredo, 2015, partes I e II), que teve como principal desdobramento a “constituição de uma razão linguística [que serviu de] condição de possibilidade para o rompimento com a filosofia da consciência” (Cf. STRECK, 2014a, cap. 9) e, mais especificamente, para o nascimento daquela que representa o objeto derradeiro da análise realizada nesta monografia, a Crítica Hermenêutica do Direito.

[passava] pela redução das pretensões da ciência do direito, o que [implicou] a redução de suas funções, especialmente no momento da aplicação [...] judicial do direito (CARNEIRO, 2011, p. 161, grifos do autor)

Este ponto, de absoluta centralidade na Teoria Pura do Direito é digno de atenção<sup>72</sup>. A partir dele é possível perceber que o objetivo de Kelsen era a elaboração de “uma teoria da validade do direito [, que visa *descrever*] quais os pressupostos em cuja presença certa *norma jurídica* ou certa ordenação são válidas” (LOSANO, 2011, p. XVI, grifos meus); uma teoria *descritiva* do ordenamento jurídico, e não *prescritiva*; para cuja elaboração foi retomada “a ideia de um sistema [hierárquico de normas] estruturado a partir de uma rigorosa cadeia lógico-dedutiva” (OLIVEIRA, R., 2015, p. 44), facultada pela admissão de um critério recursivo e descendente de delegação de validade que, no grau mais elevado – eis o brilho de Kelsen<sup>73</sup> –, encontra fundamento numa norma que, ao contrário das restantes, não é uma norma posta, positiva, isto é, não é fruto do processo legislativo. Daí o inevitável questionamento: não sendo posta, qual será então a natureza da mais elevada das normas na Teoria Pura? A resposta coube ao próprio Kelsen:

[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa outra norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. **Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.** A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será

---

72 Tomado pelo espírito antimetafísico neokantiano, Kelsen defendia que “todo juízo de valor é irracional porque baseado na fé e não na razão; nesta base, pois, é impossível indicar cientificamente – ou seja, racionalmente – um valor como preferível a outro” (LOSANO, 2011, p. XXVI). Nesse importante enunciado está lastreado o dever de neutralidade valorativa perseguido (em vão, dirá a filosofia contemporânea) pela ciência desde a *Crítica da Razão Pura* de Kant e, de forma complementar, a partir dele, foi desenvolvida, no âmbito da *Crítica da Razão Prática*, sua teoria moral relativista.

73 Certamente refletindo Kant (2014, p. 27), que sustentava: “Pode-se, portanto, pensar uma legislação externa que contivesse somente leis positivas, mas então teria de preceder uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (i.e., a autorização de obrigar outros através de seu mero arbítrio”. O crédito pela citação não cabe a mim, mas a Alexy (2009, p. 139), que, ainda referindo-se a Kant, complementa: “Uma fundamentação desse tipo leva ao exato contrário do caráter moralmente indiferente que o direito tem em Kelsen. Conduz a um dever moral de obediência ao direito.”

aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>74</sup>. (KELSEN, 2009, p. 217, grifo meu)

Inclinado pela pureza metodológica neokantiana, Kelsen radicalizou a separação entre o sensível e o inteligível, a partir de uma proposta teórica fundada em uma divisão que opôs (i) *fundamentação*, (ii) *conhecimento* e (iii) *aplicação* do direito; confiando a primeira e a terceira à política (legislativa e judicial, nessa ordem), uma vez que seriam compreendidas pela *razão prática*, e o segundo à ciência do direito, recolhida ao perímetro do que consentiria a *razão teórica*, em que a neutralidade axiológica é pretensamente levada às últimas consequências.

Sob esse ângulo, defenderá Kelsen (2009, p. 221), “qualquer conteúdo pode ser Direito”. Assim, “se uma norma houver sido promulgada segundo certo *procedimento*<sup>75</sup>, será válida, e o jurista deverá aplicá-la” (LOSANO, 2011, p. XVII). Sem embargo, a TPD não se presta a vedar a emissão de juízos de valor a respeito do que dispõe a norma; ocorre que, já na iminência de fazê-lo, o jurista terá preterido o assento que lhe reserva a ciência pura do direito pelo palanque erguido para a deliberação política. Se se leva em conta que sobre esse palanque são bem-vindos os “atos de vontade” (KELSEN, 2009, cap. VIII), dependentes, pelo que defendia Kelsen, do uso de uma razão inabarcável pela razão teórica, ele acaba transformado em palco de consagração da *virtude*<sup>76</sup> (Cf. ARISTOTLE, 2004, Books II - IV) *moral* do

74 Em defesa do positivismo de Kelsen, Andityas Matos procura nas ciências da natureza um ponto de apoio para alavancar a tese a respeito do caráter hipotético da Norma Fundamental: “o *big bang* é uma hipótese pensada para entendermos de que modo o universo se apresenta hoje. A *Grundnorm* realiza função similar diante de seu universo particular, qual seja, o ordenamento jurídico positivo. Assim como não é possível explicar o *big bang* baseando-se nas leis da Física – porque elas nasceram com o big bang –, do mesmo modo, a norma fundamental não se sujeita aos parâmetros ônticos e gnoseológicos que informam o ordenamento jurídico positivo”. E conclui, com demasiado otimismo: “Concebida à semelhança de um postulado científico, a norma fundamental pode realizar com sucesso sua função básica: [...] evitar a regressão infinita na busca pela validade do direito, permitindo a clausura do sistema diante dos fundamentos externos – a Vontade de Deus, a razão abstrata humana, o poder, a concordância social, etc. – que são comumente utilizados para fundamentar as ordens jusnormativas, remetendo-as a esferas não-jurídicas de validade e, por isso mesmo, não-autônomas e ideologicamente comprometidas”. (MATOS, 2012, p. 44)

75 Sob esse prisma, é adequado afirmar que a Teoria Pura do Direito se aproxima de uma concepção jurídica **procedimentalista**, uma vez que fundada na conjectura de que a solução para os problemas com os quais o direito se ocupa prescinde da atribuição de “um papel concretizador à jurisdição constitucional” (STRECK, 2014a, p. 52-53). Representa, nisso, um contraponto teórico à concepção **substancialista** adotada, por exemplo, no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito proposta por Streck. A querela entre procedimentalismo e substancialismo é melhor apresentada em (STRECK, 2017, p. 118-129).

76 Abbagnano (2007, p. 1003-1004), elabora para o verbete “virtude” uma síntese valiosa que descreve em detalhes a trajetória do referido conceito no âmbito da filosofia, inclusive tratando dos significados conferidos ao termo por Aristóteles e Nietzsche, a quem faço alusão no corpo da presente monografia.

jurista, que inexoravelmente se *desvirtua* na *vontade de poder* com a qual foi institucionalizado o *decisionismo judicial* (STRECK, 2017, p. 551) e por efeito da qual renunciou-se à defesa da autonomia do direito.

Por esses e outros motivos, é forçoso admitir que os compromissos epistêmicos assumidos por Kelsen (malgrado tenha sido para muitos o autor da mais sofisticada tese sobre o juspositivismo – o que apenas se torna verdadeiro quando considerada, conforme expliquei, a redução das pretensões da ciência por ela defendida) impuseram-lhe insucessos tanto em virtude da delicada posição de seu fundamento primeiro, a Norma Fundamental, quanto em razão de sua consequência última: a indiferença em relação às dimensões ética e *substancial* do direito, franqueada por uma discricionariedade que opera em dois níveis, primeiro, no momento da elaboração legislativa e, segundo, no instante da decisão judicial.

Talvez seja essa a fonte do desalento que há tempos acompanha a Teoria Pura – o que explica e é explicado pela avaliação contida na prosa quase poética de Losano (2011, p. XXIV), que afirma:

Reduzindo ao mínimo o espaço em que se movimenta, [Kelsen] acaba andando sobre uma corda e nela concentra toda a sua atenção. Porém, as duas pontas da corda deverão estar presas a alguma coisa; hoje, a tendência é preocupar-se com isso e não só com a corda

Essa tendência, ignorada por Kelsen<sup>77</sup>, é perseguida meticulosamente por Streck, que, não apenas delata a simpatia da parcela majoritária dos juristas brasileiros pelo voluntarismo kelseniano, como, na sequência, complementa, ao referir-se à aposta de Kelsen na discricionariedade: “o paradigma filosófico sobre o qual está assentado não consegue apresentar uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia ‘razão teórica-razão prática’” (STRECK, 2012b).

### 2.2.3. A Jurisprudência de Valores

---

<sup>77</sup> A impressão de Losano sobre a despreocupação de Kelsen com “as pontas da corda” não é de todo confirmada por Streck (2017, p. 249-250), que destoa ao dizer: “Kelsen sempre teve a perfeita noção da impossibilidade de se buscar o fundamento a partir do raciocínio *regressum ad infinitum*. Tinha consciência de que deveria existir uma ‘parada’ nessa busca incessante pelo fundamento. Essa ‘parada’, denominada na Teoria Pura do Direito de *Grundnorm*, toma o nome de *als ob* (a filosofia do ‘como se’ baseada em Hans Vaihinger) [...] que significa: ‘é como se existisse uma norma que...’ [...] Por tudo isso, não deveria haver novidade na tese de que o fundamento não é *inconcussum*, mas, sim, abissal, que se dá no *modo-de-ser*”. Na última afirmação, o autor brasileiro se refere à noção central da filosofia de Heidegger.

O fim do período bélico, ocasionado pela derrota do Eixo Nazifascista pelas Forças Aliadas, determinou mudanças profundas no mundo ocidental, que repercutiram indubitavelmente no espaço jurídico. A atribuição de um novo papel às Constituições do Pós-Guerra foi, contrariamente, acompanhada da “expansão do *judge made law* no continente Europeu” (ABBOUD et al., 2014, p. 401).

Esse panorama foi exacerbado no caso da Alemanha, que, mesmo antes da rendição da *Wehrmacht*, já havia sido dividida em proveito futuro das forças de ocupação que se antagonizariam nos flancos opostos do Muro de Berlim, na encenação pré-apocalíptica do balanço de poder em que se transformou a Guerra Fria (HOBBSAWM, 1994, p. 225 e ss).

Fato é que quatro anos após o encerramento da Segunda Guerra, o empenho conjunto das forças políticas locais incipientes e, em maior medida, das forças de ocupação, com vistas à reconstrução do país levou à outorga da *Grundgesetz*<sup>78</sup> – a *Lei Fundamental* –, que, imediatamente vigente na Alemanha Ocidental, carregava o propósito de servir de modelo para a redação da Constituição da Alemanha, uma vez que suas duas metades fossem reunificadas (SARLET, 2019). Não tardou, no entanto, a se disseminar entre a comunidade jurídica germânica o sentimento de que a *Grundgesetz*, em virtude da participação estrangeira em sua elaboração, preterira os “valores” compartilhados por seus cidadãos. Essa insatisfação deu origem à *Jurisprudência dos Valores*, uma tradição jurídica cujo primado consistiu na “tentativa [...] de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade” (STRECK, 2014a, p. 132). Sua virtude, contudo, acobertava seu maior defeito – o que explico através da colação seguinte.

Conforme vimos algumas páginas atrás, a *Jurisprudência dos Interesses*, de Philipp Heck, reprovava a pretensão de suficiência atribuída ao formalismo e aos procedimentos lógicos subsuntivos pela *Jurisprudência dos Conceitos*, e propunha como alternativa uma abordagem teleológica do fenômeno jurídico, particularmente voltada à atividade do legislador, a quem competiria, na edição de um diploma legislativo, realizar *ponderações* de interesses existentes no seio da sociedade. A

---

78 É importante não confundir a *Grundnorm* de Kelsen com a *Grundgesetz* da Alemanha do pós-guerra. A *Grundnorm* de Kelsen é uma construção teórica e visa ser um ponto de parada no procedimento recursivo de delegação de validade das normas de seu sistema normativo. A *Grundgesetz* da Alemanha do pós-guerra é uma construção histórica; é o protótipo de uma constituição que acabou contingencialmente se tornando “a” Constituição da Alemanha reunificada, e ainda hoje vige naquele país.

inclinação sociológica da Jurisprudência dos Interesses era, por isso, evidente. A partir da Jurisprudência dos Valores, essa orientação é substituída por um tom filosófico na medida em que as discussões se voltam à prática jurisdicional, de modo que “o principal problema a ser enfrentado [passa a ser] a *fundamentação*<sup>79</sup> da decisão final [...]; [ou seja, passa a ser] orientar a decisão dos juízes segundo os valores que constituem os fundamentos do convívio social” (ABBOUD et al., 2014, p. 401). Aí estaria a solução do direito, não fosse um relevante detalhe: a noção de “valor”, em voga na cena filosófica da época<sup>80</sup>, estava irremediavelmente ligada às impropriedades observadas no uso da *razão prática* como força motriz da *lei universal*<sup>81</sup> da ação humana, legada por Kant e subentendida pela Escola. Esse é o motivo que leva Streck a reprovar a matriz filosófica de que se apropria a Jurisprudência dos Valores, censurando-a por se inscrever “nos quadros do paradigma da subjetividade”, por força do qual o texto passa a ser visto como a

---

79 A linearidade da narrativa que desenvolvo aqui tende a encobrir o fato de que o normativismo de Kelsen foi contemporâneo ao período de maior prosperidade da Jurisprudência de Valores na Alemanha. Quando aludo a esse período como o período em que a *fundamentação* da decisão passa a ser o problema mais importante do direito, não aponto apenas para os desafios enfrentados pelos partidários da Jurisprudência dos Valores, mas também para os desafios com que se deparou Kelsen, com sua proposta de cisão entre *fundamentação*, conhecimento e aplicação do direito.

80 Como bem recobra Oliveira, R. (2008, p. 117, grifo meu): “[O período que se estendeu do final do século XIX ao início do século XX] marca a eclosão de uma crise filosófica [...] [que determina o surgimento] das neo-filosofias (neokantismo; neohegelianismo; neomarxismo; neoaristotelismo etc.) e das diversas tentativas de afirmar um método autônomo para as ciências humanas e sociais [...] No direito há um profundo impacto das chamadas neo-filosofias [...] [especialmente] a neokantiana [...] O neokantismo não era todo ele uniforme, comportando uma divisão radical entre pelo menos duas escolas: a de Baden e a de Marburgo. [...] Na escola de Baden, Windelband e Rickert eram os grandes nomes e influenciaram decisivamente a tentativa de restabelecimento do direito natural no segundo pós-guerra principalmente através da obra de Radbruch [...] Os neokantianos de Baden, como *idealistas da cultura*, se preocupavam mais com as questões dos valores e com aquilo que eles têm de individual e intuitivo [...] **A escola de Baden afirmava que o pensamento teórico não cria por si só seu objeto, mas que acima dele há necessariamente alguma coisa em harmonia com a qual o pensamento se move e se rege para atingir [...] a verdade. Esta *alguma coisa* não é, evidentemente uma pura realidade empírica, mas algo transcendental [...] era um dever-ser puro, um valor. Para eles, são os valores, enquanto produtos do fazer humano concebido como cultura, que regem o pensamento e lhe permitem alcançar a objetividade.**”

81 Refiro-me ao conceito do *imperativo categórico*, cujo enunciado “age de acordo com uma máxima que pode valer ao mesmo tempo como lei universal”, foi desenvolvido por Kant (2014, p. 29) no âmbito de sua filosofia moral. Ocorre que “conceber a norma moral como imperativo (ou dever) significa julgar, como Kant, que ela seja um ‘fato da razão’ [...] coisa que nem todos se mostram dispostos a admitir” (ABBAGNANO, 2007, p. 546). A reprovação de Streck (2014a, p. 132; 2014b) ao “ranço neokantiano” que rescende a Jurisprudência dos Valores confirma a observação de Abbagnano.

ponta de um *iceberg* que encobre valores submersos à disposição do intérprete (STRECK, 2017, p. 229).

Apesar da crítica, foi na esteira de teóricos kantianos que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) da Alemanha assumiu posição de destaque nas discussões acerca dos fundamentos da jurisdição. Exemplo do que afirmo, deu-nos Karl Larenz, com sua proposta de distinção entre *jus* (direito) e *lex* (lei)<sup>82</sup>, apoiada na premissa da necessária dependência entre jurisdição e valoração – uma vez que concebia o direito como uma ordem positiva de valores –, pelo que, restavam autorizadas inclusive decisões *praeter legem*, desde que *intra jus* (LARENZ, 2019, p. 588). Essa tese, da *lex* distinta do *jus*, abraçada pelo BVerfG e integrada à técnica da “ponderação de valores”<sup>83</sup> foi justificada, conforme expliquei ao esboçar a história institucional da *Grundgesetz*, pela premência que tinha o tribunal de “recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a ‘valores’ aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada” (STRECK, 2017, p. 79). Sob esse ponto de vista, há que se reconhecer o mérito do Tribunal alemão. O mesmo se aplica ao papel de “guardião da dignidade humana e dos direitos fundamentais” (SARLET, 2019) que pioneiramente evocou para si. Por outro lado, suas idas e vindas com a Jurisprudência dos Valores expõe contradições teóricas com graves implicações no fundamento de certas decisões que profere, sobretudo porque evidencia seu flerte com o paradigma consciencial e sua adesão episódica a um parâmetro de atuação possivelmente nocivo à democracia, uma vez que heteronômico em relação ao direito. Sob essa ótica, é ilustrativa, ainda que extrema, a sentença prolatada no *Caso dos Atiradores do Muro*<sup>84</sup>. À ocasião, a

---

82 Neste ponto, é pertinente a anotação de Losano (apud Abboud et al., 2015, p. 403), segundo quem: “essa distinção entre *jus* e *lex* não coloca Larenz nos trilhos de um jusnaturalismo. Na verdade, Larenz aposta em um sentido de justiça existente em cada indivíduo, a partir de algo que ele nomeia ‘consciência jurídica’”

83 “O Tribunal Constitucional Federal alemão, em diversas oportunidades, firmou a concepção de que a Lei Fundamental se assenta em uma ordem plural de *valores* garantidos pelos princípios constitucionais. Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão [...] Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força [...] é a chamada ponderação” (ABBOUD et al., 2015, p. 405)

84 Gubert (2006) elaborou uma interessante dissertação sobre o Caso.

invocação da fórmula de Radbruch<sup>85</sup> feita pelo Tribunal Constitucional alemão no [...] julgamento do recurso dos soldados da antiga RDA [República Democrática da Alemanha], **condenados à prisão, em flagrante violação da reserva legal** [...]. O *Bundesverfassungsgericht* negou provimento aos recursos constitucionais [...] interpostos pelas sentinelas condenadas [em instância inferior] por matar um fugitivo [...] e pelos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres [...]. O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. (STRECK, 2017, p. 191-192, grifo meu).

Decisão<sup>86</sup> menos drástica mas que igualmente demonstra a condescendência ocasional do *Bundesverfassungsgericht* em relação ao subjetivismo foi a BVerfGE 7, 377, em que

o tribunal teve de decidir se um determinado dispositivo de uma lei de um Estado que limitava a abertura de farmácias a partir da instituição de certos requisitos estava de acordo com o princípio da liberdade profissional garantido pela Lei Fundamental. Nesse caso, o tribunal **ponderou** sobre a importância do direito fundamental à liberdade de profissão e o bem comunitário do direito à saúde pública, [...] **e entendeu inconstitucional a lei do Estado por ferir “em grau muito elevado” a liberdade estatuída (como valor) pela Lei Fundamental** (ABBOUD et al., 2015, p. 406, grifos meus)

Um tal provimento jurisdicional, implicado na restrição da liberdade – esta, tomada como um valor (isto é, segundo o alcance da razão prática do sujeito cognoscente, cuja transcendentalidade é inapta a transpor a esfera metafísica que o circunscreve) – pode ser considerado correto? Seu fundamento é legítimo? Ou seja, reflete o consentimento dos cidadãos do Estado em relação ao poder a ele delegado? A hermenêutica filosófica sustentará categoricamente que não, e revelará a existência de uma incompatibilidade entre o *solipsismo* e o *com-sentimento*, que ultrapassa, em muito, aquilo que a etimologia das duas palavras, por si só, é capaz de atestar. Habermas também responderá que não, mas, diferentemente, dará a entender que “o sujeito solipsista que fundamenta a razão prática [é] insuperável, [como se dissesse:] deixemo-lo de lado e vamos construir as condições de possibilidade de

85 Eis o teor da denominada *Fórmula de Radbruch*: “O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, tem que ceder à justiça” (RADBRUCH apud ALEXY, 2019, p. 225)

86 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, toda ela, impressa, ocupa atualmente de cerca de 150 volumes. Na literatura jurídica, adotou-se a convenção de que referências a decisões da Corte alemã são feitas seguindo a forma “BVerfGE X,Y”, em que “BVerfGE” consiste na contração da expressão “Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” (“Decisões do Tribunal Constitucional Federal”), X refere-se ao volume em que a decisão foi impressa e Y à página inicial da decisão dentro do respectivo volume.

um outro paradigma, ignorando sua existência” (STRECK, 2017, p. 541). Alexy, com hesitação, reconhecerá que o “apelo a valores pode levar a certo irracionalismo decisório” e defenderá, como aperfeiçoamento, a aplicação da *lei do sopesamento*<sup>87</sup> às decisões da Corte (ABBOUD et al., 2015, p. 407). Contudo, pelo que complementa Streck, os objetivos de ambos parecem não haver sido alcançados:

há um pós-positivismo de matriz analítica que pode ser sentido em autores como Robert Alexy [...] Esse “pós-positivismo” ou “não-positivismo” não passa de um reforço do velho positivismo normativista (kelsiano) [...], sendo que a maior prova disso é que Alexy não abre mão da discricionariedade. Podemos notar, também, uma orientação pós-positivista de cunho *discursivo-comunicacional*, que se manifesta, obviamente, na teoria do Direito de Habermas (STRECK, 2017, p. 540)

Como isso foi possível? Tentarei explicar nos dois próximos tópicos.

#### 2.2.4. A Teoria Jurídica de Habermas<sup>88</sup>

A teoria discursiva desenvolvida pelo filósofo e sociólogo Jürgen Habermas se insere no âmbito de um projeto bastante extenso, que teve como objetivo a elaboração de uma crítica à modernidade, segundo a ótica da teoria dos sistemas. A crítica parte da denominada *tese da colonização do mundo da vida*, segundo a qual a *razão prática*, transformada em *razão cognitivo-instrumental* (HABERMAS, 2012, p. 35-36), torna os sistemas sociais modernos (a reboque dos quais, o direito, na condição de subsistema) de tal forma cativos da ciência e da técnica (HABERMAS, 1987, p. 45-92), que seu livramento exige reabilitar as bases comunicativas da ação racional.

Na busca dessa reabilitação, o autor utiliza-se de um *dualismo metódico*<sup>89</sup> para propor uma teoria discursiva alicerçada sobre uma (i) *ética* (isto é, uma doutrina *prática*) que prescreve a instauração, no interior do (ii) *mundo da vida*, de uma (iii)

87 Ocasionalmente traduzida do alemão por “lei da ponderação”. Cf. (ALEXY, 2019, p. 138 e ss)

88 Atente-se, de antemão, para o fato de que Habermas (2012, p. 48) entende por **argumentação** “o tipo de **discurso** em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos”. Essa observação é relevante para os nossos propósitos porque, como aponta Rouanet (apud OLIVEIRA, Manfredo, 2015, p. 304, grifo meu), “na versão habermasiana, a reflexão discursiva não se limita a problematizar questões sobre fatos, mas é considerada igualmente apta para justificar ou falsificar proposições sobre **normas** e valores”. Nesse sentido, se me é permitido rememorar: a apertada análise da teoria discursiva de Habermas, realizada no tópico presente, é parte de uma investigação maior, focada na crise de legitimidade das decisões judiciais, isto é, da aplicação de **normas jurídicas**.

89 Cf. Siebeneichler, In: Habermas, 2012, p. X

*situação ideal de fala*, tal que, mediante *comum acordo racionalmente motivado*, seja possível dirimir uma controvérsia por meio da construção de um *consenso* em torno de pretensões de validade dos argumentos originariamente aduzidos (HABERMAS, 2012, p. 63).

As consequências de haver optado por um dualismo metódico não são ignoradas por Habermas (1989, p. 84), que antecipa: “no discurso teórico, a ponte que serve para vencer a distância entre as observações singulares e as hipóteses universais é lançada por diversos cânons da indução. No discurso prático, é preciso um princípio-ponte correspondente”. Como resultado, o autor afirma que o alcance do consenso é condicionado pela observância estrita de duas regras, suficientes para afiançar os pressupostos idealizantes de “(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição eqüitativa dos direitos de comunicação, (c) [...] [sujeição à] força não-coercitiva do melhor argumento, e (d) a proibição dos proferimentos de todos os participantes” (HABERMAS, 2004, p. 46). A primeira regra, de índole supostamente (i) ética, o *princípio ético-discursivo ‘D’* estabelece que “uma norma só pode pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma” (HABERMAS, 1989, p. 86); a segunda, o *princípio da universalização ‘U’* [na posição de princípio-ponte] deve “assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal” (HABERMAS, 1989, p. 84).

Os discursos de que trata a teoria discursiva habermasiana, conforme expus, são ambientados no (ii) *mundo da vida*. O conceito, cujo nascimento se confunde com o nascimento mesmo da filosofia contemporânea, na visão de Habermas passou a remeter ao “horizonte de processos de entendimento por meio dos quais os envolvidos se embatem ou se põem de acordo sobre algo que está no mundo objetivo, em seu mundo social ou em um mundo subjetivo particular” Habermas (2012, p. 245). Entretanto, essa utilização do termo – que, diga-se, em solo brasileiro conta, por exemplo, com a adesão de Neves (2006, p. 67 e ss) – é reputada equivocada por Stein<sup>90</sup>, que reprova não apenas a incompreensão de

---

90 “A função fundamental, quando o conceito de mundo da vida surgiu [...] era a de [...] superar uma crise da filosofia e das ciências humanas. Em Husserl mesmo, o conceito mundo da vida está ligado àquilo que ele nomeia, no título de um de seus últimos trabalhos, *A crise das ciências européias e a fenomenologia transcendental*. **Em geral, quem usa o conceito mundo da vida como que tirado de um fundo de reservas conceitual esquecerá, talvez, aquilo que lhe é fundamental, isto é, a idéia de crise.** Esta idéia é dividida em dois níveis: 1º – a idéia de crise na

Habermas no que toca às circunstâncias que envolvem a *origem* da expressão, mas sobretudo o *destino* que o autor alemão lhe atribui:

Até que ponto Habermas não tenderia fazer uso do conceito de mundo da vida, mais para o lado do nivelamento epistemologizante? [...] Bom, certamente **Habermas vai entrar num problema sério quando passa a distinguir o conceito de mundo da vida como horizonte e como fonte alimentadora da cultura, da sociedade e da personalidade.** Quando chega neste ponto, ele terá que passar a se perguntar se o conceito de mundo da vida enquanto horizonte é puramente formal e, enquanto alimentador da cultura, da sociedade e da personalidade, se ele terá que ter conteúdos, terá que ter uma espécie de elemento de lastro que o determina historicamente. No entanto, é marca dos conceitos não serem historicamente tão determinados, segundo pensam, ao menos, os epistemólogos” (STEIN, 2004b, p. 115, grifos meus)

A reprovação levantada por Stein encontra amparo em Streck:

Mundo vivido, antes de tudo, é uma antecipação de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é *representacional*, portanto, inserida no paradigma da consciência [...] o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração de discursos dedutivos, em que há uma nítida separação entre o ‘universal’ (aliás, a ideia do princípio U é universalizante) e o ‘particular-empírico’ (o princípio D, pois)” (STRECK, 2017, p. 150-151)

Nesse sentido, a pretensão de universalidade da teoria discursiva (consagrada no princípio ‘U’) parece operar segundo uma lógica de relativa omissão epistêmica (é dizer, uma lógica limitada, da perspectiva do conhecimento de seu objeto), sobretudo no tocante a – e aqui arrisco usar o jargão sistêmico – os processos de diferenciação funcional ocorridos no seio da sociedade. Isso produz reflexos importantes no subsistema jurídico, especialmente porque essa lógica passa a servir de pretexto para o alargamento do hiato existente entre *ser* e *dever-ser*, reforçando assim a necessidade da fundamentação do direito mediante *discursos externos* – codificados numa linguagem que se distancia, tanto da linguagem natural, que na avaliação de Habermas (apud Streck, 2017, p. 99) apresenta-se “sistematicamente distorcida” pela *tradição*, quanto das linguagens formais, que, reificadas pelo “fetichismo lógico do neopositivismo”, acabam atendendo a interesses ideológicos dissimulados em discursos com pretensão de cientificidade (HABERMAS apud COSTA, A., 2008, 379-380). A defesa de um tal ponto de vista leva Habermas a afirmar que

---

filosofia; 2º – a idéia de crise no campos das ciências humanas, uma crise que é sempre uma crise de fundamento. **Na filosofia, uma crise é de fundamento na medida em que esta perdeu seus fundamentos metafísicos, seus fundamentos últimos. Nas ciências a crise subsiste, enquanto as ciências humanas ainda vão em busca de uma base, de um fundamento, porque nunca o tiveram, se nós as compararmos com as ciências empírico-matemáticas, porque o fundamento lógico-semântico não é suficiente para o fundamento das ciências humanas”** (STEIN, 2004, 109-110, grifos meus). Ver também (GADAMER, 2011, p. 374 e ss).

da separação entre moralidade e legalidade, cumprida com o direito moderno, decorre o problema de que o campo da legalidade *em seu todo* passa a carecer de uma justificação prática. A esfera do direito – este exige dos jurisconsortes sua disposição à obediência em face da lei – fica isenta de uma moral, mas ao mesmo tempo aponta para uma moral fundada em princípios. A conquista peculiar da positivação da ordem jurídica reside em *afastar problemas de fundamentação* e aliviar, portanto, o manejo técnico do direito, livrando-o *em grande parte* dos problemas desse tipo; ela não reside, porém na *eliminação* da problemática da fundamentação (HABERMAS, 2012, p. 455, grifos do autor),

e, assim procedendo, ele, em essência, chancela a convicção anteriormente expressa quanto às ressalvas que supõe cabíveis à atribuição de um papel concretizador à jurisdição constitucional, especialmente quando esta se ocupa de questões afeitas ao controle de constitucionalidade (HABERMAS, 2020, cap. VI). Essa postura é peremptoriamente enjeitada pela leitura substancialista de Streck, que não se poupa a oferecer indícios de sua própria orientação: “Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas, optando por uma racionalidade procedimental” (STRECK, 2017, p. 182).

De outro flanco, a noção de (iii) *situação ideal de fala* é postulada como condição e consequência da “guinada copernicana” que Flávio Siebeneichler<sup>91</sup> entende haver sido promovida pela teoria discursiva habermasiana, na medida em que, a partir dela,

[...] ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal (MC CARTHY apud HABERMAS, 1989, p. 88)

No entanto, há quem defenda, contrariamente, que esse deslocamento – do sujeito monológico em direção ao dialógico, ou seja, o “giro copernicano” de Kant a Habermas –, se observado desde o plano jurídico, termina num ponto não muito distante daquele em que se inicia, uma vez que “pressupõe discursos hipostasiados, [...] previamente dados, que serão, depois, contrapostos [...] às situações ‘concretas’ [...] como se o discurso previamente funda(menta)do fosse algo que estivesse desindexado do já afastado mundo prático” (STRECK, 2017, p. 184). A crítica em desfavor dessa contrafaticidade, que Streck entende imbricada na *situação ideal de fala*, é rebatida frontalmente por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, segundo quem:

o problema central na crítica de Streck é, em primeiro lugar, uma confusão entre o discurso de fundamentação e seu produto, o texto normativo, eis

91 Cf. Siebeneichler, In: Habermas, 2012, p. VIII

que [...] o primeiro, por certo não é desconectado da realidade. **Quanto ao texto (normativo), entendido aqui como evento, de fato, apresenta apenas dimensão sintático/semântica quando não está sendo objeto de um discurso** de aplicação, a despeito, por certo de se referir a relações sociais. Assim, **quando lemos o Código [...] de certo não o estamos aplicando a nenhum caso concreto** (CRUZ, 2007, p. 165, grifos meus)

Contudo, o argumento do integrante da escola mineira demonstra uma falha importante no entendimento de uma peça que ocupa posição basilar no âmbito da hermenêutica – a *estrutura prévia da compreensão*<sup>92</sup>, legada por Heidegger a Gadamer – a partir da qual Streck contra-argumenta:

pode ser verdade que não estamos aplicando o Código a algum ‘caso concreto’. Mas, mesmo quando ‘simplesmente lemos o Código [...]’, estamos aplicando. Aplicação, no sentido hermenêutico (*applicatio*), não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais.” (STRECK, 2017, p. 157 e ss)

Ainda em referência à tese do “giro copernicano”, Cruz (2007, p. 156-158) afirma que “Habermas procurou tão somente reconstruir o conceito da razão prática em novas bases, eis que a Moral, de forma isolada, se mostra incapaz de regular as expectativas racionais de comportamento sem a colaboração do Direito” e conclui asseverando que “a razão comunicativa se coloca como um antecedente necessário à razão prática”. A defesa que faz de Habermas parece um tanto rasa quando contraposta à profundidade da investigação de Puntel (2018, p. 115, tradução minha, grifo meu):

Estranhamente, a vasta literatura sobre Habermas falha em notar que ele [...] torna o falante, ou seja, o sujeito, supérfluo. A fim de apresentar e caracterizar os pensamentos ou as questões que Habermas vislumbra, é necessário um critério para o que ele denomina “melhor” argumento. A razão é que, **para Habermas, o que torna os falantes racionais é o fato de permitirem ser guiados pela força do melhor argumento. No entanto, o que é decisivo – e, em última análise, exclusivamente decisivo – é como o conceito de melhor argumento é caracterizado**, porque o esclarecimento quanto a esse conceito é pressuposto por todo debate sobre a racionalidade de falantes/sujeitos. Por essa razão, apenas, [já se percebe que] o conceito de melhor argumento não é caracterizável em termos de modos de comportamento de falantes/sujeitos.<sup>93</sup>

A questão de fundo levantada pelo filósofo remete a duas fragilidades fundamentais na teoria discursiva de Habermas: a ausência de uma caracterização do que seja o “melhor argumento” a guiar a racionalidade do agir comunicativo e, na esteira disso, a insustentabilidade da verdade consensual. De fato, ao postular a *teoria do agir comunicativo* em face da *colonização do mundo da vida*, e fiar-se na tese do

92 Cf. Gadamer, 2015, p. 354 e ss, 406 e ss

93 O mérito da referência é de Streck (2017, p. 180)

consenso, Habermas objetivou realizar um movimento que o afastasse do ideal semântico de verdade. Em sua cabeça,

na medida em que o termo *verdade* passa a designar [...] enunciados que são aceitos de maneira consensual por certos grupos sociais, então [deixa de fazer] sentido a busca de *critérios semânticos* de veracidade, pois esses critérios sempre serão definidos no campo *pragmático*. Com isso, a verdade deixa de ser uma medida de correspondência entre certos enunciados e o mundo, e passa a ser a correspondência entre certos enunciados e certas crenças compartilhadas. (COSTA, A., 2008, p. 379-380, grifos do autor)

Ocorre que, conforme percebeu posteriormente,

A meta das justificações é encontrar uma verdade que ultrapasse todas as justificações. Por certo, essa referência transcendente assegura a diferença entre verdade e aceitabilidade racional, mas põe os participantes do discurso numa situação paradoxal. De um lado, sem acesso direito às condições de verdade, eles só podem resgatar as pretensões de verdade graças à força de convicção das boas razões; de outro, as melhores razões estão sob a reserva da falibilidade, de modo que, justamente onde a verdade e a falsidade dos enunciados são tematizadas, o abismo entre aceitabilidade racional e verdade não pode ser transposto” (HABERMAS, 2004, p. 50)

Essa encruzilhada teórico-prática em que Habermas se vê metido, força-o a renunciar à tese que equipara verdade e consenso, e a abraçar integralmente a práxis argumentativa (HABERMAS, 2004, p. 45-52)<sup>94</sup>, o que significou, de sua parte, o reconhecimento de uma *verdade pragmática*, ainda que procedural e dependente do comum acordo, mas apenas possível no interior de “mundos da vida” historicamente determinados (COSTA, A., 2008, p. 397), isto é, em situações “quase ideais” de fala (STRECK, 2017, p. 183), porque sujeitas à inexorável influência da *tradição*. E, no entanto, em que pese tenha permanecido fiel à ideia de uma verdade “racionalmente aceitável” – esta, não custa lembrar, (ab)usada em contrafação ao servir (aliás, ser servida) como fundamento prévio a um discurso atrasado<sup>95</sup> –, o filósofo e sociólogo alemão parece haver se colocado em xeque por não perceber

94 Cf. também Carneiro (2011, p. 127), Costa (2008, p. 381) e Streck (2017, p. 184).

95 Embora, a esta altura, eu suponha suficientemente enfatizado, reproduzo aqui duas passagens que melhor sintetizam a crítica de Streck à teoria habermasiana: “discursos de fundamentação [...] para ele, são sempre dados/construídos *a priori*, a partir de condições [quase] ideais [...] e pelo fato de estes estarem cindidos dos discursos de aplicação [...] Em Habermas, desse modo, a jurisdição se caracteriza por discursos de aplicação que não se preocupam com a validade das normas, mas apenas com a ‘seleção das normas’, que já estão sempre validadas *prima facie*” (STRECK, 2017, p. 358). Em complemento: “a teoria do discurso habermasiana [...] deslocou o problema da atribuição de sentido para uma contrafática situação [quase] ideal de fala, cuja função é de servir de *justificação prévia ao procedimento de adequação entre faticidade e validade* [...] [nesse sentido,] busca aliviar o juiz da carga representada pelos problemas da fundamentação da norma que aplica, isto é, a racionalidade da decisão (discurso de aplicação) do juiz já não depende do fundamento racional dessa norma, porque este ‘problema’ já vem resolvido por um discurso de fundamentação (anterior)” (STRECK, 2017, p. 106, grifos do autor).

que seu esforço terminaria como “a afirmação moderna de uma historicidade relativa que se mostra na tentativa de articular um conteúdo historicamente variável a uma racionalidade absoluta e imutável” (COSTA, A., 2008, p. 396). E assim sendo,

o mundo prático – cujo afastamento era condição para a construção de uma verdade consensual/procedural, a partir de uma razão comunicativa – é trazido de volta, em face do fracasso da razão meramente formal-instrumental. Ora, isso é extremamente contraditório, uma vez que **uma teoria consensual é epistemológica, porque trabalha no nível da teoria do conhecimento. Nela não há espaço para a faticidade**, para o mundo prático. Daí a contradição.” (STRECK, 2017, p. 183, grifos meus)

Se o autor foi capaz de oferecer resposta à altura desse dilema, caberá ao tempo dizer. De todo modo, a desistência de Habermas em relação à teoria consensual da verdade representou uma aproximação com as teorias da argumentação *stricto sensu*, o que nos coloca no encaixe de Robert Alexy – assunto do próximo tópico.

### 2.2.5. A Teoria Jurídica de Alexy

A teoria jurídica de Robert Alexy – jurista e professor da Universidade de Kiel, na Alemanha – descende indiretamente da Jurisprudência dos Interesses (por cujos adeptos foi originalmente empregada a expressão “ponderação”) e diretamente da Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2014a, p. 132). Conhecedor da atividade do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy não escondia sua insatisfação com a insuficiência metodológica constatada nas práticas da Corte, especialmente no que concernia à irracionalidade que ele julgava entranhada na *ponderação de valores* (OLIVEIRA, R., 2008, p. 181). Partindo dessa divergência, o jurista compôs um projeto teórico em três frentes, timidamente articuladas<sup>96</sup>, embora intimamente dependentes, com o qual procurou: (1) elaborar um conceito não-positivista de Direito (ALEXY, 2009) que, por albergar uma versão ligeiramente modificada da Fórmula de Radbruch, mantivesse distância da tese polêmica de que “qualquer conteúdo pode ser direito”, propugnada por Kelsen<sup>97</sup>; com base nesse conceito, (2)

96 Uma mostra de quão tímida é a articulação entre as três frentes da teoria jurídica de Alexy pode ser encontrada no fato de o autor haver desenvolvido sua teoria da argumentação antes mesmo de elaborar seu conceito não-positivista de direito. Alexy (2019, p. 290), inclusive, aponta esse fato como um dos “pontos fracos” de seu trabalho.

97 “Kelsen ilustra a sua tese com a seguinte observação: 'de acordo com o direito de estados totalitários, o governo tem o poder de confinar em campos de concentração pessoas com convicções, religião ou raça indesejadas, e força-las a fazer qualquer tipo de trabalho, até mesmo matá-las'. Para contestar isso, a fórmula de Radbruch tem que ser introduzida. Em sua versão mais curta, ela reza: 'a injustiça extrema não é direito'" (ALEXY, 2019, p. 279)

apresentar o paradigma dogmático de aplicação dos direitos fundamentais empreendido pelo Tribunal Constitucional Alemão (ALEXY, 2008), para, então, (3) desenvolver uma teoria argumentativa capaz de dotar de racionalidade as decisões da Corte (ALEXY, 2017). Começaremos pela última, o que, mais adiante, nos conduzirá às outras duas.

#### 2.2.5.1. A Teoria Argumentativa de Alexy

A teoria argumentativa de Alexy toma como ponto de partida duas premissas complementares: a ideia de que enunciados *normativos*<sup>98</sup> carregam uma *pretensão de correção*; e a noção de que o *discurso* é o único mecanismo apto ao controle da *correção*<sup>99 100</sup> dos referidos enunciados (ALEXY, 2017, p. 173-175). Estipuladas essas premissas, o autor elabora um sistema de regras aplicáveis tanto ao *discurso*

---

98 Alexy entende por “enunciado normativo” (ou seja, proposição normativa) o gênero do qual “juízo de dever” e “juízo de valor” são espécies. Na locução do autor: “Como ‘juízos de dever’ serão entendidos aqui todos aqueles enunciados normativos que podem ser formulados com a ajuda dos termos deônticos fundamentais ‘devido’, ‘proibido’ ou ‘permitido’; como ‘juízos de valor’ serão entendidos aqui todos os demais enunciados normativos” (ALEXY, 2019, p. 33). De acordo com essa acepção, conclui Alexy, o enunciado “é injusto que cidadãos de um estado sejam prejudicados por causa da cor de sua pele” constitui um juízo de valor; ao passo que “você deveria ajudar seu amigo que está em dificuldade” constitui juízo de dever.

99 Alexy trata como sinônimos os termos “correção”, “validade” e “verdade” (ALEXY, 2017, p. 175), bem como as expressões “fundamentação” e “justificação” (ATIENZA, 2016, p. 220). Para o jurista, uma proposição normativa é correta (ou seja, é válida; ou seja, é verdadeira) se houver sido fundamentada (ou seja, justificada) em um procedimento discursivo racional. Miguel Atienza aponta que outros autores, a exemplo do teórico Ota Weiberger, distinguem “fundamentação” (sentido objetivo) e “justificação” (sentido subjetivo), e não poupam Alexy de críticas por não fazê-lo.

100 A preocupação de Alexy com a *correção* de proposições normativas guarda relação com os problemas que ocuparam Kelsen quanto à *fundamentação* de seu sistema normativo: ambos visavam escapar ao fatalismo insculpido no *Trilema de Fries* (Cf. POPPER, 2002, cap. 5), também denominado *Trilema de Münchhausen* (Cf. ALBERT, 1973, cap. I), segundo o qual a impossibilidade de se chegar a uma *fundamentação última* do conhecimento humano acabaria por impôr às teorias analíticas da experiência uma das três saídas: o regresso infinito na cadeia de deduções; a circularidade defeituosa entre os enunciados empregados na dedução; ou a interrupção arbitrária, dogmática, do procedimento dedutivo. Kelsen encontrara em sua Norma Fundamental uma saída metafísica para o Trilema, mas apenas “porque construída sobre [...] a ficção do ‘como se’” (STRECK, 2017, p. 249 e ss). Alexy, diferentemente, supôs possível contornar o Trilema substituindo a exigência distintiva da dedução (qual seja, de se fundamentar cada proposição por meio de outra proposição) por regras do discurso racional (ALEXY, 2017, p. 175).

*prático geral*<sup>101</sup> quanto ao *discurso jurídico*<sup>102</sup>, que balizariam um *procedimento*<sup>103</sup> capaz de assegurar, não a “certeza definitiva no âmbito do discursivamente possível” (ALEXY, 2017, p. 33), mas a racionalidade da discussão e, por conseguinte, a fundamentação das enunciados normativos empregados no discurso. Esse sistema explicita a intitulada *Tese do Caso Especial*, que concebe o discurso jurídico como um caso especial do *discurso prático geral*, uma vez que ocorre sob condições limitadoras.

#### a. O Discurso Prático Geral

Segundo os parâmetros da argumentação alexyana, o discurso prático geral que almeje a racionalidade deve se orientar por um conjunto de cerca de duas dezenas de regras, reunidas em cinco grupos.

As (a) *regras fundamentais* estabelecem condições “para qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou da correção” (ATIENZA, 2016, p. 195); constituem, por isso, orientações gerais sobre não contradição, sinceridade, universalidade e uso comum da linguagem. As (b) *regras da razão* “definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso” (ATIENZA, 2016, p. 196) e têm como correspondentes as condições da *situação ideal de fala*, delineadas por Habermas (ALEXY, 2017, p. 187). As (c) *regras sobre a carga da argumentação* apresentam um “caráter essencialmente técnico [...], cujo sentido é, precisamente, o de facilitar a argumentação” (ATIENZA, 2016, p. 196). As (d) *regras de fundamentação*, aplicáveis tão somente ao discurso prático, possuem natureza meta-normativa uma vez que visam, entre outras coisas, garantir a validade das regras morais trazidas pelo falante, por meio de um exame de complacência com sua gênese social e individual – o que evidencia, no pensamento de Alexy, as influências de Hegel e Marx, no primeiro caso, e Freud, no segundo caso (Cf. ATIENZA, 2016, p. 200). Por fim, as (e) *regras de transição* autorizam o falante a

---

101 Por “discurso prático geral” Alexy entende aquele discurso que opera na dimensão normativa mais ampla, da moralidade, e se consuma pela emissão de *juízos de valor*.

102 Por “discurso jurídico” Alexy entende aquele discurso que opera numa dimensão normativa mais específica, deontológica, e se consuma pela emissão de *juízos de dever*.

103 Alexy (2017, p. 285) admite, com isso, que sua “teoria do discurso é uma teoria procedimental. Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido por meio das regras do discurso”.

lançar mão de outros argumentos que não necessariamente práticos, a exemplo de argumentos empíricos e analíticos.

Essas regras discursivas, contudo, não são, em si, um fim da teoria discursiva de Alexy, mas, ao contrário, um meio – aliás, o meio – de se promover o controle da pretensão de correção dos enunciados práticos. Por “pretensão de correção” deve-se entender, conforme explica Atienza (2016, p. 238 e ss), que “do ato de efetuar uma afirmação faz parte a pretensão de que o que se afirma é verdadeiro”; de tal forma que alguém que afirmasse, “O gato está sobre o tapete, mas eu não acredito” (ou que cantasse, com Belchior, “Ano passado eu morri mas esse ano eu não morro”), incorreria naquilo que, com o giro linguístico, passou-se a denominar uma *contradição performativa*<sup>104</sup> (Cf. AUSTIN, 1970).

#### b. O Discurso Jurídico

Conforme foi dito, Alexy sustenta que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Assim, não apenas os enunciados práticos gerais mas também os *enunciados jurídicos*<sup>105</sup> levantam pretensões de correção<sup>106</sup>. O discurso jurídico, entretanto, ocorre sob condições limitadoras – impostas pela lei, pela dogmática e pelos precedentes –, de forma que a pretensão de correção por ele formulada não visa, por exemplo, que “um enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de

---

104 Uma síntese bastante breve mas capaz de fazer jus à originalidade e à envergadura da filosofia de John Langshaw Austin foi escrita por (STRECK, 2014a, p. 247 e ss).

105 A teoria de Alexy torna-se um pouco abstrata neste ponto, por isso cabe uma sugestão: o presente tópico pode ser mais facilmente compreendido se se toma a expressão “enunciado jurídico” no sentido restrito de “decisão judicial” ou, alternativamente, no sentido de “argumento de uma das partes, no processo judicial”. Deve-se ter em mente, no entanto, que, na teoria de Alexy, nem todo discurso jurídico sucede no âmbito de um processo judicial, e que, por conseguinte, nem todo enunciado jurídico é uma decisão judicial ou um argumento formulado por uma das partes do processo.

106 Por isso, insiste Atienza (2016, p. 238-239), “Um juiz que pronunciasse a sentença ‘Em nome do povo se condena o senhor N a 10 anos de pena de privação de liberdade, o que é uma interpretação equivocada do Direito vigente’ [também] incorreria numa *contradição performativa*, pois, ao efetuar o ato de proferir a sentença, ele propõe uma pretensão de que a sua sentença é correta, (*i.e.*, que resulta de uma aplicação correta do Direito vigente) que contradiz o conteúdo da sentença”. Em Alexy (2009, p. 42 e ss) é possível encontrar uma análise aprofundada sobre a *contradição performativa* decorrente de teses que negam reconhecimento à pretensão de correção do Direito. Tal análise é desenvolvida no âmbito de uma investigação mais ampla, em que Alexy perquire o conceito de Direito.

um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado” (ALEXY, 2017, p. 206).

Para tanto, a fundamentação (ou seja, a justificação) do discurso jurídico, na teoria do professor da Universidade de Kiel, se desdobra em duas esferas distintas: a da *justificação interna* e a da *justificação externa*.

Na (1) justificação interna deve-se verificar se o enunciado jurídico decorre logicamente das premissas empregadas como seu fundamento. Na (2) *justificação externa*, o que se verifica é a correção das premissas propriamente ditas; isto é, verifica-se a correção do fundamento em que se baseia o enunciado (ALEXY, 2017, p. 213).

As (1.1) *regras da justificação interna* consistem dos famigerados preceitos do silogismo jurídico, através dos quais tradicionalmente se realizam raciocínios dedutivos-subsumtivos no Direito. As (2.1) *regras da justificação externa*, por seu turno, variam conforme o fundamento em que se baseia o enunciado: (a) *argumentos empíricos*<sup>107</sup> são passíveis de justificação pelos métodos das ciências empíricas; (b) *argumentos práticos*, são passíveis de justificação pelas regras do discurso prático geral, já descritas; (c) *argumentos interpretativos*<sup>108</sup>, pelos cânones da interpretação; (d) *argumentos sobre precedentes*<sup>109</sup>, pelo exame de sua compatibilidade com os precedentes anteriormente firmados; por fim, (e) *argumentos dogmáticos*<sup>110</sup> são passíveis de justificação pelo exame de sua compatibilidade com a dogmática existente e com as normas jurídicas vigentes.

As normas jurídicas vigentes e a dogmática são o ponto de contato do presente tópico com o tópico que agora se inicia.

#### 2.2.5.2. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy

---

107 Cf. Alexy (2017, p. 223 e ss)

108 Cf. Alexy (2017, p. 225 e ss)

109 Cf. Alexy (2017, p. 259 e ss)

110 Cf. Alexy (2017, p. 239 e ss)

A teoria (dogmática<sup>111</sup>) dos direitos fundamentais, de Alexy, retrata as convicções do jurista a respeito de uma noção cujo traço, aos olhos atentos, já se mostrava determinante em sua teoria argumentativa. Essa noção consiste na ideia de que “podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas” (DWORKIN, 2014, p. 55). Tais critérios – que na teoria argumentativa alexyana haviam sido alcançados com a introdução das regras do discurso –, na teoria dos direitos fundamentais se concretizam na *norma*. Ela é concebida, assim, como um conceito semântico<sup>112</sup>. Dworkin enxerga nisso um problema e denomina-o “agulhão semântico”. Retomarei essa questão mais adiante.

De todo modo, a norma, que em Alexy cumpre a função velada de concretizar critérios discursivos, também se presta à abstração sistematizante, uma vez que é concebida como o gênero do qual descendem como espécies a *regra* e o *princípio* (ALEXY, 2008, cap. 3). Nisso, regra e princípio se assemelham, uma vez que constituem normas – ambas deontológicas, ou seja, de dever-ser. Sem embargo, entre uma e outro também se observam distinções; por exemplo, quanto ao grau de generalidade: baixo na regra e alto no princípio (ALEXY, 2008, p. 87). O ponto crucial, todavia, é que entre regra e princípio paira uma dessemelhança que não é “apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa” (ALEXY, 2008, p.90), decorrente do fato de que, nos termos de Robert Alexy, regras estão sujeitas a entrar em conflito entre si, ao passo princípios podem entrar em colisão.

---

111 “é possível distinguir **três dimensões da dogmática jurídica**: uma analítica, uma empírica e uma normativa. [...] A **dimensão analítica** diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. [...] A **dimensão empírica** da dogmática jurídica pode ser compreendida [...] em relação à cognição do direito positivo válido [...] [não se admitindo] renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. [...] A **dimensão normativa**, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto.” (ALEXY, 2008, p. 33-36).

112 “A linguagem coloquial e a linguagem técnica prevalente são importantes na construção de conceitos científicos, mas não são, de forma alguma, critérios decisivos. O decisivo é sua funcionalidade. O **conceito semântico de norma** certamente não é igualmente adequado a todas as finalidades, mas quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma. Esses âmbitos dizem respeito a questões como a de saber se duas normas são logicamente compatíveis, quais são as consequências de uma norma, como interpretá-la e aplicá-la, se ela é válida e, algumas vezes, se a norma, quando inválida, deveria ser válida. O conceito semântico de norma é adequado exatamente para lidar com essas questões.” (ALEXY, 2008, p. 60)

Um conflito entre regras pode ser resolvido de duas maneiras: declarando-se inválida uma das regras ou, caso a aplicação das regras conflitantes possa acarretar consequências jurídicas contraditórias entre si, introduzindo-se em uma delas uma *cláusula de exceção*<sup>113</sup>. Dirimido o conflito, a regra subsistente poderá ser aplicada ao caso concreto – por subsunção – dirá Alexy.

Por outro lado, se a um caso concreto forem aplicáveis dois princípios em colisão, então, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, um deles deverá ceder. Com isso, todavia, não se defende que o princípio cedente deva ser declarado juridicamente inválido nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Ao contrário, a fim de promover sua aplicação, o que se impõe é a realização da *ponderação de princípios*, que consiste de um procedimento racional através do qual, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, afirma-se a *precedência condicionada* de um dos princípios sobre o outro<sup>114</sup>. Isso é necessário porque, diversamente do que ocorre com as regras (consideradas por Alexy, dentro dos limites do que expus, *razões definitivas*), os

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível [...] são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90)

Dessa maneira, a ponderação de princípios deve estrita obediência a um *método*, intitulado por Alexy (2008, p. 116 e ss) *máxima da proporcionalidade*<sup>115</sup>, cujo objetivo é asseverar que nenhum dos princípios colidentes seja restringido de modo desproporcional. Para tanto, a máxima da proporcionalidade impõe a observância, em regime de subsidiariedade<sup>116</sup>, das três *máximas parciais* que a compõem: (1)

113 “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio” (ALEXY, 2008, p. 92)

114 Isso merece ser repisado: “Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de *precedências condicionadas* consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. *Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.*” (ALEXY, 2008, p. 96, grifos meus)

115 Ocasionalmente traduzida do alemão por “regra da proporcionalidade”. Cf. (SILVA, 2002, p. 34)

116 “A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas

*adequação*, (2) *necessidade* e (3) *proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, uma restrição a um princípio é considerada (1) adequada se ela fomenta, ainda que de forma deficiente, a realização de um objetivo; ou, alternativamente, só pode ser considerada inadequada se em nada contribuir para a realização de um objetivo. A restrição a um princípio é reputada (2) necessária se o objetivo por ela visado não puder ser igualmente alcançado por uma restrição que ocasione uma limitação menor ao mesmo princípio. Por fim, a restrição a um princípio é tida como (3) proporcional em sentido estrito se realizada à luz da *lei do sopesamento*<sup>117</sup>, cujo enunciado dispõe: “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”<sup>118</sup>.

A lei do sopesamento – e aqui nos deparamos com o cerne do problema – não representa exatamente uma novidade nos assentos do Tribunal Constitucional Alemão. Alexy tem consciência do fato. Isso se demonstra pelo enaltecimento que tece a uma decisão<sup>119</sup> da Corte alusiva à obrigatoriedade da fixação de avisos referentes ao perigo do fumo para a saúde:

O tribunal classificou o dever dos fabricantes de gêneros de tabaco de colocar em seus produtos indicações sobre o perigo do fumo para a saúde como uma interferência relativamente leve na liberdade profissional. Uma proibição total de qualquer produto de tabaco deveria ser julgada, ao contrário, como uma interferência grave. Entre tais casos leves e graves podem ser enquadrados casos em que a intensidade da interferência é média. Desse modo surge uma escala com os níveis “leve”, “médio” e “grave” [...]

O mesmo é possível no lado das razões opostas. Os riscos para a saúde dos fumantes são altos. As razões justificadoras da interferência são portanto graves. Estabelecendo-se desse modo com segurança primeiro a

---

as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção” (SILVA, 2002, p. 34)

117 Ocasionalmente traduzida do alemão por “lei da ponderação”. Cf. (ALEXY, 2019, p. 138 e ss)

118 Um exemplo que ilustra a importância da *máxima da proporcionalidade* (com suas máximas parciais) é dado por Silva (2002, p. 40-41): “Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º)”

119 Cf. BVerfGE 95, 173

intensidade da interferência como leve e o grau de importância do motivo da interferência como alta, pode o resultado do exame da proporcionalidade ser designado, com o Tribunal Constitucional Federal, como “evidente”. (ALEXY, 2019, p. 139)

O jurista entende, contudo, que a mera elaboração de uma escala (triádica, como é o caso da empregada na decisão enaltecida) de classificação do grau de restrição a um princípio é insuficiente para conferir racionalidade à ponderação. “Para esse fim é preciso mostrar que classificações desse tipo podem ser inseridas em um sistema inferencial [...] que, como um todo, está conectado ao conceito de correção” (ALEXY, 2019, p. 140). Como é possível perceber, para o professor da Universidade de Kiel, “a racionalidade de um esquema inferencial depende [...] da questão se ele combina premissas que, enquanto tais, podem por sua vez ser fundamentadas” (ALEXY, 2019, p. 143).

Essa ideia é digna de atenção. Primeiro, porque ela evidencia o ponto de contato entre frentes distintas da teoria jurídica de Alexy, uma vez que seu conceito de princípio, desenvolvido na teoria dos direitos fundamentais, por força da teoria argumentativa acaba introduzido no espaço do discurso racional. E segundo, porque com ela os princípios adquirem a aptidão de fundamentar o argumento racional, eis que passam a ser identificados com as premissas do sistema inferencial concebido como condição do discurso.

Não é em outro sentido, senão nesse último, que Alexy propõe o uso da denominada *fórmula do peso*<sup>120</sup>, uma equação matemática – parametrizada pelas intensidades das interferências de um princípio sobre outro ( $I_i$  e  $I_j$ ); pelos pesos abstratos dos princípios colidentes ( $G_i$  e  $G_j$ ); e pelas medidas das certezas empíricas sobre a não realização dos referidos princípios ( $S_i$  e  $S_j$ ) – com a qual se torna possível, numa situação concreta, obter um valor numérico correspondente ao *peso concreto* ( $G_{i,j}$ ) de um princípio cuja restrição decorreria da observância de outro princípio, com o primeiro colidente. O princípio com maior peso deve, segundo o teórico alemão, prevalecer. O resultado da ponderação, denominado *lei de colisão*, consiste de verdadeira regra jurídica, com validade no horizonte delimitado pelas circunstâncias do caso concreto. Esse fato, crucial por si só, revela, ademais,

---

120  $G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$

inexistência de um arranjo que estabeleça a precedência absoluta entre princípios (ALEXY, 2008, p. 99).

A *ponderação de princípios* se livraria, assim, da irracionalidade que contamina a *ponderação de valores*<sup>121</sup>. “O objetivo foi alcançado” – conclui Alexy (2019, p. 143), possivelmente não muito convicto das próprias palavras. Tanto é assim que, em seguida, dá um passo<sup>122</sup> atrás...

Quando ocorre de a decisão de um caso singular não se seguir [...] de enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer [...] então resta ao intérprete um campo de ação em que se tem de **escolher** entre várias soluções [...] Na base de tal ação [...] [está] a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma **valoração** ou **juízo de valor**. (ALEXY, 2017, p. 23, grifos meus)

...e, por fim, sem abrir mão do tom analítico que lhe é característico, se vê forçado a admitir:

o discurso não [é] um procedimento que sempre leva a uma única resposta correta. Pode muito bem ser o caso de que *a* argumente a favor da proposição normativa *p* enquanto *b* argumente a favor de  $\neg p$  e nenhum deles viole uma regra do discurso. Nesse caso, tanto *p* quanto  $\neg p$  são discursivamente possíveis e, nesse sentido, são relativamente certas ou corretas. (ALEXY, 2019, p. 310)

Por isso, "para quem só está disposto a aceitar como teoria da argumentação jurídica racional um procedimento que garanta a segurança do

121 “[...] há um diferença importantíssima entre valor e princípio, que pode ser melhor compreendida com base na divisão dos conceitos práticos proposta por von Wright. Segundo ele, os conceitos práticos dividem-se em três grupos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos [...] é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático [...]. Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Esses três grupos de conceitos abarcam o campo de disputas fundamentais [...] na Ciência do Direito. Aqui é possível mencionar, por exemplo, [...] o desenvolvimento da jurisprudência dos conceitos, passando pela jurisprudência dos interesses, até a jurisprudência dos valores, o qual pode ser apresentado como uma seqüência do primado dos conceitos deontológicos, antropológicos e axiológicos. Se se aceita a tripartição aqui esboçada, fica fácil perceber a diferença decisiva entre o conceito de princípio e o conceito de valor. **Princípios [...] são mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico.**” (ALEXY, 2008, p. 145-146, grifos meus)

122 Nesse “passo atrás” está a chave para a compreensão da relação entre direito e moral, em Alexy. “Alexy restringe o âmbito em que os valores podem influir na argumentação jurídica, mas reconhece a influência que eles exercem por meio dos *princípios*. Desse modo, os princípios são normas deontológicas que são aplicados a partir do procedimento da ponderação, através de um juízo valorativo que será o *locus* por onde o discurso prático ingressará no discurso jurídico” (OLIVEIRA, R., p. 183)

resultado, a [Teoria da Argumentação Jurídica] mostra-se rejeitável." (ALEXY, 2017, p. 276)

### 2.2.5.3. Críticas à Teoria Jurídica de Alexy

A teoria jurídica de Alexy, ainda que não tão abrangente quanto a construção teórica sociológica de Habermas, é inquestionavelmente sofisticada. Teorias tão sofisticadas tendem, como é natural, a ser submetidas a escrutínios que as colocam à prova sob as mais diversas perspectivas. Desses escrutínios surgiram as críticas que agora passo a apresentar.

A fixação de condições transcendentais do discurso, bem como o empréstimo por meio do qual insere, no discurso prático geral, a situação ideal de fala, reiteram as pretensões de validade que minaram a força da teoria discursiva habermasiana, conforme apontam Streck (2017, p. 177-178) e Carneiro (2011, p. 229-230). Ao invés de, nesse ponto, se distanciar de Habermas, Alexy se aproxima dele ao pressupor, por parte dos participantes do discurso, uma capacidade de juízo que se mostra empiricamente falsa. Sua teoria argumentativa, com isso, dissimula a constatação de que a racionalidade discursiva nem sempre é possível, e acaba arriscando cumprir uma função puramente ideológica (ATIENZA, 2016, p. 222-223).

Na origem dessas tribulações está a adesão de Alexy ao paradigma consciencial, o que é exemplificado pela vinculação do autor ao modelo dedutivista subsuntivo que se observa na *justificação interna* dos denominados *casos simples*; circunstância que “aponta para uma possível separação entre *direito* e *fato* [...] [típica da] metodologia jurídica construída no século XIX sob a égide das teorias sintático-semânticas de interpretação” (OLIVEIRA, R., 2008, p. 199). A adesão de Alexy ao mentalismo cartesiano também se mostra no esforço que empreendeu, no âmbito da *justificação externa*, a fim de ressuscitar os *cânones de interpretação*. Eis que, conforme foi levado a admitir, cânones distintos poderiam conduzir a soluções distintas – o que acabou “sendo ‘resolvido’ [pelos que antecederam Alexy, bem como por ele próprio,] a partir de um metacritério ou de uma solução metafísica objetivista” (STRECK, 2017, p. 272 e ss). Com isso, o procedimento de justificação externa se desonera do dever de conformidade com parâmetros democráticos constitucionalmente consolidados, e termina reduzido a serviçal da racionalidade, como oportunamente sugere Alexandre Costa (2008, p. 392):

a teoria de Alexy assume uma postura muito pouco crítica em relação aos parâmetros dogmáticos e discursivos que estão na base do que ela considera uma **justificação externa correta**, e que são justamente os parâmetros consolidados nos estados contemporâneos [democráticos] de direito. [...] [Alexy] confere uma relevância pequena à historicidade, de tal forma que **ele admite que os *topoi* argumentativos são construídos historicamente, mas insiste em que isso não significa que as decisões valorativas são arbitrárias porque elas podem ser justificadas numa discussão jurídica racional, configurada por regras que não se apresentam como históricas, mas definidoras de uma racionalidade abstrata.**

Daí a relevância da desaprovação de Weinberger (apud Atienza, 2016, p. 220), ao dizer: “Os resultados de um discurso regido por regras constituem, para [Alexy], verdade e correção; para mim, são só opiniões.”

Um tal descomedimento no uso da razão, que se deixa entrever na teoria argumentativa de Alexy, produz marcas igualmente danosas à sua teoria dos direitos fundamentais; a começar pela conceituação semântica da norma, destituída de qualquer lastro pragmático. Limitação semelhante se aplica à *cisão estrutural entre regras e princípios*<sup>123</sup>, vez que se furta a problematizar radicalmente o tema da interpretação (OLIVEIRA, R., 2008, p. 198) – questão que pode ser ilustrada com um único mas valioso exemplo:

[Os princípios, [...] quando colidem, são realizados por meio da ponderação. Mas, seria de se perguntar: a ponderação resolve, diretamente, o caso? Quem conhece a obra de Alexy sabe que não. A ponderação resolve a colisão de princípios. Em abstrato. O que resolverá o caso será uma regra [...]. E será aplicada na forma com que se aplicam as regras, ou seja, por subsunção. Logo, do ponto de vista da interpretação do direito, o que determina mesmo a resposta judicial aos casos que envolvem direitos fundamentais são as regras, aplicadas por subsunção.

Nessa medida, os princípios acabam esvaziados em seu conteúdo normativo. Ficam distante dos casos. [...] Por esse motivo é que se diz que há um déficit deontológico no conceito de princípio com o qual opera Robert Alexy. (OLIVEIRA, R.; ROSA, 2014)

Esse exemplo, reforçado por Morais (2010, p. 125 e ss), demonstra como a teoria alexyana acaba atravessada pelo “agulhão semântico” de que falava Dworkin. O agulhão se mostra precisamente no impasse, na aporia estabelecida entre o *discurso prático* e o *discurso teórico*, na qual se perde Alexy porque, quando diante de uma questão que envolva a razão prática, “sua saída é sempre garantida por uma construção teórica, que não responde nem o problema prático da valoração das

123 A crítica que aqui se desenvolve é acompanhada por Motta (2012, p. 149-150), que sustenta que “qualquer distinção *a priori* que se faça entre regras e princípios (seja ela lógica ou estrutural, não importa) assume o risco de dar mãos com a metafísica. Principalmente se esta separação se der (como se dá em Alexy) com o escopo de distinguir a forma de solucionar casos ‘jurídicos’ (estes também divididos em *fáceis* ou *difíceis*). Essa consideração [...] é visivelmente atrelada ao paradigma representacional”.

etapas da ponderação, nem o problema prático do resultado do procedimento da ponderação” (OLIVEIRA, R., 2008, p. 215). Por isso, com Oliveira, cabe indagar:

quando falamos em princípios, colocamos em questão o papel que a razão desempenha na formação e consagração de uma decisão: trata-se de uma tarefa *prática* ou *teórica*? Classificações, distinções e cisões estruturais sempre permanecerão ligadas a uma intenção teórica e, se desenvolvida no modelo alexyano, carregarão consigo os problemas da subjetividade matemática que a metafísica moderna nos legou (OLIVEIRA, R., 2008, p. 203)

Não há dúvidas de que Alexy, ao se referir aos princípios jurídicos, não o faz à maneira desacertada do Tribunal Constitucional Federal alemão: como se constituíssem um tapume atrás do qual se escondem (ou, mais grave, atrás do qual são escondidos) sistemas homogêneos de valores e crenças compartilhados. Alexy soube escapar dessa enrascada neokantiana; e a palavra lúcida de Douzinas (2009, p. 257-258) dá pistas do porquê:

A afirmação de que um conjunto de princípios sólidos, geralmente aceitáveis e não controversos, está por trás de crenças, sistemas de valores e emoções complexos e contraditórios de uma sociedade contemporânea ou de um sistema jurídico, é empiricamente improvável e teoricamente absurda. Ela assume que as sociedades aceitaram, de algum modo, as prioridades liberais e estão a caminho de uma homogeneidade cultural e moral. Mas sociólogos, economistas e historiadores culturais nos dizem que as sociedades estão se tornando mais diversas, abertas e conflitantes.

Aliás, o próprio Alexy (2019, p. 121) afirma ser evidente “que as concepções morais dos cidadãos são extremamente diversas”, reconhecendo, assim, aquilo que John Rawls designou por *fato do pluralismo*. Mas isso parece não ter sido suficiente para redimir sua teoria principiológica de duas deficiências que lhe são congênitas: o alegado caráter *prima facie* dos princípios (cujo efeito adverso acaba sendo a introdução, na fórmula do peso, de parâmetros representados por *pesos abstratos* de princípios colidentes), e a maneira apropriada de identificá-los. O embaraço decorrente da suposição do caráter *prima facie* dos princípios é sintetizado por Oliveira, R. (2008, p. 204): “Afinal, os princípios podem ter um conteúdo pré-determinado? [...] Mas como determinar estes conteúdos abstratamente?”. Rápida como uma centelha, a aporia irrompe mais uma vez e frustra qualquer intenção de se articular uma réplica. Já o problema da identificação dos princípios é suscitado por Morais (2014a), que, fazendo jus à tradição hermenêutica, reivindica “Não uma proposta de regra de reconhecimento ou um método, mas o caminho para se identificar intersubjetivamente a deontologia [...] [dos] princípios jurídicos”. Essa reivindicação de Morais, em outro trabalho toma a forma de uma crítica cujo

conteúdo, no glossário de Streck, representa um genuíno *constrangimento epistêmico*:

Para finalizar a indicação dos 'princípios jurídicos' a partir de Robert Alexy, recorre-se a um de seus últimos trabalhos em que o sopesamento é feito no caso em que se discutia o ingresso do 'motor scooter' no parque. Nessa oportunidade, foram sopesados com a liberdade de ação o *princípio de paz e sossego no parque*. É difícil imaginar a origem desse 'princípio jurídico' na tradição jurídica – mesmo que num caso hipotético. O problema no admitir princípios como esse, desvinculado da sua manifestação normativa congruente à historicidade concreta do direito, transforma-os em simples argumentos orientados à retórica, cujo poder deontológico da sua construção intersubjetiva é substituído pela necessidade pragmática de resolver o problema a qualquer custo, mesmo que se recorra a sopesamentos *ad hoc* e, por vezes, obscuros. (MORAIS, 2014b)

Daí o protesto de Moraes (2014a) que, atento às balizas do Estado democrático de direito, adverte: “Algo não pode ser princípio porque assim me convém.” Essas dificuldades, diretamente decorrentes da conceituação semântica dos princípios, no entanto, não se confundem, conforme passarei a examinar, com os problemas relacionados à sua aplicação.

Antes, no entanto, sugiro fazer mais uma recapitulação do que foi anteriormente exposto, agora adotando uma perspectiva ligeiramente distinta. No início deste trabalho, vimos que, na Idade Moderna, uma das consequências mais significativas da revolução científica foi a separação entre teoria e prática, ou, especificamente quanto ao que nos interessa, entre direito e moral. O direito, reduzido a um saber teórico, assim permaneceu até a Segunda Guerra Mundial, quando as barbaridades cometidas contra povo judeu reintroduziram a moral no campo jurídico. Essa reintrodução foi controvertida porque, a pretexto de promover uma reconciliação entre teoria e prática, teorias jurídicas (precipuamente as vinculadas à matriz discursiva-argumentativa, que se apresentavam como pós-positivistas) culminaram por, cada uma a seu modo, assentir excessos do *subjectum*. A cultura subjetivista, avassaladora do direito enquanto saber prático, patrocinada pelo neokantismo da escola de Baden, acabou admitida inclusive pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sob a forma da ponderação de valores. Para afastar a irracionalidade observada nas práticas da Corte, Alexy elaborou uma teoria jurídica complexa, centrada nas noções de ponderação (de princípios; e não mais de valores) e proporcionalidade. Contraditoriamente, ao introduzir essas noções, viu-as serem atravessadas pelo agulhão semântico, em virtude do que, foi forçado a admitir a inexorabilidade da valoração.

Enfatizo, nessa recapitulação, o fato de que os princípios são a aposta pós-bélica na salvação da razão prática. Entretanto, ressalva Carneiro (2011, p. 227), “para resolver o problema causado por aquilo que representa o resgate da razão prática, Alexy retorna, paradoxalmente, ao agir estratégico, insistindo na manutenção da causa de nossos problemas”<sup>124</sup>. Com isso, Alexy acaba por criar

uma espécie de 'elemento camaleônico', que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseado em valores se dá por um meio matemático de fundamentação que é a ponderação. No fundo, o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação. (OLIVEIRA, R., 2008, p. 185)

A desaprovação compartilhada por Carneiro e Oliveira, atinente ao modo com que Alexy preceitua serem aplicados os princípios jurídicos, guarda uma semelhança de fundo com a crítica tecida por outro contendor: Habermas. E, apesar das abundantes evidências, Alexy, pelo que afirma, não parece disposto a se render a esse terceiro parecer. Segundo Alexy, Habermas entende que “a teoria dos princípios tiraria a estrutura deontica dos direitos fundamentais e daria a eles um sentido teleológico. [...] Eu contra-argumento que a mera possibilidade de gradação não implica ainda uma estrutura teleológica” (ALEXY, 2019, p. 294).

Abre-se, com isso, uma terceira dimensão da crítica desfavorável à teoria alexyana. Iniciei o presente tópico tratando dos problemas acarretados pelo conceito semântico de norma; em seguida, analisei as debilidades que envolvem procedimento de aplicação dos princípios; agora, passo à consideração de um efeito da aplicação dos princípios: a discricionariedade.

O raiz do problema “está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto” (STRECK, 2017, p. 267); o que, no caso de Alexy, se manifesta no acatamento incondicionado da tese da ‘textura aberta’, proposta por

---

124 Um exemplo da insuficiência da ponderação e da proporcionalidade: "Se estamos discutindo [...] a construção de uma estrada que cortará uma reserva ambiental, a *proporcionalidade* será uma excelente mediadora para a comparação de um determinado projeto em face de outras alternativas de estrada. Ela não é capaz de mediar um debate que envolva questões mais profundas sobre a relação entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico, que nos levaria à pergunta sobre o modo que devemos nos deslocar em nosso mundo. Isso não seria apenas uma questão de adequação, pois transcende à relação meio-fim." (CARNEIRO, 2011, p. 228)

Herbert Hart<sup>125</sup>. Partindo de uma leitura singular de Hart<sup>126</sup>, Alexy sustenta que “frente à insuficiência do direito [...], aquele que aplica o direito fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência [...], que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral” (STRECK, 2014a, p. 415-416). Isso demonstra que “Alexy desconhece que decisão jurídica não é escolha. O intérprete (juiz) não está livre porque possui uma responsabilidade político-jurídica” (TRINDADE, 2014). Ou, como costuma afirmar Streck (2017, p. 335) “o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier [...] Os sentidos não estão nas 'coisas' e, tampouco, na 'consciência de si do pensamento pensante'. Os sentidos se dão na intersubjetividade”. Fato é que, conforme vimos,

nem mesmo o próprio Alexy considera que a discricionariedade será eliminada [...] Segundo ele, a questão não seria saber se a concepção procedimental garante resultados absolutos, já que está claro que ela não garante, mas saber se ela seria uma concepção *útil*. É justamente nessa indagação que a nossa principal crítica se acopla. Uma teoria que pretende concretizar *direitos fundamentais* e que, para tanto, quer se sustentar em um ambiente de tensão entre democracia deliberativa e as regras contramajoritárias da Constituição não pode admitir que um mesmo caso prático possa, por exemplo, ser resolvido por duas decisões *diametralmente opostas*, sendo ambas *racionais* e *corretas* à luz dessa teoria. (CARNEIRO, 2011, p. 221-222)

Em suma, a defesa inarredável da possibilidade de “*correção* de duas ou mais decisões diametralmente opostas sobre um mesmo caso concreto, a exemplo de decisões que prendem e que mandam soltar [...], é o cavalo de troia que Alexy oferta ao *sistema jurídico*” (CARNEIRO, 2011, p. 233). E as objeções não se restringem a isso. A discricionariedade, esse terceiro problema identificado na teoria do jurista alemão, está arraigada no modo como, para ele, se dá a conexão entre o direito e a moral. Para Alexy,

a *argumentação jurídica* entra em cena [...] pelo fato de o *discurso prático geral* não oferecer critérios seguros para a resolução de conflitos, o que leva à necessidade de criação de um *sistema jurídico*. A aplicação de normas jurídicas, por sua vez, exige a formação de um discurso próprio,

125 Hart entendia que “todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua **discricionariedade** no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados” (HART, 2009, p. 176, grifo meu). Esse raciocínio era complementado com o seguinte entendimento: “[em certos casos], a discricionariedade que a linguagem [lhes confere] pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato o resultado de uma **escolha**” (HART, 2009, p. 165, grifo meu)

126 Diz-se que a leitura que Alexy faz de Hart é singular justamente porque, “ao contrário daquilo que entendia Hart [cumpre lembrar: inscrito na tradição da *common law*], para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais” (STRECK, 2014a, p. 415)

especializado. O paradoxo está no fato de que este discurso necessitará, novamente, do *discurso prático geral*, justamente aquele que demandou o direito em face de sua precariedade (CARNEIRO, 2011, p. 231)

Uma tal situação acarreta a submissão do direito à moral, sendo rechaçada inclusive por Habermas, que, contrariamente, sustenta haver, entre o primeiro e a segunda, uma relação de *cooriginariedade*<sup>127</sup>, caracterizada pela “institucionalização jurídica da moral por meio do princípio D” (STRECK, 2017, p. 190). Que Habermas se equivoque a respeito da existência de um conteúdo moral no princípio ‘D’ é uma outra questão. Quanto a isso, basta recordar que a situação ideal de fala é adjetivada de “ideal” precisamente porque permanece inacessível à razão prática.

De todo modo, retomando o *Caso dos Atiradores do Muro*, mencionado no início desta monografia, é possível agora compreender a relativa complacência de Alexy com a confirmação, no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), das sentenças prolatadas em instâncias inferiores, em razão das quais haviam sido condenados – mesmo inexistindo previsão legal no direito positivo – guardas e altos funcionários do governo, acusados de participação, direta ou indireta, na morte de cidadãos que tentaram pular o Muro que dividia o Estado germânico e, assim, escapar do regime totalitário instaurado na (incoerentemente) denominada República Democrática da Alemanha (RDA), durante a vigência da Guerra Fria. O argumento levantado pela acusação, fundado na Fórmula de Radbruch, defendia que apesar de a Lei de Fronteira da RDA autorizar os disparos com arma de fogo naquelas circunstâncias, a morte dos cidadãos configuraria uma situação de *grave injustiça*, e que, por isso, a despeito do que determinava o direito positivo, os responsáveis deveriam ser punidos. Ao comentar esse caso,

[Alexy] estabelece um limite para a aplicação da [Fórmula de Radbruch]. Não é em qualquer caso de *grave injustiça* que a fórmula se aplica, mas apenas naqueles em que haja uma *extrema injustiça* [...] Na medida em que na Teoria dos Direitos Fundamentais já aparecia a tese de que os direitos humanos possuem uma dimensão de princípios, também as questões de justiça comportarão essa dimensão principiológica e assumirão, no contexto de sua teoria, o mesmo conceito de mandados de otimização (STRECK, 2014a, p. 416-417)

O que se observa com isso é que “com sua tentativa de superar a tese positivista da total separação entre direito e moral, o autor acaba se deslocando para o extremo

<sup>127</sup> “Por meio do componente de legitimidade da validade jurídica, conserva-se uma referência à moral inscrita no direito positivo. Mas essa referência moral não nos deve levar a posicioná-la acima do direito, no sentido de uma hierarquia entre duas ordens normativas. A ideia de uma hierarquia entre essas ordens de leis pertence ao mundo do direito pré-moderno. Ao invés disso, a moral autônoma e o direito positivo, dependente de justificação, encontram-se em uma *relação de complementariedade*” (HABERMAS, 2020, p. 154, grifo do autor).

oposto, ou seja, o do uso de uma moral corretiva no direito” (GUBERT, 2006, p. 140). Isso ocorre porque Alexy admite que princípios sejam empregados como pretexto para o alargamento arbitrário da margem em que se movimenta o intérprete; quando esta, ao contrário, a bem da manutenção da autonomia do direito, deveria ser restringida (STRECK, 2017, p. 255; OLIVEIRA, R., cap. 4, p. 205). Daí, talvez, o maior defeito de sua teoria:

a pretensão de correção do direito na teoria de Alexy, seja pelo uso do argumento da injustiça, seja pelo uso do argumento dos princípios, possibilita uma abertura do direito a **critérios morais não institucionalizados**, ou seja, que não passaram pelo crivo da positivação. Tal situação acaba por permitir que a moral atue como corretora do direito.

Isso não significa que [...] o direito prescindir da moral. Não, em realidade, a teoria da crítica hermenêutica do direito se contrapõe somente ao fato de a moral se sobrepor ao direito, pois o direito não é, e nem poderia ser, de algum modo, caudatário do discurso moral, como, às vezes, parece pensar a Teoria da Argumentação Jurídica (GUBERT, 2006, p. 145, grifos meus)<sup>128</sup>

Essa insuficiência teórica explícita em Alexy é reflexo direto de uma fragilidade implícita à sua base analítica. Conforme nos lembra Carneiro (2011, p. 223), “enquanto as matrizes analíticas partem de uma *estrutura do sentido*, negligenciando sua fundamentação histórica [...], o olho clínico da hermenêutica se perguntará pelo *sentido da estrutura*”.

---

128 Cf. também (STRECK, 2017, p. 265)

### 3. O PANORAMA ATUAL DO DIREITO NO BRASIL

O cenário atual do direito brasileiro congrega, em diferentes medidas, um pouco de tudo o que compõe nossa genealogia jurídica. Impera por aqui um ecumenismo teórico que, no entanto, longe de ser benéfico, é extremamente problemático porque, quando não baseado isoladamente na ingenuidade objetivista ou na (pre)potência subjetivista, se assenta numa mistura de matrizes teóricas imiscíveis porque incompatíveis entre si (STRECK, 2014a, p. 334).

#### 3.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS MISTURAS IMISCÍVEIS

Essa mistura de matrizes incompatíveis, encontra um bom exemplo no uso que se faz da ponderação, no Brasil – resultante, em boa medida, dos equívocos ocorridos na adaptação do ideário neoconstitucionalista à realidade brasileira.

Surgido na Europa Continental, o movimento neoconstitucional despontou como um conjunto não coordenado de transformações ocorridas no direito a partir segundo pós-guerra, que visavam a afirmação da força normativa da Constituição, face à perversão política das ditaduras totalitárias (STRECK, 2017, p. 89). Introduzido em nosso país, foi inicialmente abraçado por parte considerável da comunidade jurídica nacional, inclusive por proponentes da Crítica Hermenêutica do Direito. Posteriormente, no entanto, o neoconstitucionalismo brasileiro sofreu uma guinada axiológica, sobretudo em razão da assimilação de expedientes da jurisprudência dos valores e da teoria argumentativa de Alexy. Essa guinada serviu de estímulo à “concretização *ad hoc* da Constituição” (STRECK, 2014a, p. 133), simbolizada pelos fenômenos do ativismo<sup>129</sup> e do protagonismo<sup>130</sup> judiciais, o que acabou por engendrar uma contradição no interior do movimento. Transformou-se, assim, em terreno fértil para a expansão da cultura subjetivista, e resignou-se à (relevante mas insuficiente) batalha contra o objetivismo paleojuspositivista (STRECK, 2014b, p. 276). A partir de então, perdeu o apoio da hermenêutica.<sup>131</sup>

---

129 Para uma crítica hermenêutica do ativismo judicial, ver Tassinari (2012)

130 Para uma crítica hermenêutica do protagonismo judicial, ver Trindade (2012) e Motta (2012).

131 Streck (2017, p. 90) afirma: “em um primeiro momento, apoiei a tese 'neoconstitucionalista', em um segundo momento, ao constatar a sua inexorável filiação às posturas voluntaristas, (em especial à jurisprudência da valoração), passei a colocá-la entre parênteses ou entre aspas, a partir da ressalva 'entendido como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra' e

Esse neoconstitucionalismo à brasileira, deu origem a uma infinidade de equívocos teóricos. Uma amostra doutrinária dos desacertos a que me refiro, legou-nos um par de juristas dos mais respeitados do país – o que causou certa perplexidade, traduzida pelo seguinte comentário:

anote-se o profundo estado de embaraço teórico em que se encontram enveredadas posturas teóricas como as de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. Os autores propõem que, além da ponderação de princípios, deve existir também uma **ponderação entre regras** [...] O que chama mais atenção nessa modalidade de proposta teórica é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy. [...] **Se [como propõe Alexy] a ponderação é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso, o que temos como resultado da 'ponderação de regras' [proposta por Barroso e Barcellos]? Uma 'regra' da regra?** (STRECK, 2017, p. 81, grifos meus)

Ainda mais espantosa é a displicência com que, muitas vezes em nome da teoria alexyana, recorre-se à *livre nominação de princípios*<sup>132</sup> – o que, no dicionário de Streck, mereceu um neologismo e um verbete próprios: *pamprincipiologismo*<sup>133</sup>.

---

'longe de ativismos e práticas discricionárias'. Finalmente, [...] abandonei a tese, passando a chamar o constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial de *Constitucionalismo Contemporâneo* (com letras maiúsculas)". Igualmente, Oliveira, R. (2016): "No meu histórico de pesquisa, principalmente nos anos iniciais de minha formação, escrevi textos nos quais asseverei ou secundeiei alguma posição que acabava por incorporar postulados desse neoconstitucionalismo. Posteriormente, [...] a autoanálise constante a que submetíamos os resultados de nossas pesquisas acabou por revelar que o principal objeto de nossa busca, qual seja, a afirmação de verdadeira força normativa da constituição, capaz de projetar, em todo o Direito brasileiro, uma espécie de *sentimento constitucional* ([Pablo Lucas] Verdú) ou de *vontade de Constituição* (Hesse), não encontraria no neoconstitucionalismo sua melhor conformação".

132 Cf. (STRECK, 2017, p. 616 e ss)

133 "Veja-se, nesse sentido, o incontável elenco de 'princípios' utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina [...]. Podem ser citados o **princípio da simetria** (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências); **princípio da precaução** (nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a 'precaução' – que poderíamos derivar da velha prudência - seria um 'princípio?'); **princípio da não surpresa** (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não surpresa?); **princípio da confiança** (trata-se [...] da possibilidade do direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?); **princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente** (interessante nesse *standard* retórico é a expressão 'absoluta'); **princípio da afetividade**: (esse *prêt-a-porter* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da 'afetividade' essa dimensão normativa?); **princípio do processo tempestivo** (mais uma amostra de uma 'principiologia' *ad hoc* e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos); **princípio da ubiquidade** (um simples exame na legislação ambiental e na Constituição, assim como em regulamentos dos mais variados acerca da preservação do meio ambiente, aponta para a existência de diferentes modos de proteção ao meio ambiente, inclusive no que tange à relação entre causa e efeito, para dizer o menos); **princípio do fato consumado** (ora, se por vezes uma situação já consolidada deve ser mantida – fazendo soçobrar a 'suficiência ôntica' de determinada regra – isso não transforma a 'consumação' de um fato em padrão que deva ser utilizado 'em princípio'; fosse válido esse 'princípio', estaríamos diante de um incentivo ao não cumprimento

Seguindo esse costume, naturalizaram-se as menções ao princípio (*sic*) da proporcionalidade (e da razoabilidade). Ocorre que, no âmbito da teoria de Alexy, “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio [...] pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” (SILVA, 2002, p. 25). Diante da gravidade desses fatos, seria de se imaginar que a denúncia da Crítica Hermenêutica do Direito merecesse o mínimo de atenção: “o argumento da proporcionalidade só tem sentido, atualmente, se for para ‘fincar as bases’ da isonomia e da igualdade” (STRECK, 2012c); ou que a obstinação do autor da denúncia fosse ao menos reconhecida, dado que, em inúmeras ocasiões, insistiu em reafirmar o já dito:

a proporcionalidade (e penso ser desnecessário falar da razoabilidade) não pode ser alçada à plenipotenciabilidade principiológica, como se fosse uma metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos 'demais princípios' [...] Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade [essas, sim, já há muito institucionalizadas no direito brasileiro]. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a *exigência da proporcionalidade* como princípio ou não (STRECK, 2014a, p. 174-175)

---

das leis, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça); **princípio do deduzido e do dedutível** (basta aqui lembrar que de há muito a filosofia – inundada que foi pela linguagem – superou o 'dedutivismo'; numa palavra e admitida *ad argumentandum tantum* a 'validade' do aludido princípio, ficaria ainda a pergunta: nos demais raciocínios/interpretações não se fariam 'deduções?'); **princípio da instrumentalidade processual** (trata-se de uma clara herança da filosofia da consciência e de uma leitura equivocada das teses de Von Bülow); **princípio da alteridade** (em termos normativos, em que circunstância essa alteridade, representada pelo 'colocar-se no lugar do outro' pode resolver a aplicação de um preceito constitucional?); **princípio da cooperação processual** (aqui, cabe a mais singela pergunta: em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de 'não cooperação'? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?); **princípio da confiança no juiz da causa** (serve para justificar qualquer decisão: para manter alguém preso e para soltar); **princípio da humanidade** (esse *standard* dispensa comentários, pela sua simplicidade); **princípio do autogoverno da magistratura** (trata-se de uma clara tautologia em relação à autonomia administrativa e financeira assegurada pela Constituição ao Poder Judiciário); **princípio da situação excepcional consolidada** (está no *Top Five* do pamprincipiologismo que assola o direito em *terrae brasilis*; cabe a pergunta: um fato consumado supera uma prescrição normativa? Quem vai eleger as circunstâncias excepcionais? O Judiciário? Pensando-se num caráter de 'universalização do princípio' ou na sua importância hermenêutica, surge, ainda, a seguinte indagação: quando se poderia reconhecer a normatividade da situação excepcional consolidada? Não poderia ela sempre ser reconhecida quando se pretende uma desoneração da força normativa da Constituição?); **princípio da felicidade** (neste ponto o direito brasileiro se torna insuperável. Por esse *standard*, a Constituição garante o direito de todos serem felizes...); **princípio lógico do processo civil** (se isso é um princípio, a pergunta que se põe é: o que não é um 'princípio?'); **princípio da elasticidade ou adaptabilidade processual** (mais um 'princípio' ensejador do protagonismo/ativismo judicial); **princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença** (um breve exame do Código de Processo Civil aponta claramente para essa garantia; parece evidente que uma sentença, depois de publicada, não pode ser alterada. Por que esse princípio daria essa 'segurança' ao utente?); **princípio da adequação** (em que circunstância esse princípio poderia ser aplicado com caráter de normatividade? E como ele seria/será aplicado? A 'escolha' é do juiz? E de que modo se poderia recorrer da violação do aludido princípio?). Efetivamente, a lista é longa. Diria, interminável. Poder-se-ia acrescentar outros, como [...]” (STRECK, 2014a, p. 171-173)

Mas não. A confusão teórica no Brasil parece não encontrar limites – nem na doutrina, nem nos tribunais.

Caso emblemático ocorreu no STF, durante o julgamento do HC 82.424/RS, em que se debateu se Siegfried Ellwanger, responsável pela publicação de livros com teor antissemita, deveria ser condenado por racismo. O caso foi tomado “como um *hard case* porque se precisou delimitar o conceito de raça para efeitos penais e também porque se viu na espécie uma suposta colisão da proibição do racismo com a liberdade de expressão” (RAMIRES, 2010, p. 57). A confirmação, pelo Supremo Tribunal Federal, da condenação do paciente ocorrida em segunda instância, não foi capaz de amenizar o embaraço causado por um detalhe: “o princípio [(sic)] da proporcionalidade foi invocado por mais de um ministro, levando, contudo, a posições absolutamente antagônicas” (TRINDADE, 2013). Esse detalhe – em um país como o nosso, forjado no sistema da *civil law*, e que, no entanto, sob o ímpeto neoconstitucionalista, aposta irrefletidamente na incorporação de elementos da *common law* (STRECK; ABOUD, 2016), característicos do direito anglo-saxão – tem o potencial nocivo de contribuir com a “vulgarização do uso de precedentes”<sup>134</sup>, porque

A suposta tarefa de fazer “juízos de ponderação de princípios” atrai os olhos dos juristas para ponderações já deixadas prontas pelos juízes do passado. [...] Há vários riscos intrínsecos a essa prática. O principal deles é a legitimação de uma metafísica jurídica, através do uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descolados a *posteriori* dos casos que lhes deram origem. Forma-se, assim, um sincretismo improvisado entre sistemas de direito; é improvisado porque importa a fórmula de invocação de precedentes sem qualquer preocupação com a sua aplicabilidade. [...] Precedentes não são um mal. [...] É preciso, contudo, saber o que se faz. (RAMIRES, 2010, p. 148-149)

<sup>134</sup> Uma crítica hermenêutica ao uso dos precedentes no direito brasileiro pode ser encontrada em Ramires (2010). O autor problematiza: “na *civil law*, todos os precedentes tem força meramente persuasiva, pois a única ‘jurisprudência’ com vetor vinculante é a especialmente sumulada para este fim. Assim se pode tomar em perspectiva a aberração que é, em um sistema de lei escrita como o brasileiro, confundir texto de julgado com texto de lei, e conferir a um precedente qualquer a qualidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial” (idem, p. 67). “Ao longo dos séculos, muito se discutiu a respeito da melhor maneira de encontrar a *holding* [...] de um caso. Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 ‘técnicas’ para fazer isso. [...] Também a *common law* por vezes se viu refém da técnica e do método, e dos subjetivismos e arbitrariedades que deles decorrem. [...] [O que particularmente nos interessa] é o fato de que a tarefa de interpretar os precedentes e estabelecer o seu alcance para casos futuros é reconhecidamente um problema que enfrentam os juristas da *common law* [...], o que torna mais ingênuo que se procure citar precedentes no Brasil sem qualquer questionamento da mesma ordem, como o de perguntar sobre o que é necessário e o que é circunstancial em um julgado pretérito.. [...] Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da *common law* nunca cedeu à tentação de esquecer os fatos ou de escondê-los sob as conceituações jurídicas contidas nas decisões judiciais” (idem, p. 69-71).

Outro caso, talvez ainda mais grave, do mau uso que se faz da teoria de Alexy, pode ser encontrado no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do RHC 88.371/SP. Naquela oportunidade, o Ministro relator do recurso acolheu o argumento apresentado anteriormente por um desembargador, segundo quem, por força do princípio (*sic*) da proporcionalidade, deveria o Judiciário submeter “o princípio de menor relevância ao de maior valor social” a fim de negar provimento ao recurso em *habeas corpus* impetrado pela defesa de um indivíduo que havia sido condenado – ao arripio da Lei 9.296, com base em uma interceptação telefônica ilícita, porque concedida por um prazo superior ao legalmente previsto – por tráfico de drogas (Cf. TRINDADE, 2014).

Esses dois casos são um pequeno retrato da situação em que nos encontramos, e reforçam o entendimento a que chega Morais ao fim de um estudo sobre a recepção das teorias de Alexy pela Corte Suprema brasileira:

Em pesquisa que centrou o olhar a uma década de decisões do Supremo Tribunal Federal [...] foi lugar comum a referência nas decisões quanto à necessidade de ponderação entre interesses, bens, valores, princípios e direitos fundamentais. De acordo com o posicionamento constatado no STF, a resolução de algum dos problemas enfrentados exigia a ponderação das mais diversas categorias. **Há, pois, sérias dúvidas quanto ao conceito de princípio jurídico utilizado**, principalmente, diante da sua configuração como qualquer tipo de argumento que suporte a decisão de acordo com os interesses de uma das partes envolvidas nos casos apreciados. E pior, **difícilmente se sabe o que são essas categorias ou de onde advém, por que deveriam ser considerados pela ordem jurídica brasileira e o que justifica a preterição desses a outros no sopesamento? Aliás, indo além, qual seria a autoridade da sua fonte na tradição jurídica ou poderiam ser livremente eleitos pelo julgador?** Todas essas indagações apontam para a carga de solipsismo no sopesamento, visto que a escolha e definição dos “princípios” a serem sopesados acabam se submetendo, tão somente, à consciência do julgador, em detrimento à construção de critérios deontológicos intersubjetivos que não podem ser ignorados, eis que plasmados na tradição jurídica como compromissos e conquistas do progresso político-jurídico de dada sociedade. (MORAIS, 2014b, p. 1170-1172, grifos meus)

O entendimento de Morais é atestado não apenas pelos integrantes da Crítica Hermenêutica do Direito, segundo quem “os tribunais brasileiros utilizam [...] [a ponderação] como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (STRECK, 2017, p. 81), mas também pelos próprios quadros alexyanos: “A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um [...] recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico” (SILVA, 2002, p. 31).

Em vista do conteúdo exposto ao longo deste capítulo, é forçoso concluir que, partindo da mistura teórica que se observa atualmente no universo jurídico nacional

– da qual o procedimentalismo argumentativo aparece não como o único, mas certamente como seu mais ativo ingrediente –, não é possível chegar a uma solução adequada para a contenção da discricionariedade<sup>135</sup>. Essa impossibilidade, que sempre foi evidente à luz dos positivismos jurídicos, no horizonte das teorias procedimentais não é tão mais difícil de ser explicada: "sem a satisfação dos direitos substantivos - firmados democraticamente no texto constitucional [...] é impossível falar em 'asseguramento das condições para o exercício dos *procedimentos* da democracia'" (STRECK, 2017, p. 190, grifo meu). Esse é o motivo que leva Costa a afirmar: "As teorias da argumentação representam o canto de cisne da hermenêutica jurídica moderna" (COSTA, A., p. 395 e ss).

---

135 A dimensão do problema da discricionariedade no Brasil é ilustrada por Streck (2017, p. 625): "Discricionariedade é delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador, circunstância que se agrava nos casos em que o poder discricionário pode alterar a própria Constituição. [...] Veja-se, por exemplo, que, no Brasil, uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal pode alterar a própria Constituição, como é o caso da Súmula Vinculante n. 5. [...] Eis o teor da Súmula Vinculante n. 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Eis o que consta na Constituição (art. 5º, LV): "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Nitidamente a súmula contraria aquilo que podemos chamar de 'limites semânticos' do texto constitucional. Ocorre que o sistema jurídico em *terrae brasilis* não permite a declaração de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante. Somente o próprio criador da súmula, o STF, é que pode revogá-la". A questão é melhor analisada em (STRECK, 2018, p. 298-311).

## CONCLUSÃO

Ao longo dessa monografia, tentei apresentar, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, argumentos capazes de evidenciar os principais vícios da genealogia jurídica brasileira. Conforme vimos, o objetivismo se deixa perceber nos usos, não tão incomuns, da noção positivista de que as leis carregariam consigo uma essência, um sentido anistórico, passível de revelação pela providência de juízes subservientes aos limites formais (axiomáticos, conceituais) ínsitos ao sistema de causalidade no interior do qual teriam carta-branca para o manejo da lógica. O subjetivismo, diferentemente, revela-se em uma infinidade de posturas jurídicas: quer como resquício de concepções historicistas que buscam na história a matéria necessária à determinação do espírito de um povo; quer como fragmentos de visões sociologistas, em sua perquirição por interesses identificáveis na ação social; quer como marca de um filosofismo retrógrado e empiricamente incorreto que supõe possível o emprego da razão prática na elucidação de valores homogêneos de uma sociedade; quer como rastro de um normativismo neopositivista, para o qual a decisão judicial não passa de um ato de vontade; quer, por fim, imbricada em discursos adjudicadores em que a discricionariedade se dissimula sob o véu pálido da racionalidade argumentativa.

Esses vícios representam a manifestação daquilo que denominou-se “crise de fundamentos” dos saberes, e que teve (aliás, tem) como traço característico a base metafísica onto-teo-lógica das ciências e de filosofia. São metafísicos os argumentos que se fundam na ontologia aristotélica, na teologia tomista, no cognitivismo cartesiano e no transcendentalismo kantiano, para ficar nesses.

A metafísica, em todas as suas expressões, foi violentamente sacudida a partir do início do século XX, época em que ocorreu, nas palavras de Streck, “a invasão da filosofia pela linguagem”, o que se deveu particularmente às contribuições de Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Wittgenstein demonstrou a insustentabilidade do ‘mundo em si’ – o que representou um primeiro passo em direção à rejeição da noção aristotélica da *essência* e, em razão disso, a negação de que o *logos*, isto é, a palavra, o enunciado, encerraria um sentido objetivo. Os sentidos, com Wittgenstein, passaram ser vistos como decorrentes da práxis intersubjetiva. Heidegger promoveu a mais cabal radicalização dessa ideia, reservando à linguagem um espaço privilegiado no âmbito de sua

ontologia fundamental. Nesse proceder, o filósofo revelou a dupla estrutura da linguagem, constituída pelo plano hermenêutico, onde se consuma a compreensão circular, antecipatória de sentido, e pelo plano apofântico, de caráter explicitador, de onde emanam os discursos. Gadamer, trilhando um caminho distinto, tomou de Heidegger a peça constituidora do sentido do ser-aí – a temporalidade – dando forma, a partir dela, à historicidade, com a qual reverteu a carga negativa atribuída pelo movimento romântico à noção de preconceito (GADAMER, p. 361, 366), o que lhe permitiu inscrever a  *fusão de horizontes* e a  *consciência da história efetual* na pauta do debate filosófico, reabilitando a autoridade da tradição.

Como consequência, o giro linguístico torna reprovável qualquer aposta no essencialismo, no solipsismo cartesiano assujeitador de sentidos (STRECK, 2014a, p. 252, 330), ou no apriorismo transcendental kantiano, uma vez que chegam sempre atrasados em relação à linguagem. Equivale a afirmar, com Heidegger, que o ser-no-mundo é desde sempre na linguagem. Ou ainda, que a linguagem não é uma terceira coisa interposta entre a  *res cogitans* e a  *res extensa*, como dava a entender Descartes, mas, primordialmente, condição de possibilidade a compreensão (STRECK, 2014a, p. 256, 287). Decorrem daí as críticas da fenomenologia heideggeriana ao método moderno, considerado “o supremo momento da subjetividade [...] [, responsável por] encobrir, na ciência, a diferença ontológica” (STRECK, 2014a, p. 293).

Em substituição ao cognitivismo cartesiano e ao ideal do pensamento puro, apresenta-se, com o giro linguístico, “a ideia de uma práxis que antecipa toda divisão entre teoria e práxis” (STEIN, 2014a, p. 32), o que demonstra que – uma vez reconhecida a inexorabilidade do círculo hermenêutico – método e sistema, também, passaram a ter que ser considerados como imbricados numa relação de circularidade<sup>136</sup> (STEIN, 2014a, p. 53). Nessa perspectiva, a defesa do método ou da razão modernos, esta última mesmo que tomada em suas variantes pura ou prática, soa como um contrassenso.

---

136 Como vimos, o fatalismo do Trilema de Münchhausen consiste em afirmar, nos quadros do dedutivismo do método moderno, a impossibilidade da fundamentação última do conhecimento humano – inevitavelmente fadada a uma de três possibilidades: parada arbitrária, regresso ao infinito ou circularidade. O método moderno desde sempre se viu às voltas com a necessidade de evitar essas possibilidades, fato que, sob a ótica da fenomenologia heideggeriana, é interpretado de uma maneira surpreendente: “o que se deseja afastar com o 'evitar o círculo' não é nada menos que a estrutura fundamental do cuidado” (HEIDEGGER apud STEIN, 2014a, p. 59-60). A defesa que Heidegger faz da circularidade hermenêutica é complementada por Stein: “o elemento decisivo não é sair do círculo, mas, nele penetrar corretamente” (STEIN, 2016, p. 252).

Na esteira dessas transformações, a institucionalização do *mundo prático* na filosofia e no direito (STRECK, 2017, p. 311), decorrente da ab-rogação do esquema sujeito-objeto, reclama, por sua vez, o afastamento da acepção habermasiana do conceito *mundo vivido*, abrindo espaço, assim, para o florescimento do novo paradigma da razão, que passa a ser, antes de tudo, razão hermenêutica, linguística (STRECK, 2014a, p. 252, 311).

São esses os motivos por que, no ponto atual da história, não se pode mais admitir a insistência do direito brasileiro nas cisões que contrapõem *questão de direito* e *questão de fato*, ou ainda, *texto* e *norma*, *vigência* e *validade* (como queria Kelsen), *fato* e *valor* (como sustenta o culturalismo jurídico realeano), *regra* e *princípio* (como preceitua Alexy), entre tantos. Cisões dessa natureza trazem o carimbo do paradigma consciencial, de uma subjetividade que *entifica o ser* e transforma seu ente em objeto de representação, permanecendo incapaz de perceber, com Heidegger, que entre um e outro há uma diferença que, antes, é ontológica (STRECK, 2014a, p. 292-293).

Também não cabe mais cindir conhecimento, interpretação e aplicação do direito, como se compusessem um todo maior, metodicamente fatiado. Isso porque, conforme nos mostrou Heidegger, a compreensão é um existencial, um modo de ser-no-mundo, que constitui parte da estrutura o ser-aí. Daí que a compreensão sempre antecede (na circularidade hermenêutica) a explicitação (apofântica) daquilo que se compreendeu. Por isso, não é correto que se fale em “interpretar para compreender”. Ao contrário: é porque já compreendemos, que nós podemos conhecer, interpretar e aplicar o direito (STRECK, 2014a, p. 252, 273). Ademais, conhecimento, interpretação e aplicação não existem isoladamente entre si. Existem como unidade instituidora daquilo que, com Gadamer, consagrou-se sob o epíteto *applicatio*.

O dismantelo das ontologias metafísicas, realizado a partir do giro linguístico, importou também o reconhecimento da impossibilidade de uma fundamentação última dos saberes, baseada na crença em um *fundamentum inconcussum*. Essa impossibilidade cobra do direito a atribuição de um papel meritório à hermenêutica filosófica da Gadamer, em especial pelo resgate que ela promove da *autoridade da tradição*. Nesse sentido, exatamente, a Constituição Federal, marco do regime político inaugurado no Brasil em 1988, representa "a abertura de um projeto decisional futuro" (OLIVEIRA, R., 2008, p. 208), na medida em que instaura, a partir

da confluência da totalidade da experiência histórica brasileira, um *topos* hermenêutico (STRECK, 2014, p. 344 e ss; 2017, p. 374 e ss) que constitui o fundamento possível ante o cenário posto pela mudança de paradigma causada pela irrupção da linguagem como objeto do debate filosófico. Assim, o texto constitucional de 1988 institui uma tradição ao mesmo tempo em que retira dela sua própria autoridade. É dizer: a promulgação da Constituição Federal de 1988 representa a auto-fundação de uma tradição, em virtude da qual o direito não pode mais ser o que um dia foi.

Não por outro motivo, a Crítica Hermenêutica do Direito propõe uma *teoria da decisão judicial* baseada nas noções de preservação da autonomia do direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional, respeito à integridade e à coerência do direito, dever fundamental de justificar as decisões e direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2017, 510 e ss, 630 e ss). E muito embora, no âmbito do presente trabalho, eu não tenha nem o tempo nem o espaço necessários para analisar, com maiores detalhes, essas noções, espero que agora o caminho que nos trouxe até elas esteja livre de grandes dificuldades e razoavelmente bem sinalizado.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges et al. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Homo Sacer, II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBERT, Hans. **Tratado sobre la razón crítica**. Buenos Aires: Editorial SUR, 1973.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Uma Teoria da Argumentação Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

AMAZÔNIA, Sociedade Anônima. Direção: Estevão Ciavatta. Pindorama Filmes, 2020 (70 min)

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

AQUINAS, St. Thomas. **On The Truth of The Catholic Faith**. Summa Contra Gentiles. Book One: God. New York: Image Books, 1955.

ARISTOTLE. **Metaphysics**. England: Penguin Books, 1998.

\_\_\_\_\_. **Topics**. Books I and VIII. Oxford: Clarendon Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **Nicomachean Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ATIENZA, Miguel. **As Razões do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

AUSTIN, John Langshaw. Performative Utterances. In: AUSTIN, John Langshaw. **Philosophical Papers**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1970.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. 6ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRAUDEL, Fernand. La larga duración. In: BRAUDEL, Fernand. **La Historia y Las Ciencias Sociales**. 2ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1970.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Os Métodos do Achamento Político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. História e Análise de Textos. In: \_\_\_\_\_ (orgs.). **Domínios da História**. Ensaios de Teoria e Metodologia. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CARNAP, Rudolf et al. The Scientific Conception of the World: The Vienna Circle. In: SCHARFF, Robert et al (orgs.). **Philosophy of Technology**. The Technological Condition. An Anthology. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: Uma Teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

CASTRO, Josué de. **Geografia da Fome**. O Dilema Brasileiro: Pão ou Aço. 10ª ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

COSTA, Alexandre. Cartografia da Racionalidade Moderna. In: MILOVIC, Miroslav; SPRANDEL, Maia; COSTA, Alexandre Araújo; NASCIMENTO, Wanderson Flor do (orgs.). **Sociedade e Diferença**. Brasília: Casa das Musas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese (Doutoramento em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, José Ricardo Caetano et al (orgs.). **O Estado de “mal-estar social” brasileiro**. Belo Horizonte: IEPREV, 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate**. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

DARTIGUES, André. **O que é a Fenomenologia?** 10ª ed. São Paulo: Centauro, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIJN, Annelien de. **French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville.** Liberty in a Levelled Society? Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DOSSE, François. Structuralisme. In: DELACROIX, Christian et al. **Historiographies, //**. Concepts et débats. Saint-Amand: Gallimard, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

FAO. **The State of Food Security and Nutrition in the World.** 2019. Safeguarding against economic slowdowns and downturns. Roma: FAO, 2019. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/ca5162en/ca5162en.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FOOD, Inc. Direção: Robert Kenner. Dogwoof Pictures et al., 2009 (94 min).

FRANCE. **Code civil des Français.** Édition originale et seule officielle. Paris: Imprimerie de la République, 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 09 set. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II**. Complementos e Índice. 6ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

GARAPA. Direção: José Padilha. Downtown Filmes, 2009 (100 min).

GINZBURG, Carlo. **Mitos, Emblemas, Sinais**. Morfologia e História. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (O Caso dos Atiradores do Muro) e a Pretensão de Correção do Direito na Teoria de Robert Alexy**: Aportes Hermenêuticos ao Debate Acerca da Relação entre Direito e Moral. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2006.

GUYER, Paul; WOOD, Allen W. (editores) Introduction to the Critique of Pure Reason. In: KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason**. The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Modernity, An Incomplete Project. In: FOSTER, Hal. (Editor). **The Anti-Aesthetic**. Essays in Postmodern Culture. Port Townsend: Bay Press, 1983.

\_\_\_\_\_. **Técnica e Ciência como Ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1987.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Justificação**. Ensaios Filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo**. Volume 1. Racionalidade da Ação e Racionalização Social. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Facticidade e Validade**. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HENRY, John. **The Scientific Revolution and the Origins of Modern Science**. 2nd ed. New York: Palgrave, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric. **The Age of Extremes**. A History of the World, 1914-1991. New York: Vintage Books, 1996.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Agropecuário**. 2017. Resultados Definitivos. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro\\_2017\\_resultados\\_definitivos.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3096/agro_2017_resultados_definitivos.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Sistemático da Produção Agrícola**. 2020. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/8280ff1b851f226898d61142ce7f2639.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/8280ff1b851f226898d61142ce7f2639.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

INCRA – INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA.  
**Decretos**

**Desapropriatórios**. 2019. Disponível em: <[http://www.incra.gov.br/media/docs/reforma-agraria/decretos\\_desapropriatorios\\_31\\_12\\_2019.xls](http://www.incra.gov.br/media/docs/reforma-agraria/decretos_desapropriatorios_31_12_2019.xls)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

INPE - INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. COORDENAÇÃO GERAL DE OBSERVAÇÃO DA TERRA. *PRODES* – **Incremento anual de área**

**desmatada no Cerrado Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/cerrado>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason.** The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KITCHER, Patricia. Prefaces and Introduction: Kant's Central Problem. In: KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason.** Unified Edition. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc. 1996.

KRETZMANN, Norman; STUMP, Eleonor. **The Cambridge Companion to Aquinas.** Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LOCKE, John. The Two Treatises of Government. In: **The Works of John Locke, In Nine Volumes.** Volume The Fourth. London: C. Baldwin (printer), 1824.

LOSANO, Mario. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça.** 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUKÁCS, Georg. Max Weber and German Sociology. In: **La Nouvelle Critique**, 1955.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MATOS, Andityas. Norma Fundamental. Ficção, Hipótese ou Postulado? In: KELSEN, Hans. **Sobre a Teoria das Ficções Jurídicas**. Com Especial Consideração da Filosofia do “Como Se” de Vaihinger. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MÉSZÁROS, István. **A Montanha que Devemos Conquistar**. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. **A Proporcionalidade como Princípio Epocal do Direito**. O (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Hermenêutica e a Insuficiência da Teoria de Alexy**. 2014a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-29/fausto-morais-hermeneutica-insuficiencia-teoria-alexey>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Entre Princípios Jurídicos e Valores**. Uma Investigação Histórica sobre esse Imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. 2014b. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MORRIS, Christopher W. The Modern State. In: GAUS, Gerald F.; KUKATHAS, Chandran. (org.) **Handbook of Political Theory**. London: SAGE Publications, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MP-GO – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Promotor instaura inquérito para apurar estatísticas de mortes em confronto**. 2020. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/promotor-instaura-inquerito-para-apurar-estatisticas-de-mortes-em-confronto>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWTON, Isaac. General Scholium. In: **Mathematical Principles of Natural Philosophy**. New York: Daniel Adee (publisher), 1846.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Histórica e Hermenêutica. Um Ensaio sobre o Debate Koselleck-Gadamer. In: STEIN, Ernildo et al (org). **Hermenêutica e Epistemologia**. 50 Anos de Verdade e Método. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_; ROSA, Alexandre Morais da. **Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Ciência Jurídica: Gênese Conceitual e Distância Temporal*. In: STEIN, Ernildo et al (org). **Hermenêutica e Epistemologia**. 50 Anos de Verdade e Método. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Breve ensaio a propósito de um artigo sobre neoconstitucionalismo**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-12/diario-classe-breve-ensaio-proposito-artigo-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

PARSONS, Talcott. **A Estrutura da Ação Social**. Um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Vol. II: Weber. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

POPPER, Karl. **The Logic of Scientific Discovery**. London: Routledge, 2002.

PUNTEL, Lorenz Bruno. **Structure and Being**. A Theoretical Framework for a Systematic Philosophy. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e Ideologias**. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. **Crítica da “Teoria Crítica do Direito”**. Santa Catarina: Seqüência, Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. 1983. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16924>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **A Problemática Jurídica: Uma Introdução Transdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

\_\_\_\_\_; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. Apresentação. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Nº 30. Junho de 1990. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/rccs/index.php?id=381>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 4ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>>. Acesso em: 7 out. 2020.

SCHWARTZ, Germano; PŘIBÁŇ, Jiří; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da Razão Cínica**. 2ª ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**. Das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCS, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pensar é pensar a diferença**. Filosofia e conhecimento empírico. 2ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

\_\_\_\_\_. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Às Voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Compreensão e Finitude**. Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana. 2ª ed. rev. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

\_\_\_\_\_. **Diferença e Metafísica**. Ensaios sobre a desconstrução. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio. **Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?** 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual\\_semelhanca\\_entre\\_furto\\_privilegiado\\_trafico\\_drogas](https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas)>. Acesso em: 8 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. In: **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**. Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

\_\_\_\_\_. O que é isto “levar o direito a sério?” 2012b. In: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei**. 2012c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Superando os Diversos Tipos de Positivismo: Porque a Hermenêutica é *Applicatio*?** Fortaleza: Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2014b. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 29 out. 2020.

\_\_\_\_\_; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito**. 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>. Acesso em: 7 out. 2020.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. **O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus Neoconstitucionalismo: Os Desafios do Protagonismo Judicial em *Terrae Brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi et al.

**Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**. Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

\_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

VAIHINGER, Hans. **A Filosofia do Como Se**. Chapecó: Editora da Unochapecó, 2011.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 14<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.

\_\_\_\_\_. A Política como Vocação. In: **Ciência e Política: Duas Vocações**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Inimigo no Direito Penal**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.