

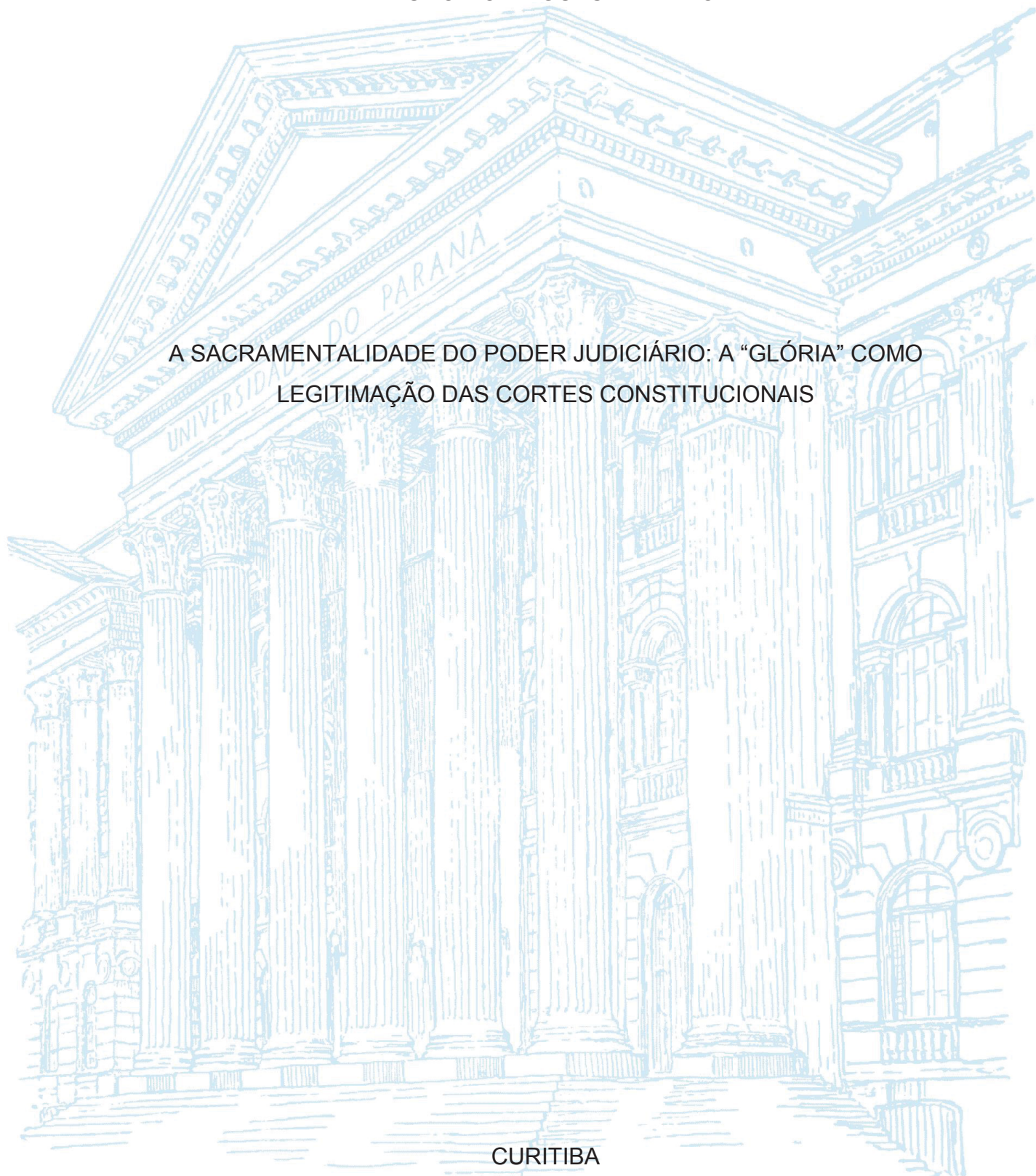
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO RODRIGUES ZANELLO

A SACRAMENTALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: A “GLÓRIA” COMO
LEGITIMAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

CURITIBA

2020



BRUNO RODRIGUES ZANELLO



A SACRAMENTALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: A “GLÓRIA” COMO
LEGITIMAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL
DO PARANÁ, COMO REQUISITO
PARCIAL À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM DIREITO.

ORIENTADOR: PROF. DR. CELSO LUIZ
LUDWIG

CURITIBA

2020

Z28s

Zanello, Bruno Rodrigues

A sacramentalidade do poder judiciário: a “glória” como legitimação das cortes constitucionais [meio eletrônico] / Bruno Rodrigues Zanello. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Celso Luiz Ludwig.

1. Direito - Filosofia. 2. Direito constitucional. 3. Poder judiciário. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Ludwig, Celso Luiz. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 340.12

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

ATA Nº102

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia treze de julho de dois mil e vinte às 09:30 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **BRUNO RODRIGUES ZANELLO**, intitulada: **A Sacramentalidade do Poder Judiciário: A "Glória" como Legitimação das Cortes Constitucionais.**, sob orientação do Prof. Dr. CELSO LUIZ LUDWIG. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CELSO LUIZ LUDWIG (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), VALDIR BORGES (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CELSO LUIZ LUDWIG, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 11:52:47.0

CELSO LUIZ LUDWIG

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 11:49:11.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 16:29:22.0

VALDIR BORGES

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2739 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 45799

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp> e insira o código 45799

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **BRUNO RODRIGUES ZANELLO** intitulada: **A Sacramentalidade do Poder Judiciário: A "Glória" como Legitimação das Cortes Constitucionais.**, sob orientação do Prof. Dr. CELSO LUIZ LUDWIG, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 11:52:47.0

CELSO LUIZ LUDWIG

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 11:49:11.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

13/07/2020 16:29:22.0

VALDIR BORGES

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

RESUMO

O presente trabalho se volta à análise da glória como elemento de justificação da atuação do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, inicia sua reflexão pela caracterização da ciência, destacando seus usos sociais, especialmente como argumento de autoridade e a sua crença na verdade. Na sequência, explora a estrutura das ciências como um todo, em especial, suas condições de possibilidade. Adiante, analisa os eventuais dogmas e mitos que o próprio processo científico produz, para, na sequência, verificar se o direito pode constituir-se como ciência, passando, ainda, pela reflexão a respeito da ideologia e do discurso das técnicas. Na segunda parte, o trabalho inicia analisando o constitucionalismo, em especial, suas condições de surgimento e as três grandes acepções de Constituição. Na sequência, analisa-se os fundamentos do controle de constitucionalidade, desde o Poder Judiciário nulo, até o Poder Judiciário que atua positivamente. Superada tal questão, passa-se a análise do ativismo judicial e da judicialização, buscando demonstrar seus antecedentes históricos, sociais e, em especial, sua operabilidade no sistema jurídico brasileiro. Ainda, reflete-se a respeito da construção oferecida pelo Ministro Luis Roberto Barroso, de que as Cortes Superiores devem atuar como vanguarda iluminista da história, empurrando a sociedade em momentos de dificuldade, demonstrando o quanto essa reflexão se apresenta como solipsista e reveladora do superego. Por fim, demonstra-se como o ativismo esvazia a ciência do direito, escapando assim a legitimação técnica do agir dos juízes, desvelando que o poder torna-se apenas litúrgico, acompanhando de dispositivos de aclamação, assegurados pela democracia de massas, com a ação da opinião pública e da mídia, que forma e informa esse poder democrático aclamatório, especialmente arriscado no caso das Cortes Superiores, afinal, nega sua principal função: a contramajoritária.

Palavras-chave: Ciência – Constituição – Ativismo Judicial – Poder – Glória

ABSTRACT

The present work focuses on the analysis of 'glory' as a element of justification for the performance of the Supremo Tribunal Federal. To this end, it begins its analysis by characterizing science, highlighting its social uses, especially as an argument of authority and as the belief in truth. Then, it explores the structure of the sciences as a whole, in particular, their conditions of possibility. Ahead, it explores the possible dogmas and myths that the scientific process itself produces, in order to subsequently verify if the Law can be constituted as a science, also going through the reflection about the ideology and the discourse of the techniques. In the second part of the paper, constitutionalism is analyzed, specially from its conditions of emergence and the three great meanings of the Constitution. Then, there is na analysis of the fundamentals of constitutionality control, from the null Judiciary Branch, to the Judiciary Branch that acts positively. Having overcome those issues, the analysis of judicial activism and judicialization is carried out, seeking to demonstrate its historical and social background and, in particular, its operability in the Brazilian legal system. After that, the paper reflects on the construction offered by Minister Luis Roberto Barroso, that the Superior Courts must act as the enlightenment vanguard of history, pushing society foward in times of difficulty, demonstrating how much they present themselves as solipsists and revealers of the superego. Finally, itdemonstrates how activism empties the science of Law by using the technical legitimacy of the judges' actions as an escape, revealing that power becomes only liturgical, accompanied by acclaim devices ensured by mass democracy, with the action of public opinion and the media, which shapes and informs this acclamatory democratic power that is especially risky in the case of the Superior Courts, afterall, it denies their main function: the countermajoritarian one.

Keywords: Science - Constitution - Judicial Activism - Power – Glory

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são sempre difíceis, as palavras são frágeis, limitadas; as pessoas, maravilhosas, gigantes, brilhantes. Desculpa pelos que a memória traiu, mas tenham certeza que meus agradecimentos são eternos e sinceros.

Todos vocês foram fundamentais nesse processo, em um dos momentos mais agrídoces de minha vida, onde experimentei a intensa felicidade e outros momentos de imensa dificuldade, superados graças a vocês. Nesses dois anos, amadureci, cresci, vivi, sobrevivi... Valeu!

Primeiramente, inicio agradecendo a Deus, por ter me concedido o dom da vida, dado força para lutar nas adversidades, permitindo que realizasse vários dos meus sonhos e objetivos. Além disso, colocou pessoas maravilhosas e encantadoras em minha vida.

É sempre bom lembrar de Deus: em tempos que é usado para justificar a barbárie, cabe relembrar a real identidade Dele: amor, caridade e afeto.

A primeira benção que Deus me concedeu foram meus pais, Marli Rodrigues e Eduardo José Zanello, meus esteios, razão da minha vida. A eles, devo aquilo que sou, que tenho, que vivo. Com eles, aprendi a amar, confiar na humanidade, acreditar num mundo melhor. Fui ensinado a amar incondicionalmente, se doar pelo próximo. Confesso que passei longe de ser digno de tanto amor, mas o abraço sempre esteve lá, o beijo antes de dormir. Tudo o que conquistei é de vocês e para sempre será. Talvez, um dia, Deus me abençoe, de forma que eu possa ser pessoa minimamente digna de ser chamado de filho.

Ver a vitória de meu pai, após uma batalha gigante nesse período de mestrado, me encheu de forças para lutar. Pai, um dia serei como você. Minha mãe, uma guerreira, sempre socorre os filhos, sofre em silêncio, para não fazer os outros sofrer. Nunca gostei de filmes de super-herói. Hoje, entendo: meus heróis estavam em casa, não precisava de outros. Meus heróis se sacrificam todos os dias, vivendo pelos que amam.

Agradeço ao meu irmão Humberto, pela enorme amizade e carinho. Um homem de coração gigante, astuto, brilhante, de um amor puro e um cuidado único. Te admiro demais Bert e todos os dias aprendo com você.

À Ana Luiza, pelo período que estivemos juntos, agradeço o companheirismo, afeto, carinho, auxílio e incentivo. Agradeço ainda, a paciência com as atividades acadêmicas, que tanto tempo tomavam. Obrigado!

Ao amigo Gabriel Mello, um ser humano de coração de ouro e um intelectual brilhante. Chamá-lo de amigo é motivo de orgulho e satisfação. Agradeço também por oferecer seu ombro aos meus sofrimentos – reconhecidamente sentimental demais –, apoiando-me constantemente, cuidando, preocupando-se. Ainda, agradeço pelo aprendizado de sempre e os debates sempre motivadores. Aprender com você é uma honra.

Ao amigo Gian Luca, de quem sou eterno estagiário e a quem devo muitas coisas de minha vida. Excelente conselheiro, sempre orientou e cuidou dos amigos. Em resumo, um sujeito daqueles: preocupado, cuidadoso, amigo.

À amiga Giovana Nass, uma pessoa ímpar, daquelas que não se encontra em qualquer lugar. Extremamente preocupada, sincera, cuidadosa. É uma das principais responsáveis pelo ingresso no mestrado, merecendo méritos absolutos pelo incentivo. Ainda, tem os méritos pela conclusão, ao motivar quando o espírito estava fraco. Seus conselhos, na tribulação, foram fundamentais. Obrigado é pouco!

Ao amigo Lucas Chermont, que tive a chance de conhecer pela amiga acima, e a quem agradeço os intensos debates, os conselhos e por ser o sujeito que anima “os rolês”.

Ao amigo Washington, tão parecido e tão diferente de mim, pelas palavras cuidadosas, pelos conselhos e, principalmente, por me mostrar que a vida é complexa, mas que devemos nos ater a beleza da simplicidade.

Ainda, agradeço a todos os demais amigos, para além da Universidade, como Izabela Pissato, Mateus Quincas, Wagner e outros tantos que faltam nomear, apoiadores frequentes dos estudos e companheiros de boas prosas.

Ainda, meu sincero agradecimento a todos os familiares que de alguma forma colaboraram com esse processo, o que faço nas pessoas dos meus tios Walmir, Ana e José Antônio e de minha avó Leonora, pelo carinho de sempre, pela admiração incondicionada e pelo incentivo aos estudos.

Cabe ainda agradecer aos meus irmãos na fé, amigos e companheiros da vida pastoral-ecclesial, a quem agradeço nas pessoas da Denize e do Júlio, sempre compreensivos e ótimos conselheiros. Agradeço também ao meu pároco – e amigo

– Valdir Borges, exemplo de retidão, ética e correção, incentivador e instigador de muitas das reflexões do presente trabalho.

Merecem ser lembrados todos os professores que tive, o que faço em nome de Levi de Souza Junior, Affonso Camargo e Maria Luísa (Malu), que mostraram que o conhecimento emancipa e que a educação pública tem função libertadora. Aos professores de graduação e pós, agradeço ao meu orientador Celso Luiz Ludwig, pela compreensão e cordialidade de sempre, mas, especialmente, pelo exemplo dado pela ação, demonstrando na paixão com a qual leciona, pela inteligência enriquecedora que possui e pela modéstia sem precedentes. Agradeço também aos professores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Sergio Staut, dois exemplos. Por fim, agradeço ao meu eterno orientador e amigo, professor Abili Lázaro Castro de Lima, responsável por minha formação intelectual crítica, ensinando a fazer pesquisa acadêmica, com paciência única. Sujeito que vive aquilo que ensina. Coerência entre discurso e prática.

Ainda, agradeço ao professor Sidnei Machado, que além das valorosas lições de prática jurídica, concedeu-me a chance de trabalhar com ele. Cada dia é um aprendizado constante e enriquecedor. Agradeço também a todos os amigos de escritório, em especial, meus chefes Roberto, Christian e Eduardo, bem como meus colegas de dia-dia Natália, Jonatha, Márcia, Tânia e Dina. Vocês colocam um brilho novo no ofício de cada dia.

Cabe ainda agradecer minha antiga chefe, Anne Regina Mendes, com quem tive a chance de aprender sobre vocação e seriedade na atividade jurisdicional. Da mesma forma, agradeço ao gabinete da 16ª Vara Cível, na pessoa da Dra. Tathiana Yumi, com que aprendi demais, bem como das assessoras Tamara e Rafaela, com quem aprendi e continuo aprendendo muito além do direito, especialmente, nos conselhos para vida.

Por fim, agradeço intensamente à sociedade civil pelo financiamento público de todo o meu ensino, do primeiro ano do ensino fundamental ao mestrado, esperando corresponder minimamente o depositado. Em um mundo tão desigual, é dever do estudante ser ferramenta de emancipação. Em tempos de tanta bobagem praticada por algumas “otoridades”, devemos sempre lembrar da lição de Freire “sem a educação, nada muda”.

“As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”. Carlos Drummond de Andrade

“A rebeldia nem sempre é premiada, mas a obediência é invariavelmente castigada”. Mangabeira Unger

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS	8
1.DA ESTRUTURA DA CIÊNCIA À CIÊNCIA DO DIREITO: uma caminhada entre socos e solavancos	11
1.1.“CIÊNCIA AQUI, CIÊNCIA LÁ”: o que qualifica a ciência como portadora de respostas (ou de perguntas)?	13
1.2.COMO É A ESTRUTURA DA CIÊNCIA? Uma breve passagem pelas antessalas possíveis do conhecimento científico	29
1.3.DO “NÚCLEO DURO” DA CIÊNCIA: as Ciências e seus mitos.....	41
1.4.NO AVANÇAR DA HORA: direito é ciência ou ciência do direito é retórica?.....	55
1.5.DA IDEOLOGIA DO DIREITO E DO DIREITO IDEOLÓGICO: O discurso técnico e sua negação	70
2.DA ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO NO POSITIVISMO: Uma transição incompleta	82
2.1.O QUE É ISTO – A CONSTITUIÇÃO?.....	84
2.2.O GRANDE DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO DO SÉCULO XX: Kelsen ou Schmitt?.....	92
2.3. DO NADA AO TUDO: a judicialização e o ativismo.....	97
2.4. FUNDAMENTO DO ATIVISMO: com a palavra, o Ministro!.....	110
2.5.A SACRAMENTALIDADE DO PODER: no vácuo, resta somente a Glória.....	116
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho analisa o fenômeno do ativismo judicial sob ótica diversa das usuais, partindo de marcos referenciais e teóricos variados, inserindo-o em um movimento mais amplo, que reflete a partir da estrutura da ciência do direito até o processo de legitimação político-institucional.

A reflexão tem como matriz teórica a apresentação de um panorama geral político-institucional do *ativismo à brasileira*, assinalando a incorporação desse fenômeno mundial pelo direito brasileiro e suas especificidades.

Ainda, tem por intuito demonstrar a transmissão do parâmetro de legitimidade – de uma legitimação técnico-profissional, de matriz positivista – que sustentou e edificou nosso modelo constitucional, em especial, o de controle de constitucionalidade, concentrado na figura dos juízes, para uma legitimação sacramental exclusivamente, vinculada aos mecanismos de glória que envolvem o poder.

Nem de longe implica em afirmar a novidade do nascimento desses mecanismos de aclamação, que são uma constante no *modus* de exercício do poder no Ocidente, conforme as teorizações do filósofo italiano Giorgio Agamben. O objetivo é demonstrar que tais aparatos de glória são ressaltados quando da ausência de fundamentação lógico-racional, científica, ao poder dos juízes.

O objetivo, assim, é despertar a percepção de que o STF precisa repensar suas próprias potencialidades e limitações e, em especial, suas estruturas de legitimação social, resignificando-as, afinal, a manutenção do atual modelo tende a esvaziar de sentido a atuação como tribunal constitucional, fornecendo legitimações frágeis, tendentes a enfraquecer a institucionalidade da Corte.

Precisamente em razão disto, a análise é de natureza filosófica, buscando compreender as antessalas, as condições preliminares de constituição do saber jurídico e o impacto disfuncional na prática atual.

Para tanto, o trabalho inicia-se traçando um panorama da antessala da própria ciência do direito. O primeiro passo é analisar a natureza do conhecimento científico no geral, buscando conceituá-lo e localizá-lo historicamente dentro das experiências ocidentais, evidenciando suas razões de ser e sua lógica interna de operação e funcionamento, em especial, as cadeias de fundamentação, bem como os critérios de classificação de científico e não-científico.

Nesse processo de classificação, passa-se pelas escolas teóricas da ciência propriamente dita, não aquelas destinadas aos métodos, mas as que se propuseram a discutir as condições de possibilidade do conhecimento científico, analisando as teorizações de matriz neopositivista, que impregnaram o senso comum com suas conceituações de ciência como conhecimento certo e eterno, até as teorias críticas de Kuhn e Lakatos, que admitem a existência de “ciências”, de acordo com programas internos próprios, concluindo com Feyerabend que coloca em xeque o próprio método no conhecimento científico, deslocando-o ao campo da aleatoriedade.

Feito tal caminho introdutório, vai-se adiante na análise de possibilidade de constituição efetiva de um conhecimento científico jurídico, que permita afirmar a independência do objeto e do método, desembocando nas condições de funcionamento e na lógica interna de operabilidade, especialmente, a partir da definição sempre contingencial daquilo que é ciência do direito, desde o jusnaturalismo ao pós-positivismo.

Sequencialmente, discute-se a possibilidade de um discurso técnico intercalado ao discurso científico, em especial, a ideologia tecnicista que revestiu a prática judicial no período do positivismo jurídico, servindo de legitimação à atuação dos juízes, inclusive, na jurisdição constitucional.

A segunda parte do presente trabalho analisa a Constituição, em especial, suas definições principais e suas regras de operabilidade, demonstrando os pressupostos que serviram para legitimar e justificar a opção por essa forma de limitação do poder no Ocidente.

Na sequência, busca-se demonstrar a íntima vinculação existente entre o próprio conceito técnico-jurídico-político de Constituição e a opção política realizada de guarda da Constituição, demonstrando os antecedentes e os fundamentos teóricos que justificavam e legitimavam uma opção pelos juízes, em detrimento dos poderes democráticos.

Intimamente vinculados ao controle de constitucionalidade, estão os fenômenos do ativismo político e da judicialização, que são tratados e conceituados, apontando seus possíveis antecedentes e suas consequências frente à transição paradigmática ainda não realizada plenamente, concentrando-se especialmente na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, explora-se o argumento das Cortes Superiores como vanguardas iluministas, apresentado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, cotejando com questões como o risco do solipsismo e o caráter superegóico.

Após, desvelado o distanciamento existente entre o ativismo e a ciência jurídica, revelando seu caráter político estritamente, a partir das teorizações de Agamben, demonstra-se que o poder clama por uma liturgia quando do seu exercício, que é materializada pelos dispositivos de aclamação, que, nas sociedades contemporâneas, é concentrado nas democracias de massas, consubstanciada na opinião pública. Tal opinião pública é formada e conformada pela “mídia”, ou seja, pelos principais veículos de comunicação. No caso do STF, tal processo alterou a forma da decisão judicial, bem como os próprios critérios decisórios, cada vez mais distantes da ciência jurídica, e próximos de um certo tipo de “populismo”, uma lógica “*Vox Populi, Vox Dei*”, colocando em risco o principal fundamento da jurisdição constitucional, seu cerne na nossa atual estrutura democrática: o contramajoritário.

1. DA ESTRUTURA DA CIÊNCIA À CIÊNCIA DO DIREITO: uma caminhada entre socos e solavancos

Não é raro o trabalho jurídico-acadêmico que utiliza a expressão “ciência jurídica” ou “ciência do direito”, em regra, visando corroborar algum fundamento ou legitimar alguma escolha metodológica ou argumentativa. De igual forma, o senso comum constantemente “fundamenta” suas premissas em pesquisas científicas, valendo-se constantemente da expressão.

Todavia, nem sempre o significante “ciência” é utilizado com o cuidado devido, significando, no mais das vezes, argumento retórico que legitima a autoridade daquele que enuncia, caminhando no sentido contrário do que é a essência do procedimento científico.

Ora, a ciência é precisamente o saber válido pela metodologia aplicada e pela sua “objetividade”, diversamente da forma como o significante é utilizado em alguns momentos, a saber, como atribuidor de um caráter sacro ao sujeito que a enuncia, como mero argumento de autoridade do falante. No último, a verdade é menos do método, mais do sujeito.

São poucos os verbetes tão plurívocos e controversos quanto “ciência”, apto a despertar os inúmeros simbolismos e pré-compreensões. Da academia ao senso comum, é usado para qualificar e legitimar uma certa modalidade de conhecimento ou práxis encarada como “qualitativamente” mais adequada, inobstante pouco se diga a respeito dos termos em que se convencionam.

Essa qualificação nasce de uma crença, a saber, que o conhecimento científico deve ser tido por legítimo e verdadeiro porque o processo científico – e a própria ciência – é “não-ideológica”. Assim, a ciência deveria ser tomada em conta por não se deixar contaminar por crenças, opiniões pessoais, havendo, portanto, uma cisão entre ideologia e ciência. Segundo Husserl, onde *“as Ideologias podem entrar em disputa, só a Ciência é que pode trazer decisões, e essas são eternas”*¹.

Outro fundamento presente são os avanços oferecidos pela ciência, os quais se apresentam como verdadeiros dados objetivos da realidade. Ora, por exemplo, é inegável que os tratamentos psiquiátricos se mostraram muito mais eficientes do que

¹ HUSSERL, Edmund. A filosofia como ciência de rigor. 2. ed. Coimbra: Atlântida, 1965. p. 68

as sessões de exorcismo no combate aos ataques epiléticos, o que corrobora o pensamento científico como critério de validade.

Por fim, a ciência também se oferece como uma redutora de complexidades do real, apesar de manter sua pretensão de totalidade e verdade, apresentando, assim, respostas mais completas para os problemas que a realidade apresenta. Não significa dizer, contudo, que a ciência é simplista, afinal, ela oferece um modelo simplificado que vai se complexificando com o tempo, através de inúmeras variáveis que vão sendo descobertas e inseridas no contexto de construção das teorias e reflexões.

Precisamente por essas questões, inicia-se o presente tratando da legitimação da ciência no Ocidente como conhecimento válido, passando por parte dos seus conceitos, em especial, aqueles que o Ocidente é tributário, evidenciando suas mutações, até questionar sua aplicabilidade em relação ao direito e sua relação com o exercício cotidiano e prático da ciência jurídica.

1.1. “CIÊNCIA AQUI, CIÊNCIA LÁ”: o que qualifica a ciência como portadora de respostas (ou de perguntas)?

A compreensão ontológica da ciência é decisiva para qualquer atividade de pesquisa, afinal, não raro, os cientistas tropeçam na fundamentação filosófica dos seus pressupostos, criando problemas de coerência interna em suas teorias. Assim, neste primeiro momento, cuida-se da antessala da ciência, das suas condições de possibilidade².

Dessa forma, o objeto deste primeiro capítulo não é traçar os grandes paradigmas metodológicos existentes, afinal, nada obstante impactem diretamente na construção do próprio “ser da ciência”, eles serão referenciados apenas quando necessários, visando precisamente evitar as confusões comuns entre as diversas metodologias existentes e a própria configuração da ciência em si.

Com isso, não se ignora o racionalismo, o empirismo, o criticismo ou a dialética, mas tão somente cuida-se daquilo que os antecede ontologicamente, a saber, as condições de possibilidade da própria ciência.

As atuais características daquilo que hoje é entendido como ciência no Ocidente, assim como boa parte de nossos atuais “empreendimento sociais”, surge ao final da Idade Média, com o movimento que ficou conhecido como “Renascimento”, que tinha, dentre outros objetivos, criar mecanismos de explicação racional dos fenômenos físico-biológicos através da observação do mundo externo³.

Esse período tentou dar novo fundamento aos fenômenos da realidade, abandonando uma certa perspectiva teocêntrica, por outra, fundada no sujeito racional, cognoscente, capaz de aprender – e apreender – as coisas. Segundo Châtelet, contudo, coube ao Renascimento radicalizar tão somente as descobertas já feitas em períodos anteriores, afinal, a Idade Média, ao contrário do apontado pelos iluministas, foi uma época de efervescentes valores culturais e intelectuais. Ainda, aponta o autor francês, que é pelas portas da física, com suas profundas transformações, que a ciência se consolida como um paradigma moderno⁴.

² ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

³ CASSIRER, Ernst. El problema del conocimiento. Vol. I. México: Fondo de Cultura Economica 1986.

⁴ CHÂTELET, François. Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 1994.

Em uma leitura mais sociológica, próxima da sociologia weberiana, Robert Merton localiza o despertar científico na existência de um *ethos puritano*, uma certa forma de concepção pessoal, que diversamente do *ethos católico* anterior, seria mais voltada às questões do mundo, com a finalidade de administrar as “*coisas de Deus*”⁵. Assim, seria a ciência produto de uma ação racional orientada a valores, decorrente de um processo de desencantamento do mundo⁶.

Todavia, adepto da multicausalidade, o sociólogo estadunidense aponta a emergência de outros seis fatores que também contribuiriam para o fortalecimento dessa transição, tais como, as mudanças na vida econômica; o surgimento de novas guerras, que alteraram as dinâmicas de combate; as necessidades impostas pela medicina; as artes; a religião e a busca pela verdade.

É precisamente a busca pela “Verdade” – propositalmente grafada em maiúscula, como se fosse única –, um ideal moderno, que remanesce até hoje na ideologia do cientificismo, conforme adiante será visto.

A aparência de detentora do monopólio da verdade poderia conduzir a ciência à falsa percepção de que a ela reduz todos os conhecimentos. Ocorre, contudo, que a realidade é deveras complexa, oferecendo diversos tipos de conhecimento, como o teológico, o filosófico, o empírico etc. Portanto, a ciência “*não é o único caminho para se ter acesso ao conhecimento e à verdade, mas é um dos mais importantes, construindo-se contra o senso comum*”⁷.

Sendo assim, por que a ciência é utilizada como um saber “mais legítimo” ou mais adequado para a solução dos problemas?

Primeiramente, reconhecer que o método científico é a uma forma de conhecer e explicar os fenômenos do mundo não implica em invalidar outras experiências, assim como, da mesma forma, por outro lado, afirmar outros saberes não invalida a ciência⁸.

Em regra, a aceitação do conhecimento científico como o mais elevado decorre da própria percepção que o senso comum tem dele. O senso comum caracteriza o conhecimento científico como aquele provado, vinculando às teorias, à

⁵ MERTON, Robert King. Ensaio de sociologia da ciência. São Paulo: Ed. 34, 2013. 303 p.

⁶ Conforme classificação proposta por Weber in.: WEBER, Max. Economia e sociedade. v. 1. Brasília: UnB, 1999.

⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução a uma ciência pós-moderna. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 54

⁸ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

experiência, negando as opiniões, preferências e especulações. Conforme adiante será visto, essa “ideologia da ciência” decorre da percepção decorrente da “Revolução científica do século XVII”⁹.

Portanto, em termos de legitimação social, o conhecimento científico goza de uma maior aceitação, afinal, ele pode ser comprovado mediante experimentos, sendo mais valoroso que os demais¹⁰. Ora, o conhecimento religioso, por exemplo, não é em si falso, mas dificilmente superaria um teste de probabilidade, visto que vinculado a crenças subjetivas não metodologicamente universalizáveis e, portanto, não capaz de ser demonstrado “objetivamente”.

Conforme adiante será esmiuçado, esse maior grau de legitimação social produziu a mitificação da figura do cientista, em um processo de legitimação circular, onde a adjetivação científica do saber mitifica a figura do cientista que, por outro lado, uma vez assim caracterizado, assegura a mitificação do saber pelo seu próprio status. Não por motivo diverso, como aponta Chalmers, que a adjetivação científica para uma certa área lhe atribui um status próprio¹¹.

Nesse sentido, dentro do senso comum, o cientista aproxima-se da figura do sacerdote, visto como o portador da “Verdade”, do próprio conhecimento genuíno, correndo o risco de desvirtuar precisamente o empreendimento da ciência: caracterizar-se por sua objetividade, capacidade de demonstração, não pela subjetividade dos agentes.

Inclusive, esse “imaginário coletivo” pode ser buscado antes mesmo do período de conformação da ciência moderna, ainda no período da Grécia Antiga, onde o significante “ciência” era significado como conhecimento certo, cujo antônimo era a opinião¹². Inclusive, Aristóteles definia a ciência como o conhecimento dos fenômenos do *cosmos* pelas causas¹³, evidenciando que racional e verdade se confundiam.

Importante, contudo, consignar que a existência do vocábulo não permite remeter o debate daquilo que é ciência para esse período, afinal, conforme as definições apresentadas anteriormente, aquilo que se entendia como ciência não faz jus ao atual estatuto do científico, formado e conformado apenas na modernidade,

⁹ CHALMERS, Alan Francis O que e ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹⁰ CHALMERS, Alan Francis. O que e ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹¹ CHALMERS, Alan Francis. O que e ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹² GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva. 187p.

¹³ ARISTÓTELES. Física I e II. Campinas, SP: Unicamp, 2009. 415 p.

por uma estrutura específica¹⁴. Em outras palavras, existia a palavra, com outro significado, mas não existia a *coisa*.

Sobre a conformação dessa ciência moderna, quem melhor caracterizou foi Boaventura de Sousa Santos. O professor português analisou o paradigma dominante da ciência moderna ocidental, localizando-o historicamente, ao longo do século XVI, nas ciências naturais, e XIX, nas ciências sociais, todos herdeiros da “*Revolução Científica*”¹⁵.

Esse paradigma, de modelo newtoniano-cartesiano, é totalitário. Foi o responsável por negar todas as outras formas de conhecimento e os dogmatismos então existentes, afirmando a existência de dualismos como “ciência/senso comum” e “homem/natureza”. Nele, a busca é pelo como das coisas, partindo de uma ideia de um mundo estável, ordenado e eterno, numa leitura a-histórica da ciência. Aqui, ciência corresponde à dominação da natureza¹⁶.

O modelo acoplou-se e desenvolveu-se de forma mais veloz nas ciências naturais. Os avanços conquistados, contudo, conduziram à adoção do modelo nas ciências sociais, em um processo que ocorreu de duas formas: seja pela aplicação dos mesmos modelos teóricos das ciências naturais, conforme metodologia proposta por Durkheim, seja pelo desenvolvimento de um modelo próprio, conforme proposta de Weber.

No primeiro, admite-se que as ciências naturais fornecem o modelo exclusivamente do “científico”, admitindo, ainda, o “atraso superável” das ciências sociais. Observe-se que essa leitura não ignora as diferenças existentes entre os fenômenos naturais e sociais, mas reconhece suas naturezas, admitindo ser possível a aplicação de iguais metodologias, desde que adequadas às contingências do objeto¹⁷.

Por outro lado, a segunda leitura reconhece a subjetividade da ação humana, estabelecendo-a como uma baliza para compreensão dos fenômenos sociais¹⁸. Para Weber, o objetivo é apreender o sentido profundo da ação, o que faz a partir da ferramenta teórica dos tipos ideais. Grife-se que o autor não nega a

¹⁴ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva. 187p.

¹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

¹⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

¹⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

neutralidade axiológica, mas a ressignifica, afirmando a existência de valores, sem rejeitar a objetividade do conhecimento produzido, desde que observado o método¹⁹.

O modelo newtoniano-cartesiano é o responsável por conformar boa parte do senso comum sobre ciência. Todavia, ele encontra-se em crise, por quatro fatores: i) o surgimento da teoria da relatividade de Albert Einstein, que foi responsável por revolucionar o sentido de “tempo-espaço”, atacando diretamente a percepção de mundo estável existente, base da estrutura científica anterior; ii) o surgimento da mecânica quântica e o reconhecimento da interferência do sujeito no objeto/experimento, rompendo a dicotomia “homem/objeto”, colocando em xeque a própria ideia de objetividade (ou pelo menos exigindo sua ressignificação); iii) o advento da Teoria de Godel e sua refutação da matemática e do seu rigor, tomada antes por parâmetro do científico; iv) os avanços na área da microfísica, química e biologia, que ressignificaram essas áreas e as próprias possibilidades do conhecimento²⁰.

Apesar da crise, o paradigma newtoniano-cartesiano segue operando no imaginário, fornecendo sua concepção do que é ciência, até porque atua em palcos sociais diferentes e obedece a regras diversas. Tal percepção alcança até mesmo os cientistas, afinal, são homens históricos e participantes do meio social, influenciados pelo discurso perpetuado no meio social.

A segurança e o caráter perene do conhecimento científico, por exemplo, estavam amparados nas certezas fornecidas pela matemática e pela física, ciências tidas como “exatas”. O problema surge precisamente quando nem mesmo as áreas das “certezas eternas” estão isentas de teorias refutando-as, problematizando todo o empreendimento científico.

A matemática era vista como o parâmetro capaz de atestar a cientificidade das outras áreas, fundando conceitos como o de “certeza matemática”²¹. Era a base do conhecimento científico, de forma que o conhecer era o quantificar, dividir e classificar, reduzindo assim complexidades²².

A confiança – e crença – na imutabilidade e na transcendentalidade da matemática era tamanha que Galileu afirmou que a ciência matemática era a única

¹⁹ WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Campinas, Ed. da Unicamp, 1995.

²⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

²¹ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva, 187p.

²² SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

possível de aproximar o Homem do intelecto divino, perfeito, na sua leitura, sendo impossível outro ramo do saber obter maior grau de certeza²³. Na mesma linha, seguia Descartes, no seu *“Meditações Metafísicas”*, reafirmando a existência de um Deus Criador, também relacionando sagrado com a razão²⁴.

A verdade é que as descobertas das “leis da natureza”, incluindo a matemática, parecia colocar o conhecimento humano em um outro patamar, nunca antes visto, mais próximo do divino que do humano, de um conhecimento atemporal²⁵.

É precisamente nesse desdobramento que se consegue conceber a formação da crença do conhecimento científico, depois espriada ao senso comum. Nessa crença de que um tipo específico de saber eleva propriamente a condição do Homem, aproximando-o do divino.

Por influência da matemática e da filosofia cartesiana, a verdade passa por um processo de resignificação, onde verdade passa não mais a ser um atributo das coisas, mas decorrente da certeza.

O teórico francês “inaugurou” a modernidade, transformando a verdade, a partir da maximização das ideias do Homem como senhor e possuidor da natureza, como um sujeito pensante da realidade posta.

No paradigma filosófico anterior, intitulado paradigma do “ser”²⁶, a verdade das coisas era antes “revelação” do próprio objeto ao sujeito cognoscente. O método era fundamental, mas ainda não era o balizador da definição de verdade, que era tomada como adequação do conhecimento ao objeto.

Com a modernidade, a importância do método foi remodelada, afinal, o eixo da verdade foi deslocado do objeto para o sujeito cognoscente, afirmando como verdadeiro o conhecimento certo, que era apurado precisamente pelo método, assegurando a objetividade do saber. Portanto, o método é crucial porque serve como parâmetro para questionar o conhecimento produzido.

Reconhecendo a importância do método, Descartes escreveu a obra *“O Discurso do método”* – que, inclusive, servia de introdução a três trabalhos sobre

²³ MANDELBROT, Benoit B. *The Fractal Geometry of Nature*. New York. W. H. Freeman and Company, 1977.

²⁴ CHÂTELET, François. *Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël*. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 1994. e DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. São Paulo: EDIPRO, 2016. 127 p.

²⁵ PRIGOGINE, Ilya. *Ciência razão e paixão*. Belém: Eduepa, 2001.

²⁶ Ver: Cap. 1 de LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

geometria, ótica e astronomia – onde, o filósofo francês buscava apresentar um método capaz de encontrar a verdade²⁷.

Em Descartes, o método é capaz de assegurar a certeza do conhecimento. Assim, para aplicá-lo, deve o cientista renunciar a todo conhecimento precário e decompor o objeto em quantas partes forem necessárias para analisá-lo, em um modelo de reflexão do simples ao complexo, em um processo de constante revisão²⁸.

Assim, a teoria cartesiana legitimou e conferiu a crença necessária na certeza assegurada pelo método científico, seja intuitivo, seja dedutivo, constituindo para uma razão instrumental.

Na importação do modelo filosófico cartesiano para a ciência foi acrescido a causalidade, a máxima segundo a qual os fenômenos são compreendidos a partir de suas causas, fornecendo os instrumentos necessários para que a ciência “manipulasse” a vida, tornando a natureza “matematizável” e, portanto, apreensível pelo homem. Mais do que compreender o mundo, é possível comandá-lo.

Segundo Capra, o método de Descartes tornou-se padrão do pensamento científico moderno. A prevalência da mente em relação à matéria possibilitou a crença na superioridade da razão e aplicação do modelo matemático como única forma de compreensão correta da realidade. O universo é uma máquina, regida segundo as leis mecânicas. Conforme salienta o autor,

[Descartes] passou a orientar a observação científica e a formulação de todas as teorias dos fenômenos naturais, até que a física do século XX ocasionou uma mudança radical. Toda a elaboração da ciência mecanicista dos séculos XVII, XVIII e XIX, incluindo a grande síntese de Newton, nada mais foi do que o desenvolvimento da ideia cartesiana. Descartes deu ao pensamento científico sua estrutura geral – a concepção da natureza como máquina perfeita, governada por leis matemáticas exatas²⁹.

²⁷ Aqui, importante destacar que, nada obstante esse detalhe seja ignorado por alguns, Descartes deixou claro que sua proposta de método não era universal e pretendia guiar a razão de todos, mas somente a forma como conduziu a sua: “Meu desígnio presente, então, é não o de ensinar o método que cada um deve seguir para a conduta certa da sua razão, mas somente descrever o modo pelo qual tentei dirigir minha própria”. In.: DESCARTES, René. Discurso sobre o Método. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 14. Aristóteles, inclusive, já antecipava a convivência de métodos diversos, aplicáveis conforme a especificidade daquilo que se pretende aprender.

²⁸ DESCARTES, René. Discurso sobre o Método. Petrópolis: Vozes, 2008, 70p.

²⁹ CAPRA, Fritjof. O Ponto de Mutação. São Paulo: editora Cultrix, 1998, p. 56.

Contudo, nada obstante o senso comum “confunda” ciência com verdade absoluta, a realidade é que, como visto, até mesmo as áreas tradicionais passam por uma revolução.

Os campos da física e da matemática, antigamente recintos das respostas e conhecimentos certos, passam por uma “crise de certeza”, com o questionamento dos critérios de evidência matemática e os estudos não euclidianos³⁰.

Assim, conforme leciona Geymonat, nem mesmo a matemática é apta a oferecer verdades absolutas, somente sendo possível falar em “verdade convencional”, ou seja, verdade relacionada a uma teoria específica. Portanto, não existe “Verdade”, mas verdades contingentes³¹.

As transformações no sistema-mundo, com o avanço da ciência, serviram para essa mudança no mundo ocidental, evidenciando a falibilidade – ou a contingência – do conhecimento científico, retirando-o do atemporal e inserindo-o na história. Precisamente por isso, conforme adiante visto, as obras de Kuhn, Popper e Feyerabend ganham destaque, abandonando esse velho paradigma científico.

O curioso é notar que a própria noção de verdade, apesar de apropriada pelo conhecimento científico, não é em si uma noção científica, sendo muito mais próxima de uma noção religiosa, de crença metafísica, ou filosófica, conforme revela as próprias aproximações feitas por Descartes e Galileu³².

Portanto, necessariamente, a própria promessa de verdade oferecida é mais religiosa do que científica. Óbvio que a pretensão de verdade perpassa a ciência, mas promessa de verdade absoluta é no mínimo herética considerando a inserção de tantas variáveis.

Contudo, colocar em xeque a verdade pode conduzir a uma leitura niilista pós-moderna, de que a ciência não é adequada ou apta a produzir um conhecimento certo e, por ser igual aos demais saberes, poderia ser por eles substituída. A essa leitura rasa, Geymonat oferece a seguinte resposta:

Certamente que a conquista permanente de novas verdades relativas não poderá satisfazer os ávidos de verdades absolutas, mas, para estes, a única resposta que se pode dar é a de que, se quiserem, podem procurar tais

³⁰ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva, 187p.

³¹ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva, 187p.

³² Na cultura judaico-cristã, a verdade é vinculada à Deus. Nos Evangelho de Jo 14,6, Jesus Cristo afirma “Eu sou o caminho, a Verdade e a vida”. Ou seja, a verdade é um atributo próprio do divino. Não por outro motivo, a certeza matemática, na visão de Descartes e Galileu, aproximava Homem e Deus.

verdades fora da ciência; de todo modo, nunca no seu interior. A ciência só nos pode facultar verdades relativas, sempre parciais, sempre discutíveis, sempre reversíveis: ela consente em falar de verdades absolutas apenas como limite do processo efectivo emprenhado na pesquisa de sucessivas verdades relativas. Mas este limite, que pode ser um fator de motivação para o cientista militante, não tem nada a ver com aquilo a que aspiram os sequeiros de verdades absolutas no êxtase ou em qualquer fé religiosa, mas sobre isso a filosofia da ciência não tem nada a dizer³³.

Inclusive, a contingência da verdade oferecida pela ciência é condição de possibilidade de sua existência. Em outras palavras, sem a pretensão de superação, o conhecimento científico ficaria estacionado no tempo, tornando-se dogmático, constituindo-se exatamente naquilo que ele surgiu para negar.

Assim, a tese de negação da ciência pela sua impossibilidade de verdades absolutas, mais do que um risco, mostra-se epistemologicamente equivocada, e ilógica, afinal, ignora precisamente o caráter essencial do conhecimento científico: a criticidade. A ciência é progressiva, buscando constantemente sua superação.

Valendo-se das categorias aristotélicas, pode-se afirmar que o conhecimento científico se apresenta em dois momentos: em ato e potência. O ato estaria representado naquilo que é tido por científico num dado momento histórico; a potência estaria nos sentidos possíveis de serem constituídos e obtidos pela crítica ao “ato”. A ciência seria assim um eterno edifício em construção.

A legitimação da ciência não decorre, portanto, da condição de portadora de “Verdades eternas”, mas precisamente da sua natureza crítica, assegurada pela presença do método científico, que permite um constante “ultrapassamento” do saber então constituído e sua revisão, bem como estabelece os parâmetros necessários à sua verificabilidade.

Além disso, a adesão ao projeto científico deve ter em conta os inúmeros benefícios que o conhecimento científico produziu na história da humanidade, com sua apreensão mais adequada da realidade e sua tentativa de maximização.

Da ciência, cobra-se a crítica, o respeito ao método. Das religiões cobra-se a “Verdade”. Não admitir o caráter precário e parcial das teorias conduz, inexoravelmente, a dogmatização, afastando a ciência daquilo que tem de essencial, a criticidade, reduzindo-a em atos de crença³⁴.

³³ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva, p. 98.

³⁴ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

Isto, contudo, não afasta a objetividade do saber científico, que decorre antes da formulação e da publicação das hipóteses, tornando-as aberta ao debate e a crítica pública fundamentada de outros cientistas; bem como da formulação de hipóteses voltadas ao teste experimental; e do controle metodológico dos testes experimentais³⁵.

A ciência deve ser valorizada e mantida, afinal, é a provedora de inúmeros avanços sociais³⁶ – dos medicamentos ao lazer – e tem por meta “*produzir conhecimento do mundo*”³⁷, sem negar que os outros conhecimentos eventualmente também podem fornecer importantes explicações da realidade.

Não existindo mais o paradigma da verdade absoluta, é impositivo estabelecer quais elementos são definidores do científico e que justificam seu “sucesso”.

O conhecimento científico é antes de tudo sistemático, bem como dotado de três elementos: i) um conjunto de hipóteses e teorias resolvidas e a resolver; ii) um objeto próprio de investigação; iii) um método, que para além da técnica, é amparado em regras gerais³⁸.

Feyerabend, apesar de ser um crítico da ciência, vai defini-la como “*não apenas um método específico, mas todos os resultados que até então o método produziu. O que for incompatível com os resultados deve ser eliminado*”³⁹.

Para além disso, acresce-se dois elementos: a ciência traz consigo uma constante crítica sobre si⁴⁰ e um conhecimento que inclui, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade⁴¹.

Além disso, pode-se decompor a racionalidade científica em relação aos seus componentes sintáticos, pragmáticos e semânticos. Um discurso bem construído, com pretensões cognitivas, é: i) formalmente impecável (sintático); ii) refere-se univocamente a estados da realidade (semântica); iii) habilita-se a

³⁵ WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Campinas, Ed. da Unicamp, 1995.

³⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

³⁷ CHALMERS, Alan Francis. A fabricação da ciência. São Paulo: Ed. UNESP, 1994. P. 39

³⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

³⁹ FEYERABEND, Paul K. Contra o método. São Paulo: UNESP, 2007. p. 63.

⁴⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

⁴¹ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5. ed. rev. e ampl São Paulo: Martins Fontes, 2007.

convencer a comunidade de pesquisadores quanto ao seu valor explicativo, a partir dos requisitos anteriores (pragmático)⁴².

Assim, a ciência constitui-se como uma busca constante por explicações e soluções, com revisão e reavaliação⁴³.

Por fim, cumpre assinalar que o processo não é de todo impessoal, envolvendo não apenas cálculo, mas também, e principalmente, inspiração, entusiasmo, voltado à dominação técnica da vida. Diferencia-se, ainda, dos demais saberes, pois está voltado ao progresso, a sua própria superação⁴⁴.

Ainda, neste momento, onde se cuida da antessala da ciência, em suas condições de possibilidade, a distinção existente entre ciências humanas e naturais não se mostra didaticamente relevante.

É evidente que os métodos em ambas são diversos, afinal, cuidam de objetos diferentes. Ocorre, contudo, que essa distinção metodológica não se limita a essa visão bipartite, mas afeta todas as ciências. A única distinção que fundamentava essa cisão era a percepção existente no senso comum, que tomava por parâmetro o grau de certeza, o qual já não mais existe, seja pela crítica aos métodos matemáticos, seja pela delimitação do objeto nas ciências humanas.

Na ciência jurídica, por exemplo, para obter respostas mais “certas” basta delimitar melhor o objeto. Na matemática tradicional, $2+2$ é igual a quatro em decorrência da definição fixa do significado do 2. No direito, uma vez apresentada uma definição restrita de dignidade da pessoa humana, por exemplo, será assegurada a aplicação certa a um determinado caso. Em suma, a diferença é que na matemática o aspecto dogmático naturalizou de maneira mais clara – e menos polêmica – seus conceitos. Todavia, o presente trabalho não objetiva – nem de longe – explorar tal distinção, mas somente colocar em termos específicos o “ser da ciência”, em relação aos demais conhecimentos.

Antes, as ciências da natureza tinham consigo uma noção de estabilidade que lhe pareciam conferir maior grau de verdade. Hoje, com as instabilidades na matemática e na biologia, mostrou-se o caráter problemático de todo conhecimento científico. Assim, conforme leciona Prigogine, é necessário superar o dualismo

⁴² OLIVA, Alberto. Filosofia da Ciência. Vol. 31. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

⁴³ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

⁴⁴ WEBER, Max. "A política como vocação. A ciência como vocação." Ensaios de sociologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

existente, reduzindo as distâncias entre as ciências exatas e suas falsas certezas e as ciências humanas e seu dilema de previsibilidade⁴⁵.

Assim, uma classificação que se mostra mais útil é a cisão entre ciências formais/ideais e empíricas/materiais. Essa divisão leva em conta o objeto das disciplinas e a diferença da natureza dos enunciados. Os primeiros se contentam com a lógica para demonstrar os seus teoremas, os segundos exigem o experimento⁴⁶.

As formais seriam aquelas que não tratam de objetos empíricos, não se submetendo ao veredito dos fatos. No interior, prevalecem os requisitos da consistência (enunciados devem ser coerentes entre si) e da derivação lógica (o enunciado posterior tem que decorrer dos anteriores). As regras de inferência (que definem as formas de transição dos enunciados) são demonstrativas. O processo da verdade opera das premissas para as conclusões (do logicamente mais forte para o logicamente mais fraco)⁴⁷.

Ainda, a matemática teria por natureza o método dedutivo, por ser mais adequado para os objetos idealizados, enquanto o método indutivo serviria melhor às ciências naturais, por sua natureza experimental, afinal, nelas o homem é o objeto principal, verificando suas ações, compreensões, motivações etc. Por fim, nas formais, o método é o axiomático, aquele que parte de axiomas, pressupostos teóricos, enquanto o método nas naturais seria o hipotético⁴⁸.

As ditas empíricas seriam as naturais e sociais, que estudam fenômenos direta ou indiretamente observáveis, abordando-os por métodos quantitativos e qualitativos. Nelas, a empiria e a teoria interagem ativamente. Apesar de serem indutivas, podem recorrer ao conhecimento dedutivo⁴⁹.

Essas divisões classificatórias revelam a especialização desenhada pela ciência moderna, que era um caminho quase inevitável e, de certa forma, desejável, afinal, autoriza uma aprendizagem mais rápida e desenvolve uma linguagem própria, o que, por outro lado, acaba por fechar a área em si mesma em alguns momentos⁵⁰.

⁴⁵ PRIGOGINE, Ilya. Ciência razão e paixão. Belém: Eduepa, 2001.

⁴⁶ BUNGE, Mario. La ciencia: su método y su filosofía. Navarra: Laetoli, 2018.

⁴⁷ OLIVA, Alberto. Filosofia da Ciência. Vol. 31. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

⁴⁸ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁴⁹ OLIVA, Alberto. Filosofia da Ciência. Vol. 31. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

⁵⁰ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva, 187p.

Frente a isto, a crise do paradigma conduz para a necessidade de constituição de uma transdisciplinariedade e interdisciplinariedade, reformulando o paradigma para um “conhecimento prudente” e um paradigma social diverso (de uma vida decente)⁵¹.

As condições para o paradigma emergente é proposto por Santos, em caráter especulativo apenas, intitulado “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, e seriam três: i) “*todo conhecimento científico natural é científico-social*”, superando as dicotomias; ii) “*todo conhecimento é local e total*”, com o fortalecimento da multidisciplinariedade; iii) “*todo conhecimento é autoconhecimento*”, rompendo com a dicotomia sujeito e objeto. O conhecimento científico deve buscar tornar-se senso comum, ou seja, a ciência deve “sensocomunizar-se”⁵².

Valendo-se de Bourdieu, pode-se afirmar que essas transformações na ciência, contudo, são dependentes da ação dos próprios agentes do campo científico (uma estrutura social dotada de autonomia e que dita a forma como a ciência será produzida). Portanto, a ciência depende desse palco de lutas, onde cada intelectual aplica seu capital científico⁵³.

Seguindo nessa linha, Merton destaca que a ciência é estimulada ou desestimulada conforme os interesses sócio-institucionais e influenciada por aspectos políticos⁵⁴. Em suma, as transformações propostas por Sousa Santos dependem das próprias condições existentes no campo científico e político.

Por fim, para além dessa digressão histórico-social, medida impositiva é relacionar a ciência ao seu “irmão siamês”, o método.

Etimologicamente, método vem do grego *methodos*, onde *meta* quer dizer “através de” e *hodos* “caminho”, ou seja, através de um caminho. O “através de” evoca um sentido necessariamente ativo ao caminho, um sentido de movimentação, o que conduz a percepção de existência de uma finalidade. Assim, cabe ao método ordenar o “caminho” através do qual se busca alcançar uma finalidade que é projetada.

⁵¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. Cortez Editora, 2018.

⁵² DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Um discurso sobre as ciências. Cortez Editora, 2018.

⁵³ BOURDIEU, Pierre. Usos sociais da ciência. São Paulo: Unesp, 2004.

⁵⁴ MERTON, Robert King. Ensaio de sociologia da ciência. São Paulo: Ed. 34, 2013. 303 p.

Segundo Alves-Mazzotti e Gewandszajder, “*método pode ser definido como uma série de regras para tentar resolver um problema*”⁵⁵. As regras possuem por característica a generalidade, apesar de não ser infalíveis. O método não serve para conceber as ideias, as intuições, mas para testá-las criticamente, selecionando as melhores hipóteses⁵⁶.

Dessa forma, o método é condição de existência da ciência, pois possibilita a constituição do ideal crítico, constitutivo do saber científico⁵⁷.

Inclusive, uma das características dos métodos científicos é tentar valer-se da suposição para resolver seus problemas, ou seja, oferecer hipóteses que podem ser testadas pela observação. Assim,

*uma hipótese contém previsões sobre o que deverá acontecer em determinadas condições. Se o cientista fizer uma experiência, e obtiver resultados previstos pela hipótese, esta será aceita, pelo menos provisoriamente. Se os resultados forem contrários aos previstos, ela será considerada – em princípio – falsa, e outra hipótese terá de ser buscada*⁵⁸.

Para Popper, contudo, as hipóteses gerais não poderiam ser comprovadas, mas somente poderiam ser refutadas, de forma que toda a hipótese científica seria potencialmente refutável⁵⁹.

Estes testes, inclusive, precisam ser os mais severos possíveis, controlando fatores que podem intervir nos resultados. Deve-se afastar alterações espontâneas, o que pode ser obtido por grupos de controle e/ou pela repetição dos testes. As hipóteses testadas e confirmadas são chamadas de leis científicas gerais, responsáveis por ordenar a realidade, afinal, ciência não é mero acúmulo de saberes⁶⁰.

Essas leis passam a compor todos orgânicos, superando o isolamento, constituindo verdadeiras teorias científicas. Em definição simples, a teoria “*é formada por uma reunião de leis, hipóteses, conceitos e definições interligadas e*

⁵⁵ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 3

⁵⁶ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁵⁷ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁵⁸ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 3-4

⁵⁹ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁶⁰ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

*coerentes*⁶¹. Tem um caráter explicativo ainda mais geral que as leis. A incorporação permite que as leis sejam explicadas a partir das teorias. As teorias permitem, ainda, deduzir novas leis a serem testadas. Em síntese, as leis são mais descritivas, as teorias mais explicativas⁶².

Conforme adiante será explicitado, as teorias são conjunturais, sendo objeto de adequação e até mesmo substituição. A substituição decorre da insuficiência de respostas, permitindo o avanço científico.

As teorias tendem a idealização, ou seja, apresentam modelos simplificados e idealizados da realidade, aptos à aplicação de leis gerais. Os testes, contudo, complexificam o sistema, aproximando-o da realidade, tornando-os mais amplos e profundos⁶³.

A constituição desse panorama científico é uma medida impositiva ao cientista, considerando que, atualmente, no império da *Fake News*, a ciência vem sendo cada vez mais desacreditada.

Não significa dizer que a humanidade perdeu seu apetite pelo conhecimento, mas, principalmente, que a ciência não tem se mostrado apta a desmascarar os falsos saberes⁶⁴, bem como não tem se revelado acessível discursivamente aos populares.

Segundo Sagan, 95% dos estadunidenses são analfabetos científicos, o que revela os riscos que a ciência tem passado quando saberes pseudocientíficos invocam o argumento de autoridade e se subrogam no científico. Aqui, vale observar que pseudociência é diferente da “ciência errônea”, pois a pseudociência tem suas hipóteses desenhadas de maneira irrefutável, oferecendo respostas simples para problemas complexos, em detrimento da “ciência errônea”, que seria ciência refutada⁶⁵.

Por essas razões, a ciência precisa se reapresentar, seja ao cidadão comum, seja ao próprio cientista, despida das mitologias que a cerca, reconhecendo

⁶¹ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 8

⁶² ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁶³ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁶⁴ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

⁶⁵ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

suas limitações e evidenciando suas potencialidades, em especial, sua constante criticidade, que permite o avanço e o progresso do saber. Conforme salienta Merton, é preciso superar a distância assumida pelo cientista, revertendo todo o processo de informações inteligíveis, tornando-as acessíveis ao senso comum⁶⁶.

A ciência possui, por sua própria natureza, linguagem parcimoniosa, técnica, cautelosa e clara, o que pode tornar o texto desinteressante para o senso comum. Por outro lado, a pseudociência fala com as necessidades, nutre fantasias e é mais simples, o que a torna mais compreensível. Assim, a única solução possível é tornar a ciência acessível, inclusive os seus pressupostos e seu método, afinal, como aponta Sagan, ciência não é perfeita, mas é o melhor que está à disposição⁶⁷.

Por fim, Carl Sagan oferece quatro razões de transmitir a ciência ao senso comum, afirmando, primeiramente, que é perigoso reservar para um pequeno grupo as descobertas, servindo a ciência como um caminho para vencer a pobreza. Segundo, a ciência alerta contra os perigos introduzidos pelas tecnologias. Terceiro, a ciência esclarece nossos destinos e nossas origens. Quarto, a ciência caminha aos lados dos valores da democracia, coincidindo a conexão entre elas e o debate intenso e vigoroso⁶⁸. Como afirma Prigogine, a verdade é que a *“ciência é uma expressão da cultura”*⁶⁹, devendo, portanto, ser divulgada e popularizada, inclusive, nas faculdades, quando muito se usa o significante, mas pouco se compreende do significado.

A ciência jurídica vive um drama ainda maior, dado seu caráter imediato político, devendo resgatar o sentido do científico, afastando-se das pseudociências – próprias do argumento de autoridade –, afinal, conforme adiante será visto, apenas assim pode socialmente legitimar-se.

⁶⁶ MERTON, Robert King. Ensaios de sociologia da ciência. São Paulo: Ed. 34, 2013. 303 p.

⁶⁷ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

⁶⁸ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

⁶⁹ PRIGOGINE, Ilya. Ciência razão e paixão. Belém: Eduepa, 2001.

1.2. COMO É A ESTRUTURA DA CIÊNCIA? Uma breve passagem pelas antessalas possíveis do conhecimento científico

Agora, é preciso dar um passo adiante, delimitando o “como” da estrutura das ciências, conforme as diversas escolas, bem como seu impacto na constituição das condições de possibilidade do conhecimento científico e sua classificação. Aqui, cuida-se das teorias que tratam diretamente do que é ciência e da sua estrutura de funcionamento, não daquelas “secundárias”, que ofertam os métodos de pesquisa, ainda que existam, eventualmente, pontos de contato.

Assim, o ponto de partida é dado pela corrente do *positivismo lógico/neopositivismo/empirismo lógico*, representado por Schlick, Carnap, Menger, Hans Hahn etc, que foram influenciados por Wittgenstein e sua ideia de que a linguagem é construída para falar do mundo. Essa corrente é duramente criticada, mas muitos dos seus pressupostos lógicos perduram até hoje⁷⁰ – inclusive na ciência jurídica.

O termo *positivismo* é antecedente e tributário das reflexões de Comte, que entendia o saber científico como paradigma para todo conhecimento⁷¹. Contudo, apesar do significante tomado emprestado, os neopositivistas estão localizados historicamente em outro momento, atrelados a um grupo de filósofos que se reuniu na década de 20, no movimento que ficou conhecido como *Círculo de Viena*, responsável por fundar uma das mais influentes correntes filosóficas e epistemológicas do Ocidente⁷².

Segundo o neopositivismo, todo conhecimento deve possuir base empírica, de forma que a filosofia, por exemplo, não poderia ser científica por não ser observável⁷³. Apesar da distinção entre ciência e filosofia existir desde a Grécia, é com o positivismo que se tem essa cisão absoluta, com a “acusação” de que a filosofia não seria capaz de apresentar respostas certas e comprováveis. Assim, o único conhecimento verdadeiro e válido é o científico, de forma que os outros

⁷⁰ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁷¹ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁷² CARVALHO, MARIA CECILIA M. DE. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papyrus, 1991.

⁷³ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

saberes – que sequer eram formas de conhecimento aos olhos positivistas – não faziam qualquer diferença, devendo ser ignorados⁷⁴.

A realidade seria dotada de exterioridade e o conhecimento precisamente a representação do real. A neutralidade é absoluta, existindo uma dualidade entre fatos e valores. Assim, conhecimento é conhecimento metódico e, por isso, único, válido, objetivo, preciso, perfectível, constantemente crítico, desinteressado, útil, necessário, conjugando raciocínio e experiência, hipotético, que busca leis e teorias, explicativo e prospectivo⁷⁵.

Quanto às ciências humanas, o rigor matemático exigido pelo modelo do neopositivismo impedia a própria adjetivação de científica das ciências humanas⁷⁶. Nessa linha, a ciência começa exclusivamente pelo processo de observação, que seria a única base segura para o conhecimento científico. Inclusive, as leis devem ser obtidas a partir das proposições decorrentes da empiria, pela indução⁷⁷. Cabe aos conceitos, portanto, referenciar algo passível de observação, excluindo do campo científico do conhecimento aquilo que não consegue⁷⁸.

Assim, a indução, para além de permitir confirmar e obter hipóteses pela observação, também possibilitaria obter as leis científicas. Abstratamente, as leis poderiam ser sintetizadas na máxima *“em todos os casos em que se realizam as condições A, serão realizadas as condições B”*⁷⁹.

A justificativa da indução se daria em duas esferas: lógica e na experiência. E justamente aí reside o problema: ora, a observação de um número grande de aves, por exemplo, não autoriza, seja lógica, seja empiricamente, afirmar que todas as aves têm asas. Assim, a indução não pode ser justificada logicamente, visto que não é uma inferência logicamente válida⁸⁰.

Todavia, apesar das objeções teóricas, a verdade é que a indução tem funcionado no mundo dos fatos.

⁷⁴ CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo e o futuro da filosofia. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

⁷⁵ CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo e o futuro da filosofia. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

⁷⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

⁷⁷ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

⁷⁸ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁷⁹ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁸⁰ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

Ainda, o que poderia justificar socialmente a indução é ela própria, mas a justificativa é inaceitável, fundada numa circularidade de raciocínio. O problema da indução já foi apontado por David Hume, não podendo ser sustentado pela razão anterior: em suma, um grande número de observações não assegura que a próxima vai se repetir⁸¹. Assim, o princípio da indução conduz para um juízo de probabilidade, tão somente.

Admitido a impossibilidade obtenção de hipóteses, leis e teorias pela indução, alguns filósofos passaram a creditar tais processos ao ato criativo do cientista, de forma que o procedimento de descoberta seria irrelevante para aceitação do conhecimento como científico. Em outras palavras, não importa as regras para descoberta das hipóteses, mas que, uma vez formuladas, elas precisam ser testadas experimentalmente⁸².

Assim, interessa muito menos as motivações do cientista, e mais a relação lógica entre os enunciados científicos. A tentativa do positivismo, assim, é legitimar o conhecimento científico⁸³.

Contudo, logo o sistema do positivismo lógico foi questionado, basicamente, com a assertiva de que as observações não são “puras”, mas sempre vinculadas às teorias, que, por outro lado, estão impregnadas de conhecimentos⁸⁴.

Além disso, de um mesmo fato seria possível extrair inúmeras teorias, bem como as generalizações seriam superficiais demais para produzir teorias complexas. Por fim, a lógica indutiva seria limitada para análise de fenômenos não-observáveis⁸⁵.

Essas limitações acabaram por auxiliar na retomada de doutrinas racionalistas, como a kantiana, e com a reformulação dos objetivos positivistas, reconhecendo a impossibilidade de alcançar o ideal de certeza absoluta, estabelecendo algumas condições que permitem maximizar o grau de certeza: i)

⁸¹ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

⁸² ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁸³ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁸⁴ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁸⁵ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

aumento do número de observações; ii) condições do fenômeno devem ser variáveis; iii) nenhuma observação deve atuar como contra-evidência⁸⁶.

Todavia, nem mesmo essas “adequações” foram capazes de resolver todos os seus problemas, afinal, não interessa o elemento quantitativo na realização dos testes, mas sim o fato de que eles sempre poderão ser contrariados⁸⁷. Trata-se de um problema principiológico do modelo, portanto, insanável.

Assim, a crítica mais contundente – e de ruptura – veio da obra de Karl Popper, que buscava apresentar uma teoria que não se valesse da indução, substituindo o empirismo justificacionista-indutivista da concepção tradicional por um empirismo não-justificacionista não-indutivista.

O autor rejeitou a ideia de que as teorias científicas derivam de um processo indutivo neutro a partir de uma base empírica neutra, ressaltando o caráter conjuntural⁸⁸.

As teorias seriam criações da mente, precedendo a observação, ajustáveis aos fenômenos que trata, que deveriam ser testadas por observações e experimentos. A falha deve ser eliminada e substituída, de forma que a ciência avançaria por tentativa e erro⁸⁹. Assim, o critério de verificabilidade ofertado por Carnap não seria suficiente para distinguir ciência e filosofia, por exemplo⁹⁰.

Segundo Popper, a hipótese deve ser construída e testada empiricamente (a ideia antecede a observação), contestando o procedimento indutivo, dando um exemplo relacionado aos cisnes, segundo o qual a observação de um x número de cisnes brancos não assegura que o próximo necessariamente o será, afinal, a possibilidade psicológica é diversa da lógica⁹¹.

Seguir o critério de Wittgenstein no *Tractatus*, a saber, de que só teria significado aqueles enunciados descritivos de imagens de realidade, que de fato ocorreram, é apontado como inadequado, afinal, há um sem número de enunciados,

⁸⁶ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁸⁷ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁸⁸ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁸⁹ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

⁹⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

⁹¹ POPPER, Sir Karl Raimund. A lógica da investigação científica; Três concepções acerca do conhecimento humano; A sociedade aberta e seus inimigos. Abril Cultural, 1980.

na física, por exemplo, que não podem ser reduzidos à experiência, mas que são ciência⁹².

Dessa forma, a cientificidade decorreria não da verificabilidade empírica, mas da possibilidade de refutação⁹³. A lógica dedutiva é usada como instrumento de crítica. A refutabilidade é fundamental, devendo ser cultivada pela ciência como falseadores potenciais⁹⁴.

A partir dessa construção, Popper apresenta sua visão de método científico, a saber, o racionalismo crítico, asseverando que o conhecimento em geral progride por conjecturas e refutações.

O processo de conhecimento inicia-se com a formulação de hipóteses que tentam resolver problemas e continua com tentativas de refutação dessas hipóteses, por testes. Se não resistirem, novas hipóteses são formuladas. As aceitas são admitidas como verdades provisórias, pois foi uma hipótese corroborada⁹⁵.

A generalidade é que assegura a possibilidade de refutação – o que é negado por enunciados limitados, devendo as leis científicas serem amplas, precisas e simples⁹⁶.

Popper está, na realidade, propondo um objetivo para a ciência: a busca de teorias de maior refutabilidade e, conseqüentemente, de maior conteúdo empírico, mais informativas e mais testáveis. Elas são, também, as teorias mais gerais, simples e precisas, com maior poder explicativo e preditivo e, ainda, com maior potencial de corroboração. É através dessa busca que iremos aumentar a chance de aprendermos com nossos erros⁹⁷.

Assim, a refutabilidade é que fornecerá o parâmetro importante para separação do científico do não-científico. Se no positivismo lógico, a cientificidade decorria da verificação experimental, no racionalismo crítico popperiano dependerá da refutabilidade.

⁹² ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

⁹³ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁹⁴ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁹⁵ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

⁹⁶ POPPER, Sir Karl Raimund. A lógica da investigação científica; Três concepções acerca do conhecimento humano; A sociedade aberta e seus inimigos. Abril Cultural, 1980.

⁹⁷ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 18

Karl Popper ainda não nega a existência de uma verdade, afirmando, inclusive, que a aceção de erro em si evidencia isso. A corroboração, dessa forma, seria um indicativo dessa aproximação com a verdade⁹⁸.

Chalmers apresenta o racionalismo crítico a partir de três grandes princípios, capazes de sintetizar o até então enunciado: i) a ciência não parte de observação, mas das hipóteses teóricas sobre a realidade; ii) as observações não são aptas de comprovar uma proposição universal, podendo, no máximo, comprovar a falsidade de uma proposição universal incorreta; iii) somente é científica a proposição falseável⁹⁹.

As teorizações popperianas também foram objeto de crítica, que podem ser sintetizadas em dois grandes grupos: i) de que a história da ciência mostra que mesmo a refutação não conduz ao abandono das teorias, mas a readequação das hipóteses; ii) de que as teorias em regras são testadas em sua totalidade, não hipóteses esparsas.

Quanto ao argumento histórico, a história da ciência demonstra que a maioria das teorias científicas sobreviveu algum tempo mesmo depois de terem sido falsificadas, não tendo sido abandonadas imediatamente, e, inclusive, a sua não rejeição foi proveitosa para a ciência, produzindo novos saberes¹⁰⁰. Ainda, ocorreria uma substituição das hipóteses, de forma que a solução de Popper é lógica, mas não metodológica¹⁰¹.

Quanto ao argumento estrutural, a prática demonstra que as teorias devem ser consideradas como um todo estruturado, como sistemas teóricos complexos, não hipóteses isoladamente testadas¹⁰². Na visão dos críticos de Popper, o teste de todo o sistema teórico permite a substituição de algumas hipóteses sem a refutação teórica de todo sistema, restando difícil precisar o marco em que ocorre a refutação da teoria como um todo¹⁰³.

⁹⁸ POPPER, Sir Karl Raimund. A lógica da investigação científica; Três concepções acerca do conhecimento humano; A sociedade aberta e seus inimigos. Abril Cultural, 1980.

⁹⁹ CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹⁰⁰ CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹⁰¹ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

¹⁰² CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹⁰³ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

As críticas à concepção popperiana passam pela teoria de Lakatos, apontado por alguns como um desdobramento, até o “dadaísmo metodológico”, de Feyerabend, que nega o método na ciência¹⁰⁴.

Nessa linha, merece destaque as ideias de Thomas Kuhn, que revolucionou a leitura de ciência ao inserir uma dimensão histórica, social e psicológica¹⁰⁵. Segundo o autor, a história da ciência não seria um mero processo de acumulação de fatos e teorias, pois cada época produziria uma visão sistemática particular.

Assim, Kuhn rompeu com a visão de desenvolvimento evolutivo, linear, como um constante somatório de saberes, demonstrando que a ciência se transforma através de revoluções, mudanças descontínuas e não-cumulativas¹⁰⁶. A concepção do autor pode ser sintetizada a partir de quatro conceitos: ciência normal, paradigma, crise e revolução¹⁰⁷.

A ciência normal é aquela da qual os cientistas se ocupam, tratando-se de uma forma de enxergar a realidade, com preconceitos e presunções. A ciência normal reprime a inovação, pois constitui um conhecimento tácito a média dos cientistas. Assim, aqui, o dogmatismo é fundamental¹⁰⁸.

Para Kuhn, esse dogmatismo não seria em si ruim, afinal, somente com ele o cientista poderia se concentrar nos trabalhos exigidos pelo paradigma, tratando dos desdobramentos das reflexões. Sem o paradigma, tudo é caótico, afinal, os autores discordariam constantemente a respeito de tudo, não compartilhando qualquer fundamento, inviabilizando a própria ciência, afinal, os critérios de verificabilidade seriam variáveis e infinitos¹⁰⁹.

O paradigma emerge da disputa entre várias escolas (no período de pré-ciência), até o surgimento de um consenso, quando uma comunidade de cientistas partilha daquelas convicções. Quanto à conceituação, os críticos apontam pelo

¹⁰⁴ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

¹⁰⁵ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papirus, 1991.

¹⁰⁶ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011

¹⁰⁷ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papirus, 1991.

¹⁰⁸ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papirus, 1991.

¹⁰⁹ CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

menos três conceitos, que remetem pelo menos 21 significados: de elemento de fé e estrutura social até instrumento de pesquisa¹¹⁰.

Nas palavras de Kuhn, a melhor definição é que *“paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante certo tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”*¹¹¹.

Em outras palavras, seria uma “teoria ampliada”, composta de leis, conceitos, modelos, regras de avaliação e princípios metafísicos, universalmente aceitos. A força paradigmática decorreria do ensino do paradigma e da sua utilização prática na ciência dogmática¹¹².

Nesta linha, percebe-se que o paradigma possui duas grandes formas de manifestação: i) epistemologicamente, no âmbito interno, diz o conhecer e o como conhecer; ii) sociologicamente, externamente, atua através da aceitação dos princípios pelos demais cientistas, os quais tomam aquelas bases epistêmicas e metodológicas, de forma que cada paradigma produz seus critérios de cientificidade e, portanto, de verificabilidade.

Desta forma, os cientistas criam o paradigma no qual se encontram, mas, sucessiva e circularmente, são criados por ele, considerando que conhecem a ciência como a ciência conformada por aquele paradigma, afinal, *“Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”*¹¹³. Em conclusão, o paradigma estabelece os limites dos sentidos e determina os padrões para o trabalho legítimo dentro da ciência¹¹⁴.

Esse consenso é quanto aos problemas, métodos e entidades aceitas. Assim, a objetividade da ciência decorreria dos resultados atingidos estarem de acordo com os pressupostos do paradigma, não da correspondência entre teoria e

¹¹⁰ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papirus, 1991.

¹¹¹ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011. P. 15.

¹¹² ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹¹³ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011. P. 219

¹¹⁴ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

realidade. Assim, a cientificidade é avaliada dentro do próprio paradigma, sem recurso a parâmetros externos¹¹⁵.

Os conceitos de crise e revolução estão embrincados, afinal, a ciência não é produto somente de vitórias, apresentando problemas insolúveis dentro de um paradigma. Nesse momento, o ceticismo tomaria conta, abrindo espaço para emergência do novo, que promete solucionar os novos problemas. O processo de assimilação, contudo, não é veloz¹¹⁶.

Seria a força do paradigma que explicaria a resistência ao “abandono” de certas teorias. Além disso, o paradigma teria um certo núcleo, que permitiria novas descobertas, sem abandonar o eixo, o que seria benéfico, afinal, impede que uma teoria seja abandonada na primeira refutação, permitindo o avanço das ciências¹¹⁷.

A crise poderia ser resolvida de três modos: i) o paradigma vigente soluciona os problemas; ii) as anomalias constatadas não interferem; iii) o paradigma é substituído por outro capaz de resolver os problemas¹¹⁸. Mas como se define qual caminho é tomado?

Justamente nisso reside uma das críticas à teoria de Kuhn: segundo o autor, se o cientista acredita, ele mantém. Se não acredita, substitui. Aqui reside a tese da incomensurabilidade, em outras palavras, não seria possível justificar racionalmente a preferência por uma ou outra teoria¹¹⁹, afinal, não existe nenhum argumento lógico que demonstre a superioridade de um paradigma frente a outro¹²⁰.

Assim, os cientistas convivem com uma crise existencial: precisam admitir o paradigma no qual estão inseridos, pois sem ele não produzem conhecimentos na profundidade devida e, ao mesmo tempo, exige-se certa crítica, pois em caso contrário a ciência se torna dogma, sem progresso¹²¹.

¹¹⁵ CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo e o futuro da filosofia. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

¹¹⁶ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papirus, 1991.

¹¹⁷ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹¹⁸ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹¹⁹ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹²⁰ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹²¹ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

Dentre as críticas, Kuhn foi acusado de relativismo e irracionalismo, ao permitir que qualquer coisa pudesse ser tida por científica, afinal, supostamente negaria os critérios objetivos de avaliação.

Contudo, a verdade é que o autor ressalta o papel da persuasão, mas apresenta alguns critérios para avaliar uma “boa teoria”: exatidão (quantitativa e qualitativa), consistência (livre de contradições internas), alcance, simplicidade e fecundidade (orientar novas pesquisas). Além disso, a plausibilidade, o poder explanatório e a capacidade de resolver problemas seriam levadas em conta. Todavia, o próprio autor ressalta que esses valores não justificam a aceitação, relacionado muito mais a um processo histórico-social¹²².

Aqui se insere uma leitura de certa forma instrumentalista de Kuhn, no sentido de que o progresso da ciência está atrelado a sua capacidade de solucionar problemas, não uma proximidade com a verdade.

Ainda, cumpre assinalar que Kuhn não ofertou um modelo terminado. Inclusive, pelo embate entre Kuhn e Popper, permitiu-se o desenvolvimento de ambos os programas epistemológicos, propiciando adequações, alterações e, até mesmo, interações.

Ou seja, inclusive, as ideias de ambos podem ser conjugadas em alguns pontos, permitindo conclusões como a de que inexitem verdades absolutas, assim como toda teoria possui um núcleo não refutável: a refutação não atinge a teoria como um todo, mas as hipóteses, ou seja, a refutação existe, ao contrário do que previsto por Kuhn, mas um núcleo remanesce (contrariando a tese de substituição de Popper)¹²³.

Ainda, outro crítico do racionalismo crítico popperiano foi Imre Lakatos, que também afirmava que a alteração de hipóteses ocorria sem a necessidade de refutação de toda a teoria.

A adequação das hipóteses permitiria “salvar” as teorias. Contudo, tal alteração não seria livre, pois certas leis devem permanecer, sob pena de desvirtuamento da ciência. Assim, o programa de pesquisa tem um núcleo rígido que

¹²² ALVES-MAZZOTTI, Aida Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹²³ CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papyrus, 1991.

não é alterado, composto por leis irrefutáveis, por decisão metodológica, e outro variável.

As teorias, portanto, teriam princípios fundamentais, permitindo alterações, permanecendo o núcleo. Contudo, uma vez modificado o núcleo, muda todo o programa de pesquisa¹²⁴.

Percebe-se uma certa proximidade entre as teorias de Lakatos e de Kuhn, em especial a proximidade entre os conceitos de paradigma e programas de pesquisa. A diferença é que Kuhn dá maior ênfase aos fatores sociológicos (razão pela qual foi acusado de relativismo)¹²⁵.

O programa de pesquisa é mantido, pois a recusa às refutações ao núcleo central é justificada enquanto possível for alterar as hipóteses auxiliares, bem como o programa for capaz de prever eventos futuros¹²⁶. Conforme bem sintetiza Chalmers:

Um programa de pesquisa lakatosiano é um[a] estrutura que fornece orientação para a pesquisa futura de uma forma tanto negativa quanto positiva. A heurística negativa de um programa envolve a estipulação de que as suposições básicas subjacentes ao programa, seu núcleo irreduzível, não devem ser rejeitadas ou modificadas. Ele está protegido da falsificação por um cinturão de hipóteses auxiliares, condições iniciais etc. A heurística positiva é composta de uma pauta geral que indica como poder ser desenvolvido o programa de pesquisa. Um tal desenvolvimento envolverá suplementar o núcleo irreduzível com suposições adicionais numa tentativa de explicar fenômenos previamente conhecidos e prever fenômenos novos. Os programas de pesquisa serão progressivos ou degenerescentes, dependendo de sucesso ou fracasso persistente quanto levam à descoberta de fenômenos novos¹²⁷.

Assim, o núcleo rígido é o que identifica e caracteriza o programa científico que, por decisão metodológica dos protagonistas, não é refutável, reservando à refutação às hipóteses não essenciais da teoria.

O programa somente é abandonado quando como um todo não fornece respostas e surge um novo. Aqui, o critério de cientificidade é a imersão num programa de pesquisa¹²⁸.

¹²⁴ LAKATOS, Eva Maria; DE ANDRADE MARCONI, Marina. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 1991.

¹²⁵ CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹²⁶ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

¹²⁷ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. P. 114

¹²⁸ CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

Exige-se do programa possuir certo grau de coerência para o mapeamento de uma pesquisa futura e deve permitir a descoberta de novos fenômenos. Contudo, as hipóteses não podem violar o núcleo essencial ou contrariá-lo, sob pena de contradição lógica¹²⁹.

A comparação entre programas rivais é complexa, afinal, é difícil precisar o nível de degeneração de um programa, além de sempre ser possível um retorno ao programa anterior¹³⁰. As críticas possíveis caminham no mesmo sentido das objeções opostas a Kuhn, dada a similitude do programa nesses pontos.

Por fim, destaca-se a “teoria” de Paul Feyerabend, que é mais radical que as anteriores, afinal, afirma inexistir normas que assegurem o progresso da ciência ou que diferencie seus conhecimentos dos demais. Segundo o autor, todo conhecimento científico se produziu a margem ou contra a metodologia então vigente, conforme poderia se depreender da história da ciência¹³¹.

Assim, o cientista é chamado ao pluralismo teórico, com uma metodologia pluralista. Todavia, o autor observa que não pretende fornecer uma nova metodologia, mas tão somente afirmar que tudo pode ser ciência, dado o caráter anárquico das mudanças científicas¹³².

A ciência não tem um método próprio, nem é uma atividade racional, mas anárquica, onde as regras metodológicas não apenas não são obedecidas, como precisam ser violadas para o avanço.

Na verdade, Feyerabend leva a incomensuralidade às últimas consequências, divergindo de Kuhn e negando qualquer critério objetivo. Assim, ciência não é superior a nenhuma outra forma de conhecimento.

Mesmo que admitida a crítica de Feyerabend, constata-se que em todas as teorias tem-se o padrão da ciência como dotada de um método crítico, que constantemente se auto examina, criticando até mesmo seus testes e métodos, mas dotado de um núcleo dogmático não refutável, ponto de partida da reflexão, impedindo o regresso infinito.

¹²⁹ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹³⁰ CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

¹³¹ FEYERABEND, Paul K. Contra o método. São Paulo: UNESP, 2007. 372p.

¹³² CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo e o futuro da filosofia. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

1.3. DO “NÚCLEO DURO” DA CIÊNCIA: as Ciências e seus mitos

Das teorias apresentadas anteriormente, percebe-se uma sucessão de rupturas e continuidades. Quanto à teoria anárquica de Feyerabend, nada obstante sirva de importante arsenal crítico do processo científico, entende-se que apresenta alguns equívocos e ignora duas questões importantes: i) os períodos onde se faz ciência a partir de um paradigma vigente, o que poderia ser chamado de “ciência dogmática”; ii) que as revoluções científicas são marcadas por rupturas, mas que em seu cerne sempre se mantém algo do paradigma anterior. Dessa forma, o empreendimento científico, apesar de possuir certa dose variável por critérios não racionais, não é de todo anárquico.

Assim, entende-se que para analisar o fenômeno das ciências pode-se partir da leitura de Kuhn ou da de Lakatos, que apesar de estarem suscetíveis a certo grau de criticidade, apresentam-se como valorosas chaves de leitura – sejam os paradigmas, sejam os programas de pesquisa – para compreensão do científico.

O mais interessante nesse momento é a constituição do núcleo duro das ciências – ou do dogma, na visão de Kuhn – que vai conformar a ciência dogmática e impactar no dia-dia científico. Grife-se: o momento de revolução científica é um fenômeno extraordinário, a verdade é que diariamente o cientista convive com seu paradigma ordinário vigente.

A necessidade desse empreendimento dogmático é fundamental para o funcionamento da ciência, como aponta Kuhn, que afirma que sem os dogmas a ciência seria um constante debate quanto aos fundamentos do que é o científico, o que, em último caso, a inviabilizaria.

A verdade é que sem os dogmas, o processo de conhecimento científico conduziria para um regresso infinito que não poderia ser racionalmente justificado, desembocando numa negação do próprio conhecimento científico como possível ou útil.

Assim, a existência desses dogmas não invalida a ciência, nem mesmo negam sua criticidade, mas sim é condição de possibilidade do mesmo. O aspecto crítico da ciência somente é negado quando os dogmas são tomados como verdade absoluta, sob a qual não poderá pender qualquer discussão.

O que diferenciará, portanto, o conhecimento científico do teológico, por exemplo, é a possibilidade desses dogmas estarem à disposição das críticas e dos apontamentos. Em suma, a possibilidade de serem abandonados em nome de outros, que se revelarem mais úteis.

A verdade é que se a ciência dogmática for levada às últimas consequências, o conhecimento científico dela decorrente torna-se ato de fé. Inclusive, uma crítica do cientificismo de matriz positivista foi precisamente ter transformado a ciência, que pretendia derrubar mitos, em um mito moderno¹³³.

Essa dogmatização está atrelada a própria estrutura do saber científico, estudada no item 1.1, a saber, sua natureza sistemática. É precisamente o fato de a ciência constituir-se sistema que cobra dela essa principiologia primeira, categorial, como ponto de partida e ponto de chegada.

Assim sendo, ao se falar da relação entre sistema e ciência, é imperiosa a retomada da filosofia kantiana, que mais do que Descartes, revolucionou as próprias formas de conhecer na modernidade ocidental.

Não por outra razão, o filósofo prussiano é caracterizado como o responsável por promover uma revolução na teoria do conhecimento de inúmeras áreas, nomeada revolução copernicana. Conforme salienta Cassirer, o movimento neokantiano alcançou inúmeros ramos do saber, desde a física de Herman Helmholtz até historiadores como Friedrich Lange¹³⁴.

No direito, Gustav Radbruch chega a afirmar que foi Kant que deu o golpe definitivo que rompeu com o direito natural com sua teoria do conhecimento, deixando para trás nomes como Kelsen e Savigny¹³⁵.

A influência kantiana é notada pela construção da sua filosofia transcendental. Nesse ponto, é preciso assinalar que em Kant, o transcendental não diz com o metafísico, mas com a tentativa de compreender aquilo que está por trás do conhecimento. Em outras palavras, a preocupação da teoria é desvendar as condições prévias do conhecer.

Valendo-se das palavras do autor, transcendental pode ser conceituado como *“todo conhecimento que em geral não se ocupa tanto do objeto, mas com o*

¹³³ CHRÉTIEN, Claude. A ciência em ação: mitos e limites: ensaios e textos. Campinas: Papirus, 1994.

¹³⁴ CASSIRER, Ernst. Linguagem e mito. São Paulo: Perspectiva, 2010. 127p.

¹³⁵ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

*nosso modo de conhecer objetos, na medida que esse conhecimento deve ser possível a priori*¹³⁶. A preocupação, portanto, é com a possibilidade de conhecer a priori.

A estética transcendental kantiana reflete acerca dos princípios da sensibilidade e da intuição a priori, deparando-se com os “dois troncos do conhecimento”: sensibilidade (faculdade cognitiva inferior) e entendimento (faculdade cognitiva superior), que se articula em entendimento em sentido estrito (conceito), faculdade de julgar (os juízos) e a razão no sentido estrito (conclusões). Sendo assim, o conhecimento, do ponto de vista lógico, se deve a estas duas “fontes”, que tem o mesmo peso e hierarquia no processo e são dependentes umas das outras. Assim, o conhecimento humano exige a soma de três elementos para o conhecimento: a sensibilidade, nas formas puras da intuição (tempo/espço), entendimento (os conceitos puros, categorias) e o juízo, onde se localiza os esquemas transcendentais e os princípios do entendimento puro¹³⁷.

Ao crescer os sentidos como condição de conhecimento, Kant conduz para a finitude do conhecimento humano, revolucionando as mitologias anteriores. Assim, o modelo da filosofia transcendental impactou diretamente na constituição do saber científico, em especial, com as condições de apreensão do objeto pelo sujeito cognoscente. Contudo, tem-se um conceito que será chave para transformar a própria percepção de ciência: o sistema.

A ciência constituiu-se como sistema na modernidade, sendo este um valor intrínseco repetido como um mantra, sem questionamento. Inclusive, basta retomar a análise das percepções científicas do início desse trabalho para observar que a lógica sistemática permeia todo processo científico, independente da teoria.

O equívoco reside precisamente na ausência de definição do que se entende por sistema, de maneira precisa. Evidenciando o caráter plurívoco da palavra, Norberto Bobbio aponta que existe pelo menos três grandes acepções de sistema¹³⁸.

Tal conceito é muito caro ao direito, mas não se limita a essa área, espalhando-se para outros campos do saber, alcançando até mesmo os mais

¹³⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017.

¹³⁷ HÖFFE, O.; Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 333 p.

céticos, que compreendem a necessidade e a importância de unidade sistemática dos saberes¹³⁹.

Etimologicamente, a palavra pode ter seu sentido buscado no grego, *syn – istemi*, que remete ao sentido de composto, construído, ou seja, uma totalidade construída e composta de partes. A modernidade manteve essa leitura de conglomerado, adicionando, pela leitura kantiana, um outro elemento decisivo: a ordem¹⁴⁰.

Segundo Losano, aos gregos não era dado conhecer o todo, não ao menos na forma compreendida pelos modernos, mas somente as partes que o compunham¹⁴¹. Com a filosofia kantiana, sistema passa a ser compreendido como um grande edifício construído, a partir de um elemento que confere ordem.

É oportuno destacar que nem todos concordam com a leitura de Losano e Ferraz Junior, por entenderem que desde a experiência grega, o sistema *“refere-se uma totalidade construída, composta de várias partes, um conjunto de elementos envolvendo uma ordem, não uma simples justaposição”*. Segundo Kretschnann, inclusive, o método ordenador sob princípios unitários de Aristóteles fez surgir a ideia de ciência ligada à sistema, tornando o conhecimento como iniciador da cientificação do mundo¹⁴².

Todavia, é em Kant que se tem o desenho de toda a arquitetônica da razão e a aplicabilidade do modelo sistêmico como garantidor do processo científico, vivendo a condicionalidade histórica.

Assim, em Kant, o sistema será apresentado como *“uma relação entre todo e as partes, onde a retirada ou acréscimo de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica”*¹⁴³, abandonando assim definitivamente o modelo mecânico por um orgânico, que tem por pressuposto uma força única, central, que age de maneira teleológica, diferenciando-se de um mero somatório das partes. Em outras palavras, sistema é uma unidade de conhecimentos ordenados por um princípio.

¹³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; LASK, Emil. Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: USP : R. dos Tribunais, 1976. 188 p.

¹⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; LASK, Emil. Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: USP : R. dos Tribunais, 1976. 188 p.

¹⁴¹ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁴² KRETSCHNANN, Angela. Sistema. In.: BARRETO, Vicente de Paulo et al. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006. P. 760.

¹⁴³ KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017.

Canaris, que adota esse conceito, expressa, em suas palavras, sistema como “a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se quiser, a ordenação de várias realidades e junção de pontos de vista unitários”¹⁴⁴. O sistema, portanto, tem duas características: ordenação e unidade.

A percepção grega de sistema envolve a existência de uma totalidade, composta da junção de partes. Com Kant, pela concepção de princípio, adiciona-se o elemento organização.

O princípio ordenador tem a função de expurgar do sistema todos os elementos que não se insiram nessa totalidade, assegurando a coerência sistêmica. Para além disso, pode-se localizar ainda esse princípio unificador como um elemento que assegura a fundamentação.

Da retomada dos padrões científicos anteriormente expostos, do positivismo ao pensamento de Kuhn, percebe-se que a ciência obedecerá estritamente a esse padrão sistemático, em especial, sua necessária orientação por princípios reitores, pressupostos primeiros para dizer científico o saber.

O ideal do sistemático persegue a ciência moderna, de forma que os conceitos de sistema e ciência passam a quase se confundir, afinal, o último somente é admitido como tal quando percebido como um conjunto de saberes ordenados a partir de um único princípio¹⁴⁵.

Para Kant, inclusive, o saber científico é mais legitimado por ser fundamentado, real e verdadeiro, produzido pelo sujeito cognoscente, num processo onde a estrutura universal da razão garante a universalidade da ciência¹⁴⁶. O livro “*Crítica da razão pura*” nada mais é do que uma tentativa de fundamentar o processo científico, legitimando por meio da arquitetura da razão pura.

A necessidade desse princípio primeiro remete ao problema da fundamentação do conhecimento propriamente dito. A verdade é que o problema da fundamentação é da essência do conhecimento que se pretende autêntico, diferenciando-se da mera opinião¹⁴⁷.

¹⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm; CORDEIRO, Antonio Menezes. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. P. LXIV

¹⁴⁵ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 3. ed Petropolis: Vozes, 2012. 621 p.

¹⁴⁷ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

Todos os conhecimentos buscam respaldo, legitimação, mas, ao conhecimento que se pretende científico, a questão da fundamentação é ainda mais cara, afinal, como visto, é o modelo paradigmático de conhecimento do Ocidente¹⁴⁸.

Esse maior cuidado e preocupação com a fundamentação é decorrência imediata da natureza do conhecimento produzido pela ciência, que é mais sistemático que os saberes cotidianos, metodicamente mais seguro e, por isso, necessariamente, requer maiores fundamentos e garantias epistemológicas¹⁴⁹.

O anseio de fundamentação do saber encontra-se na busca pela verdade, que, conforme adiante demonstrado, é a maior pretensão – e ao mesmo tempo, ato de fé – do processo científico. É da necessidade de se dizer verdadeiro que o conhecimento científico busca fundamentação, expurgando as dúvidas¹⁵⁰.

Grife-se: a pretensão de verdade não é exclusividade do conhecimento científico. Todo conhecimento/saber enunciado possui a pretensão de ser verdadeiro. Inclusive, o conhecimento mentiroso enunciado, por mais que o emissor possua consciência de sua inverdade, ao enunciá-lo busca a pretensão de verdade e aceitação pelos ouvintes. Assim, fundamentação está intimamente vinculada à pretensão de verdade.

A experiência humana com a verdade, seguindo os ensinamentos de Chauí, está amparada em três grandes concepções, tributárias de três grandes experiências culturais: a tradição grega, a tradição latina e a tradição hebraica¹⁵¹.

Na tradição grega, a verdade está conectada a palavra *aletheia*, que, etimologicamente, é definida como “não esquecimento”, o “não dissimulado”. Nessa significação, a verdade é posta como aquilo que é apresentado ao Homem, tendo por antônimo o falso, o escondido. Assim, a verdade é uma manifestação da realidade, uma qualidade própria das coisas, revelada por elas mesmas. O processo de conhecimento assim constitui-se como automanifestação da realidade, por ser qualidade dos objetos, cabendo dizer a verdade que está na coisa¹⁵².

Da tradição latina, a verdade se diz *veritas*, conectando-se menos “a coisa” e mais à precisão, ao rigor e a exatidão do relato, do qual se cobra detalhamento,

¹⁴⁸ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁴⁹ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁵⁰ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁵¹ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

¹⁵² CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

pormenorizado e de maneira fidedigna. Assim, a verdade conecta-se ao relatado, onde a verdade não depende da essência do objeto, mas da memória e da correspondência entre facticidade e relato. Verdade opõe-se assim à mentira, ao relato falseado da realidade¹⁵³.

Por fim, na tradição hebraica o conceito de verdade atrela-se ao *Emunah*, que pode ser definido como confiança. Assim, a verdade é um atributo não das coisas ou dos relatos, mas do agente emissor, das pessoas e de Deus. Verdade, portanto, vincula-se à fidelidade com a palavra, com o compromisso, com a promessa empenhada¹⁵⁴.

Sintetizando, Chauí aponta que *aletheia* diz como as coisas são, sendo a verdade produto da evidência; *veritas*, por outro lado, diz como os fatos foram, dependendo dos cuidados linguísticos, onde a verdade é dependente da coerência interna e lógica discursiva; *emunah*, por outro lado, diz como as coisas serão, atrelada ao futuro, dependendo da confiança e do consenso. A experiência ocidental de verdade seria uma síntese desses três modelos, que podem ser buscados paradigmaticamente nos modelos filosóficos que embasam o processo científico¹⁵⁵.

Ainda, Chauí aponta que existiria um quarto conceito de verdade, atrelado à pragmática, segundo o qual um conhecimento seria verdadeiro pelos resultados que produz¹⁵⁶. De certa forma, esse conceito caminha muito próximo à percepção de verdade paradigmática de Kuhn.

Todavia, independentemente do “tipo” de verdade, têm-se a pretensão de fundamentação em menor ou maior escala: seja uma fundamentação pelas próprias coisas, seja uma fundamentação pela narrativa, seja uma fundamentação na confiança ou em Deus.

Essas três manifestações apresentam-se na ciência – em menor escala, a fundamentação com base na confiança -, mas é a vinculação da verdade à certeza, importada do pensamento cartesiano, que ressaltou a necessidade de fundamentos ainda mais seguros ao conhecimento.

¹⁵³ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

¹⁵⁴ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

¹⁵⁵ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

¹⁵⁶ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

Nesse sentido, Hans Albert, importando categorias de antigos manuais de lógica, resgatou e ressignificou um princípio: o da razão suficiente. O filósofo alemão traz esse princípio para o campo da metodologia, interpretando-o como um princípio metodológico, não apenas lógico, que poderia ser expressado segundo a lógica de que o conhecimento exige a fundamentação suficiente das suas razões¹⁵⁷.

Por força da lógica sistêmica do conhecimento, a questão da fundamentação está intimamente vinculada à lógica, o que permite a importação do princípio da razão suficiente. A verdade é que fundamentação, sistema e encadeamento lógico e causal estão intimamente vinculados, afinal, a lógica dedutiva, própria da interpretação interna dos sistemas, depende precisamente de uma sequência de enunciados.

Inclusive, é essa cadeia de dedução lógico-causal que permite a validade interno-sistemática do saber¹⁵⁸. Grife-se: a dedução, por si, não é capaz de assegurar a validade externa do saber, mas somente interna, em relação aos seus componentes. Como a ciência é sistêmica, sua lógica de procedimento interno opera-se desta forma no processo de fundamentação.

Para Albert, no modelo de fundamentação adotado na modernidade, a verdade é transmissível pela dedução lógica, assim, seja a fundamentação de uma assertiva, seja de todo um sistema de enunciados, remetem-se a fundamentos seguros¹⁵⁹.

O fundamento seguro diz com as razões últimas de um sistema de conhecimento. Valendo-se da nomenclatura kantiana, eles são os princípios reitores da lógica sistêmica, afinal, asseguram ordem na operabilidade do sistema, expurgando aquilo que contraria e fornecendo as razões últimas do conhecimento.

Essa fundamentação última apresenta-se como necessariamente problemática, remetendo a problemas de inúmeras naturezas. Para Albert, pode ser sintetizada pela lógica do Trilema de Münchhausen¹⁶⁰, podendo se dar em três formas/modalidades: i) pelo regresso infinito, ou seja, pela busca constante de

¹⁵⁷ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁵⁸ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁵⁹ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁶⁰ De acordo com a mitologia, o Barão de Munchhausen teria escapado de um pântano puxando os próprios cabelos, o que levou a sua utilização no trilema de fundamentação apresentado por Hans Albert, onde os três modelos se revelam como impasses.

fundamentos últimos; ii) pelo círculo lógico, com a retomada de enunciados que já surgiram; iii) pela interrupção do procedimento em um ponto¹⁶¹.

Nessa altura do trabalho, os dois primeiros apresentam os problemas práticos evidentes, afinal, o regresso infinito não apresenta possibilidade real na prática, apenas teórica, bem como acaba por não fornecer nenhuma base segura ao conhecimento. Quanto ao círculo lógico, apresenta óbice precisamente na lógica, por não apresentar nenhuma base segura, mas um constante retorno¹⁶².

Todavia, o modelo da interrupção do procedimento de fundamentação em um ponto não está imune às críticas, em especial, pela natureza arbitrária do processo de interrupção¹⁶³.

Contudo, apesar dos problemas evidentes, o modelo científico moderno, pela sua natureza dogmática, optou pela interrupção do procedimento em um ponto, ou seja, em outras palavras, pelo modelo dogmático.

Fichte também trabalha com a concepção de fundamentação última de toda ciência a partir de um princípio e, até por ser tributário da concepção sistêmica de Kant, salienta que esse princípio último – ou primeiro – não é passível de demonstração direta¹⁶⁴, razão pela qual foi inclusive acusado de pragmatismo.

A razão é simples: a ciência existe sob certas condições que a tornam possível. Sendo um sistema, possui um princípio ordenador, e este não pode ser demonstrado dedutivamente¹⁶⁵.

O próprio Thomas Kuhn, inclusive, dissertou sobre a função do dogma na investigação científica. Inicialmente, o senso comum médio oporia ciência e dogma, apresentando-os como coisas que não se misturam, que são opostas, mas a verdade, contudo, é que o dogma é um componente necessário do procedimento científico¹⁶⁶.

Explica-se: sem o dogma, a ciência viveria um processo de constante crítica de seus fundamentos últimos, impedindo o seu próprio progresso interno. Se os

¹⁶¹ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁶² HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁶³ HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

¹⁶⁴ FICHTE, Johann Gottlieb. A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos. São Paulo: Nova Cultural, 1992.

¹⁶⁵ FICHTE, Johann Gottlieb. A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos. São Paulo: Nova Cultural, 1992.

¹⁶⁶ KUHN, Thomas S.. A função do dogma na investigação científica. Curitiba, PR: Ed. da UFPR, 2012. 65 p.

cientistas vivessem questionando seus paradigmas, não haveria qualquer desenvolvimento possível dentro das teorias.

Assim, diversamente do que aponta Marques Neto, os dogmas não são empecilhos epistemológicos¹⁶⁷, a princípio, mas sim condições de possibilidade da ciência.

Na teoria de Lakatos, o dogma estaria acobertado pelo núcleo duro do programa de investigação científica, ou seja, como aquele conjunto de hipóteses não questionáveis.

De fato, levar às últimas consequências o dogmatismo impede o avanço científico, tornando-o ato de fé. Contudo, é preciso ressaltar que a ciência se apresenta em ato e em potência. Assim, a “ciência dogmática” seria a ciência em ato.

Trazendo para a filosofia kuhniana, pode-se afirmar que a ciência é bipolar: ora será revolucionária, questionando os dogmas postos; ora dogmática, valendo-se dos dogmas para se desenvolver internamente. São dois momentos complementares, duas faces da mesma moeda¹⁶⁸.

Para além de princípio de fechamento da fundamentação sistêmica, o dogma possui uma função ordenadora de totalidade, excluindo o que é exterioridade ante a totalidade sistêmica.

Essa necessidade de fundamentação última dos processos científicos conecta-se precisamente a percepção de tempo constituída na sociedade judaico-cristã. Nesse modelo, a história é vista de maneira linear, por eventos irrepetíveis e irreversíveis, onde existe um início e um fim, visando um *telos*. Do cristianismo e seu *telos* de salvação ao marxismo e seu *telos* de sociedade sem classes. Em sentido oposto, tem o modelo de história grega e pagã, que via a história com fenômeno cíclico, de eterno reinício.

Cumprе salientar que esses dogmas não se apresentam solitários, mas acompanhados de uma narrativa constituída para “protegê-los”, ou, melhor dizendo, fundamentá-los e legitimá-los.

¹⁶⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

¹⁶⁸ KUHN, Thomas S.. A função do dogma na investigação científica. Curitiba, PR: Ed. da UFPR, 2012. 65 p.

Ocorre que ante a suspensão abrupta de fundamento, os dogmas não podem ser fundamentados naquilo que categorialmente os antecede, necessitando de um outro modelo de fundamentação que não é dedutivo.

O modelo de fundamentação é o mitológico, ou seja, constroem-se mitos que revestem esses dogmas, tentando naturalizá-los e torná-los operacionalizáveis. A função do mito é precisamente essa, ou seja, constituir-se como “narrativas especiais” que buscam expressar uma certa tradição¹⁶⁹.

Tal afirmação pode soar estranha, afinal, na história da filosofia, o mito é colocado em oposição ao conhecimento científico. A percepção clássica dos filósofos é que os mitos eram criados para interpretar os fenômenos, por insuficiência dos saberes construídos até então, revestindo de sacralidade a fundamentação¹⁷⁰.

Etimologicamente, a palavra *mythos* é produto de intenso debate. Existem correntes que propõem sua derivação de *myo*, que quer dizer “fechar”; por outro lado, outros sustentam que derivam de *myéo*, que significaria “iniciar”, “instruir”, da mesma origem de “mistério”. Há ainda a hipótese de ligação com a exclamação “mû”, que também teria derivado *myo* e *myéo*, que teriam a mesma raiz de “emudecer”, “fazer sentido”. Atualmente, a tese mais acolhida é a que remete o surgimento a uma palavra de raiz indo-europeia *meudh* ou *mudh*, que apresentam sentidos diversos, mas aproximados de “recordar” e “preocupar”. Tal leitura aproxima-se do grego *mythos*, ligado a pensamento¹⁷¹.

Segundo a teoria do “milagre grego”, a filosofia teria surgido da ruptura com o mito, assim, o conhecimento nasce da ruptura, da negação do mito, com uma nova busca de sentidos.

Ocorre que é da natureza humana criar mitos, afinal, a humanidade não passa de conjunto de criaturas em busca de sentido para o mundo. Os mitos conferem esse sentido buscado, devendo ser compreendidos junto com a liturgia que os acompanha¹⁷².

O mito assim não é uma “falsa representação” apenas, mas possui uma dimensão constitutiva, ontológica, de forma que, por mais que se negue a dimensão

¹⁶⁹ ROCHA, Everardo. O que é mito. São Paulo: Brasiliense, 2017.

¹⁷⁰ MATSUURA, Oscar Toshiaki. Cometas: do mito à ciência. 1985.

¹⁷¹ PERINE, Marcelo. Mito e Filosofia. São Paulo: Philótophos, 2002.

¹⁷² ARMSTRONG, Karen. Breve história do mito. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

do sagrado e do mito – como os iluministas tentam fazer -, eles compõem as estruturas do inconsciente humano¹⁷³.

Ele fala do desconhecido, a respeito de algo que não se tem palavra, ele mostra como deve se comportar. Carrega consigo uma mensagem que não é diretamente enunciada, exigindo as entrelinhas¹⁷⁴. Conforme quis Malinowski, ultrapassa a mera ficção¹⁷⁵.

Uma classificação mais clássica decompõe as concepções de mito quanto a sua funcionalidade: i) naturalista, que é a mais comum, e interpreta o mito como uma forma de tradução das forças da natureza em narrativas; ii) historicista, onde o mito é utilizado com a finalidade de narrar grandes episódios históricos; iii) religiosa, que conecta mito e ritual¹⁷⁶.

A verdade é que independentemente das classificações, o mito traz consigo o símbolo, que é a forma de linguagem fundamental de toda existência humana¹⁷⁷. Conforme aponta Vernant, rompendo com a dicotomia história-mito, o homem pertence à esfera do simbólico¹⁷⁸. Precisamente por isso, o mito é objeto de interesse de inúmeras áreas do conhecimento.

Com uma leitura mais internalista, Joseph Campbell aponta o mito não como aquilo que significa um vazio interpretativo, mas com uma ferramenta de compreensão das potencialidades do ser humano, como um guia do espírito humano¹⁷⁹.

Ainda, como salienta Levi-Strauss, os mitos são tentativas de explicar fenômenos pouco compreensíveis, podendo estar no domínio da palavra, da língua ou do objeto. Trata-se de uma combinação de elementos, que possui uma raiz próxima à da linguagem, mas com propriedades próprias, buscadas em um nível acima¹⁸⁰.

Dessa forma, ao contrário das teorizações de Max Mueller, o mito não é uma deficiência da linguagem, um defeito do espírito. O equívoco dessa percepção reside

¹⁷³ ELIADE, Mircea. Mito e Realidade. 3ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1991.

¹⁷⁴ ARMSTRONG, Karen. Breve história do mito. Trad. Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

¹⁷⁵ MALINOWSKI, Bronislaw. Argonautas do pacífico ocidental. Ubu Editora LTDA-ME, 2018.

¹⁷⁶ ROCHA, Everardo. O que é mito. São Paulo: Brasiliense, 2017.

¹⁷⁷ RICOEUR, Paul. Tempo e narrativa. A intriga e a narrativa histórica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁷⁸ VERNANT, Jean-Pierre. Entre mito e política. São Paulo: Edusp, 2001.

¹⁷⁹ MOYERS, Bill; CAMPBELL, Joseph. O poder do mito. São Paulo: Palas Athena, 1990.

¹⁸⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. A estrutura dos mitos. Antropologia estrutural, v. 2, 1975.

numa leitura ainda situada no paradigma do ser, onde as teorias correspondem com as coisas. A verdade é que os mitos não são meras ilusões fundacionais, mas formas de objetivação da realidade¹⁸¹.

Mito e linguagem, portanto, possuem raízes comuns e conectadas. Típico exemplo dessa íntima relação são os mitos criacionais, onde, em regra, mito, palavra e Deus Criador conectam-se intimamente, seja como instrumento, seja como fundamento próprio da divindade¹⁸². A primeira determinação do Deus Criador é chamar pela palavra si mesmo a vida.

Assim, na estrutura científica, pode-se afirmar que o mito se constitui como lugar primeiro da significância, submetendo-se as mesmas leis da linguagem, o que conduz a um entrelaçamento entre o pensar mítico e o pensar linguístico, que atuam dentro da mesma concepção mental metafórica. Assim, é a metáfora o vínculo intelectual que liga mito e linguagem. O mito recebe da linguagem a vivificação e o enriquecimento interior, tal como, reciprocamente, a linguagem os recebe do mito, num processo circular¹⁸³.

O cientificismo também tem seus mitos, conforme já visto, afinal, apesar das diferenciações entre ciências e os outros saberes, a verdade é que são todos saberes “culturais”¹⁸⁴.

Através do mito, representa-se, personifica-se, diviniza-se forças naturais e sociais, apresentando relações de dependência entre os fenômenos e os divinizados.

Quanto ao sentido do mito, existem três grandes linhas: i) uma primeira, que busca o sentido do mito na mitologia, considerando-o como um sistema coerente de crenças; ii) uma segunda, que busca o sentido fora da mitologia, para buscar o que ele diz; iii) um terceiro, que busca o sentido do mito através da mitologia, o mito tem um elemento que o discurso racional não pode enunciar¹⁸⁵.

¹⁸¹ CASSIRER, Ernst. Linguagem e mito uma contribuição ao problema dos nomes dos deuses. São Paulo: Perspectiva, 1972.

¹⁸² CASSIRER, Ernst. Linguagem e mito uma contribuição ao problema dos nomes dos deuses. São Paulo: Perspectiva, 1972.

¹⁸³ CASSIRER, Ernst. Linguagem e mito uma contribuição ao problema dos nomes dos deuses. São Paulo: Perspectiva, 1972.

¹⁸⁴ CHRÉTIEN, Claude. A ciência em ação: mitos e limites: ensaios e textos. Campinas: Papirus, 1994.

¹⁸⁵ PERINE, Marcelo. Mito e Filosofia. São Paulo: Philósophos, 2002.

A conceituação do mito, assim, é obra de grande debate, tendo sido objeto de estudo de inúmeros filósofos, antropólogos e historiadores. De Malinowski a Levi-Strauss, sendo necessário apresentar o sentido utilizado neste trabalho.

Em regra, dentre as muitas definições, o mito acaba sendo encarado como um “fraudador” do real, produto do irracional, uma “ideia falsa em sua versão mais sedutora”. No presente trabalho, contudo, o mito é encarado como *“um conhecimento derivado de certas experiências sociais e, como tal, um modo de pensar que reforça certezas, negações e, principalmente, interesses”*. Em síntese, serve, na verdade, como uma importante fonte de informações para o mundo, ajudando a compreendê-lo, sendo uma forma de coletiva de classificar valores. Em resumo, *“o mito é uma razão prática à qual recorrem os grupos sociais para justificar e legitimar seus interesses”*¹⁸⁶.

Paolo Grossi, importante historiador do direito, oferece valorosa contribuição, definindo *“mitificação como processos de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis; mitificação como passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença”*¹⁸⁷.

O mito, assim, na ciência, serve para manter esse núcleo estável do científico, servindo de legitimação de todo o processo de fundamentação. O processo de secularização da modernidade buscou romper com essas percepções míticas, religiosas, conforme bem aponta Habermas¹⁸⁸, mas a verdade é que ocorreu uma mutação.

Tal processo não é em si problemático, mas exige apenas a atenção do cientista, que embora trabalhe com os dogmas, não pode universalizá-lo, bem como deve ter consciência que o sistema deve ser ordenado e lógico.

¹⁸⁶ RUST, Leandro Duarte. Mito papais: política e imaginação na história. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. 247 p.

¹⁸⁷ GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. 2. ed. rev. ampl Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. P. 14.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Fé e saber. 1. ed São Paulo: Ed. UNESP, 2013. 60 p.

1.4. NO AVANÇAR DA HORA: direito é ciência ou ciência do direito é retórica?

Dessa forma, é próprio do processo científico a constituição de dogmas, que visam servir de objeto de fundamentação ao processo de justificação científica, amparados na pretensão de verdade.

Por razões lógicas, a admissão do direito como ciência implicará na constituição de modelo análogo. Contudo, é imperiosa a necessidade de, após essas digressões, da análise dessas antessalas epistêmicas da ciência, o questionamento da cientificidade do direito.

Aqui reside uma questão deveras complicada, visto que, definir o próprio sentido de direito é plurívoco e complexo, conforme adiante se revelará, apresentando os diversos sentidos para a mesma palavra, implicando, em cada caso, em compreensões diversas do próprio objeto científico.

Eugen Ehrlich, por exemplo, partindo de uma lente sociológica, define direito como constituído não da cristalização nos códigos legislativos, mas sim de um direito vivo, perseguido pelas pessoas em suas relações. Assim, o Direito não depende da vontade do Estado e do legislador, mas sim do reconhecimento social da regra pelos afetados¹⁸⁹.

Na obra de Hans Kelsen, a definição de direito acaba confundindo-se com a de ciência jurídica, cabendo à explicação do funcionamento do ordenamento jurídico, sem a interferência de outros saberes. Assim, o direito não se confunde com os valores que representa, constituindo um saber puro. O traço definidor do jurídico será a organização da força/coação, afinal, é a obrigatoriedade que adjetiva de juridicidade a norma, sendo a legitimidade indiferente para a validade¹⁹⁰.

Da leitura marxista, tem-se a contribuição dialética, em especial a definição de Pachukanis, que encara o direito como fenômeno típico da sociedade burguesa, como ferramenta de dominação¹⁹¹.

Dessas poucas definições, depreende-se que dizer “o que é o direito?” é uma pergunta que varia a resposta e causa profunda inquietação nos juristas. Essas dificuldades decorrem da complexidade e da variabilidade do fenômeno, mas,

¹⁸⁹ EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986. 387p.

¹⁹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. ed São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.

¹⁹¹ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. A teoria geral do direito e o marxismo. Coimbra: Centelha, 1977. 283p.

principalmente, de uma *“certa concepção sobre a relação entre linguagem e realidade, que impede que se tenha uma ideia clara sobre os pressupostos, as técnicas e as consequências que devem ser consideradas”*, que ainda estaria vinculada a concepção platônica da relação entre linguagem e realidade¹⁹².

A variabilidade de definição do objeto conduz, necessariamente, a diversas conceituações do que é ciência do direito.

Primeiramente, deve-se assinalar que o conhecimento científico constitui-se rompendo com o comum¹⁹³, o que justifica o anseio do jurista em caracterizar o direito como ciência. Assim, tornou-se um mantra – nem sempre muito refletido – referir-se ao direito como ciência, mesmo que com essa assertiva, no mais das vezes, não se observe qualquer padrão de cientificidade, sem sequer definir o que se entende ou delimitar seu campo de atuação, com a mera finalidade de atribuir autoridade ao emissor, reproduzindo como se fosse um dado óbvio.

A luta se dá pela caracterização do conhecimento comum como difuso e desorganizado, que despreza a sistematicidade, enquanto, como visto, o saber científico tem a natureza de ser coerente, sistemático e fundamentado, o que assegura uma maior legitimação social.

Troper admite a cientificidade do direito como uma questão estabelecida, sendo, todavia, ambígua e antiga. A princípio, haveria dois grandes sentidos: um amplo, de ciência jurídica como prática dos juristas, como sinônimo de dogmática jurídica, onde o direito em si é ciência; um outro restrito, que usa o vocábulo ciência com a finalidade de diferenciar do direito. Ambas acepções estariam atreladas à duas epistemologias diversas: a epistemologia do direito e a epistemologia da ciência do direito¹⁹⁴.

Por outro lado, a ciência do direito tem duas grandes funções: uma de interpretação (como critério interpretativo) e outra, de construção e sistema¹⁹⁵.

Contudo, a caracterização do direito como ciência é produto, antes de tudo, das teorizações de Hans Kelsen, que o caracterizou como ciência autônoma,

¹⁹² NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 11.

¹⁹³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

¹⁹⁴ TROPER, Michel. Ciência do Direito. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martines Fontes, 2012.

¹⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

abstraindo das demais áreas do conhecimento, tornando-se irrefutável. Nada obstante os esforços do teórico austríaco, bem como a ampla aceitação à sua conceituação, existiram críticas contundentes a cientificidade do direito.

A primeira e uma das mais famosas críticas à cientificidade do direito veio da obra de Von Kirchmann, que afirmou que a natureza contingente do direito afeta a possibilidade de afirmar a existência da ciência do direito. Dessa forma, a instabilidade do direito e, portanto, do seu objeto, bem como sua natureza arbitrária, representariam flagrante impossibilidade de sua aceitação como ciência¹⁹⁶.

A outra crítica geralmente suscitada é a incapacidade da dogmática jurídica de descobrir verdades sobre as coisas, bem como por sua natureza singular, contingencial. Inclusive, Gèny, concebia o direito não como ciência, mas antes como arte¹⁹⁷.

Percebe-se que todas as objeções tem como núcleo central de refutação a percepção de que o direito não pode constituir-se como ciência por não obedecer aos princípios de validade universal¹⁹⁸. Em outras palavras, percebe-se que a grande crítica quanto à possibilidade de cientificidade do direito está ligada à percepção de ciência como aquela ligada ao senso comum, que crê na existência de uma verdade absoluta, o que já foi refutado no presente trabalho. Assim, pelas novas leituras acerca da ciência, não é possível negar a cientificidade do direito pela sua incapacidade de fornecer respostas definitivas, visto que todos os paradigmas da ciência foram revistos e reconfigurados.

Conforme visto, as mudanças na própria estrutura do conhecimento científico, bem com as alterações metodológicas, como o surgimento da dialética, serviram para revolucionar a própria percepção de ciência, como já explorado, colocando em xeque o mito do cientificismo e suas verdades absolutas e o da neutralidade científica¹⁹⁹.

¹⁹⁶ RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 232p.

¹⁹⁷ GÉNY, François. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Sirey, 1921.

¹⁹⁸ FRIEDE, Roy Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 170 p.

¹⁹⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

Passou-se a admitir que a validade intrínseca dos princípios e pressupostos científicos são mutáveis no tempo e no espaço, em decorrência das mudanças dos conceitos científicos²⁰⁰.

Há ainda aqueles que questionam a cientificidade do direito pela sua incapacidade de resolver todos os problemas aos quais é submetido. Mais uma vez, após o cientificismo, derrubou-se o mito da ciência uma entidade capaz de fornecer todas as respostas, reconhecendo as limitações como elementos necessários ao progresso científico.

Ainda, intimamente ligada a essa percepção, tem-se uma objeção de natureza prática. Segundo Angel Latorre, o problema da ciência do direito é seu caráter arbitrário, afinal, as leis podem ser modificadas a qualquer tempo, de forma que, por mera vontade legislativa, *“bibliotecas inteiras são convertidas em lixo”*²⁰¹.

Contudo, esse raciocínio também se apresenta equivocado, seja porque o ordenamento não sintetiza o todo do direito, seja porque raramente é abruptamente alterado, seja porque os juristas participam ativamente dessas alterações, fornecendo as fórmulas, tanto na criação, quanto na aplicação.

Assim, valendo-se das novas percepções de ciência, já exploradas, pode-se pacificamente afirmar a cientificidade da ciência jurídica, concebida como conhecimento racional, sistemático e metódico de parcela da realidade, que traz no seu cerne a possibilidade de refutação e a pretensão de progresso, com a pretensão de veracidade.

Além dessas características, a ciência jurídica apresenta a possibilidade de autocrítica constante, que sustenta as possibilidades de refutação. Inclusive, o grau de maturidade de uma ciência é medido precisamente por sua capacidade de colocar-se em posição de autoquestionamento, não se afirmando o tempo todo dogmaticamente²⁰².

A diferença do conhecimento científico para os conhecimentos comuns não é a existência do dogma, mas possibilidade questioná-los e, eventualmente, serem superados.

²⁰⁰ FRIEDE, Roy Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 170 p.

²⁰¹ LATORRE, Angel, Introdução ao direito. Lisboa: Livraria Almedina. 1997.

²⁰² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

Conforme crítica de Marques Neto, a percepção média do jurista acerca do direito como ciência passa por uma leitura do objeto como imutável, pré-existente, o que caracterizaria um obstáculo a leitura científica. A verdade é que a ciência não tem resultado definitivo, sendo produto não de um somatório, mas de descontinuidades²⁰³.

Assim, reconhecida a cientificidade, Friede, partindo da classificação binária clássica, defende que a ciência jurídica é uma ciência social hermenêutica, o que implicaria em afirmar que o foco é menos nos fenômenos sociais, e mais um sistema de interpretação de fatos sociais não limitados a simples valoração²⁰⁴. Conforme já assinalado, essa classificação tem pouco efeito no real, mas é útil para a percepção do objeto desse campo de conhecimento.

Agora, é preciso dar um passo adiante, tratando da delimitação do objeto da ciência do direito, ou seja, perguntar qual a realidade investigada pelo jurista.

De um lado, um grupo de juristas define o direito como uma área dedicada ao estudo dos fenômenos jurídicos, caracterizado como dogmática, cuidando das leis e dos códigos, não possuindo natureza crítica dos parâmetros da normatividade. O científico estaria marcado pelas subsunções e os valores da justiça e da ética seriam irrelevantes.

O principal teórico dessa corrente foi Hans Kelsen. O autor austríaco afirmava que a ciência jurídica deveria ser despida dos elementos valorativos, ideológicos e extranormativos²⁰⁵.

Ao afirmar a natureza de ciência normativa, o modelo kelseniano não propugnava que a ciência jurídica deveria cuidar da formulação da norma, mas sim teria uma função descritiva²⁰⁶.

Assim, Kelsen afirmava que o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas vigentes dentro de uma unidade territorial era o objeto da ciência do direito. A estrutura normativa seria piramidal, onde no topo se encontra a Norma Hipotética Fundamental²⁰⁷.

²⁰³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

²⁰⁴ FRIEDE, Roy Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 170 p.

²⁰⁵ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

²⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²⁰⁷ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

O objeto da ciência jurídica assim é “o conjunto de normas que constituem o Direito vigente”²⁰⁸, numa interpretação que toma em conta apenas o viés legiferante do direito.

Com isso, Kelsen não pretendia afirmar que o direito não sofria injunções dos valores, da ética e da moral, mas somente assinalar que a ciência jurídica possuía uma existência própria, com objeto próprio. Buscava descrever os princípios gerais da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico. O problema da justiça, enquanto questão de valor, assim, está fora da teoria do direito²⁰⁹.

O direito prescreve, permite, confere competência, mas não produz ensinamentos, nada obstante, por constituir-se em linguagem, possa eventualmente possuir a mesma natureza de enunciados fáticos.

A missão da ciência jurídica é conhecer o direito com base no seu conhecimento. Tal atividade tem distinção com os órgãos jurídicos, que tem por missão produzir o direito a ser conhecido e descrito pela ciência²¹⁰. Ou seja, o ato de aplicação é diverso do ato científico, em Kelsen.

Como observa Larenz, Kelsen é a tentativa mais grandiosa de cientificação do direito, partindo da distinção entre juízos de ser e dever ser – devidamente criticada por Ross -, afastando os fatos, relegados à sociologia, preocupando-se não com os conteúdos, mas com a estrutura lógica do direito²¹¹.

Tal leitura foi responsável por inserir na ciência jurídica os ideais de objetividade, exatidão e neutralidade, ainda sob forte influência do positivismo lógico – diferente, contudo, do positivismo jurídico. Contudo, hoje em dia, nada impede a busca por esses ideais, desde que ressignificados pelas novas epistemologias científicas.

Por outro lado, Nino vai adiante nas teorizações de Kelsen, sustentando que o objeto da ciência jurídica são os sistemas jurídicos. Inclusive, o autor argentino ressalta que a ciência do direito deve precisamente ser diferenciada do direito, apesar de usualmente serem utilizadas iguais nomenclaturas, o que apresenta problemas, pela confusão área e objeto²¹².

²⁰⁸ LATORRE, Angel, Introdução ao direito. Lisboa: Livraria Almedina. 1997. P. 152

²⁰⁹ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

²¹⁰ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

²¹¹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²¹² NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Apesar da impossibilidade de universalização, a verdade é que o modelo positivista permitiu o desenvolvimento da dogmática jurídica nos países de *civil law*, ao menos. Grife-se que se chama dogmática pela aceitação da força obrigatória do direito positivo²¹³.

A dogmática foi além do positivismo kelseniano, dialogando com a Escola da Exegese, o que conduziu a crença na verdade de uma proposição não aberta à corroboração intersubjetiva e crítica, sustentada por todo um aparato ideológico²¹⁴.

Foi a percepção de ciência jurídica como dogmática jurídica que prevaleceu na prática. Grife-se que, conforme já asseverado, a dogmática jurídica é uma parte da totalidade científica do direito, razão pela qual não representa uma única percepção de ciência, mas uma constante no momento de atuação paradigmática.

Inclusive, para Warat, a ciência dogmática não é suficiente frente às contingências da realidade²¹⁵, mas a verdade é que a ciência dogmática desenvolveu – e desenvolve – um relevante papel na realidade, especialmente na consolidação da ciência do direito.

Por outro lado, Ross apresenta crítica contundente à Kelsen, apontando que as proposições jurídicas não são normas de dever ser. Assim, o objeto da ciência do direito deve ser asserções sobre qual o direito vigente ou, em outras palavras, diretrizes de decisão dos tribunais²¹⁶.

Alchourrón e Bulygin, refinando a crítica de Ross, apontaram que a ciência jurídica tem duas grandes tarefas: uma primeira, de natureza empírica, determinar qual o enunciado compõe a base da ordem jurídica; e uma segunda, de assegurar as operações lógicas de sistematização do direito²¹⁷.

Ocorre que não apenas o modelo kelseniano, mas todos, em regra, não se preocupam muito com a função e a atividade dos juristas, segundo Nino²¹⁸.

²¹³ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²¹⁴ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²¹⁵ WARAT, Luis Alberto. O ciencia juridica e seus dois maridos: fragmentos de uma expedicao pelo direito, pela ciencia e outros lugares de arrogancia. Santa Cruz: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

²¹⁶ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²¹⁷ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²¹⁸ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Vicente Rao, seguindo linha próxima, afirma que a ciência do direito investiga *“fatos e fenômenos jurídicos, apura[ndo] a sua uniformidade e dela infere as leis que disciplinam estes fatos e fenômenos”*²¹⁹.

Rompendo, de certa forma, com o modelo estritamente purista kelseniano-positivista, Miguel Reale conceitua a ciência jurídica como tendo *“por objeto o fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado”*²²⁰.

Inclusive, é a historiografia que demonstrou a insuficiência do modelo de ciência do direito apenas a partir do Estado. Paolo Grossi demonstrou as especificidades do direito medieval, marcado pela incompletude do poder político, e por certa indiferença entre o político e o direito, marcado por fontes plurais²²¹. Assim, a partir do autor, pela experiência de estranhamento, pode-se definir o como objeto da ciência jurídica o ordenamento jurídico²²².

Ross, por exemplo, crítico de Kelsen, definirá direito vigente como *“conjunto de diretivas que provavelmente os tribunais considerarão em suas decisões judiciais, as proposições da ciência do direito constituem, em última instância, previsões sobre quais diretivas serão aplicadas pelos juízes”*²²³.

Miguel Reale, já citado, vai adiante e define a ciência do direito como aquela que cuida do fenômeno jurídico em sua natureza tridimensional: fato, norma e valor.

A concepção de Villey, por outro lado, conecta direito ao justo, onde a ciência é ao mesmo tempo uma atividade cognitiva e produto dela, um saber indicativo, não prescritivo, afinal, o direito não é o posto, mas o das relações²²⁴.

Uma demonstração de que a classificação apresentada acima se refere aos tributários da experiência do *civil law*, é que entre os realistas americanos a ciência do direito tem dois sentidos, diversos dos anteriores: ciência dos advogados, visto como a empírica, que busca prever o comportamento dos juízes; e a ciência dos juízes e dos legisladores, resultado da realidade das regras necessárias²²⁵.

²¹⁹ RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. Vol. 1. São Paulo: Editora RT, 1991. P. 44.

²²⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. P 16-17.

²²¹ GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. 344 p.

²²² GROSSI, Paolo; DAL RI, Arno. O direito entre poder e ordenamento. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²²³ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 373

²²⁴ TROPER, Michel. Ciência do Direito. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martines Fontes, 2012.

²²⁵ TROPER, Michel. Ciência do Direito. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martines Fontes, 2012.

Assim, se é possível sintetizar, a ciência do direito é concebida como “*um sistema de conhecimentos sobre a ‘realidade jurídica’*”, conectado diretamente as concepções de metodologia aplicada²²⁶.

Ainda, Marques Neto oferecerá uma conceituação à luz do pensamento dialético, fornecendo as bases para o estudo científico do direito, sintetizado num sistema de sete máximas: I) só há direito no espaço social; ii) a ciência do direito é uma construção teórica como qualquer outra; iii) o fenômeno jurídico tem existência objetiva, sendo que dele não se pode prescindir a ciência do direito, embora não trabalhe com ele, e sim com o objeto de conhecimento que ela própria constrói em função dos enfoques teóricos e metodológicos; iv) o fenômeno jurídico não existe em estado puro, sendo influenciado pelo meio, exigindo um enfoque interdisciplinar; v) inexistente um método perfeitamente adequado à investigação jurídica, sendo variável em relação ao enfoque, de forma que a avaliação retrospectiva avaliará a validade ou não da metodologia aplicada; vi) a norma jurídica é apenas um aspecto do direito, sendo o momento prático, técnico, influenciado pelo sistema político e ideológico, mas a ciência participa; vii) a eficácia da norma é medida pela adequação às proposições teóricas do direito e pela correspondência com a realidade do que por critérios formais, apesar de não desprezível²²⁷.

A partir dessa leitura, Marques Neto considera que o jusnaturalismo e o juspositivismo, em suas mais variadas vertentes, não podem ser tidos por científico, pois o primeiro é amparado no metafísico e o segundo deveras restritivo²²⁸.

Aqui, discorda-se do autor, afinal, o que é interpretado como “defeito”, na verdade, é uma caracterização diversa do científico. Seja o dogmatismo de um, seja o caráter metafísico do outro, deve-se assinalar que se atrelam diretamente a percepção do saber científico como dogmático, conforme conceito de sistema antes tratado. Inclusive, nem mesmo a dialética proposta pelo autor está isenta dessas limitações, que, como visto, são próprias do saber científico, de todo saber sistemático.

A verdade é que o objeto da ciência jurídica é variável conforme o paradigma vigente. Inclusive, partindo da análise do próprio Marques Neto pode-se

²²⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A ciência do direito . São Paulo: Editora Atlas SA, 2000.

²²⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

²²⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

concluir isso, quando o autor afirma que o ponto de vista é que cria o objeto da ciência.

O objeto do direito será, portanto, em sentido lato, o próprio fenômeno jurídico, conceito que abarca qualquer fenômeno social, desde que sob o enfoque próprio. Assim, método é definido pelo enfoque²²⁹.

Grife-se que a ciência jurídica manterá consigo uma parcela dogmática, que serve para as elaborações necessárias, cotidianas. O progresso é assegurado pelo jurista que, dotado de espírito crítico e construtivo, apresenta novas reflexões, a partir da facticidade posta, especialmente, quando o paradigma se ensaia insuficiente.

Tal processo é da ontologia da própria ciência, afinal, o saber científico é representado por um trabalho que nunca termina, repleto de continuidades e descontinuidades. O pensamento científico não é melhorar o anterior, mas propor outra forma de encarar o problema²³⁰.

Tércio Sampaio aponta que a ciência pode proceder duas verificações. Uma, intitulada zetética, onde as perguntas sobre os conceitos básicos, premissas, princípios, ficam abertos ao debate. Ou seja, os princípios básicos de um sistema mantêm seu viés hipotético e problemático, abertos à crítica. Duas, intitulada dogmática, quando os elementos são subtraídos à dúvida, ou seja, postos fora de questionamento, mantidos como não atacáveis, ao menos provisoriamente, são postos como absolutos²³¹.

Perceba-se que tal percepção aproxima-se diretamente do conceito de ciência paradigmática e ciência revolucionária, em especial, um duplo viés de conhecimento científico produzido dentro do paradigma e um fora do paradigma, a partir da exterioridade.

As funções são diversas, para perguntas diversas. As questões zetéticas dizem com uma função especulativa e são infinitas. Por outro lado, as dogmáticas

²²⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

²³⁰ MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. 328 p.

²³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

têm uma função diretiva clara e são finitas. O enfoque zetético quer dizer o que uma coisa é, o dogmático preocupa-se em orientar uma decisão²³².

A ciência assim é produto desses dois momentos, é filho dessa aparente contradição, desse manter e negar. A vinculação com a percepção de ciência de Kuhn é evidente, cabendo resgatar e analisar a ciência jurídica sob os olhos da categoria paradigma, cientes de suas potencialidades e limitações, como qualquer teoria científica.

Esses paradigmas são universalmente admitidos, fornecendo as respostas para os problemas que a realidade apresenta, partilhando um conjunto de conceitos e pressupostos básicos, ainda que existam diferenças internas. Epistemologicamente, o paradigma vai dizer o próprio conhecimento e, sociologicamente, atua assegurando a aceitação dos demais aos padrões estabelecidos. Em conclusão, o paradigma estabelece os limites da cientificidade.

Inclusive, nessa linha, Ferrajoli aponta que existe uma relação íntima entre mudanças institucionais e culturais e as filosofias jurídicas, impactando nas revoluções paradigmáticas do direito²³³.

O primeiro paradigma é o jusnaturalismo, fortemente influenciado pelas filosofias essencialistas. Do ponto de vista temporal, no Ocidente, é o paradigma com maior predomínio, podendo ser decomposto em pelos menos dissidências: cosmológico, teocêntrico e racionalista. Nesses, a estrutura é análoga, alterando basicamente a fundamentação última, o dogma estrutural²³⁴.

A estrutura geral é composta pelo pressuposto da existência de duas modalidades normativas: uma fonte normativa natural e outra humana, onde o relacionamento entre elas varia conforme a corrente teórica, podendo ser de fundamentação, referência crítica ou axiológica, onde a lei humana é categorialmente preferida.

²³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

²³⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

Inclusive, a existência de um direito contraposto ao vigente faz com que Bobbio aponte a natureza de teoria da justiça do jusnaturalismo, assim como o legalismo²³⁵.

Nele, o direito é visto como produto das coisas, como inscrito numa realidade posta que é revelada ao jurista – aqui, intérprete e cientista confundem-se. O direito remete para uma ordem normativa objetiva e racional²³⁶, conforme leciona o próprio paradigma do ser.

Nesse, a atuação do cientista era mais ampla, afinal, vigoravam leis e princípios abstratos, revelados pelo intérprete do direito. Assim, era um direito de natureza majoritariamente jurisprudencial e doutrinário, pouco legislado, próximo do ideal de justiça, onde a legitimidade era produto dos doutores, dos cientistas²³⁷.

O segundo paradigma é o positivista, que nasce das alterações político-econômicas do Ocidente, e por forte influência do criticismo kantiano, que desenvolveu o jusracionalismo às últimas consequências, acreditando numa razão imutável e eterna.

Aqui, cumpre asseverar a existência de inúmeros positivismos, que variam de acordo com cada autor, mas remanesce uma questão: a apresentação da cientificidade do direito pelo apagamento da tensão existente entre direito natural e direito positivo – entre facticidade e validade –, com a exclusão do primeiro do domínio científico.

O positivismo acredita na existência de apenas um direito válido, a saber, o positivo, oriundo do Estado. Ciência e justiça passam a ser coisas diversas. O cientista do direito é precisamente aquele que consegue despir-se da lógica anterior e analisar friamente as disposições emanadas do Estado.

Cientista cuida da lei, filósofo, da justiça²³⁸. Conforme assinalado anteriormente, Kelsen, principal representante dessa corrente, não concebia o direito fora da moral, mas somente tinha a preocupação de cientificizar o direito pela sua “purificação”, numa leitura neopositivista de ciência. Nas palavras do jurista austríaco:

²³⁵ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016

²³⁶ PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever.²³⁹

A ciência, naquela época, era afastar-se dos juízos de valor e dos campos da arbitrariedade, basta se lembrar que verdade científica se caracteriza pela certeza, como quis Descartes. Um conhecimento só é científico se certo, e o direito não podia fugir disso, como assevera com maestria Azevedo, “*em nome da autonomia da “ciência do direito”, assim construída e limitada, aferram-se os juristas àquilo que é “puramente” jurídico*”²⁴⁰.

Em termos práticos, o positivismo tornou-se positivismo ideológico²⁴¹, excessivamente formalista e normativista, com o direito visto como uma “epifenômeno” do Estado e o silogismo como forma máxima de fazer ciência²⁴².

A preocupação era evidenciar o direito como ciência, num período onde o padrão de ciência era externo, vinculado à máxima de certeza matemática.

Essa percepção alimentou o dogmatismo jurídico antes citado, criando o mito do juiz inanimado – ainda que Kelsen tenha defendido exatamente o oposto –²⁴³, base para constituição do Poder Judiciário como um membro dos três poderes e fundamento primeiro para a defesa do controle de constitucionalidade pelo órgão judiciário.

A Escola da Exegese, outra vertente do positivismo, foi a responsável pela constituição desse imaginário, defendendo que o juiz aplicava a literalidade do texto, revelada ao cientista, especialmente com o princípio do *in claris cessat interpretativo*.

Por fim, tem-se o paradigma pós-positivista, acusado, por alguns teóricos, de ser um regresso ao direito jurisprudencial. Ocorre, contudo, que tal objeção não se revela adequada, afinal, a relação entre direito e moral foi invertida, pois agora o valor moral decorre dos princípios constitucionais²⁴⁴.

²³⁹ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 28

²⁴⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 21

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016

²⁴² ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

²⁴³ Basta lembrar o capítulo 8 do livro Teoria Pura do Direito, onde Kelsen cuida da interpretação jurídica.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

A emergência desse modelo tem um duplo aspecto, a saber, a insuficiência do modelo anterior para cuidar de conflitos supraindividuais, bem como a crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência²⁴⁵.

Quanto ao segundo aspecto, a verdade é que o direito ainda convive com leituras subjetivistas no paradigma pós-positivista, conforme adiante será explorado, especialmente pela crítica ao solipsismo.

O pós-positivismo está ligado ao neoconstitucionalismo, que exige uma nova teoria das fontes, da norma e do próprio direito. Barroso assinala que a Constituição ganha força normativa, assegurada pela ideia de jurisdição constitucional e pela revisão dos métodos de interpretação constitucional²⁴⁶.

A principiologia ganha forma pela sua maior densidade axiológica, não sendo mais fundamentação teleológica (jusnaturalismo) ou critério de fechamento do sistema (positivismo). Os grandes teóricos desse novo paradigma são Ronald Dworkin e Robert Alexy, com leituras diversas, apesar da convergência no principal ponto do paradigma: a existência de uma diferença qualitativa entre regras e princípios.

Apesar das preocupações dos autores quanto aos critérios de fundamentação da decisão judicial, a funcionalidade prática do paradigma, ao menos no modelo brasileiro, é sustentado pela subjetivação do processo decisório ao extremo, o que será melhor explorado adiante.

Analisando o caso brasileiro, Sarmento localiza ao menos três riscos para esse movimento neoconstitucionalista: i) a produção de um direito antidemocrático; ii) os riscos da ponderação de princípios em detrimento das regras; iii) constituição de um judiciário permanente legislador. Segundo o autor, a *“ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura da farda”*²⁴⁷.

Assim, precisa-se de um ensino jurídico que retome essas percepções, deixando claro o paradigma no qual está localizado cada perspectiva, bem como as

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

²⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. In: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

consequências históricas, sob a pena de formação de verdadeiros “*self-services*” jurídicos, que tem pouco de cientificidade.

1.5. DA IDEOLOGIA DO DIREITO E DO DIREITO IDEOLÓGICO: O discurso técnico e sua negação

A cientificidade do direito é muitas vezes questionada a partir dos seus paradigmas, afirmando o caráter ideológico, tido por contraposto à ciência. Todavia, conforme explorado no capítulo anterior, tais questões apenas revelam experiências diversas quanto ao científico e, propriamente, as transformações da ciência do direito.

Ainda, conforme já explorado anteriormente, outro elemento comumente utilizado para questionar o status de científico atribuído ao conhecimento jurídico é a práxis cotidiana. Ora, o direito tem um caráter pulsando, ideológico, polêmico, afinal, diz com relações imediatas entre pessoas, relações diárias, cotidianas, encontrando-se imersa nos diversos dilemas políticos imediatos. Tal comentário soma-se ao anterior, apontando o direito como palco de lutas ideológicas, fragilizando o caráter científico. Assim, direito seria poder, um poder ideologicamente orientado.

Para além da ideologia, que na verdade revela-se em todo conhecimento científico, não apenas o jurídico, é preciso caracterizar dois momentos diversos, mas complementares, do direito: um momento da ciência jurídica e outro da técnica jurídica. Reitera-se: inexistente cisão absoluta entre os momentos, mas apenas uma diferença categorial.

O ato de aplicação do direito não é precisamente científico, até por sua natureza política, prática. Conforme visto no início do trabalho, a ciência funciona como algo que assegura fundamentação ao ato prático, bem como a aceitação por parte do corpo social. Assim, a ciência serve como indutora da prática, serve como razão teórica, de aparato para a razão instrumental, inexistindo liame direto entre o cientista e o operador jurídico.

Deve-se assegurar que tal situação não é, de forma alguma, uma exclusividade do fenômeno jurídico. A verdade é que qualquer área possui um viés técnico e outro científico. Ora, nada impede que aqueles que formulam projetos de aeronaves, por exemplo, ignorem expressa e explicitamente as teorias gravitacionais, a princípio. Todavia, essa escolha técnica vem acompanhada de custos operacionais – o avião pode não decolar, tornando-se inoperante e inútil.

No direito, a separação entre a ciência e a técnica, pode implicar em decisões judiciais despidas de qualquer fundamentação, sem qualquer respaldo, fragilizando a legitimação institucional. Ou seja, nada impede um magistrado de ignorar explicitamente as formulações científicas de interpretação constitucional, oferecendo respostas fora da Constituição. O efeito prático é a não aceitação e a crítica pelos cientistas do direito. Ou seja, entre o cientista e o operador não existe uma coincidência de ação, mas a ciência serve de valoroso padrão ético.

Nesse contexto, a técnica jurídica precisa estar atenta à ciência jurídica, servindo como importante parâmetro de criticidade e avaliação da legitimação do decidido.

Assim, enquanto a ciência refere-se a um conhecimento crítico, metódico e sistemático, a técnica diz com uma arte, de origem do latim *techné* e do grego *technikós*. É tido como processo ou procedimento consoante os preceitos da ciência ou, em outras palavras, é um procedimento para execução²⁴⁸.

Em sentido lato, técnica é tomada como um conjunto de regras capazes de dirigir uma atividade a ser realizada. Em Platão, não se distinguia arte (*technè*) de ciência (*epistemè*), tendo essa distinção ter sido desenvolvida pela modernidade, conforme a crítica habermasiana adiante explorada.

Quando a técnica extrapola seu sentido instrumental, de decisão, dogmático, passando a exercer função que não é sua – subrogando-se no científico, por exemplo –, passando a assenhorar as outras dimensões, é necessário reanalisar e revisar essa razão instrumental²⁴⁹.

O processo decisório no direito é menos científico e mais técnico, é menos do cientista, mais do operador jurídico.

Inclusive, válido conceituar o sentido de operador jurídico, que vem do sentido etimológico de operário, do latim *operarius*, de *operare*, que é compreendido “*como aquele que trabalha sob as ordens de outrem, que não executa serviço seu, mas por conta alheia*”²⁵⁰.

Precisamente por isso, resgatando as teorizações de Ferraz, o conhecimento jurídico como técnica deve ocupar-se da dogmática jurídica, em regra.

²⁴⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

²⁴⁹ BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: atlas, 2018.

²⁵⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975. P. 1096.

Assim, a preocupação é cuidar da resolução de problemas concretos da vida, apresentando algum fundamento científico ao decidido. Portanto, a atividade técnica pressupõe a ciência, mas não se resume a ela.

Conforme salientado por Ferraz Junior, a dogmática, própria da técnica, não cuida da pretensão de verdade da ciência, mas sim das condições de decidibilidade, buscando estabelecer os critérios para solucionar os conflitos sociais. No mundo moderno, a técnica transformou-se em tecnologia²⁵¹.

Trazendo para a caracterização paradigmática de Kuhn, o operador jurídico, em regra, opera somente com a ciência normal, dentro da caracterização do próprio paradigma.

Conforme visto, o conhecimento dogmático está conectado ao mito, a um rito de natureza cerimonial, que é traduzido e conduzido para o momento da decidibilidade. Esse cerimonial cria uma espécie de autoridade pedagógica, onde a ideologia faz substituir o saber pelo crer. Precisamente por isso, Ferraz Junior aponta que o pensamento tecnológico é destinado à decidibilidade, mas não à verdade buscada²⁵².

A respeito desse vínculo entre ciência e técnica, Geymonat, salienta que:

A caracterização da ciência das conquistas da ciência como verdades relativas tem, por fim, uma outra vantagem: a de tornar mais estreitos os laços entre a ciência e a técnica. Com efeito, é evidente a analogia entre o desenvolvimento das verdades relativas das ciências e o das realizações da técnica; na realidade, quer num caso quer noutro, tal desenvolvimento não implica a completa negação de quanto se tinha adquirido anteriormente, mas a sua demarcação a seguir às novas verdades relativas e às novas realizações conseguidas²⁵³.

No caso da ciência jurídica, conforme visto, foi o paradigma positivista que fortaleceu o discurso técnico – assim como ocorreu com o positivismo lógico nas demais ciências, apesar de ambos não se confundirem – em razão, especial, da conexão desenvolvida com a razão instrumental.

Jurgen Habermas foi o responsável por apresentar uma crítica robusta dessa racionalidade instrumental, realçada pelo cientificismo, que acabou se consolidando como uma única forma de verdade, num sequestro do científico pela técnica, pela redução da ciência ao dogmatismo exclusivamente.

²⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p.

²⁵² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

²⁵³ GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva. xvi, p. 98.

É imperioso ressaltar que o filósofo alemão, todavia, não busca apresentar uma crítica da razão técnica em si, mas direciona-se a sua universalização, numa mera redução da práxis a técnica. Dessa forma, a resposta não é romper com a técnica, mas ressignificá-la²⁵⁴.

A verdade é que o positivismo lógico se apresentou como uma ideologia tecnocrática, com a redução do instrumentalismo como único critério de validade, perdendo-se a dimensão da práxis. Tal processo produziu uma colonização da vida pelo sistema, reduzindo a liberdade humana. A redução da práxis à técnica está ligada à filosofia da consciência e a tentativa de deduzir as leis, por analogia, das ciências naturais²⁵⁵.

No caso do direito, o discurso técnico conecta-se ao juiz transcendental, que dentro do gabinete decide aquilo que concebe adequado tecnicamente, ignorando as outras dimensões da práxis e a dimensão discursiva. A norma é tida como a aplicação técnica da ciência do direito²⁵⁶.

Jurgen Habermas conecta esse processo em uma matriz mais profunda, ligada ao próprio sistema de produção, responsável por ser um produto de técnicas²⁵⁷.

Mais do que isso, pode-se afirmar que a técnica se tornou a forma, por excelência, da práxis no mundo ocidental, espalhando-se para todas as áreas. Assim, anulou-se a dimensão relacional, intersubjetiva, trazendo a práxis para o campo específico das fórmulas.

A Escola de Frankfurt, antes de Habermas, já questionava a influência da visão positivista na formação da técnica e da ciência, demonstrando como uma certa ideologia permitia sua atuação. A crença positivista na ciência, conectada diretamente a percepção subjetivista do homem senhor do mundo, produziu a crença de que o processo técnico prescindia de outros elementos que não a técnica, visto seu caráter objetivo e neutro.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁵⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Prova da conexão de que o discurso técnico está ligado a uma nova mentalidade, é que Habermas parte da discussão sobre técnica e ciência tomando o conceito de racionalidade de Weber²⁵⁸. A preocupação de Weber era introduzir esse conceito para compreender o modelo de atividade econômica capitalista, em especial, seus critérios de ação instrumental para vida²⁵⁹.

A racionalização progressiva da sociedade dependeu da institucionalização do progresso científico e técnico, transformando as próprias instituições. Para Habermas, contudo, a racionalização não implanta a racionalidade como tal, mas uma forma de dominação oculta. Assim, a razão técnica é em si ideológica, de forma que ciência e técnica – no positivismo – seriam um projeto de mundo determinado pela classe dominante²⁶⁰.

A função da técnica, assim, seria despolitizar, excluindo da práxis o agir humano. Tal intento, durante o século XIX, foi realizado, com a cientificação da técnica, que tornou-se o paradigma, com a ciência e técnica a serviço da força produtiva. O progresso soa como autônomo, fundado numa ideologia tecnocrática²⁶¹.

Essa força tecnicista apoia-se em um poder prático que a técnica e a ciência possuem para o desenvolvimento do conhecimento, tornando-se ferramenta de legitimação²⁶².

No campo jurídico, a tecnocracia retirou do âmbito do agir social, da democracia, a Constituição, reservando para um grupo de “técnicos”, responsável pela sua guarda, numa práxis reduzida à técnica.

A solução proposta por Habermas é uma racionalidade fundada num modelo comunicativo, pois a redução da razão ao discurso técnico-científico retira a autocrítica do processo científico²⁶³.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁵⁹ WEBER, Max. Economia e sociedade. v. 1. Brasília: UnB, 1999 e VER WEBER, Max. Ética protestante e espírito do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

No caso do direito ainda, apesar da transição paradigmática, manteve-se a confiança nos magistrados e sua legitimação por um discurso técnico, que está protegido pela ideologia.

A ideologia do discurso técnico sustenta que uma classe decida questões relevantes à coletividade conforme seus próprios critérios, a partir de um discurso de neutralidade.

Segundo Husserl, *“índoles práticas” (artistas, teólogos e juristas) teriam seus ideias conectados a ideais estéticos e práticos, que seriam extra-teóricos. Assim, esses saberes preocupam-se mais em influenciar as práticas que as teorias*²⁶⁴. No caso, a verdade é que toda técnica dialoga com uma razão teórica, mas nesse processo de tecnicização, a ciência jurídica acaba cedendo espaço à prática cotidiana, onde a técnica sequestra a ciência.

A atividade do judiciário, a decisão, é sustentada na ideologia da competência, intimamente vinculada ao discurso tecnicista²⁶⁵.

O mito, antes tratado, responsável por revestir o dogma, caminha ao lado da ideologia na conformação e na legitimação dessa razão instrumental. Conforme já enfrentado, a ciência nega precisamente o argumento de autoridade, inexistindo questão proibida, tabu. Ora, os dogmas científicos não se mantêm pela simples adesão dos cientistas, precisando de respaldo metodológico e epistêmico²⁶⁶. O problema não é a existência dos dogmas, vista como natural no processo de fundamentação ocidental, mas sim na sua cristalização.

A questão da ideologia, contudo, ultrapassa o mero conflito de classes. A pragmática, no estudo da linguagem, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura normativa²⁶⁷.

Conforme salienta Correias, o direito produz condutas e ideologias, afinal, usualmente é concebido como um discurso que contém normas, carregando consigo outras mensagens²⁶⁸.

²⁶⁴ HUSSERL, Edmund. A filosofia como ciência de rigor. 2. ed. Coimbra: Atlântida, 1965. 73p.

²⁶⁵ CHAUI, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 2017.

²⁶⁶ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos Demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

²⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. O ciência jurídica e seus dois maridos: fragmentos de uma expedição pelo direito, pela ciência e outros lugares de arrogância. Santa Cruz: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

²⁶⁸ CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

O direito, tomado como um discurso prescritivo produzido por funcionários autorizados, possui dois sentidos: deôntico e ideológico. O sentido deôntico é referente às normas que são extraídas dos textos jurídicos, sendo mais específico, seriam às normas extraídas – ou postas – pelo intérprete do texto²⁶⁹.

Por outro lado, tem-se o sentido ideológico do discurso do direito, relacionada a todas as demais mensagens que circulam quando o discurso é utilizado. Palavras como salário, propriedade etc. possuem valores para além da norma jurídica. É o sentido ideológico o responsável pela fundação das correntes críticas do direito²⁷⁰.

Ainda, Correias formula uma segunda distinção, entre discurso do direito e discurso jurídico. O primeiro seria o discurso prescritivo formulado pelos funcionários, enquanto que o segundo expressa os discursos que tratam do primeiro, dos professores, juízes, cidadãos etc²⁷¹.

A verdade é que ambos os discursos carregam e transmitem ideologia, sendo diferente, contudo, unicamente a ideologia dos textos estatais (ideologia do direito) e a ideologia dos discursos jurídicos (ideologia jurídica)²⁷².

Em suma, a ideologia do tecnicismo constitui-se no jurídico pela formação do discurso do direito, corroborado pelo discurso jurídico. De todos os elementos da técnica no direito, que possui inúmeros elementos, o principal deles é a constituição das teorias da interpretação jurídica.

Apesar da leitura voluntarista do ato de interpretação em Kelsen, o positivismo, em sua faceta da Escola da Exegese, foi o responsável por fortalecer o discurso técnico.

A conjugação do positivismo e seu discurso técnico serviram prontamente ao modelo do Estado de Direito, de contenção dos poderes. Além disso, servia para o capitalismo nascente, em especial, suas exigências de segurança jurídica, adequadas aos princípios da previsibilidade e calculabilidade, os traços diferenciais do novo modelo de produção.

²⁶⁹ CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

²⁷⁰ CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

²⁷¹ CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

²⁷² CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

A operação do positivismo é, como visto, cindir direito e moral/justiça, para assegurar a cientificidade do direito. Tal operação, somada à ideologia legalista e à constituição de um positivismo normativista – distante das primeiras teorizações de Kelsen – forneceu o terreno necessário ao discurso tecnicista no direito.

A esse movimento ideológico do positivismo, Nino atribuiu a nomenclatura de “positivismo ideológico”²⁷³, que teria levado às últimas consequências as concepções da escola da Exegese. Assim, o positivismo desembocou no normativismo, com o silogismo jurídico sendo o típico *modus operandi*²⁷⁴.

Em termos de utilidade, esse movimento impedia – ou prometia fazer – qualquer subjetividade do juiz, afinal, ele apenas aplicava o expressamente previsto, nos termos objetivamente consignados, acima de conflitos ideológicos e políticos existentes.

Assim, por não sofrer influências ideológicas, o juiz prontamente poderia ser usado para equilibrar o sistema jurídico-político, especialmente, em momentos de tribulação. Desta forma, o positivismo tecnocrático assegurava a legitimação do juiz para decidir, que se exime da responsabilidade, pois decide tecnicamente²⁷⁵.

Conforme já salientado, Kelsen não foi o ideólogo responsável pela criação desse modelo imaginário – afinal, ele reconhecia o caráter interpretativo do direito –, mas, na prática, o positivismo cultivou o mito do juiz inanimado, sem opinião e vontade, o que foi fundamental para fortalecer o Poder Judiciário como um dos três poderes.

O modelo do positivismo exegético defendia a literalidade do texto, vigorando o princípio do *in claris cessat interpretativo*, afinal, a lei é clara, em um exercício matemático – padrão científico. O juiz opera como uma calculadora, uma máquina, técnica, portanto.

Exemplificando, Maximiliano afirmava existir entre juiz e legislador a mesma relação que existe entre um ator e o dramaturgo, respectivamente, sobrando,

²⁷³ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²⁷⁴ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

²⁷⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

somente, uma pequena margem de liberdade ao juiz, assim como existe ao ator, que deve ser tributário do texto instituído pelo dramaturgo²⁷⁶.

O juiz protege-se na técnica, vista como a-ideológica, e na neutralidade científica. A narrativa é: não é agente político, mas um técnico.

A crítica a esse modelo viria do fim dos regimes totalitários, que trouxe a necessidade por uma ressignificação do direito pela abertura a princípios gerais, voltados à moralidade. Surge o pós-positivismo, tratado no capítulo anterior, marcado pela existência de um inegável valor moral dos princípios constitucionais²⁷⁷. Teoricamente, Streck localiza o movimento numa crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência.

Do ponto de vista científico, o pós-positivismo rejeita a verificabilidade empírica da ciência do direito, afirmando que os dados são interpretativos, em relação a valores²⁷⁸.

Ocorre, contudo, que na prática, o pós-positivismo passou longe de afastar-se dos dilemas da consciência, até pela estrutura interna kantiana da ciência jurídica, por mais que Robert Alexy e Ronald Dworkin desejassem precisamente combater a discricionariedade, seja por teorias interpretativas, seja por teorias matemáticas de solução de conflitos.

Assim, a crítica ao discurso técnico conduziu ao reconhecimento de que o juiz é um agente político. Contudo, manteve a chave de fechamento do sistema nos juízes, sem alterar as fundamentações, esvaziando a legitimação que antes advinha do discurso técnico. Ocorre que os efeitos anunciados, por força da incoerência sistêmica, são diversos dos de fato produzidos, conforme assinala Eros Grau:

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase discricionariedade judicial – compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é mais justo, encanta, fascina e legitima o modo de produção social²⁷⁹

²⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

²⁷⁸ TROPER, Michel. Ciência do Direito. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2016.

Portanto, o juiz perde sua fundamentação puramente técnica, mantendo, contudo, suas funções clássicas de controle de constitucionalidade.

Buscou-se apresentar respostas, mas todas de legitimação complexa. Dworkin, por exemplo, apresentou a figura do “Juiz Hércules”, que deve decidir de acordo com os princípios, sem se meter em questões políticas, devendo fundamentar adequadamente seu agir²⁸⁰.

Todavia, na prática, sem o giro linguístico, o “Juiz Hércules” foi analisado dentro do paradigma da consciência, produzindo a figura de um juiz solipsista, que para além do Hércules, é um sacerdote que revela o sagrado. Assim, falta ao paradigma pós-positivista, na prática, realizar não apenas a teoria nas fontes, mas também de matriz filosófica, significando todo um processo de re-legitimação sistêmica, em especial, aquela relacionada ao fundamento do controle de constitucionalidade.

Tentar inserir a interpretação de Dworkin nas decisões exige uma transição filosófica, que não saia do sujeito transcendental, mas que decorra do diálogo argumentativo e da fundamentação. Afinal, como salienta Streck, o Hércules não é dotado de uma subjetividade assujeitadora²⁸¹.

Portanto, o problema é o solipsismo, sendo preciso combater o juiz “eu transcendental”, repositório de todos os conceitos. Ao superar a consciência, evidente que a verdade não pode decorrer de um ato de vontade do intérprete, como quis Kelsen, mas deve decorrer de um consenso argumentativo, onde todos os possíveis afetados possam participar, não podendo tudo ser reduzido a uma subjetividade.

É evidente que a interpretação não é resultado de um exercício mecânico, “matemático”, o próprio Kelsen admitia a possibilidade de diversas interpretações. Todavia, promover a transição paradigmática exige revisar o núcleo duro da ciência jurídica, sob pena de dogmatizá-la.

Como observa Sousa Santos, *“a revolução democrática do direito e da justiça só faz sentido no âmbito de uma revolução democrática mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”*²⁸², escapando do juiz solipsista e

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

²⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

também do mero aplicador da lei, assegurando a figura do juiz democrático que quando discute um tema sensível, abre os canais de comunicação.

Em suma, a concepção de neutralidade do Poder Judiciário já não encontra mais respaldo paradigmático numa estrutura democrática, operando-se por uma lógica sistemática, onde o direito, no ato de aplicação, dialoga com os cidadãos. Em suma, significa restaurar a razão instrumental, impedindo a redução da práxis à técnica.

De fato, as constituições ocidentais do pós-guerra trouxeram consigo um catálogo elástico de direitos, sendo a efetivação impositiva, sob pena de tornarem-se meras declarações filosóficas, vazias de sentido, sendo a fundamentação, a forma por excelência, dos juízes legitimarem suas decisões²⁸³.

A fundamentação deve ocorrer dentro do sistema, e deve se fazer presente pois é da deontologia do juiz no Estado de Direito, posto que normatividade se manifesta por ela. É pela decisão que a normatividade é testada, pois está no ponto de contato entre facticidade e direito, sendo que a *“fundamentação é a forma pela qual o fenômeno jurídico se apresenta e se lança ao emissor que exerce o dever de fundamentar e o auditório que o reconhece validamente”*²⁸⁴.

Assim, não é dado ao juiz ser um criador de direitos livre de vínculos, devendo argumentativamente construir suas decisões, dialogando com o meio no qual vive, fortalecendo os vínculos de práxis. Portanto, o juiz deve ser moral e politicamente responsável por sua decisão, sem o retorno ao positivismo, que servia como uma proteção, pautado na mera atividade cognitiva e mecânica, um grande mito²⁸⁵.

O tecnicismo serve para afastar o juiz da sociedade, como se fosse um anjo que lida com os dilemas apresentados, substituindo a cultura técnico-democrática pela técnico-democrática²⁸⁶.

Por outro lado, a atual roupagem do pós-positivismo, transforma o “Hércules em Zeus”, pois este ativismo solipsista em nada contribui com a formação social-democrática, prestando-se a beneficiar somente o governo dos doutos e sábios.

²⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

²⁸⁴ BORGES, Guilherme Roman. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen, 2015, p. 5-25.

²⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

Ainda, merece acolhida a observação de Galvão quanto aos custos sociais da decisão²⁸⁷.

Defender o judiciário legislador encontra bases no pensamento platônico e na ideia de arte de governar, classificação realizada a partir das almas. A decisão não deve emanar daquele sábio que se liberta da caverna²⁸⁸, que rememora (e ao rememorar, conhece) a essência das coisas, mas do juiz que sai da caverna da sua consciência para na pólis dialogar para resolver os casos difíceis.

Evidente que o caminho não é o retorno ao positivismo jurídico, pois exclui do espaço da práxis os cidadãos, reduzindo a mera técnica, conduzindo à tecnocracia. Contudo, certamente o caminho atual tomado revela-se perigoso.

Assim, se foi a ideologia da técnica que sustentou os juízes como guardiões últimos do sistema, ao ser desvelado e substituído esse modelo, medida que se impõe é revisar e reanalisar a escolha política feita, sob pena de incoerência sistêmica.

A universidade tem o relevante papel de, na condição de produtora da verdade teórica, fornecer as bases para essa transição paradigmática, evitando que caminhe distante da prática das técnicas jurídicas²⁸⁹.

A verdade é que se revela possível manter um núcleo interno do positivismo no pós-positivismo naquilo que contraria o sistema, pelo princípio da coerência interna. Assim, o mito do tecnicismo dos juízes não mais se ampara, devendo ser refundamentada as questões como o controle de constitucionalidade, sob pena de fragilização da legitimação e, por consequência, das próprias instituições.

²⁸⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 217 p., 2012.

²⁸⁸ “Os juízes não podem se colocar como últimos baluartes do sistema político, sob o risco de criarmos uma república platônica, com seus míticos guardiões” (prefácio) MACHADO, Ednilson Donisete. Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174

²⁸⁹ MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. 328 p.

2. DA ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO NO POSITIVISMO: Uma transição incompleta

No capítulo 1 do presente trabalho, analisou-se a questão da ciência e a aplicabilidade das balizas gerais da ciência do direito, em especial, sua dinâmica paradigmática e a relação entre técnica e ciência.

Viu-se que a ciência também possui mitologias e dogmas, que servem para constituição do núcleo duro do paradigma, bem como de fundamento de legitimação da ciência.

Cada paradigma científico possui regras de operabilidade relacionadas ao sistema que atua, de forma que tudo aquilo que contraria os princípios motores do paradigma científico deve ser expurgado.

Assim, no paradigma positivista, os princípios reitores envolvem o fortalecimento da razão instrumental, compreendida em termos reducionistas de técnica de operacionalidade. Dessa forma, os juízes são legitimados para atuar em razão da neutralidade ideológica do seu poder e da natureza técnica de suas decisões, o que, inclusive, assegura seu poder de guarda sobre a Constituição, como adiante será visto.

Agora, a pretensão do trabalho é dar um passo adiante, tratando da estrutura interna do positivismo jurídico e do pós-positivismo, analisando as regras de operabilidade sistêmica, os padrões de coerência do sistema e, especialmente, a fundamentação última do processo.

Assim, passa-se a análise da natureza da Constituição, sintetizando em três grandes correntes, relacionando diretamente com a questão da guarda constitucional, bem como o dogma que a reveste no constitucionalismo europeu da *civil law*, a partir do mito que o encobre, o da norma hipotética fundamental, indagando as razões dos pré-compromissos estabelecidos e a forma como ocorre o processo de legitimação social.

Ainda, analisar-se-á a coerência desse padrão dogmático positivista com os fenômenos do neoconstitucionalismo e a transição paradigmática do direito. Para tanto, passará pelos debates que instituíram o atual modelo de tribunal constitucional e as razões que fundamentam a delegação de poderes aos juízes a competência de assegurar o fechamento do sistema.

Ainda, o presente capítulo analisará os conceitos de ativismo e de judicialização, relacionando-os com a prática jurídica brasileira, especialmente do STF, demonstrando as potencialidades e as limitações paradigmáticas e os eventuais ultrapassamentos quanto ao científico.

Por fim, evidenciará a operabilidade da glória no STF, demonstrando como, sem a cientificidade e sua legitimação, os mecanismos litúrgicos são ressaltados, conduzindo os ministros à espetacularização e a aclamação como paradigma decisório, tudo pela aceitação da opinião pública, o que promete ruir a estrutura de legitimação social das Cortes Constitucionais.

2.1. O QUE É ISTO – A CONSTITUIÇÃO?

O direito moderno ocidental europeu teve seu epicentro no fenômeno legislativo, que alcançou consagração objetiva na Constituição, ato máximo de vontade legislativa, cristalizado como regras basilares de um ordenamento jurídico.

A tentativa de definição desse instituto jurídico, antes de uma conceituação mais técnico-jurídica, exige passar por uma análise etimológica da palavra, que revela sua derivação do latim *constitutio*, de *constituere* (constituir, construir, formar), no sentido de composição de um todo com elementos essenciais à sua finalidade²⁹⁰.

A palavra é largamente utilizada na linguagem comum, sendo inclusive apropriada no direito em geral, mas é no direito público assume uma forma bem específica, elevada, designando

*o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus componentes*²⁹¹.

Modernamente, a Constituição foi resignificada – ou teria sido significada? – a partir das revoluções liberais burguesas. Da percepção etimológica da palavra, o sentido passou a ser menos descritivo e mais constitutivo, de influência nas ordenações político-jurídicas.

A verdade é que com o fim do chamado *Antigo Regime*, a titularidade da soberania foi passada do Soberano à Nação, conforme lecionava Rosseau. Assim, para além dos direitos de liberdade, consolidou-se a titularidade dos direitos políticos. Segundo Pietro Costa, esta transição de titularidade deu sobrevida ao Estado de Direito, pois favoreceu o vínculo existente entre soberania, lei e liberdade, resignificada pela vontade da “Nação”²⁹².

A transferência de titularidade seria suficiente para gerar a confiança no sistema de controle do poder, afinal, para Rosseau, a partir de uma leitura organicista, fortemente presente na sociedade da época, vaticinava que o “corpo era incapaz de prejudicar a si mesmo”²⁹³.

²⁹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

²⁹¹ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975. P. 412

²⁹² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁹³ ROSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

A vontade geral era manifestada pelo Parlamento, que ganhou prevalência sobre os demais poderes, de forma que, a própria Constituição, inclusive, poderia ser deixada de lado pelo Legislativo. Assim, evidentemente não se falava em controle de constitucionalidade da lei, vista como manifestação pura da soberania.

Conforme bem salienta Hespanha, o *absolutismo* não era como a narrativa oficial iluminista anunciava, a saber, um regime de ausência de limitações, visto que o poder do soberano observava regras estabelecidas pelas inúmeras fontes. Contudo, o discurso oficial do Estado de Direito propõe-se a criar a oposição ao modelo anterior²⁹⁴.

Carré de Malberg, divergindo da leitura organicista de Rosseau, entendia que era próprio da ontologia do Estado de Direito a autolimitação pelas regras, criticando a posição jacobina e invocando a necessidade de submissão de todos os poderes, inclusive o Legislativo, ao direito²⁹⁵.

Nessa mesma época, o *Rechtsstaat* alemão, que ainda longe do nosso constitucionalismo, confiava ao Poder Legislativo a decisão e a disciplina dos direitos subjetivos, que se tornava a pedra de fechamento do sistema, de forma que a Constituição era flexível, não assistida por jurisdição constitucional²⁹⁶.

O eventual abuso de poder pelo legislativo era inimaginável, até porque existia uma correspondência entre vontade do Estado, legalidade e legitimidade moral. Na prática, ocorria uma redução do Estado de Direito ao “Estado Legal”, numa conceituação técnico-formal de lei, onde o juiz é um funcionário público responsável por aplicar a lei²⁹⁷. Como bem sintetiza Fioravanti:

“Na revolução francesa, que certamente é o grande evento sobre o qual essa tradição repousa, existem de fato somente duas figuras públicas: o representante – ou o mandatário, dependendo das diferentes versões da soberania nacional, ou popular – do poder soberano, e o funcionário que se encarrega da execução da lei que aqueles representantes, ou mandatários, deliberaram. O juiz, por ser dotado de um *status* particular, é substancialmente um destes funcionários, já que *tertium non datur*: ou delibera-se sobre a lei, criando assim o direito, porque para isso foram legitimados pelo poder soberano, ou se executa esta lei, coloca-se em ação

²⁹⁴ HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

²⁹⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

²⁹⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

²⁹⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

esse direito, por meio de um trabalho de mera execução. Entre uma função e a outra existe terra arrasada, e, portanto, falta o espaço para a produção de uma atividade de interpretação da lei, ou seja de atribuição a ela de um significado determinado à luz do caso concreto, que é a função do *ius dicere*²⁹⁸.

Contudo, uma exigência que se revelou comum ao modelo francês e ao estadunidense foi a redação de uma Constituição que tornava norma jurídica positiva os direitos humanos²⁹⁹. A lei já não basta, sendo necessário o estabelecimento de um conjunto de garantias que limitem até o soberano. A desconfiança, no caso americano, decorria da uma experiência ruim com a metrópole hostil, sendo necessário estabelecer barreiras objetivas pelo constitucionalismo. Por outro lado, os franceses desejavam usar do constitucionalismo como ferramenta de luta contra a estrutura política anterior.

Outra preocupação do constitucionalismo era a prevenção à ameaça das maiorias, que poderiam ser hostis às liberdades individuais³⁰⁰. Foi precisamente a leitura conservadora que colaborou para o surgimento do *judicial review*, quando no processo *Marbury vs. Madison*, que institui o controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos, atenuando o poder incontrastável do parlamento³⁰¹. Assim, como assevera Costa, a soberania estadunidense se desdobra em dois sistemas “de vontade”: a Constituição e a lei³⁰².

Segundo Costa, por forte influência do modelo epistemológico kantiano, a Constituição tornou-se moldura normativa geral do agir estatal, envolvendo o soberano inclusive, visando a defesa das liberdades, tornando-se o controle de constitucionalidade um elemento fundamental, afinal, “*é preciso criar um organismo*

²⁹⁸ FIORAVANTI, M. Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito

²⁹⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰⁰ “*Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas.*” In.: TOCQUEVILLE, A. de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 89.

³⁰¹ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

³⁰² ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.

que a defesa de qualquer infração: a constituição, então, “não é mais um papel escrito, sem voz, mas “é dada a ela vida e palavra”³⁰³.

Portanto, historicamente, a Revolução Americana apresenta-se como uma primeira experiência do constitucionalismo, enquanto a Francesa seria a mais importante³⁰⁴.

Assim, a doutrina francesa conceituará Constituição, a grosso modo, como uma norma cuja qualidade é a supremacia em relação às demais existentes. Segundo Troper, é uma metarregra que disciplina as demais³⁰⁵.

Em suma, a ideia central do constitucionalismo era precisamente a limitação do poder estatal através da instituição de uma ordem jurídico-política. Ainda, para assegurar a efetividade e a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, impunha-se a necessidade do estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade em relação às normas hierarquicamente inferiores.

Como bem observa Costa, o constitucionalismo decorre da exigência de limitar o poder, de vincular a *voluntas* soberana a uma *ratio* superior. Assim, para defender do poder o sujeito, criou-se o Estado de Direito. Para proteger o sujeito do totalitarismo, o constitucionalismo³⁰⁶.

O novo constitucionalismo, do pós-guerra, segundo Barroso, dá um passo adiante, asseverando que a centralidade normativa da Constituição não está adstrita ao aspecto forma, mas também – e principalmente – material e axiologicamente no centro do ordenamento³⁰⁷.

A verdade é que para além da utilidade de limitação do poder, a Constituição serve também como um valoroso instrumento ideológico na mão dos grupos políticos que lutam pelo poder, afinal, prontamente pode servir como elemento de legitimação e justificação do poder. Por exemplo, Loewenstein aponta que o próprio constitucionalismo é produto da ideologia liberal³⁰⁸.

³⁰³ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 120.

³⁰⁴ BREAUD, Olivier. Constituição e Direito Constitucional. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

³⁰⁵ BREAUD, Olivier. Constituição e Direito Constitucional. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

³⁰⁶ COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. 301p.

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto, Constituição. In.: BARRETO, Vicente de Paulo et al. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006. P. 760.

³⁰⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitucion. Barcelona: Ariel, 1964.

Assim, o próprio sentido do que é Constituição é objeto de luta e embate entre os grupos políticos existentes, apresentando sentidos variados, impactando diretamente na recepção do documento jurídico-político de forma geral, em especial, na ciência do direito.

Um primeiro sentido de Constituição poderia se sintetizado em uma definição a partir do aspecto sociológico. Essa corrente é capitaneada por Ferdinand Lassale, autor da obra *“O que é uma constituição?”*.

Segundo o professor alemão, uma Constituição somente poderia assim ser nominada e ser legitimada se representasse de fato o efetivo poder social, devendo obrigatoriamente refletir as formas sociais constitutivas do poder social existente³⁰⁹.

O autor não abandona uma conceituação jurídica, contudo, definindo a Constituição como *“a lei fundamental proclamada pelo país na qual se baseia a organização de Direito Público desse Estado”*³¹⁰. Todavia, essa definição jurídica é adjetivada, afinal, a Carta Constitucional envolveria um elemento mais sagrado, residindo aí seu fundamento para outras leis.

Assim, na definição sociológica de Lassale, existe uma tensão constante e frequente entre poder constituinte e constituído, afinal, cabe à sociedade definir o que era ou não uma Constituição, a partir daquilo que consagra seus interesses. Dessa forma, sem legitimação social, a Constituição não teria qualquer força³¹¹.

A juridicidade da Constituição decorreria dos fatores sociais, das lutas entre os grupos sociais. É uma percepção mais preocupada com a eficácia e com a duração do documento.

É precisamente da vinculação entre legitimidade e realidade social que decorre a adjetivação sociológica. Assim, Constituição quer dizer menos constituir a sociedade e mais com a descrição das lutas de um dado momento, em outras palavras, não forma a sociedade, mas é por ela formado, numa projeção dos projetos coletivos.

Por isso, Lassale compreende existe duas constituições: uma real, que reflete os interesses do povo; uma jurídica, que nem sempre abarca os anseios populares. Nesse embate, deve prevalecer a Constituição Real:

³⁰⁹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

³¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

³¹¹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país³¹².

Na percepção de Lassale, a própria concepção de controle de constitucionalidade acaba ficando em segundo plano, visto que a Constituição possui uma potência orgânica de manutenção, uma dinâmica própria.

Ainda, tem-se a definição política, que tem por grande representante Carl Schmitt, que apresenta uma definição de certa forma material de Constituição.

Primeiramente, Schmitt diferencia Constituição de Lei Constitucional. A Constituição diz com a decisão política fundamental, que versa sobre a organização do Estado e dos direitos individuais, enquanto, por outro lado, as Leis Constitucionais seriam os demais dispositivos eventualmente inseridos no documento constitucional³¹³. Na teoria constitucional atual, essa diferenciação foi incorporada para descrever as normas materialmente constitucionais das formalmente materiais.

Além disso, a distinção apresentada por Schmitt revela que a preocupação é menos com a efetividade ou com a juridicidade do documento e mais com o aspecto político, de decisão política fundamental.

Precisamente por isso, na polêmica de Schmitt quanto à guarda da Constituição, por entender que a Constituição era a projeção da decisão fundamental sobre o modelo político do povo, devendo ser assegurado aos membros representantes do poder popular, não aos técnicos.

Para o jurista alemão, a Constituição confere juridicidade ao embate amigo/inimigo. Em outras palavras, a decisão política, ao ser constitucionalizada, torna-se norma jurídica fundamental, de forma que somente pode ser substituída no caso de nova instauração do antagonismo amigo/inimigo. A Constituição, portanto, serve para dar estabilidade à ordem política, cabendo, por isso, a guarda ao presidente do Reich.

A problemática da teorização de Schmitt é que ela não trabalha com a Constituição como limitação dos poderes e produto de uma vontade majoritária, mas

³¹² LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição. In.: bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf p. 35

³¹³ SCHMITT, Carl. Constitutional theory. Durham: Duke University Press, 2008.

sim como constituída por uma parcela, vencedora em um “conflito”³¹⁴, sendo a Constituição uma decisão do poder constituinte capaz de representar “a *totalidade da unidade política considerada e sua particular forma de existência*”³¹⁵.

A diferença substancial do modelo de Lassale é que as forças sociais não ditam a Constituição, mas sim o poder constituinte, que nasce com a vitória no conflito amigo/inimigo.

Por fim, tem-se a definição jurídica de Constituição, representada pela reflexão de Hans Kelsen. Segundo o professor austríaco, a Constituição é uma norma jurídica, que não descreve como as coisas são, mas institui a forma como devem ser. É um conjunto normativo que organiza o poder político e estabelece os limites do Estado.

A Constituição é o dever-ser, a norma pura, fundamentado dentro da própria estrutura jurídica. É antecedida pelo mito da Norma Hipotética Fundamental, uma norma pressuposta, que fundamenta a Constituição³¹⁶.

Compondo o topo da pirâmide normativa, as normas hierarquicamente inferiores precisam prestar obediência ao texto constitucional, decorrência imediata da supremacia constitucional.

Deve-se resgatar a principal preocupação de Kelsen, a saber, fornecer as bases para uma ciência do direito, com objeto e características próprias. Assim, a Constituição caracteriza-se como uma norma de fechamento de sistema.

Desta forma, o autor não nega a faceta social ou política da Constituição, mas tão somente busca analisá-la como instituto jurídico, como norma fundamental que atribui validade para todo sistema de direito positivo³¹⁷.

Como bem observa Losano, deve-se observar que a teoria kelseniana está amparada em dois grandes pressupostos: o dualismo kantiano entre ser e dever ser (direito e realidade são mundos diversos) e o positivismo jurídico³¹⁸.

Assim, Kelsen quer uma teoria normativa sem influências externas, explicando o direito pelo direito, com estrutura piramidal. No modelo, a norma positiva mais elevada é a constituição, que recebe sua validade da norma

³¹⁴ SCHMITT, Carl. Constitutional theory. Durham: Duke University Press, 2008.

³¹⁵ SCHMITT, Carl. Constitutional theory. Durham: Duke University Press, 2008. P. 63

³¹⁶ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³¹⁷ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³¹⁸ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 2, 2008.

fundamental, que não é norma posta, mas pressuposta. Portanto, a norma hipotética fundamental é o pressuposto lógico-transcendental do sistema, fonte de validade de todo ordenamento jurídico³¹⁹. A norma hipotética fundamental, contudo, apresenta-se como critério de validade, não como critério de conteúdo.

Quanto a sua entrada em vigor, apesar das inconsistências, é pela revolução, surgindo a questão de se o direito surge metajuridicamente. Assim, a norma hipotética sequer é norma³²⁰. Nas palavras de Troper, é uma decisão epistemológica³²¹.

Assim, por ser norma jurídica, a garantia da efetividade da Constituição é responsabilidade dos juristas, que são técnicos, assegurando a efetividade normativa, conforme será explorado no próximo capítulo.

³¹⁹ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 2, 2008.

³²⁰ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 2, 2008.

³²¹ TROPER, Michel. A filosofia do direito. Martins Fontes, 2008.

2.2. O GRANDE DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO DO SÉCULO XX: Kelsen ou Schmitt?

A divisão de competências do Estado consagrada como teoria da “tripartição dos poderes”, segundo a qual as funções poderiam ser separadas em legislativa, administrativa e jurídica, proposta por Montesquieu³²², é o grande edifício de controle do arbítrio desenvolvido pelo Ocidente.

A ausência de limitação, para Montesquieu, conduzia à tirania, reduzindo a liberdade. A ideia central é que um poder acabaria vigiando o outro. *Prima facie*, o Judiciário era concebido como um poder nulo³²³, mas independente. O juiz era a boca inanimada que enunciava as palavras da lei³²⁴.

Com o advento da consagração da força normativa da Constituição, bem como quanto a sua centralidade normativa, surgiu um debate em torno de a quem cabia a guarda da Constituição.

Os grandes personagens deste debate no século XX foram dois dos maiores juristas de todos os tempos: Carl Schmitt e Hans Kelsen. O legitimado na perspectiva destes autores vincula-se a própria conceituação de constituição, antes apresentada. Ora, lembre-se que para Schmitt é “uma decisão política fundamental”³²⁵, para Kelsen é norma jurídica³²⁶.

Existiu de fato um debate intenso entre os autores. Por trás do debate, existe uma discussão fecunda a respeito do direito como técnica e a relação entre poder, política e direito. Ínsito salientar que o debate de ambos não ocorreu apenas em âmbito teórico, mas discutia um problema prático: o da Constituição de Weimar.

O “vitorioso” foi Hans Kelsen, que retomou um debate a respeito dos fundamentos do Poder Judiciário e seu papel no constitucionalismo do pós-guerra. Nesse momento histórico, a preocupação era a defesa com os princípios da supremacia, da presunção de constitucionalidade, de unidade e de efetividade, o que exigia a formação de um aparato de controle de constitucionalidade.

³²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

³²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP, São Paulo, nº 21, p. 12-21, 1994.

³²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

³²⁵ SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008

³²⁶ KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Carl Schmitt concebia que cabia ao *Fuhrer*, o grande líder, o chefe do executivo, a guarda da Constituição. Kelsen, por outro lado, reconhecia que o profissionalismo e o tecnicismo dos juízes – uma leitura essencialmente positivista – afastado de subjetividades e tensões populares eram a estratégia mais apta a garantir a neutralidade do texto.

Segundo o jurista austríaco, os técnicos possuem melhores condições de assegurar a devida aplicação do direito, assegurando a tutela imparcial e metajurídica dos direitos individuais³²⁷.

Kelsen apresentou e difundiu o conceito de Corte Constitucional em toda Europa, especialmente após a crise do parlamentarismo de Weimar, que se revelou um órgão incapaz de proteção da Constituição, propugnando que deveria ser reservada a um tribunal a guarda³²⁸.

Conforme visto, existe uma relação íntima entre o legitimado para guarda do documento com a sua natureza ontológica. Para Kelsen, constituição é antes de tudo norma jurídica e, assim sendo, por óbvio, era objeto de trabalho dos juízes. Para Schmitt, contudo, constituição é antes de tudo documento político, cabendo ao presidente sua guarda, chefe político máximo da Nação, dada a neutralidade do seu poder e seu caráter de protetor das vontades majoritárias³²⁹.

O resgate das objeções do modelo vencedor merece destaque especial pela argumentação apresentada por Schmitt. Segundo o jurista alemão, o principal equívoco de Kelsen é que

“un Colegio integrado por jueces profesionales com garantías especiales de independencia judicial y com carácter inamovible parece, naturalmente, como una instancia independiente, neutral y objetiva y facilmente se comprende que se incurra em el error de considerar despolitiquizadas todas las cuestiones o litígios constitucionales [...]Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga”³³⁰

³²⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

³²⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

³²⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

³³⁰ SCHMITT, Carl. La defensa de la constitucion: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitucion; prologo por Pedro de Vega-Madrid: Tecnos, c1983. p. 242/245

Assim, para Schmitt o problema não é a independência do órgão judiciário, mas sim sua incapacidade ontológica de representar a vontade de Estado, visto que o princípio democrático exige a eleição de um líder com a finalidade de proteger a ordem constitucional.

O jurista alemão entendia que em um Estado Democrático era grave a criação de um tribunal especial dotado de competência de controle de constitucionalidade, pois essas seriam questões políticas, diversas das jurídicas, não cabendo a uma burocracia decidir³³¹.

Carl Schmitt apresenta toda uma teologia política reconstituída que legitimava o líder. Ao localizar no âmbito político, Schmitt não vê que uma decisão política deve ser controlada por um tribunal, de forma que o juiz somente pode afastar uma lei ordinária para aplicar a Constituição. Considerando ser norma política, a guarda do texto deve ser destinada àquele que representa a unidade: o Presidente do Reich, dotado de poder neutro e independente, além de gozar de legitimidade democrática direta, evitando uma “aristocracia de toga”³³².

Para o teórico alemão, o perfil do guardião deveria ser buscado a parte do direito posto, a partir de uma zona cinzenta entre política e direito posto. Já Kelsen está sustentado em uma leitura neutra positivista, calcada no tecnicismo já explorado no item 1.5. Assim, o principal fundamento para a legitimidade dos juízes é garantir a tecnicidade e a ausência de influência política-ideológica.

Com sua visão de ciência positivista, Kelsen acreditava que o direito poderia assegurar a objetividade, expurgando os subjetivismos, o que foi criticado por Schmitt que já antevinha os riscos políticos possíveis.

Evidentemente, Hans Kelsen não era ingênuo e admitia a presença da influência política, a qual, contudo, poderia ser afastada pela observância dos padrões da ciência do direito³³³.

Sendo norma jurídica, era objeto próprio da atividade do jurista, de forma que o controle jurisdicional concentrado era o melhor mecanismo de guarda da

³³¹ SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³³² SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 24

³³³ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

Constituição e efetividade de fato. A ideia central era assegurar que todos os atos devem ser submetidos ao controle de um órgão dotado de independência³³⁴.

Para Kelsen, por ser norma jurídica, evidente que a constituição poderia ser violada por quem devia cumpri-la – no caso, o Poder Executivo. A preocupação de Kelsen, em suma, é não tornar a norma constitucional inoperante³³⁵.

Segundo Bachof, a “vitória de Kelsen” – ou a derrota de Schmitt – decorreu da perda da crença no legislador e da desconfiança em relação à lei, especialmente após as experiências nazi-fascistas, o que implicou em uma mudança da reflexão, pugnando pela proteção de alguns valores sociais, reservando ao juiz a guarda, especialmente pela sua natureza técnica, bem como o fato de atuar repressivamente e mediante provocação³³⁶.

A ideia de contenção das vontades até das maiorias conduziu à reserva aos juízes da guarda constitucional, concretizando os direitos fundamentais como trunfos contra maioria, conforme teorizações de Novais e Dworkin³³⁷.

Assim, não que o controle de constitucionalidade se oponha à democracia, mas a verdade é que a preocupação é conter a ação das maiorias. Acredita-se que o tribunal constitucional não estaria suscetível às influências das maiorias eventuais, conseguindo assegurar a Constituição em momentos de perturbação.

A verdade é que não existe contrariedade entre democracia e constitucionalismo, afinal, o segundo adjetiva o primeiro. Dessa forma, diversamente do sustentado por Holmes, a Constituição não é um documento de postura antidemocrática, que engessa a vontade popular, mas tão somente fornece as balizas na tomada de decisão³³⁸.

Ao atribuir ao Judiciário, assiste-se a uma transformação, que expande o Poder Judiciário, de poder neutro, da boca inanimada que pronuncia as palavras da lei, para um poder positivo, que constitui e se torna a instância final decisória³³⁹.

³³⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³³⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³³⁶ BACHOF, Otto. *Jueces y constitucion*. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.

³³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. [Coimbra]: Coimbra, 2006.

³³⁸ HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Coords.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Monica Utrilla de Neira, México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C.; Fondo de Cultura Económica, 1999.

³³⁹ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

A realidade, contudo, tem mostrado que não somente o presidente do Reich, mas também o Tribunal Constitucional pode eventualmente violar a Constituição.

Conforme salienta Loewenstein, o modelo kelseniano, de controle de constitucionalidade pelos juízes, apresenta o evidente risco de decisões políticas travestidas de sentença judicial, tornando o defensor da arbitrariedade em arbitrário, instituindo um órgão judiciário como árbitro da política, uma espécie de poder moderador³⁴⁰.

Tal processo é de democracia constitucional ou o Poder Judiciário tornou-se um Poder Moderador?

Assim, pode-se afirmar que a vitória kelseniana respondeu uma pergunta, mas deixou outra em aberto, a saber, o acirramento entre democracia e constitucionalismo. Outra questão é que já foi desmascarado no presente trabalho a práxis reduzida a mera técnica, fragilizando o argumento que reserva ao Judiciário a guarda da Constituição.

A experiência nazi-fascista criou certa desconfiança da garantia da Constituição pelos chefes dos poderes tradicionalmente vistos como políticos, bem como das maiores políticas eventuais. Conjuntamente, na prática, o modelo estadunidense já era uma referência histórica de preocupação de controle com as majorias, sendo plenamente justificável a possibilidade de que os juízes eventualmente declarem inconstitucional uma lei³⁴¹. Portanto, o constitucionalismo nasce como uma limitação e proteção do povo dele mesmo³⁴².

Todavia, a experiência ativista tem mostrado os riscos da concentração dos poderes nos juízes, bem como tem revelado a falta de legitimidade dos juízes para dizer os caminhos do corpo social.

³⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitucion. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, c1976, 619p.

³⁴¹ GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORÓN, Atilio A. Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx. São Paulo: CLACSO, 2006, p. 169-188. Disponível na internet em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf

³⁴² NETO, Claudio Pereira de. Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática. São Paulo: Renovar, 2002.

2.3. DO NADA AO TUDO: a judicialização e o ativismo

Seja pelo modelo kelseniano, que atribuiu o status de guarda ao Judiciário, seja pela transição paradigmática que situou o direito no pós-positivismo/neoconstitucionalismo, ocorreu um processo de transposição do judiciário neutro à judicialização da política. Atualmente, o judiciário, habituado com a discussão dos assuntos individuais, passou a ser provocado a opinar e decidir em assuntos tidos da política clássica, tornando-se praticamente um árbitro da política ordinária.

Antes, no paradigma positivista, que legitimou o agir dos juízes, a lei é que servia de proteção ao arbítrio³⁴³. Ali, o judiciário atuava negativamente, limitando a ação dos demais poderes. Com o neoconstitucionalismo, a atuação passa a ser positiva, por força dos princípios constitucionais, de onde se extrai inúmeras normas.

Assim, a judicialização é também produto de transição paradigmática, do modelo positivista ao pós-positivista, mais preocupado com valores axiológicos, o que implicou numa abertura normativa maior, provocando uma maior atuação dos tribunais.

A resignificação valorativa e axiológica da Constituição exigiu a atribuição de força normativa e, por consequência, a jurisdição constitucional é fortalecida, especialmente, por novas teorias hermenêuticas constitucionais³⁴⁴.

Feitas as observações antecedentes, medida impositiva esclarecer os sentidos possíveis de judicialização e ativismo judicial, que possuem uma raiz profunda idêntica, a saber, a existência de um cenário de sobreposição entre política e justiça³⁴⁵.

Em outras palavras, passa-se a existir uma intercomunicação sistêmica entre o subsistema direito e política³⁴⁶. Tal movimento produziu uma expansão do campo de atuação do sistema jurídico, com o Judiciário invadindo em assuntos típicos de política ordinária.

³⁴³ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

³⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

É preciso salientar que esse processo depende de dois movimentos: uma mudança de práxis dos órgãos judiciários, bem como uma nova cultura jurídica, com o advento de um novo paradigma.

Barroso compreende esse processo como global, com início datado do final da Segunda Guerra Mundial no Ocidente, marcado notadamente com a expansão da justiça constitucional em assuntos antes típicos da política ordinária, reservados ao Poder Executivo e Legislativo, poderes vistos como tipicamente populares³⁴⁷.

Eisenberg compreende como um processo complexo, composto por dois grandes movimentos institucionais: de um lado, ocorre uma expansão dos poderes de legislar e executar leis, transferindo-os aos juízes, politizando-os; por outro lado, a adoção de métodos decisórios tipicamente judiciais nos outros poderes, na “tribunalização da política”³⁴⁸. Em suma, é um processo de dentro para fora e de fora para dentro.

O conceito foi pela primeira vez apresentado à comunidade científica pela obra “*The global expansion of judicial power*”, de Tate e Vallinder, que, em sentido lato, definiu como a expansão do poder do judiciário em termos globais, pela introdução de assuntos tidos por eminentemente políticos, desviando o palco dos problemas políticos do parlamento para o processo judicial³⁴⁹.

Na mesma linha de Barroso, localizam o movimento no segundo pós-Guerra, como uma forma de reorganização das democracias europeias. Compõe essa estratégia alçar a democracia como uma pré-condição necessária à concretização de direitos, bem como a admissão da inefetividade dos órgãos de representação, abrindo as portas ao Judiciário. Todavia, apesar dos antecedentes históricos-epistemológicos, somente consolidou-se pela ação dos próprios juízes, que passam a reconhecer-se como participante do processo político³⁵⁰.

Desde a obra dos autores, o papel dos tribunais constitucionais tem sido objeto de grande debate nas democracias ocidentais, em especial, os mecanismos de tutela de direito e a expansão da normatividade constitucional.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁴⁸ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG – IUPERJ, 2002

³⁴⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

³⁵⁰ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). *The Global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

Segundo os autores, o movimento de expansão do poder judicial não é mera coincidência, mas está amparado na construção de oito condições: a) constituição de um sistema político democrático, com a reconfiguração do próprio conceito de democracia pela incorporação do conceito de poder contramajoritário, ligado à concepção de democracia constitucional; b) separação dos poderes, com autonomia e constante relação institucional entre os poderes; c) previsões constitucionais de direitos não efetivados pelos poderes políticos; d) possibilidade e existência de recursos ao judiciário por grupos de interesse na tutela de seus direitos; e) possibilidade de recurso ao judiciário por parte dos derrotados na arena política, tornando-se uma arma da oposição derrotada; f) incapacidade e incapacidade das instituições majoritárias clássicas em impedir o envolvimento das instituições judiciais em alguns conflitos políticos; g) processo de legitimação das instituições judiciais acompanhada de percepções negativas quanto às instituições majoritárias; h) uma delegação, em algum nível, dos poderes aos juízes, através do controle de constitucionalidade, delegando, assim, inclusive, o custo político da decisão³⁵¹.

Carvalho segue linha próxima, apontando os seis fundamentos/condições de surgimento e consolidação da judicialização da política, a saber, sistema político democrático; separação de poderes; exercício de direitos políticos; uso dos tribunais pelos grupos de interesse; uso dos tribunais pela oposição no debate político; e a ausência de efetividade das instituições majoritárias³⁵².

Para Garapon, tal movimento, nem de longe, significou uma perda de identidade do magistrado, sendo produto antes da crise de valores e de simbolismos na sociedade atual, com os juízes subrogando-se no papel simbólico de guardião de promessas, com a Justiça tornando-se a instância simbólica primeira³⁵³.

Assim, conforme o princípio metodológico weberiano da multicausalidade, o fenômeno pode ser compreendido por diversos fundamentos que concorrem para a efetivação do movimento.

O primeiro grande fundamento é a adoção das constituições democráticas, complexas, com inúmeras previsões, que implicaram em uma nova forma de interpretar e aplicar o direito, com aumento do fluxo de atividade do poder judiciário.

³⁵¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). The Global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995.

³⁵² CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n 23, 2004, p. 117-120

³⁵³ GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

O aumento não é apenas quantitativo, mas também e, principalmente, qualitativo, obrigando os tribunais a se manifestarem sobre novos temas, que dizem com o desenho da estrutura institucional³⁵⁴.

Com a principiologia, não existe mais a possibilidade de a priori afirmar o direito aplicado ao caso, reservando ao poder judiciário densificar e dar significado aos direitos, de acordo com o contexto social³⁵⁵.

Por outro lado, Vieira acresce três explicações para o surgimento desse movimento, enxergando-o como, primeiramente, consequência da expansão dos mercados, afinal, os tribunais são vistos como meios mais confiáveis de garantia da segurança jurídica e da previsibilidade por estarem afastados da população e das pautas populistas. Ainda, decorreria de uma retração do sistema representativo e de sua capacidade de realizar justiça e igualdade, cabendo a guarda dos ideais democráticos ao Judiciário, o que intensificou a crise da democracia. Por fim, seria resultado das constituições rígidas, ambiciosas, decorrentes da desconfiança da democracia³⁵⁶.

Portinaro segue a mesma linha, apontando como causa a existência de um ordenamento jurídico democrático que assegura a independência dos juízes, condição necessária à criação de uma cultura de direitos. Ainda, pelo autor, a corrupção e a ineficiência dos demais poderes, bem como a fragilidade de uma oposição consistente, conduziram a judicialização da política³⁵⁷.

Verbicaro apresenta sua análise à luz do caso brasileiro, tratando das condições facilitadoras da judicialização, a saber: a) a promulgação da CRFB/88; b) a universalização do acesso à justiça; c) a existência de uma constituição aberta; d) a decodificação do direito e a crise do formalismo/positivismo jurídico; e) ampliação do protagonismo do STF; f) existência de hipertrofia legislativa; g) crise no parlamento³⁵⁸.

³⁵⁴ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

³⁵⁵ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p..

³⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

³⁵⁷ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

³⁵⁸ VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 389-406.

Por fim, Barroso, analisando exclusivamente o modelo brasileiro, aponta a redemocratização, a constitucionalização brasileira e o nosso sistema de controle de constitucionalidade como as causas possíveis.

Agora, antes da conceituação, passar-se-á a análise mais detida das principais causas suscitadas, retro apontadas, buscando compreender o cenário no qual se consolidou a judicialização e o ativismo judicial.

A redemocratização foi responsável pelo fortalecimento das garantias dos magistrados, atribuindo-lhes força política para, inclusive, confrontar os demais poderes. Tal ambiente institucional fortaleceu a cidadania, elemento necessário à democracia, pois permite a conscientização dos direitos. Ainda, no caso brasileiro, a expansão do papel institucional do Ministério Público, bem como das Defensorias Públicas, permitiu a efetividade dos direitos³⁵⁹.

O modelo de constitucionalização brasileiro trouxe para si temas antes da legislação ordinária, constituindo-a como analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador e, ao constitucionalizar transforma política em direito, criando pretensões jurídicas que, uma vez não satisfeitas, ensejam o ingresso no Judiciário³⁶⁰. Historicamente, Koerner assinala ainda que ocorreu um processo de ativação do Poder Judiciário pelos grupos sociais, associando-os à luta política e a mobilização por direitos³⁶¹. Inclusive, o padrão é de certa forma geral, afinal, nas democracias latino-americanas as injustiças passaram a ser questionadas no Poder Judiciário³⁶².

Ferreira Filho também aponta a constitucionalização como uma causa da judicialização da política. Segundo o professor da USP, o movimento já existia antes, em caráter incipiente, em decorrência da ação popular e da ação civil pública, ganhando força com a Constituição da República de 1988. Todavia, na visão do professor paulista, é a falta de estilo e a imprecisão técnica que produziu tal

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁶¹ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

³⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

fenômeno, abrindo espaço interpretativo, além do excesso de cláusulas gerais e abstratas³⁶³.

Ocorre que a questão da constituição analítica, atacada por Ferreira Filho, na verdade é fruto da desconfiança que o constituinte nutre do legislador³⁶⁴, não de imprecisão técnica.

A última causa suscitada por Barroso é o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, um dos mais abrangentes, que combinou e conjugou dois sistemas: o americano e o europeu, introduzindo controle difuso e incidental, concentrado e abstrato³⁶⁵.

Ainda, nos casos das ações diretas, a expansão de legitimados logicamente expandiu a demanda, afinal, antes, o monopólio da PGR limitava a agenda do STF³⁶⁶. Assim, conforme vaticina Barroso, quase qualquer questão pode ser alçada ao STF³⁶⁷.

Para além dos argumentos de Barroso, cumpre tratar das outras causas suscitadas pelos autores. Nesse sentido, uma causa relevante à judicialização é a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, apesar da tentativa de Barroso de afastar a opção filosófica como um elemento significativo.

No cenário brasileiro, deve-se ter em mente que os ministros nomeados durante a ditadura civil-militar eram vinculados ao *liberalismo institucional*, de natureza mais conservadora. O governo Lula, por outro lado, investiu na via judicial para promover algumas mudanças e alianças políticas que fortaleceram o protagonismo do STF. Com as aposentadorias, passou a utilizar novos critérios para a composição da Corte, propiciando que o STF, a cada dia, redefinisse sua própria competência, alterando a atuação da Corte³⁶⁸. Antes da “reforma do STF”, o órgão

³⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

³⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

³⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

³⁶⁶ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁶⁸ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

tinha uma leitura privatística e processualista³⁶⁹, hoje, deliberadamente defende o ativismo.

Hirschl, por outro lado, concebe que o Judiciário se tornou um refúgio das elites, que questionam a democracia e veem nela o risco ao seu projeto de poder, em uma tentativa de preservação hegemônica das elites³⁷⁰.

Inclusive, essa leitura é reforçada quando os próprios atores políticos buscam respaldo na arena judiciária. Segundo Vieira, no governo FHC, o PT era o responsável por judicializar mais questões em face das decisões presidenciais. Por outro lado, durante o governo Lula, foram o DEM e o PSDB que assumiram esse papel³⁷¹.

Sousa Santos aponta que tal movimento é natural nas democracias contemporâneas, prorrogando para um terceiro turno os embates no palco tradicional³⁷². Além disso, outro fator relevante é que ao deslocar o locus da tomada de decisão, reduzem-se os custos eleitorais, transferindo a responsabilidade política para os juízes³⁷³.

Ainda, outra causa apontada é a crise representatividade e a hipertrofia dos poderes. A percepção de crise de representatividade não é nova no Brasil, afinal, a própria Constituição é desconfiada do legislador, conferindo amplos poderes ao Executivo³⁷⁴.

A crise, inclusive, acirra as omissões legislativas, surgindo à provocação a atuação do judiciário. Ferreira Filho aponta que é notória a impotência dos

³⁶⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

³⁷⁰ Barroso discorda dessa percepção. "Registro apenas que, no caso brasileiro, não se aplica a premissa de Hirschl de que o Judiciário tornou-se o último refúgio das elites diante da democratização da sociedade. No Brasil, por circunstâncias diversas, o Judiciário e o próprio Supremo Tribunal Federal são, no geral, mais liberais/progressistas que o Legislativo, onde a influência do poder econômico se tornou excessiva e distorciva da representação BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2019.

³⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

³⁷² SANTOS, Boaventura de Souza. *A Judicialização da Política*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/079.php> < acesso em 11/8/2007>. Acesso em 11 de abr. de 2018.

³⁷³ HIRSCHL, Ran. *O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

³⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

Parlamentos para dar conta das necessidades legislativas³⁷⁵, afinal, como assinala Capelletti, o tempo é um inimigo da atividade legislativa³⁷⁶.

Segundo Zolo, existe uma crise de capacidade reguladora, com a expansão legislativa sendo incapaz de acompanhar o dinamismo social³⁷⁷. Para Agamben, essa crise de legitimidade acaba sendo respondida com legalidade, ou seja, as instituições reagem à legitimidade frágil editando novas normativas³⁷⁸, conduzindo à confusão normativa, que acaba provocando a atuação do Judiciário.

Apresentados os antecedentes históricos, Barroso apresenta uma definição simples e geral de judicialização, como a colocação de questões políticas e sociais no âmbito de decisão do Poder Judiciário. Em outras palavras, diz como a transferência de poderes aos juízes, alterando a participação dos tribunais em assuntos cotidianos³⁷⁹.

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho oferece definição mais específica, apontando judicialização como uma “tendência” de submeter decisões de mérito sobre ações administrativas, sendo políticas porque relacionadas aos interesses da comunidade, em detrimento das instituições ditas tradicionais. O modelo mais desenvolvido seria o estadunidense, por força do judicial review³⁸⁰.

Inclusive, o professor da USP salienta que existe certa imprecisão de nomenclatura, afinal, não se trata de judicialização da política, mas sim judicialização do político, com a análise do agir governamental, dos assuntos reservados à política institucional³⁸¹.

Koerner e Maciel localizam a judicialização em um cenário mais amplo, onde a política utiliza-se também de métodos típicos das teorias de decisão judicial na resolução de demandas para solucionar as disputas presentes nas arenas políticas, apresentando duas grandes manifestações/sinais: i) expansão do âmbito de atuação dos tribunais, através dos mecanismos de revisão judicial, sustentados na

³⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

³⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

³⁷⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In.: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94

³⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal. São Paulo: Boitempo, 2015.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

³⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

constitucionalização dos direitos e na confiança dos mecanismos de freios e contrapesos; ii) a incorporação/introdução de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito de atuação dos demais poderes³⁸².

Ainda, obra fundamental quando o assunto é judicialização da política é a teorização de Ran Hirschl. O professor constata empiricamente a ocorrência de um processo de transferência de poder dos órgãos clássicos de representação aos tribunais, legitimados pela supremacia constitucional, identificando uma tendência mundial dos cidadãos de recorrer aos tribunais em questões morais, de política pública e política ordinária³⁸³.

Guiado por estes pressupostos, o professor estadunidense classifica o processo a partir das três grandes facetas que manifesta: a) a judicialização das relações sociais, que marcaria a expansão do discurso jurídico sobre a esfera da política clássica; b) a judicialização das políticas públicas, onde, pelo controle de constitucionalidade, os tribunais passam a intervir nas escolhas alocativas do poder político, em um processo de visto de baixo, provocado pelo cidadão; c) a judicialização da política macro/da megapolítica³⁸⁴.

O primeiro movimento seria inerente, decorrência imediata da complexidade social e da diversidade da sociedade, enquanto a segunda seria derivada do processo de constitucionalização das políticas públicas, que inseriu o judiciário como um ator político da efetivação. O último seria a judicialização da política ordinária, com o judiciário se tornando uma arena de debate das questões políticas, como sintetiza o autor, *“a área da megapolítica é talvez a concretização mais completa da noção do direito constitucional como política”*³⁸⁵.

Cabe, ainda, uma observação: a diferença entre a segunda e a terceira faceta é sutil. A segunda é de natureza de justiça processual, de concretização de

³⁸² MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

³⁸³ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

³⁸⁴ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

³⁸⁵ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

direitos fundamentais, enquanto a terceira diz com dilemas morais e controvérsias políticas mais complexas, vistas em seu aspecto macro³⁸⁶.

A judicialização da megapolítica colocam os tribunais na posição de decidir sobre assuntos de política, até mesmo quando a Constituição se cala sobre o tema, o que representa um risco à sociedade³⁸⁷, risco da ditadura de toga.

Ainda, Hirschl afirma que não é somente a estrutura institucional, a mudança paradigmática da ciência jurídica, nem juízes famintos por poder que sustentam a judicialização, mas, na verdade, o movimento somente pode se manter pelo suporte tácito ou explícito dos atores políticos influentes³⁸⁸.

Portanto, a judicialização da política trata-se de uma participação maior do Poder Judiciário no âmbito político por força do princípio da efetividade da Constituição, tratando-se de um movimento tipicamente decorrente do paradigma pós-positivista.

O problema, contudo, do ativismo é de outra natureza, afinal, ele caracteriza-se como um passo adiante, pois é quando o judiciário não apenas efetiva a Constituição, como ocorre na judicialização, mas quando utiliza como padrão decisório uma espécie de “interpretação expansiva da Constituição”.

Barroso afirma que o ativismo é primo da judicialização. Assim, se tal assertiva for verdadeira, o ativismo é o primo rebelde, pois ao interpretar expansivamente a Constituição, na verdade, o que o faz é negá-la.

Ora, a judicialização é decorrente do nosso modelo constitucional, de uma Constituição que promete e efetiva inúmeros direitos, não de uma vontade política deliberada dos tribunais constitucionais. Por outro lado, o ativismo judicial trata-se uma atitude, uma escolha em ser proativo de interpretar a Constituição ampliando seu alcance³⁸⁹. Em síntese, trata-se de estabelecer padrão decisório para além da própria Constituição.

Barroso sustenta que tal movimento ocorre pela retração do Legislativo e pelo descolamento entre a classe política e a sociedade civil³⁹⁰.

³⁸⁶ HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

³⁸⁷ HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

³⁸⁸ HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

Lênio Streck define de maneira precisa o ativismo, ao conceituar e asseverar que a caracterização está manifestada quando o juiz decide por argumentos típicos de política moral, ou seja, quando o direito é substituído por convicções pessoais do magistrado³⁹¹.

Clarissa Tassinari, em linha próxima, assinala que a judicialização da política é contingencial, surgindo da insuficiência dos demais poderes, independendo da postura dos juízes e tribunais. Por outro lado, o ativismo é uma postura – ou seja, depende de uma ação deliberada – de ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição³⁹².

Da mesma forma, Ramos define o ativismo como o exercício da função jurisdicional para além dos limites da lei e da Constituição, assinalando, inclusive, o viés negativo deste empoderamento.

Nessa linha, Ronald Dworkin, um dos expoentes do pós-positivismo, assinala que o ativismo é extremamente nocivo à sociedade, pois está amparado na subjetividade dos magistrados – resgatando a questão do solipsismo, já enfrentada. A verdade é que o ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico, onde o juiz ativista ignora a Constituição, sua história de promulgação, o poder constituinte que a formulou, bem como as interpretações anteriores conferidas e a consequente cultura jurídica por trás em nome de convicções políticas pessoais, impondo seu parâmetro e ponto de vista aos demais poderes³⁹³.

Sustein entende que o ativismo pode ser compreendido e calculado a partir da frequência com que um tribunal invalida as ações dos outros poderes do Estado, em especial, o Legislativo³⁹⁴.

Valle afirma, ainda, que também deve ser considerado ativista o magistrado que busca suprir omissões – reais ou aparentes – dos outros Poderes por meio das suas decisões³⁹⁵.

A verdade, contudo, é que o ativismo é contrário a Constituição, afinal, *“os juízes passariam a fazer a lei e não mais a interpretá-la, [e] violariam a separação*

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen, 2007. 435p.

³⁹² TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 36-37

³⁹³ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

³⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, Basic Books, August 2005.

³⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lúrio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

dos poderes e a delegação constitucional que receberam”. Inclusive, Koerner afirma que a defesa do ativismo se ampara teorias elitistas, que consideram o juiz um sábio³⁹⁶.

Nesse sentido, lista-se as três maiores objeções ao ativismo judicial.

A primeira delas é a legitimidade democrática dos juízes. Ora, evidente que os juízes não são agentes públicos eleitos, não sendo ignorado, contudo, o exercício de poder contramajoritário³⁹⁷. Todavia, o poder contramajoritário, de forma alguma pode ignorar o texto constitucional ou ser exercido para além dos seus limites. Nesta linha, conforme salienta Clève, os juízes devem ter a “*constituição como tarefa, mas também como limite*”³⁹⁸.

Além disso, confundir os processos de criação e aplicação das normas tende a fragilizar a separação dos poderes, podendo permitir uma tirania da toga no futuro, violando precisamente a maior preocupação da teoria da tripartição dos poderes: conter as arbitrariedades pela repartição.

A segunda objeção comum é o risco de politização da justiça. Ao fugir da Constituição, os tribunais colocam-se em uma zona de discricionariedade plena, criando um modelo juriscêntrico, onde o Judiciário simplesmente altera os critérios de definição do político, fragilizando ainda mais a democracia. Ora, o juiz deve agir em nome da Constituição, não por vontade política própria, devendo prestar deferência para as decisões do legislador, quando conforme a Constituição.

A terceira objeção suscitada é a incapacidade institucional do Poder Judiciário e suas limitações. A capacidade institucional diz com “*a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria*”³⁹⁹, afinal, deve-se ter em mente que o juiz é incapaz de prever as consequências políticas de suas decisões⁴⁰⁰.

³⁹⁶ KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

³⁹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 248 p.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2019.

⁴⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 189-197, 1996

Em síntese, deve-se tomar cuidado com as microjustiças, com as escolhas políticas desastradas, afinal, ao judiciário falta a expertise do administrador público⁴⁰¹.

Por fim, grife-se que existem também aqueles que entendem que a diferenciação entre ativismo e judicialização é vazia de conteúdo, servindo como mero argumento retórico, maneira inflamada de desaprovar uma decisão, sendo arma tanto de liberais quanto de conservadores⁴⁰².

De certa forma, sem a precisão terminológica, tal crítica merece provimento. Ocorre, contudo, que a diferença dos fenômenos é latente. O ativismo é a atuação do judiciário como constituinte permanente, que se julga na função de reescrever a Constituição, de decidir apesar dela, com base em suas próprias percepções.

No presente trabalho, analisar-se-á o ativismo praticado pelo STF, especialmente por sua íntima vinculação com a natureza política e com o controle de constitucionalidade. A verdade é que, ao ser ativista, o tribunal perde a legitimidade decorrente da decisão conforme a Constituição e a Lei, restando sua legitimação em um processo simbólico de poder.

⁴⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

⁴⁰² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

2.4. FUNDAMENTO DO ATIVISMO: com a palavra, o Ministro!

Conforme já destacado, não apenas as mudanças paradigmáticas, mas principalmente as mudanças institucionais, principalmente no governo Lula, foram causas que motivaram a mudança de postura do Supremo Tribunal Federal⁴⁰³. Nesse período, o órgão assumiu para si uma pauta especialmente: a moralidade política⁴⁰⁴.

No presente capítulo, pretende-se demonstrar o como a pauta ativista do STF tem se revelando superegóica e solipsista, não sem antes, contudo, tentar compreender um dos fundamentos que os ministros tem se embasado.

O modelo ativista brasileiro pode ser analisado nos mais variados fundamentos, alguns deles já verificados, mas o presente trabalho cuidará do argumento das funções iluministas das cortes superiores, cunhada por Luis Roberto Barroso. A opção se dá por dois fundamentos: i) em inúmeros casos de ativismo do STF, nos votos, é expressamente referenciada ou indiretamente apontada como fundamento; ii) o teórico que a cunhou ocupa uma cadeira no STF e influenciou ativamente na mudança de postura da corte.

Para Barroso, a função iluminista das Cortes Supremas é “empurrar” a história, favorecendo a formação de uma democracia não apenas majoritária, mas substantiva, afinal, a democracia contemporânea exige “votos, direitos e razões”⁴⁰⁵.

Visando sustentar seu argumento, o teórico reconstrói a história do pensamento constitucional, brasileiro e internacional, assinalando que antes da CRFB/88, as constituições eram encaradas como meras promessas políticas, sem efetividade normativa⁴⁰⁶.

Todavia, com a promulgação da atual Carta Magna, suscitou-se uma luta política e teórica pela efetividade constitucional. O neoconstitucionalismo, já tratado, auxiliou na transformação do direito durante o século XX, através da superação do

⁴⁰³ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estudos CEBRAP, n. 96, p. 69-85, 2013.

⁴⁰⁴ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estudos CEBRAP, n. 96, p. 69-85, 2013.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

formalismo jurídico, com o reconhecimento da normatividade construída pelo intérprete. Ainda, fomentou o advento de uma nova cultura jurídica, de matriz pós-positivista, resgatando o vínculo entre direito e moral, revalorizando a razão pública. Por fim, marcou a ascensão do direito público, em detrimento do direito privado, com a centralidade da Constituição⁴⁰⁷.

Com o protagonismo da jurisdição constitucional, Barroso salienta que a legitimidade decorre da capacidade argumentativa de convencer o auditório. Classicamente, as funções jurisdicionais seriam a contramajoritária e a representativa⁴⁰⁸.

A contramajoritária é a mais clássica, vinculada ao controle jurisdicional de constitucionalidade, contra maiorias eventuais, opondo-se aos eleitos, que atualmente é universalmente aceita⁴⁰⁹.

A representativa, que é mais negligenciada, com a crise de representação ganha ainda mais força, conforme os índices de aprovação do STF revelariam. Além disso, a corrupção dos poderes representativos intensificaria uma maior identificação social com a Corte Constitucional. Segundo Barroso, o modelo de seleção, acompanhando da vitaliciedade, impediriam tentações populistas. Nessa, resolve problemas negligenciados pelos demais poderes⁴¹⁰.

Por fim, tem-se a função iluminista, de “empurrar a história quando ela emperra”, afinal, segundo o constitucionalista, a jurisdição constitucional serve bem ao país, além de possuir elevado índice de aprovação pela sociedade civil⁴¹¹.

O artigo foi muito criticado, com fundamentos variados, desde a impressão que o Supremo não erra⁴¹², até a acusação de positivismo ao defender a

⁴⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴¹¹ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o STF e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴¹² ARGUELLES. Diego Werneck. O Supremo não erra In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

discricionariedade⁴¹³. Além disso, foi atacado por testes empíricos, críticas de acesso à jurisdição e de natureza de relação institucional.

Garapon defendia posição parecida, ao enxergar positivamente esse processo de receptáculo da justiça, concebendo o Judiciário como guardião de promessas, uma instância de resgate dos ideais de justiça, onde o juiz seria um terceiro imparcial que compensa o déficit democrático⁴¹⁴.

Ocorre que o modelo do professor Barroso é analisado à luz do paradigma filosófico da consciência, dotado de uma razão transcendental, fortalecendo o papel de um juiz solipsista, que para além do Hércules, é um sacerdote que lida com o sagrado. A verdade, contudo, é que o Hércules não é dotado de uma subjetividade assujeitadora⁴¹⁵.

Assim, o atual modelo de ativismo é um incentivo ao juiz transcendental, repositório de todos os conceitos e verdades, de forma que a verdade jurídica é um ato de vontade do intérprete, afinal, o juiz é capaz de enxergar o bem comum, achar a melhor razão, antecipar todas as consequências da sua decisão etc.

O solipsista age como se o mundo fosse uma resenha daquilo que ele pensa, de forma que seu processo de decisão é interno, pois detentor dos saberes⁴¹⁶.

A deliberação é um mero jogo de palavras vazias, onde a justificação é esvaziada e as falas impessoais fortalecidas. Nesse cenário, ao invés de guardião dos direitos fundamentais, o juiz, valendo-se do mito da tecnicidade, garantido pela aplicação do “método” para, satisfazendo o anseio pessoal – e próprio, afinal, não se deve esquecer que o juiz é também um cidadão – violar a própria Constituição e tornar a aplicação do direito um ato de vontade, dependente de suas convicções e ideologias mais íntimas.

Evidentemente, isso é muito mais fé do que racionalidade jurídica. O solipsismo está vinculado ao pensamento moderno, sendo *“um engodo teórico; ele existe difusamente num imaginário que se constitui a partir da modernidade”*⁴¹⁷.

⁴¹³ GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

⁴¹⁴ GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

A verdade é que esse modelo de ativismo aparenta criar um poder constituinte permanente, reservado à Corte Constitucional, afinal, é “*como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático)*”⁴¹⁸.

Galvão salienta que o “Hércules virou Zeus”, atrapalhando a formação de uma cultura social-democrática, prestigiando o governo dos doutores e dos sábios, com graves custos sociais, fragilizando o Estado de Direito⁴¹⁹.

O governo dos juízes é uma retomada do pensamento platônico e da arte de governar, em um modelo onde a decisão emana do sábio, responsável por libertar da caverna, afinal, rememora a essência das coisas. Em suma, é um ato solitário, que tem pouco de democrático.

Além disto, vale salientar que tal modelo exige revistar as teorizações de Ingeborg Maus, que desloca a análise das cortes superiores, partindo do conceito de superego, que, na psicanálise, remete à personificação da imago paterna, responsável por projetar a moralidade dos agentes⁴²⁰.

O superego, na psicanálise, tem diversas funções: auto-observação, consciência moral e base de apoio dos ideais⁴²¹. Maus explora o segundo, a consciência moral.

Em suma, a professora alemã se socorre do conceito de superego da psicologia, em analogia, a figura do pai que representa o superego do filho. A crise das instituições democráticas tornou a sociedade órfã, razão pela qual buscou um novo superego: o judiciário⁴²². O desejo da sociedade alemã, assim, deslocou-se da chefia do Executivo para a cúpula do Judiciário.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 42

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 51

⁴¹⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 217 p., 2012.

⁴²⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²¹ FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 21). Rio Janeiro: Imago.(Originalmente publicado em 1930), 1996.

⁴²² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

No caso do STF, conforme antes visto, a questão da moralidade como pauta judicial tornou-se ainda mais forte, fortalecendo esse vínculo moralista. Assim, os ministros são seres quase sacros, religiosos, constituindo um cenário onde as críticas são encaradas como heréticas, afinal, o juiz é o sacerdote, o receptáculo da justiça, o responsável por fornecer a base ética da sociedade. Dessa forma, elimina-se qualquer processo de debate e discussão com a sociedade civil na construção das decisões – típicas nos demais poderes – centralizando a partir de uma ideia de consciência social de Justiça⁴²³.

A aproximação entre direito e moral torna esse vínculo ainda mais forte, conduzindo ao decisionismo, onde o STF assume o papel de guardião moral da nação, servindo como motor do desenvolvimento social, escolhendo os momentos de avançar e de retroceder. Mais do que isso, dita o que significa progresso e o que significa retrocesso, conforme seus padrões pessoais.

Conceitos como “má-fé”, “sem consciência”, “conduta censurável” ganham força, nem sempre oriundos da racionalidade, mas antes das representações judiciais⁴²⁴.

Ao trazer a moral para o direito, escapam-se quaisquer mecanismos de controle social e a Corte Suprema vira poder moderador da República. Assim, a introdução de questões morais na jurisprudência não se limita a conferir a maior legitimidade ao decidido, imunizando de críticas, mas conduz a justiça para um lugar de absoluta ausência de limitação⁴²⁵.

O processo de moralização retira a responsabilidade de proteção constitucional dos juízes, conduzindo para um processo de inversão do princípio da autonomia, típico valor liberal, afinal, o proibido é descoberto depois dos fatos⁴²⁶.

Antes, a Constituição era compreendida como um documento de institucionalização das garantias fundamentais das liberdades nos processos políticos e sociais. Passa-se, contudo, por uma transformação que nega a fundamentação racional anterior, tornando-se um texto sagrado, como a Bíblia e o

⁴²³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

Corão, do qual os sábios deduzem diretamente o certo e o errado, o progresso e o retrocesso, os valores sociais mais importantes. Tratando do tribunal constitucional alemão, Maus ressalta que lá que praticamente se executa teologia constitucional⁴²⁷.

Assim, o superego apresenta seus traços, com a Corte atuando pouco como guardião constitucional, especialmente em sua função majoritária. O juiz torna-se juiz da própria Constituição, um sacerdote do direito não escrito⁴²⁸. Inclusive, na ADIN 4.650, que tratou do financiamento eleitoral, o ministro Barroso chega a apontar a necessidade de alterar o regime, ainda que a Constituição se cale, porque o “mal venceu”.

O STF torna-se instância máxima da política, intensificando a apatia política e o déficit democrático, arriscando, a longo prazo, a própria legitimidade da Corte, afinal reinscreve a cada momento a Constituição. O ativismo judicial assim, em suma, é constituir o Supremo em poder constituinte permanente, conforme observa Sarmiento⁴²⁹.

A esse respeito, válido salientar as observações de Dias e Correa, que assinalam, a partir da obra “Os dois corpos do Rei”, de Kantorowicz, que os juízes possuem dois corpos.

Ora, no modelo medieval, o rei era o ponto de equilíbrio daquele modelo de sociedade, governando e representando o divino. Para tanto, era dotado de dois corpos: um político, outro pessoal; um corpo místico, um corpo natural. Tal leitura ampara-se no próprio Jesus Cristo: Deus e homem.

Assim, importando o modelo para o debate, os juízes não podem misturar seus dois papéis, evitando os subjetivismos. O ativismo sequestra o corpo místico pelo natural, fortalecendo as percepções pessoais daquele que julga, em detrimento da própria Constituição⁴³⁰.

⁴²⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

⁴²⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁴³⁰ DIAS, Paulo Cezar; DE ANDRADE CORREA, Elidia Aparecida. Os Dois Corpos do Rei e o Poder Judiciário na Contemporaneidade. *CIDP: Lisboa, Portugal, Ano 4 (2018), nº 5, 1319-1335*

2.5. A SACRAMENTALIDADE DO PODER: no vácuo, resta somente a Glória

A análise empreendida evidencia que não possui cabimento um mero retorno paradigmático ao positivismo, recolhido na técnica redutora da práxis, afinal, ela revela-se ideológica e coberta de níveis.

Contudo, da mesma forma, não merece guarida o ativismo judicial atual, especialmente porque demonstrada exaustivamente a insuficiência do modelo de justificação dos juízes. Se o tecnicismo não é a resposta, por óbvio, a negação da cientificidade do direito também não se apresenta como um caminho, devendo ser refutada.

Isto posto, é impositiva a necessidade de consensualmente, ciente dos custos políticos e institucionais, rediscutir o papel do controle de constitucionalidade e do processo de seleção dos magistrados e a refundação – *refundamentação* – das funções do judiciário.

Caso contrário, da legitimidade construída teórica e politicamente, restará unicamente a glória, o mito já analisado. Em outras palavras, a única fundamentação de atuação será a metafísica, a sacerdotal.

Portanto, resta reconhecida a insuficiência do atual modelo, bem como evidenciado os riscos do distanciamento da normatividade constitucional pelo ativismo, cabendo indagar no que ainda se legitima o agir do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Agamben é um dos principais teóricos a analisar como funciona os processos de legitimidade e legalidade na experiência ocidental, pelo método arqueológico, como fez quando da análise paradigmática da renúncia do então líder da Igreja Católica Apostólica Romana, Bento XVI⁴³¹.

Amparado nas reflexões foucaultianas e benjaminianas, busca empreender uma análise crítica arqueológica do poder moderno, diversa dos modelos contratualistas técnico-jurídicos de Hobbes e Bodin.

Nesse sentido, o teórico italiano conecta o conceito de Reino, tomado no sentido teológico, ao de *oikonomia*, conjugando ambos a concepção teológica de

⁴³¹ AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos. Boitempo Editorial, 2015.

providência, que, grosso modo, é definido como a ideia de um governo que se impõe como se executor da vontade de Deus⁴³².

Ruiz destaca que a relação entre *oikonomia* e glória foi muito negligenciada pelos teóricos do poder. Em síntese, pouco se estuda a respeito dos dispositivos de governo e das formas rituais que ele apresenta. Em regra, os teóricos do poder se concentram nos dispositivos de gestão, negligenciado o aspecto da ritualização e da glória, concebido como mera alegoria, adereço, braço auxiliar em significação própria⁴³³.

Precisamente por esses vínculos complexos, teológico-políticos, o autor conclui que todo o poder clama por uma certa liturgia quando do seu exercício, o que seria realizado por dispositivos de aclamação, que, nas democracias de massa, seriam responsáveis pela produção da *opinião pública* como forma aclamatória de legitimidade⁴³⁴.

A relação entre as formas aclamatórias e a democracia de massas seria garantida pelos veículos midiáticos, responsáveis pela espetacularização do debate público⁴³⁵.

Todavia, antes de aprofundar em tais considerações, é impositivo assinalar a compreensão que o autor tem de liturgia, usualmente compreendida como aparência, como uma “manifestação ritualizada do poder”, segundo Ruiz⁴³⁶.

A princípio, tal leitura pode produzir uma sensação de superficialidade, ou seja, de que a liturgia seria um mero adereço, sem qualquer conexão material com as práticas de poder. Contudo, não é verdadeiro, servindo, para ocultar os vínculos que permitem a genealogia dessas próprias práticas de poder.

Foi precisamente essa leitura “preconceituosa”, ou seja, da conexão entre glória e teologia que afastou muitos intelectuais, impedindo-os de compreender a transferência dos aparatos de glória da teologia para a política propriamente dita.

⁴³² AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴³³ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014.

⁴³⁴ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴³⁵ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴³⁶ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014.

Evidentemente, não se desconhece as inúmeras reflexões a respeito dos simbolismos, rituais – muitas delas explorados nesse trabalho –, contudo, tais estudos nem sempre ultrapassam a mera análise de ritualização, ignorando a relação direta com a genealogia do poder. Precisamente aqui reside o *busillis*: Agamben indaga sobre a relação entre glória e poder; entre as formas gloriosas e o próprio exercício do poder.

A questão torna-se ainda mais pulsante se considerado que o poder já goza da força e de todas as técnicas de gestão do governo para fazer-se valer, o que conduz a pergunta quanto à necessidade dos aparatos de glória.

Concentrados no primeiro aspecto, a filosofia e a sociologia ignoraram esse nexos, especialmente pelas teorias contratualistas, influenciadas pelo racionalismo, que impediam de verificar as vinculações íntimas entre poder e rito. Assim, é impositivo recorrer aos aportes da teologia para compreender a conexão entre a *oikonomia* (a gestão das coisas) e a glória.

Nesse ponto, para Agamben, a glória é o enigma central do poder, no sentido daquilo que é ocultado. É precisamente por existir um nexos entre glória e as formas governamentais da *oikonomia* que se reconhece a existência de um centro vazio, que é origem comum do poder e da glória, usurpado pela vontade (típica as teorias contratualistas ocidentais). É pela vontade – divina e humana – que é instituída o poder e a glória sem vinculação entre ambos. Em outras palavras, o centro da máquina está vazio, de onde irradia a glória e o poder, da mesma matriz⁴³⁷.

Nas democracias modernas atuais, as aclamações ritualísticas da glória transferiram-se para a opinião pública. Nesse ponto, os meios de comunicação apresentam-se como fundamentais, especialmente aos governos, afinal, garantem certo controle da opinião pública, mas, principalmente, porque através deles a glória é exposta, anunciada, divulgada. Assim, os meios de comunicação asseguram a dimensão aclamativa, antes típica de governos fascistas e autoritários, nas democracias modernas⁴³⁸.

⁴³⁷ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴³⁸ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

A glória é caracterizada precisamente pelo seu viés aclamativo, legitimando o poder. Na sociedade contemporânea, vinculou-se a forma *oikonomia* de governo e as técnicas aclamatórias, conduzindo para um modelo democrático aclamatório, onde o poder é legitimado pela ação das massas.

O sentido atribuído à liturgia por Giorgio Agamben pode ser buscado em outra obra, intitulada *Opus Dei*. O termo origina de *leitourgia*, que deriva de: *laos*, povo, e *ergon*, obra. Na Grécia Antiga, dizia com serviços públicos prestados pelos cidadãos em decorrência de sua natureza de cidadãos. Assim, era tido como uma reafirmação da condição, sendo elevado à condição de honra, ao indicar o reconhecimento público da cidadania⁴³⁹.

Assim, o sentido e a utilização do termo evoluíram dos usos atribuídos e, ainda que tenha se distanciado do modelo grego anterior, manteve certo sentido político. A “encampação” pela religião ocorreu pela tradução dos *Setenta*, realizado entre os séculos III e I a.C, que acabou prevalecendo como grego. Por opção dos tradutores, o verbete hebraico *seret*, que possuía o sentido de servir, foi traduzido por *leitourgeo*⁴⁴⁰.

Na atual doutrina católica, a liturgia é compreendida como um ministério sacerdotal, responsável por realizar a igreja celeste e a terrena. Inclusive, o próprio termo *Opus Dei*, designou liturgia por um período no catolicismo, compreendendo como resgate da função sacerdotal de Cristo. Anteriormente, falava-se precisamente em *officium*⁴⁴¹.

Feitas tais considerações, cumpre retomar a reflexão de Agamben a respeito das imbricações entre política e liturgia, o que o autor italiano faz pela reconstrução teórica do debate entre o teólogo Erik Peterson e o jurista Carl Schmitt, que possuem pontos de contato e de discordância⁴⁴².

O ponto de partida dos autores é comum: segundo ambos, a História está suspensa, aguardando a *parusia* do Cristo. Assim, o atual momento precisa ser lido à luz do fim da História, que ocorrerá com a segunda volta do Cristo. Todavia, divergem quanto a razão que atrasa o *katechonn*: para o jurista alemão, é a existência do império cristão que obsta; para o teólogo, todavia, é a falta de

⁴³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Opus dei: Arqueologia do ofício* [Homo Sacer, II, 5]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Opus dei: Arqueologia do ofício* [Homo Sacer, II, 5]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Opus dei: Arqueologia do ofício* [Homo Sacer, II, 5]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴² AGAMBEN, Giorgio. *O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo* [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

conversão dos judeus, que seria o passo final à *parusia*. Assim, a Igreja é justificada por este aguardo.

Ainda, segundo Peterson, a teologia cristã não se realiza como política, mas como *oikonomia* da salvação, um grande plano de salvação. Assim, não existiria política cristã e, menos ainda, teologia política. De acordo com o autor, até existiram debates, mas a ideia de uma teologia cristã, que se espraiava para a política ordinária, entrou em crise com os debates do dogma trinitário, que teria selado o fim do monarquismo político e da teologia política a ele anexa⁴⁴³. Inclusive, inserindo Schmitt no debate, o teólogo salienta que o próprio conceito de teologia política foi inserido pelo jurista.

Schmitt, por outro lado, partindo de um trecho idêntico, de autoria do teólogo Gregório de Nazianzo, afirma que no seio da discussão da trindade realiza-se, opera-se, a tensão entre amigo-inimigo, chave de leitura da política, o que confirmaria a existência da teologia política. Dessa forma, antes de a teologia trinitária negar a teologia política, acabou por confirmá-la⁴⁴⁴.

Peterson afirma que o paradigma do moto imóvel foi o paradigma político de teologias políticas, operando a partir de uma lógica segundo a qual “o rei reina, mas não governa”. Schmitt, por outro lado, afirma que ao fazer essa observação, o que o teólogo faz é reafirmar a teologia política. Todavia, ambos criticam esse paradigma: Peterson por entender que é de matriz judaico-helenístico e Schmitt por retratar o paradigma da democracia liberal⁴⁴⁵.

Oportuno salientar que Peterson não nega o caráter político da Igreja, que para o autor é realizado na liturgia. Assim, a liturgia realiza o verdadeiro ser da política: a glorificação. Portanto, por meio da liturgia antecipa-se o verdadeiro sentido político do louvor. Dessa forma, apesar de rejeitar a teologia política, Peterson apresenta uma argumentação teológica eminentemente política⁴⁴⁶.

⁴⁴³ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

A *ekklesia* cristã é apresentada como a assembleia de cidadãos de pleno direito – assim como as assembleias da pólis. Dessa forma, o sentido manteve seu rigor etimológico, com a diferença que a celestial se reúne para o culto.

O elemento determinante da política é o culto, a liturgia. Nesse culto, participam os anjos, que conectam a Igreja terrena com a Igreja celeste. Tal modelo ampara nas reflexões agostinianas, o que evidencia a relação com o mundo político⁴⁴⁷.

Assim, o que diferencia Peterson e Schmitt é que “*em sua visão [De Peterson], o caráter público e político da Igreja não dimana do Estado nem de qualquer outra instância social, senão a que pertence à Igreja de forma originária*”⁴⁴⁸. Assim, ele exclui a teologia política do cristianismo precisamente porque “*a verdadeira política se realiza como ação litúrgica na pólis celeste*”⁴⁴⁹.

Nestes termos, Agamben analisa como a liturgia celeste apresenta-se como ação política para Peterson, por entender que existe enorme repercussão na política contemporânea. Assim, o filósofo italiano destaca que o primeiro elemento litúrgico proposto por Peterson é o louvor⁴⁵⁰.

Ora, a dimensão política da liturgia é evidenciada e alcançada pela ação política dos anjos, a partir dos seus cantos e atos de glória, que definem a liturgia celestial⁴⁵¹.

A verdade da *ekklesia* é realizado pela imitação do louvor e da glorificação dos anjos. Assim, a vocação política dos homens se dá por imitação dos anjos, pela glorificação⁴⁵².

Louvor e glorificação é a essência da política. Assim, apesar de Peterson negar a existência de uma teologia político, conectou diretamente política e louvor, convertendo o ato teológico de glorificação na essência da ação política⁴⁵³.

⁴⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁴⁸ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014. P. 197

⁴⁴⁹ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014. P. 197

⁴⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵² AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵³ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

Para além da função de glória, os anjos não ficariam adstritos ao culto, possuindo função de apoio ao governo, antecipação à concepção burocrática. Tal leitura funda-se na cisão entre Deus que reina e a providência que governa, que reflete o paralelismo das sociedades modernas, que cindiram soberania e governo⁴⁵⁴.

Para Agamben, a cisão moderna foi antecipada pela teologia cristã, que necessitava fundamentar a ação soberana de Deus e o respeito à liberdade dos homens. Assim, a cisão serve para tentar tratar da providência plena de Deus e a liberdade, sem negar nenhuma delas, em uma articulação difícil entre a liberdade da providência, que tudo governa, e a liberdade humana, responsável pelas ações⁴⁵⁵.

Assim, uma parte dos anjos são dedicados ao culto e outra é dedicada aos ministérios, ao governo, que auxiliam no governo providencial do mundo. É íntima a conexão entre o louvor, glória e a oikonomia, entre o Reino e a glória.

Ainda, por fim, para entender a operabilidade dessa glória, Agamben retoma novas teorizações teológicas de Peterson, àquelas que remontam às aclamações utilizadas para saudar os imperadores romanos⁴⁵⁶.

Segundo o autor, nas sociedades antigas, as aclamações constituíam um conjunto de modos e fórmulas de saudação, aprovação, acolhida e reverência dos políticos. Não se tratava de um ato inócuo, mas dotado de significado político e jurídico, outorgando legitimidade ao agente, servindo, inclusive, à substituição da votação individual. Assim, as aclamações cristãs, *strictu sensu*, remetem às pagãs, mas foram incorporadas e resignificadas, evidenciando o nexo jurídico-político que une direito, liturgia e política.⁴⁵⁷

Precisamente por isso, a liturgia cristã não é mera expressão subjetiva de louvor, mas ação política em si. Por ser litúrgica, a celebração cristã é política. Grife-se que a liturgia diverge da devoção particular em termos qualitativos, afinal, as

⁴⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

últimas são individuais e não se manifestam na *ekklesia*. Assim, a liturgia é instituinte da assembleia cristã⁴⁵⁸.

Para Agamben, existe um elo entre Peterson e Schmitt, pela aclamação, pois o jurista alemão partiu das teorizações do teólogo para diferenciar a votação individual e a aclamação do povo reunido: o primeiro seria instrumento da democracia moderna, que atua pelo voto secreto e individual; a segunda, seria a democracia pura, pois a primeira inibe o debate e elimina a força política do povo na decisão. A aclamação evitaria a mediação e possibilitaria o debate. Assim, há um paralelismo entre o caráter jurídico das lições litúrgicas de Peterson e o sentido político da aclamação em Schmitt⁴⁵⁹.

A aclamação popular torna-se expressão do poder constituinte, sendo inerente a toda comunidade jurídica, servindo de mecanismo de crítica à democracia liberal por Schmitt⁴⁶⁰.

O jurista conecta a aclamação com a opinião pública, em um processo onde o reconhecimento da opinião pública efetiva substitui a aclamação como instrumento político. No livro *“Teoria da Constituição”*⁴⁶¹, Carl Schmitt aponta que o povo só existe como publicidade. Ainda, assevera que a democracia liberal pode manipular a opinião pública, evidenciando a falta de democracia efetiva. Assim, para Schmitt, somente existe democracia quando o povo se reúne como *ekklesia*, no modo de exercício pela aclamação⁴⁶².

Assim, a tese de Schmitt vincula democracia pura e aclamação na esfera pública, bem como contribui para demonstrar que nas sociedades modernas a aclamação deslocou-se para a opinião pública⁴⁶³.

Ainda, as manipulações eventuais poderiam ser evitadas pelo reconhecimento da lógica amigo-inimigo, servindo a aclamação como típico movimento pertencente aos regimes autoritários.

⁴⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁶¹ SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927. 457p.

⁴⁶² AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁶³ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

Contudo, do próprio Schmitt, constata-se que o paradigma da glorificação remanesce na democracia moderna, afinal, a aclamação, com a opinião pública, foi deslocada para outro espaço: o das mídias das massas. A mídia informa, forma e conforma a opinião política, adquirindo potência política ao instituir o poder da aclamação coletiva⁴⁶⁴.

Giorgio Agamben relaciona com as teorizações de Debord, que analisou a sociedade dos espetáculos. Para o filósofo italiano, o dispositivo da glória vincula espetáculo e poder nas democracias. Assim, glorificação é o centro e objetivo da liturgia, onde glorificar é legitimar a soberania do Estado⁴⁶⁵.

Assim, na bipolaridade reino e providência serve para esconder a origem do poder⁴⁶⁶. Em Deus, o poder não deriva de nada, afinal, não há exterioridade, estando a origem no vazio. No poder moderno, tributário do modelo teológico, o vazio anárquico não foi resolvido pelas teorias de legitimação da soberania política moderno. Conforme já salientado, o centro é vazio, sendo a glória o esplendor que emana do vazio. A mídia, por outro lado, concentra e dissemina a glória⁴⁶⁷.

No caso brasileiro, o ativismo do STF abandonou suas legitimações teóricas e institucionais, concentrando-se na glória exclusivamente. Nos votos de questões polêmicas, cada vez mais se invoca a “opinião pública”, o “senso comum”, a “moralidade”, em detrimento da ciência jurídica, do conhecimento científico.

Além disso, usualmente seleciona-se o que se pretende julgar, pautando a opinião pública e ao mesmo tempo sendo por ela pautada. A mídia brasileira, por outro lado, cada vez mais pauta o ativismo, ora em sentido positivo, ora como crítica⁴⁶⁸, intensificando a aclamação e pressionando a atuação da Corte. A aclamação ataca precisamente a função contramajoritária, isolando a efetividade constitucional.

Na ADIN 4.650/DF, por exemplo, que questionou o sistema de financiamento eleitoral, existem inúmeros trechos que ressaltam essa busca aclamatória pela ação

⁴⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

⁴⁶⁶ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014.

⁴⁶⁷ RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014.

⁴⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 40, 2012.

da opinião pública. Os votos vencedores eram uníssonos em afirmar que era preciso salvar as instituições democráticas, devendo corrigir as patologias que desvirtuaram o sistema, captando o anseio da sociedade civil⁴⁶⁹.

Na visão dos ministros, a “opinião pública” estava insatisfeita com as relações “pecaminosas” entre a iniciativa privada e o financiamento eleitoral. Inclusive, mesmo que a CRFB/88 não apresentasse uma moldura pronta, era imperiosa a necessidade de intervenção do STF, para “salvar a democracia”.

O relator, Ministro Luiz Fux, asseverou que o atual modelo de financiamento gerou um ceticismo na opinião pública e por isso precisava ser revisto. Ainda, nos debates, onde em regra o argumento aclamativo tende a ser intensificado, o Ministro salientou que o STF deve se alinhar ao sentimento social⁴⁷⁰. O Ministro Luis Barroso, inclusive, também salientou novamente o argumento de vanguarda iluminista, por exigência da opinião pública.

Interessante notar que as delações da operação Lava-Jato era um tema suscitado o tempo todo, nos debates especialmente, notadamente referenciando o acompanhamento da mídia, transparecendo a necessidade de “oferecer uma resposta à opinião pública”⁴⁷¹.

Paradigmaticamente, outro exemplo de ativismo recente do STF foi quando do julgamento das ADC’s 43 e 44, onde foram suscitados a “sensação de impunidade da opinião pública”, a “ineficiência dos sistemas punitivistas” e a existências de “injustiças extremas”.

O Ministro Luiz Fux chegou ao extremo de afirmar a existência de um direito fundamental de ver a norma penal aplicada, em detrimento ao direito a presunção de inocência, buscando legitimar sua argumentação pela técnica.

Por fim, no julgamento da ADIN 4578, ADC 29 e 30, que analisou a LC 135/2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, onde o STF, dentre

⁴⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2019.

⁴⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2019.

⁴⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2019.

outras questões, relativizou a presunção de inocência para aquele que pretende candidatar-se a cargo eletivo, a linha foi parecida.

Nesse julgamento, novamente o Ministro Luiz Fux sustentou que a jurisdição constitucional deve estar atenta à opinião pública, afinal, *“não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”*⁴⁷².

Em ambos os casos, a deliberação pública foi televisionada pela TV Justiça, assim como reproduzido trechos importantes nos principais veículos de comunicação. Inclusive, precisamente após o início do televisionamento em 2002, aumentaram-se as argumentações utilitárias e menos técnicas, acirrando o populismo na decisão, com votos mais extensos.

Em pesquisa realizada por Rufino, com os próprios ministros, a maioria confirmou que a publicidade impactou diretamente nas práticas argumentativas, em especial quanto à forma de apresentação dos votos que, apesar de não ser o responsável pelo problema deliberatório, acabou aprofundando-o. Os votos assumem um caráter quase parlamentar, mais atento à opinião pública, com argumentos mais retóricos, como nos casos citados, e menos técnicos⁴⁷³.

Em síntese, a opinião pública, captada pelos veículos de mídia, tem pautado não apenas o modus da Corte, mas também alterado seus critérios decisórios para além da Constituição da República, esvaziando de sentido a função contramajoritária. Tal processo é maximizado pelos processos de aclamação e glorificação do Poder Judiciário, que, por sua liturgia, ritualiza as tomadas de decisão, escondendo solipsismos e decisões superegóicas, colocando em risco a legitimação institucional e científica do próprio direito.

⁴⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF. Relator Luiz Fux, 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=74860064&ext=.pdf>. Acesso em 19 de fev. 2019. P. 27.

⁴⁷³ VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Ainda, conforme notícias vinculadas no site CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/acordaos-stf-adis-aumentam-producao-cai-tv-justica> e <https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>. Acesso em 23 de jul. de 2018

CONCLUSÃO

Impositivo, assim, discutir o papel das cortes superiores, em especial, a brasileira, no controle e na guarda da Constituição.

Conforme foi revelado no presente trabalho, a ciência jurídica, como todas as ciências, passa por constantes processos revolucionários, que implicam em modificações de toda a sua estrutura, em especial, na transformação dos seus núcleos duros/dogmas.

Assim sendo, evidente que o fundamento político-jurídico do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário está amparado no paradigma positivista anterior, que apresentava o juiz como um técnico, alguém não suscetível aos anseios populares e às pressões majoritárias, responsável pela aplicação fria do texto da lei.

Todavia, o ativismo judicial tem se revelado como uma tentativa de substituição pelas Cortes Superiores da legitimação técnico-científica, por outra, de viés populista, que coloca em risco a própria função contramajoritária e inverte precisamente a lógica do controle de constitucionalidade: efetivar a Constituição apesar das vontades majoritárias.

Insustentável, dessa forma, a manutenção da justificação da concentração do controle de constitucionalidade por um órgão judiciário se a decisão proferida é de caráter estritamente político, preocupado com a aceitação da opinião pública. Assim, cabe ou rediscutir o espaço do ativismo dentro da ciência jurídica ou repensar a composição dos órgãos e, eventualmente, até mesmo os critérios de seleção e escolha dos ministros.

Não se nega que a crença na ciência como portadora de uma verdade absoluta e eterna não encontra amparo na realidade, conforme propôs o cientificismo, que amparou o discurso tecnicista, fortemente criticado por Habermas. Todavia, *a contrario sensu*, a ciência não deve ser meramente descartada e desconsiderada em nome de clamores populares, sob pena de incorrer-se nos mesmos erros de outrora.

Sistemicamente, se científico o processo, deve ser buscado os fundamentos que amparam e justificam a atuação das Cortes Superiores, que devem concentrar sua legitimidade precisamente na sua atuação, eventualmente, negando os dogmas dos paradigmas anteriores e reestruturando os sistemas.

O STF não é o poder moderador da República, mas o órgão responsável, dentre outras coisas, por assegurar a efetividade da Constituição da República, mesmo que contra a opinião pública e a vontade popular, devendo, por isso, manter um necessário afastamento.

Quando nega sua função, perde sua legitimidade institucional, adentrando em um vazio de legitimidade que conduz a decisões solipsistas e moralistas, constituindo-o como espécie de superego da sociedade brasileira, não em órgão do Estado Democrático de Direito.

Sem a legitimidade institucional, resta apenas a legitimação litúrgica, que como apresentada por Agamben, é constitutiva do poder no Ocidente. Assim, o poder vai concentrar-se na sua liturgia quando exercitado, buscando amparo nos dispositivos aclamatórios assegurados pelas democracias de massa, materializados na difusa “opinião pública”, formada e conformada pelas mídias – que conforme é sabido, são movidas por interesses – fragilizando a Constituição, criando uma democracia aclamatória.

Assim, a legitimação torna-se legitimação apenas na glória, colocando, cedo ou tarde, o STF na posição de refém da opinião pública e da aclamação para subsistir, o que, evidentemente, não parece desejável a um órgão que se constitui precisamente para opor a “opinião pública”, que constitui-se como base do próprio controle do poder no Ocidente.

Qual o problema disso? Diversamente da fundamentação institucional e política, o fundamento da “fé” é frágil e não-científico, além de gozar de nenhum respaldo político, podendo ser derrubado a qualquer momento, colocando em xeque a manutenção da própria instituição, tornando-a descartável no modelo institucional brasileiro.

Oportuno salientar que o presente trabalho não busca, de forma alguma, “caminhar para trás”, ou seja, exigir do STF uma postura de contenção, mas tão somente demonstrar o não cabimento dos atuais critérios de fundamentação do Judiciário como guarda da Constituição, o que exige repensar: queremos mudar “o problema” ou “a causa”? Em outras palavras, deve-se discutir a função do STF ou o processo de seleção? Todas essas são escolhas políticas, que precisam ser urgentemente debatidas, sob pena de esvaziamento do modelo moderno de direito.

Um dos caminhos possíveis é o resgate da ciência jurídica pela Corte Constitucional, abstraída, contudo, do tecnicismo puro, voltado para uma leitura de *práxis*, integrativa e democrática, sem renunciar à Constituição.

A proposta do professor alemão Peter Habererle mostra-se um caminho interessante, afinal, defende uma hermenêutica adequada à uma sociedade aberta e pluralista, reconhecendo a legitimidade de intérprete constitucional para todo aquele que é por ela afetado⁴⁷⁴.

Através desta proposta, o STF retoma seu vínculo institucional primeiro, a defesa da Constituição, sem, contudo, fugir dos desafios sociais impostos pela realidade, fugindo de tentações populistas, superegóicas e aclamatórias.

A percepção de sociedade aberta de intérpretes autoriza a participação de toda sociedade civil no debate constitucional, evitando solipsismo e aplicação de concepções éticas exclusivas dos ministros e cria uma legitimação das decisões da Corte Constitucional pelo procedimento, deslocando a racionalidade do sujeito para o processo de deliberação⁴⁷⁵.

Com a legitimação procedimental, retoma-se o vínculo institucional que une o STF com a proteção da Constituição, sem negar, eventualmente, o elemento litúrgico, que remanesce, pois é da ontologia do próprio poder, mas torna-se secundário como ferramenta de legitimação.

Essa provocação é uma das muitas opções possíveis de serem debatidas pelos juristas e pela própria sociedade, buscando salvar a Corte Constitucional, que a cada dia fica mais fragilizada e tem sua institucionalidade negada pelas próprias aporias e dificuldades que a cercam.

⁴⁷⁴ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁴⁷⁵ HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5. ed. rev. e ampl São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos. Boitempo Editorial, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo [Homo Sacer, II, 2]. Boitempo Editorial, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. Opus dei: Arqueologia do ofício [Homo Sacer, II, 5]. Boitempo Editorial, 2015.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. 203 p.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Introdução à filosofia da ciência. 3.ed. rev. Curitiba: Ed. da UFPR, 2010. 233p.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 40, 2012.

ARGUELLES. Diego Werneck. O Supremo não erra. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

ARISTÓTELES. Física I e II. Campinas, SP: Unicamp, 2009. 415 p.

ARMSTRONG, Karen. Breve história do mito. Trad. Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BACHOF, Otto. Jueces y constitucion. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2007. 222 p.

BARROSO, Luis Roberto, Constituição. In.: BARRETO, Vicente de Paulo et al. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006. P. 760.

BARROSO, Luis Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". In: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, Rio de Janeiro, n.4, jan.-fev. 2009, p. 1-29.

BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: atlas, 2018.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016

BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 333 p.

BORGES, Guilherme Roman. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen, 2015, p. 5-25.

BOURDIEU, Pierre. Usos sociais da ciência. São Paulo: Unesp, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF. Relator Luiz Fux, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> Acesso em 14 de fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF. Relator Luiz Fux, 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=74860064&ext=.pdf>. Acesso em 19 de fev. 2019.

BREAUD, Olivier. Constituição e Direito Constitucional. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martines Fontes, 2012.

BUNGE, Mario. La ciencia: su método y su filosofía. Navarra: Laetoli, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm; CORDEIRO, Antonio Menezes. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. P. LXIV

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

CAPRA, Fritjof. O Ponto de Mutação. São Paulo: editora Cultrix, 1998, p. 56.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n 23, 2004, p. 117-120

CARVALHO, Maria Cecília M. de. Construindo o saber: metodologia científica: fundamento e técnicas. 3 ed, Campinas, Papyrus, 1991.

CASSIRER, Ernst. El problema del conocimiento. Vol. I. México: Fondo de Cultura Economica 1986.

CASSIRER, Ernst. Linguagem e mito. São Paulo: Perspectiva, 2010. 127p.

CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal?. São Paulo: Brasiliense, 1993. 226p.

CHALMERS, Alan Francis. A fabricação da ciência. São Paulo: Ed. UNESP, 1994. P. 39

CHÂTELET, François. Uma história da razão: entrevistas com Émile Noël. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 1994.

CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia-: Dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 2017.

CHIBENI, Silvio Seno. O que é ciência. Campinas: Unicamp, 2013.

CHRÉTIEN, Claude. A ciência em ação: mitos e limites: ensaios e textos. Campinas: Papyrus, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito). São Paulo: Academica, 1993. 248 p.

CORREAS, Oscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Revista InSURgência, Brasília, ano 1 , v.1, n.1, jan./jun, 2015

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. 301p.

CUPANI, Alberto. A crítica do positivismo e o futuro da filosofia. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

DESCARTES, René. Discurso sobre o Método. Petrópolis: Vozes, 2008, 70p.

DIAS, Paulo Cezar; DE ANDRADE CORREA, Elidia Aparecida. Os Dois Corpos do Rei e o Poder Judiciário na Contemporaneidade. CIDP: Lisboa, Portugal, Ano 4 (2018), nº 5, 1319-1335

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

EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986. 387p.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In:

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG – IUPERJ, 2002

ELIADE, Mircea. Mito e Realidade. 3ª edição. São Paulo: Perspectiva, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 417-464.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A ciência do direito . São Paulo: Editora Atlas SA, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP, São Paulo, nº 21, p. 12-21, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; LASK, Emil. Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: USP : R. dos Tribunais, 1976. 188 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 189-197, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

FEYERABEND, Paul K. Contra o método. São Paulo: UNESP, 2007. 372p.

FICHTE, Johann Gottlieb. A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos. São Paulo: Nova Cultural, 1992.

FIORAVANTI, M. Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional. Tradução de: Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 21). Rio Janeiro: Imago.(Originalmente publicado em 1930), 1996.

FRIEDE, Roy Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 170 p.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. Tese (doutorado em direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 217 p., 2012.

GARAPON, Antoine, O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas. Editora Revan. 1999.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORÓN, Atilio A. Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx. São Paulo: CLACSO, 2006, p. 169-188. Disponível na internet em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf. Acesso em 10 de jan. 2019

GÉNY, François. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Sirey, 1921.

GEYMONAT, Ludovico. Elementos de filosofia da ciência. Lisboa: Gradiva. 187p.

GLEZER, Rubens. O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2016.

GROSSI, Paolo. A ordem jurídica medieval. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. 344 p.

GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. 2. ed. rev. ampl Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. P. 14.

GROSSI, Paolo; DAL RI, Arno. O direito entre poder e ordenamento. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄRBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. Fé e saber. 1. ed São Paulo: Ed. UNESP, 2013. 60 p.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência enquanto ideologia. Os pensadores, v. 2, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HANS, Albert. Tratado da razão crítica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 139-178.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.

HÖFFE, O.; Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Coords.). Constitucionalismo y democracia. Tradução de

Monica Utrilla de Neira, México: Colegio Nacional de Ciências Políticas y Administración Pública, A.C.; Fondo de Cultura Económica, 1999.

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf

HUSSERL, Edmund. A filosofia como ciência de rigor. 2. ed. Coimbra: Atlântida, 1965. 73p.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Petrópolis: Editora Vozes Limitada, 2017.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 3. ed Petrópolis: Vozes, 2012. 621 p.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estudos CEBRAP, n. 96, p. 69-85, 2013.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). O Estado democrático de direito em questão – teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 149-180.

KRETSCHNANN, Angela. Sistema. In.: BARRETO, Vicente de Paulo et al. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006. P. 760.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 10. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2011

KUHN, Thomas S.. A função do dogma na investigação científica. Curitiba, PR: Ed. da UFPR, 2012. 65 p.

LAKATOS, Eva Maria; DE ANDRADE MARCONI, Marina. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 1991.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LATORRE, Angel, Introdução ao direito. Lisboa: Livraria Almedina. 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. A estrutura dos mitos. Antropologia estrutural, v. 2, 1975.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitucion. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, c1976, 619p.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 2, 2008.

LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito. Vol.1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>> Acesso em 05 de dezembro de 2019.

MALINOWSKI, Bronisław. Argonautas do pacífico ocidental. Ubu Editora LTDA-ME, 2018.

MANDELBROT, Benoit B. The Fractal Geometry of Nature. New York. W. H. Freeman and Company, 1977.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. 196p.

MATSUURA, Oscar Toshiaki. Cometas: do mito à ciência. 1985.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Novos Estudos, São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MERTON, Robert King. Ensaios de sociologia da ciência. São Paulo: Ed. 34, 2013. 303 p.

MIALLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. 328 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat baron de; MOTA, Pedro Vieira. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. 227 p.

MOYERS, Bill; CAMPBELL, Joseph. O poder do mito. São Paulo: Palas Athena, 1990.

NETO, Claudio Pereira de. Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática. São Paulo: Renovar, 2002.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. [Coimbra]: Coimbra, 2006.

OLIVA, Alberto. Filosofia da Ciência. Vol. 31. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. A teoria geral do direito e o marxismo. Coimbra: Centelha, 1977. 283p.

PERINE, Marcelo. Mito e Filosofia. São Paulo: Philósofos, 2002.

POPPER, Sir Karl Raimund. A lógica da investigação científica; Três concepções acerca do conhecimento humano; A sociedade aberta e seus inimigos. Abril Cultural, 1980.

PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 465-488

PRIGOGINE, Ilya. Ciência razão e paixão. Belém: Eduepa, 2001.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 232p.

RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. Vol. 1. São Paulo: Editora RT, 1991.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. P 16-17.

RICOUER, Paul. Tempo e narrativa. A intriga e a narrativa histórica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ROCHA, Everardo. O que é mito. São Paulo: Brasiliense, 2017.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

RUIZ, Castor Bartolomé. Giorgio Agamben, liturgia (e) política: por que o poder necessita da Glória. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 108, p. 185-214, 2014.

RUST, Leandro Duarte. Mitos papais: política e imaginação na história. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. 247 p.

SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006. 508 p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

SCHMITT, Carl. Constitutional Theory. Tradução: Jeffrey Seitzer. Chicago: Duke University Press, 2008

SCHMITT, Carl. La defensa de la constitucion: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitucion; prologo por Pedro de Vega-Madrid: Tecnos, c1983. p. 242/245

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007, 120 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. A Judicialização da Política. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniaobss/079.php> < acesso em 11/8/2007>. Acesso em 11 de abr. de 2018.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução a uma ciência pós-moderna. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Um discurso sobre as ciências. Cortez Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen, 2007. 435p.

SUNSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, Basic Books, August 2005.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 36-37

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed). The Global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, A. de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 89.

TROPER, Michel. A filosofia do direito. Martins Fontes, 2008.

TROPER, Michel. Ciência do Direito. In.: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. Dicionário da cultura jurídica. São Paulo: Martines Fontes, 2012.

VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Ainda, conforme notícias vinculadas no site CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/acordaos-stf-adis-aumentam-producao-cai-tv-justica> e <https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>. Acesso em 23 de jul. de 2018

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Juruá Editora: Curitiba, 2009.

VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, jul.-dez. 2008, p. 389-406.

VERNANT, Jean-Pierre. Entre mito e política. São Paulo: Edusp, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV, jul-dez, p. 441-464. São Paulo: 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Editora FGV, 2017.

WARAT, Luis Alberto. O ciência jurídica e seus dois maridos: fragmentos de uma expedição pelo direito, pela ciência e outros lugares de arrogância. Santa Cruz: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WEBER, Max. "A política como vocação. A ciência como vocação." Ensaios de sociologia. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

WEBER, Max. Economia e sociedade. v. 1. Brasília: UnB, 1999

WEBER, Max. Ética protestante e espírito do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Campinas, Ed. da Unicamp, 1995.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Daniel. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 3-94.