

4

**RACIONALIDADE(S) JURÍDICA(S): REFLEXÕES
ACERCA DO PROBLEMA DA AUTONOMIA DO
DIREITO****LEGAL RATIONALITY: REFLECTIONS ON THE PROBLEM OF
THE AUTONOMY OF LAW****Gustavo Barbosa Giudicelli*²⁸**

Resumo: O presente estudo avaliou os tipos de racionalidade jurídica que foram construídos ao longo do desenvolvimento da dogmática do Direito. Para tanto, se apoia na classificação do jusfilósofo português Castanheira Neves, que ressalta, no âmbito do progresso do pensamento jurídico, a prevalência de uma racionalidade teórica (jusnaturalismo racional e positivismo), seguida por uma racionalidade tecnológico-social (funcionalista) e, por fim, por uma racionalidade prático-jurisprudencial. No âmago do debate entre esses modelos de racionalidade que são assumidos pelas diversas vertentes do pensamento jurídico está o problema da autonomia do direito enquanto regulador social específico e diverso de outros reguladores com os quais convive (economia, política, religião etc.), ora assumindo-a, em termos mais ou menos díspares, ora negando-a, em perspectivas também diversas. Desse cotejo, conclui-se pela racionalidade prático-jurisprudencial preconizada pela teoria do direito como integridade de Dworkin e pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves como aquelas que melhor atendem aos anseios de uma doutrina do direito que se assume como conquista irrenunciável do pensamento humano.

Palavras-chave: Racionalidade jurídica; autonomia do direito; direito como integridade e jurisprudencialismo.

Abstract: The present study evaluated the types of legal rationality that were constructed throughout the development of legal dogmatics. To do so, it relies on the classification of the Portuguese philosopher Castanheira Neves, who emphasizes, within the scope of the progress of legal thought, the prevalence of a theoretical rationality (rational natural law and positivism), followed by a technological-social rationality (functionalist) and, finally, by a practical-jurisprudential rationality. At the heart of the debate between these models of rationality that are assumed by the different strands of legal thought is the problem of the autonomy of law as a specific social regulator, different from other regulators with which it coexists (economy, politics, religion, etc.), sometimes assuming it, in disparate terms, sometimes denying it, in different perspectives as well. From this comparison, it is concluded that the practical-jurisprudential rationality advocated by Dworkin's theory of law as integrity and by Castanheira Neves'

^{28*} Doutorando em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra – Portugal). Mestre em Direito (UFAL). Graduação em Direito (UFRJ). Defensor Público (Alagoas).

jurisprudentialism are those that best meet the aspirations of a doctrine of law that is assumed as an irrevocable achievement of human thought.

Key-words: Legal rationality; autonomy of law; law as integrity and Jurisprudencialism.

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem como escopo elaborar um estudo crítico do pensamento jurídico na perspectiva dos tipos de racionalidade que são ou foram convocados pela dogmática jurídica ao longo do seu processo histórico, procurando identificar de que modo tais racionalidades afirmam ou negam a autonomia do direito em face de outros âmbitos do conhecimento, de modo a admitir ou não uma racionalidade estritamente jurídica.

Já de início, importa consignar que a análise dos tipos de racionalidade que se pretende investigar segue as linhas gerais propostas por Castanheira Neves, jusfilósofo português precursor do chamado jurisprudencialismo. Para ele, seguindo lições de Max Weber e Habermas, o pensamento racional é aquele que tem, ou se propõe ter, validade objetiva ou intersubjetiva, aferível pela capacidade de fundamentação (justificação) e pela criticabilidade, diferindo da emoção e da intuição enquanto atitudes vivenciais sem pressupostos de fundamentação e justificação (NEVES, 2013, p. 35).

No âmbito do pensamento jurídico, as funções comumente atribuídas ao direito, de regramento da vida em sociedade e de pacificação e estabilização dos conflitos sociais²⁹, já convocam a uma pretensão de validade objetiva justificável e aberta à críticas, o que nos permite falar numa correlação entre a racionalidade e o discurso jurídico, e até mesmo falarmos no direito enquanto instância privilegiada da razão, ao menos de uma certa modalidade de razão própria ao pensamento jurídico.

Com efeito, assim como a racionalidade tem seu fundamento na necessidade de oferecer parâmetros objetivos de pensamento e ação que transcendam os subjetivismos, o direito enquanto construção humana e social voltada para finalidades específicas não prescinde da mesma pretensão de objetividade e justificação, na medida em que pretende oferecer critérios também objetivos de convivência social e solução de conflitos

²⁹ É claro que a definição das funções do direito não deixa de ser, por si só, problemática e passível de análise a partir do estudo de uma racionalidade própria ao Direito. Aroso Linhares, por exemplo, identifica na proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves uma racionalidade jurídica que compreende o direito como uma dialética entre práticas de estabilização e de realização (LINHARES, 2017, p. 174), no sentido que vai no texto. Tal problemática, porém, dadas as suas especificidades, não será aprofundada nesta investigação.

intersubjetivos a partir de considerações de justiça que hodiernamente escapam ao mero apelo à argumentos de autoridade³⁰.

Resta indagar, porém, se haveria apenas uma modalidade de racionalidade válida, como quer certa linha de pensamento³¹, ou se, pelo contrário, é possível a convivência de diversos tipos de racionalidade, cada qual sujeita a critérios diversos de validade e a âmbitos diversos de aplicação, não necessariamente excludentes entre si. Ainda, importa indagar acerca das possíveis correlações e complementariedades entre elas, sem olvidar de possíveis contradições insolúveis que importariam na necessidade de optar por uma(s) em detrimento da(s) outra(s), evitando mixagens teóricas que inviabilizem a construção de uma dogmática jurídica sólida³².

Castanheira Neves admite tal pluralidade de possibilidades, identificando três modalidades básicas de racionalidade, quais sejam, (I) racionalidade lógica, de exclusiva relação entre proposições num modo de inferência necessária entre elas (NEVES, 2013, p. 35); (II) racionalidade de referência objetiva (sujeito/objeto), com uma validade que se pretende medir pelo próprio objeto referido (demonstração), que por sua vez experimentou variações ao longo da história entre uma racionalidade ontológico-metafísica, uma racionalidade empírico-analítica (procedimental), e uma racionalidade funcional técnico-finalística (NEVES, 2013, pp. 35-36); e, por fim, (III) racionalidade comunicativa (sujeito/sujeito), que se manifesta “num discurso *argumentativo*, numa troca comunitária e dialógico-dialética de *argumentos*” (NEVES, 2013, pp. 36-37, grifos no original). Seguindo as lições de Max Weber, Castanheira Neves adere à subdivisão dessa última modalidade em racionalidade axiológica e racionalidade finalística (razão instrumental), a primeira caracterizada por se fundamentar em critérios de retidão e moralidade e a segunda em critérios de inteligência e utilidade, se aproximando da racionalidade teórica técnico-finalística, com a pretensão de fundar uma “engenharia social” (NEVES, 2013, p. 37-38).

³⁰ Destaca o ponto, por exemplo, entre tantos outros, Perelman, para quem “O direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada” (PERELMAN, 2000, p. 229). Cumpre reconhecer, no entanto, que não foi sempre assim, predominando durante muito tempo uma atitude quase reverencial da dogmática jurídica ao direito imposto pelo legislador, constituindo essa uma das características mais marcantes de certa modalidade de racionalidade jurídica, como veremos.

³¹ É o que defende, por exemplo, a teoria pura do Direito de Kelsen.

³² Nesse sentido, entre outros, o magistério de Lênio Streck, para quem a opção por um paradigma implica uma série de compromissos teóricos, com os quais não se pode transigir (STRECK, 2011, p. 444).

Em outra perspectiva, o autor também logra inserir essas três modalidades de racionalidade na clássica dicotomia proposta por Kant entre razão teórica e razão prática, sendo as duas primeiras exemplos de razão teórica e a razão comunicativa exemplo de razão prática, vez que, enquanto aquelas se dirigem mais à razão em si mesma, numa perspectiva teórica, a última é mobilizável “na situada dialética prática de uma controvérsia” (NEVES, 2013, p. 37), ou seja, pretendendo oferecer diretrizes de ação válida (juízo de dever ser), e não apenas de conhecimento válido (juízo de ser), o que, como se verá, melhor se enquadra na concepção de direito enquanto ciência prática, como é a proposta de Castanheira Neves e como aqui também se pretenderá defender.

Vale ressaltar ainda que, adotando-se tal tipologia proposta por Castanheira Neves, cada uma dessas modalidades de racionalidade e suas subdivisões, bem como diferentes combinações entre elas ou algumas delas, com exclusão ou não das demais, está na base das diversas teorias filosóficas, políticas, sociológicas e morais desenvolvidas ao longo da história do pensamento humano, o que também se aplica ao progresso do pensamento jurídico, em suas diversas concepções³³ e em suas tentativas de formular uma ciência própria, com objeto e critérios de validade específicos³⁴.

Desenvolvendo essa relação, o autor português identifica três grupos de racionalidade que correspondem ao pensamento jurídico em sua tarefa de realização do direito. São elas: (I) uma racionalidade teórica (normativo-dogmática e empírica), a considerar o direito como mero objeto de conhecimento; (II) uma racionalidade tecnológica-social, a considerar o direito como instrumento; (III) uma racionalidade prático-jurisprudencial, a considerar o direito como validade.

Como já se disse, cada uma dessas racionalidades, para além de serem subscritas por concepções dogmático-jurídicas diversas, oferece respostas também díspares ao problema da autonomia do direito que o presente estudo pretende enfrentar, ora negando-

³³ Nesse sentido, como ensina o autor: “(...) o pensamento jurídico sempre se tem mostrado sensível ao contexto cultural global em que participa – ponto já aludido -, não só no que toca aos objetivos fundamentais da *praxis*, como ainda, e muitas vezes sobretudo, aos modelos de racionalidade dominantes ou culturalmente protagonistas. Não sendo raro historicamente, e não menos no nosso tempo, que a intenção de fazer assimilar pelo pensamento jurídico esses modelos acabe por determinar a própria concepção do direito” (NEVES, 2013, p. 49).

³⁴ A discussão de ser ou não o direito uma ciência propriamente dita está diretamente relacionada ao problema da racionalidade proposto no presente estudo, notadamente no que se refere à indagação supra quanto à existência ou não de um único tipo de racionalidade válida. Exemplifica bem essa problemática as diversas tentativas realizadas, com especial ênfase entre o final do século XIX e o início do século XX, de se formular uma ciência jurídica “pura”, o que restou consagrado na obra de Hans Kelsen. A superação desse pensamento, com a convocação de outros tipos de racionalidade para fazer frente aos desafios do direito, sem que tal importe na perda do seu sentido e validade, é um dos pontos a serem considerados na defesa de uma autonomia do direito que não o torne alheio aos seus fundamentos e finalidades axiológico-materiais.

a, ora afirmando-a. Também convoca pressupostos e critérios de validade diversos que importa considerar para uma análise lograda dos limites e possibilidades dessa possível autonomia.

Partindo dessas premissas, o presente estudo pretende investigar a evolução do pensamento jurídico ao longo dos últimos séculos em busca de uma racionalidade específica ao âmbito jurídico, investigando a viabilidade do raciocínio jurídico oferecer respostas racionalmente válidas aos problemas do mundo prático que hodiernamente é convocado a responder, com autonomia frente a outros reguladores sociais.

Considerando a vastidão do tema, e os seus inúmeros possíveis desdobramentos, é pertinente, antes de adentrar no objeto do estudo propriamente dito, tecer mais algumas breves considerações sobre as delimitações da investigação que se pretende efetuar, senão vejamos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROBLEMA PROPOSTO

Como já se deixou antever supra, o problema da investigação de uma racionalidade própria para o âmbito jurídico guarda relação com a igualmente problemática questão da autonomia do direito enquanto dimensão humana dotada de sentido próprio, com uma específica fundamentação e validade, ao lado de outros reguladores sociais com os quais se relaciona (moral, política, economia, etc.). Tal problemática pode ser tratada na perspectiva dos fundamentos do direito (ou seja, sua razão de ser), da validade do direito (ou seja, o que torna os preceitos jurídicos verdadeiros ou, ao menos, “razoáveis”³⁵), e da sua epistemologia (ou seja, indagando-se acerca da cientificidade do direito).

A presente investigação focará suas atenções na segunda perspectiva, almejando-se investigar até que ponto o estudo de uma racionalidade especificamente jurídica, com autonomia em relação a outras dimensões do conhecimento humano e da prática social, é capaz de oferecer respostas aos problemas que a chamada pós-modernidade vem oferecendo à dogmática jurídica contemporânea.

Faz-se necessário ainda proceder a mais um recorte metodológico. Nesse sentido, propõe-se aqui traçar as linhas básicas da evolução do pensamento jurídico que subjaz à cada uma das modalidades de racionalidade que serão levadas em consideração,

³⁵ Nesse sentido, considerando o princípio da razoabilidade como critério de racionalidade (validade) jurídica (PERELMAN, 2005).

não com a pretensão de esgotamento teórico das diversas concepções acerca do Direito que foram se notabilizando ao longo do progresso da dogmática jurídica, mas sim buscando uma análise sintática das possíveis contribuições de cada uma delas, procurando, por um lado, identificar a(s) modalidade(s) de racionalidade(s) intrínseca(s) a essas diferentes linhas de pensamento, e, por outro lado, extrair dessa análise uma racionalidade especificamente jurídica que possa oferecer resistência à hodierna crise da dogmática jurídica³⁶.

Se procurará, nesse sentido, obter, a partir de reflexões acerca dos tipos de racionalidade que subjazem ao discurso jurídico, uma resposta positiva ao problema da autonomia do direito, enquanto instância de regulação da vida em sociedade e de solução de conflitos intersubjetivos dotado de critérios de validade específicos (material-axiológicos), apta a pensar o homem em sua humanidade³⁷. Para tanto, uma vez mais se utilizará da proposta classificatória de Castanheira Neves, sem prejuízo de outras contribuições e da análise crítica de algumas das suas conclusões, com o objetivo final, repita-se, de oferecer reflexões à respeito dos limites e possibilidades de se preconizar uma racionalidade específica ao pensamento jurídico que faça frente aos desafios hodiernamente enfrentados, sobretudo no que se refere às tentativas de esvaziamento de um sentido próprio para o direito, tornando-o mero instrumento do poder e/ou de uma específica engenharia social ou econômica que desconsidere o homem em sua humanidade, como um fim em si mesmo.

3 RACIONALIDADE(S) JURÍDICA(S)

3.1 Racionalidade teórica

Fazendo um recorte histórico, pode-se afirmar que as primeiras tentativas de se desenvolver uma racionalidade própria para o direito foram sistematizadas a partir do jusnaturalismo do século XVII (NEVES, 2013). De fato, apesar de que certa autonomia do pensamento jurídico possa ser atribuída ao Direito Romano, foi com o racionalismo

³⁶ Pode-se falar aqui de uma crise da filosofia do direito no contexto de uma crise global da filosofia, com diversos desdobramentos pertinentes ao tema da autonomia do direito, seu sentido, fundamentos e critérios de validade. Nesse sentido, preconizando uma reabilitação da filosofia prática que norteará o presente estudo, novamente Neves (2003).

³⁷ “É que o direito não é tudo na realidade humana, mas é uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem: por quê, para quê e com que fundamento se manifesta humanamente essa específica, autonomamente específica, dimensão humana? O homem não necessita ser pensado para o ser, mas só pensando-se o homem a si mesmo se assume como homem – que a filosofia do direito concorra para esse pensar-se o homem na sua humanidade”. (NEVES, 2003, p. 147).

jusnaturalista que o tema ganhou sistematização teórica. Muito embora a compreensão do direito então em voga possa ser catalogada no âmbito da racionalidade prática³⁸, iniciou-se aí a tentativa de tratar o fenômeno jurídico como um objeto da ciência, nos termos de uma metodologia científica que já ensaiava seus primeiros passos³⁹.

Trata-se do grande salto do jusnaturalismo em direção à sua secularização e sua racionalização, o que vai significar o seu apogeu, mas também seu declínio. Com efeito, o jusnaturalismo, ao racionalizar o pensamento jurídico e, a partir daí, postular a positividade como uma característica irrenunciável do Direito⁴⁰, lançou as bases do movimento da codificação levado à efeito no final do século XVIII e, desse modo, se consumou no Direito positivo (NEVES, 2003b, pp. 25-27). Foi a consagração, pois, do positivismo jurídico, preponderante na compreensão do Direito nos séculos seguintes, culminando no normativismo do século XIX, segundo o qual todo o direito se reduz à norma posta por uma autoridade com competência para tanto, identificada na figura do Estado.

No resumo de Bobbio (2006, p. 26):

(...) Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*. (grifado no original).

Nessa perspectiva, enquanto o direito se resume ao direito posto pelo Estado, a ciência do direito é compreendida como a análise desse direito da forma mais “pura”

³⁸ Aqui, a proposta classificatória de Castanheira Neves é um tanto vacilante, vez que o autor também enquadra, nos termos aqui desenvolvidos, o jusnaturalismo, ou ao menos o jusnaturalismo por ele denominado de normativista, ora tratado, no âmbito da racionalidade teórica (NEVES, 2013, p. 50). Superando essa vacilação em outra obra, o autor afirma que o jusnaturalismo adotava uma filosofia prática em sua intenção de validade e na sua projeção normativa, mas se revelava manifestamente teorética no sentido da sua fundamentação, posto que voltado para o conhecimento do ser (teleologia essencial), ou de uma certa “natureza” (NEVES, 2003b, p. 24).

³⁹ O passo decisivo veio com o Discurso sobre o Método de Descartes, no século XVII, apontado como o pontapé inicial da modernidade científica. Trata-se do chamado racionalismo moderno que, nos séculos seguintes, dominou o pensamento humano. No âmbito jurídico, tal racionalismo significou uma evolução do pensamento jusnaturalista, não mais baseado na vontade divina, mas sim na “razão humana”, tendo o holandês Hugo Grócio como precursor. Sobre a obra desse autor, tratando ainda do nascimento e desenvolvimento desse racionalismo jurídico, conferir Goyard-Fabre (2006, pp. 12 ss.).

⁴⁰ Uma das novidades inauguradas pelo racionalismo jurídico de inspiração jusnaturalista foi o reconhecimento da coercibilidade como elemento característico do Direito, ideia esta que pode ser remetida aos princípios metafísicos do Direito de Kant e ao contratualismo deste mesmo autor, de Rousseau e de Hobbes. Nesse sentido, remete-se mais uma vez ao estudo de Goyard-Fabre (2006), em sentido semelhante ao de Neves (2003b, p. 28).

possível, a partir do ponto de vista de um observador externo, pretensamente desprovido de qualquer valoração, que encara a norma jurídica como um dado da realidade⁴¹, da mesma forma como um cientista da natureza encara os dados obtidos da experimentação empírica.

É o racionalismo teórico em seu mais alto grau, que atinge o seu apogeu teórico na obra do austríaco Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Para ele, deve haver uma separação absoluta entre o problema do valor do direito, que não cabe ao jurista avaliar, e o problema da validade do direito, ou seja, se uma norma é válida na perspectiva do ordenamento jurídico, sendo esta sim preocupação do jurista, de forma indiferente aos valores (BOBBIO, 2008, p. 25)⁴². Segundo Castanheira Neves, trata-se de uma concepção metodológica do pensamento jurídico que encara o direito “como pressuposto *objecto* para uma intenção tão-só neutramente *cognitiva* que o pensaria e aplicaria em termos apenas *formais*” (2013, p. 28)⁴³ (grifado no original). Tal intenção tão somente cognitiva, baseada numa lógica formal, é justamente o que aproxima o jusnaturalismo racional e o positivismo jurídico, ambos tendo como pressuposto epistemológico o modelo de racionalidade compartilhado por todo o pensamento predominante naqueles séculos de iluminismo, qual seja, um racionalismo científico-metodológico fincado numa lógica formal cognitivo-descritiva, postulada nos termos dos ideais da objetividade (relação sujeito/objeto) e da neutralidade axiológica.

Nesse paradigma, o direito, como visto, é visualizado como um dado objetivo da realidade, um fenômeno empírico observável à maneira dos demais fenômenos naturais e sociais, cuja aplicação na solução de problemas concretos deve se limitar a uma lógica dedutiva desprovida de valorações, em que a norma é a premissa maior, o caso aproblematicamente considerado é a premissa menor, e ao aplicador cabe tão somente fazer o raciocínio subsuntivo, nos moldes do “juiz boca da lei”, na concepção clássica da tripartição dos poderes de Montesquieu.

⁴¹ Em outra obra, completa Bobbio que “o que caracteriza o positivismo jurídico ao longo de toda a sua história é a consideração do Direito, sempre entendido como norma ou conjunto de normas, na condição de algo que foi *produzido*, de um objeto e de um efeito de uma produção humana, histórica, convencional, até artificial” (BOBBIO, 2008, p. 124] (grifado no original).

⁴² Mais à frente, completa o autor italiano: “(...) a validade é uma pura e simples qualificação jurídica, diversamente do valor que pressupõe a presença de postulantes éticos ou de critérios de oportunidade política” (2008, p. 25)

⁴³ Ainda: “Trata-se, pois, da tentativa de uma radical adopção da racionalidade *teorético-explicativa* (científico-explicativa) pelo pensamento jurídico, que na sua intenção global continua o projecto moderno da redução do prático ao teórico, ou da filosofia prática à ciência.” (NEVES, 2013, p. 51) (grifado no original). Aqui, o autor português inclui também outras concepções do pensamento jurídico, tais como o behaviorismo americano e o realismo escandinavo. O aprofundamento de tais concepções, contudo, escapam aos limites do presente trabalho.

Seguindo uma outra ordem de considerações, e aqui referindo-se precipuamente ao positivismo, tratava-se de considerar o direito apenas como uma questão de fato, limitando o papel do jurista a identificar o que constitui o direito segundo critérios específicos “que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” (DWORKIN, 2010, p. 28)⁴⁴, excluindo-se da consideração do jurista todo o mais, cabendo ao juiz aplicar o direito assim considerado ou, na sua ausência, exercer seu poder discricionário⁴⁵.

No exercício desse poder, a interpretação jurídica configura não apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, ou seja, a interpretação do direito a ser aplicado, obtido através de um ato puro de conhecimento, abre um leque de possibilidades interpretativas (moldura) (KELSEN, 1979, pp. 466-467)⁴⁶, diante da indeterminação das normas jurídicas (KELSEN, 1979, p. 464), cabendo ao operador jurídico a escolha entre alternativas como um ato de autoridade, sendo que a justeza de tal escolha sequer seria um problema da teoria do Direito, mas sim um problema de política do Direito⁴⁷.

Do ponto de vista metodológico, portanto, o modelo de racionalidade implícito em tais concepções do direito, tendo como ponto de identidade uma intencionalidade tão somente lógica (NEVES, 2013, p. 52), com pretensões de verdade (essencialista, positivista ou empirista), importa ou numa submissão do juiz ao legislador (positivismo) ou alguma ordem transcendente (jusnaturalismo racional), ou numa postura de completo

⁴⁴ Outro autor que será considerado adiante como exemplo notório de uma específica racionalidade jurídica, Dworkin elege como seu principal adversário teórico o positivismo de Hart, com seu sistema de regras primárias e secundárias. Em outra obra, Dworkin inclui tal positivismo, mais uma vez com referência à Hart, na sua concepção de convencionalismo, segundo a qual “a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito” (DWORKIN, 2007, p.142).

⁴⁵ Trata-se, novamente valendo-nos de Dworkin, da chamada discricionariedade em sentido forte, significando esta que, na ausência de critérios convencionalmente estabelecidos, tidos como únicos critérios válidos para os positivistas, estaria o juiz livre para decidir conforme seu “prudente arbítrio” (DWORKIN, 2010, p. 52). É o que Aroso Linhares vai chamar de discursos da área aberta, também com referência à Hart e sua noção de discricionariedade em razão da indeterminação das regras jurídicas (LINHARES, 2017, pp. 46 ss.).

⁴⁶ Retomando a nota anterior, trata-se de uma concepção de discricionariedade muito semelhante à proposta de Hart e seu discurso de textura aberta do direito, admitindo múltiplas respostas a serem escolhidas “como produto ponderado da decisão imparcial informada pelos fatos” (HART, 2009, p. 265). É o que Aroso Linhares, tratando da proposta de Hart, chama de discurso de alternativas (LINHARES, 2017, p. 48), o que fica mais explícito em artigo posterior do autor americano especificamente sobre o tema da discricionariedade (HART, 2013, pp. 652-665).

⁴⁷ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é sequer – segundo o próprio pressuposto que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, 1979, p. 469). Vê-se, pois, a estrita preocupação do positivismo jurídico com o ideal da segurança jurídica, ainda que em detrimento do ideal da justiça do caso concreto. Como ensina Perelman, “é o positivismo jurídico que insiste no fato de que a finalidade própria do direito, contrariamente à moral e à política, não é a realização da justiça nem a busca do bem comum, e sim a segurança jurídica, garantida por uma ordem conhecida por todos.” (PERELMAN, 2005, p. 422).

alheamento ao problema da aplicação prática do direito aos problemas concretos, com suas especificidades que escapam ao determinismo lógico-substantivo (NEVES, 2013, p. 33)⁴⁸. Ou, por fim, numa abertura ao decisionismo judicial como problema não jurídico, de política (Hans Kelsen), ou apenas parcialmente limitado por considerações de prudência e razoabilidade não propriamente jurídicos (Hebert Hart).

Portanto, muito embora haja uma certa preocupação em comum com a autonomia do direito, sobretudo na tentativa de fundar uma “ciência pura”, nos termos kelsianos⁴⁹, tal modelo de racionalidade simplesmente não dá conta de responder aos problemas de concretização do direito, ou então considera-os problemas não jurídicos, que não teriam uma resposta exclusivamente jurídica, acabando por tornar o direito, em sua aplicação prática, refém de outras ordens normativas, notadamente a política e a economia.

Tratava-se, pois, de uma autonomia dogmaticamente fechada sobre si própria, de caráter tão somente formal, que reduzia a juridicidade à razão teórica, e “por isso mesmo se alienava de uma realidade social que evoluía e assim se furtava não só aos compromissos políticos, sociais, econômicos, etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade lhe exigia” (NEVES, 2002, p. 29)⁵⁰. Abriu-se assim espaço para a sua superação por um funcionalismo jurídico ainda hoje tão em voga (NEVES, 2002)⁵¹, tendo

⁴⁸ Na síntese de Arthur Kaufmann: “O positivista vê apenas a lei, fecha-se perante qualquer momento supralegal do direito e, por isso, é impotente face a qualquer perversão do direito pelo poder político, tal como, aliás, experimentamos no nosso século até a náusea. O jusnaturalista valoriza pouco a lei positiva, apostando em normas pré-concebidas. No entanto, como não consegue apresentá-las de forma cognoscível, acaba por conduzir à incerteza do direito e à arbitrariedade, o que ficou especialmente patente no século XVIII ‘jusnaturalista’. Ambas as teorias se desencontram com o modo de existência do direito. Daí que, em nenhuma delas, o direito cheque até si próprio” (KAUFMANN, 2015, p. 41).

⁴⁹ “Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objecto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (NEVES, 2013, p. 17).

⁵⁰ Ainda segundo Castanheira Neves, daí advém a impossibilidade da interpretação jurídica ser reduzida à determinação da significação dos textos como objeto (mero ato de conhecimento seguido por um ato de autoridade), devendo isto sim, ser aquela que numa intenção de justiça (prática justeza normativa) vise obter do direito positivo ou da global normatividade jurídica as soluções judicativo-decisórias que melhor realizem o sentido axiológico fundamentante que deve ser assumido pelo direito (NEVES, 2003b). É o que preconiza a proposta jurisprudencialista do autor português, baseada em modalidade totalmente diversa de racionalidade, como veremos.

⁵¹ Novamente com Neves, tal racionalidade ignora o problema da fundamentação do direito, substituído por uma explicação empírica, assumindo o ponto de vista de um observador externo (Hart) que “apenas pode descrever e explicar, para um espectador descomprometido e não participante, as decisões efetivamente proferidas ou provavelmente a proferir, mas deixa sem resposta a questão que o decidente (ou julgador) necessariamente se põe, de um ponto de vista interno, quanto a saber como deverá ele julgar e decidir o problema jurídico concreto que lhe cumpre resolver no quadro de uma juridicidade pressupostamente intencionada e vinculante” (NEVES, 2013, p. 53). Também destacando essa distinção entre ponto de vista interno e externo, adotando o primeiro como melhor forma de encarar o direito enquanto prática argumentativa (DWORKIN, 2007).

como pano de fundo uma racionalidade jurídica tecnológico-social, tema do próximo tópico.

3.2 Racionalidade tecnológico-social (funcionalista)

Diante da insuficiência da racionalidade teórica, bem como diante da crise da razão como resultado de sua desabsolutização, o pensamento jurídico reassume sua vocação prática, ou seja, enquanto razão voltada para a solução de problemas concretos, escapando dos limites de uma perspectiva formal, tão somente empírico-descritiva, e adotando uma certa “viragem finalista” (*pragmatic turn*), de discurso teleológico. Como primeira modalidade dessa razão prática, inserida no âmbito da racionalidade instrumental de que fala Max Weber, Castanheira Neves menciona a racionalidade tecnológico-social, que enxerga o direito como uma tecnologia, ou seja, como um instrumento, um simples meio, “submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica” (NEVES, 2013, p. 54).

Trata-se aqui do chamado funcionalismo jurídico que, ainda segundo Castanheira Neves, pode assumir um caráter político, social ou sistêmico (NEVES, 2002, p. 41). Sem que se vá aqui nos aprofundarmos em cada um deles, e para fins de recorte metodológico, importa considerar duas concepções do direito que adotam exemplarmente tais funcionalismos, notadamente o político e o social, quais sejam, o Critical Legal Studies Movement e a Análise Econômica do Direito, essa última sobretudo na teorização de Richard Posner.

Herdeiro do realismo jurídico norte-americano, e influenciado pelo neomarxismo da Escola de Frankfurt, com influência ainda de Michel Foucault e Jacques Derrida, o Critical Legal Studies Movement se notabilizou por, de um lado, denunciar o caráter ideológico do pensamento jurídico então dominante, combatendo os mitos da neutralidade, cientificidade e imparcialidade da doutrina do direito, e, por outro lado, prescrever uma atitude de transformador político-social ao operador jurídico [GAUDÊNCIO: 2013/63].

De fato, ao mesmo tempo em que se propõe a demonstrar a indeterminação da doutrina jurídica, criticando ainda qualquer formalismo do pensamento jurídico⁵² e o seu

⁵² Nesse ponto, os Critical Legal Scholars, notadamente um dos seus maiores representantes, Mangabeira Unger, consideram formalista toda concepção do direito que não o identifique com a política, incluindo todo o pensamento jurídico inspirado na ciência do direito do século XIX. Sobre o tema, ressaltando o equívoco dessa posição. (GAUDÊNCIO, 2013, p. 48).

caráter ideológico (desconstrutivismo), o Critical Legal Studies Movement adota uma postura construtivista de legitimação de um ativismo judicial que realize opções políticas através da decisão judicial, de modo que “o direito deve ser interpretado e reformulado em termos ‘funcionais’ mais do que ‘formais’, recorrendo aos métodos e conhecimentos oferecidos pelas ciências sociais” (GAUDÊNCIO, 2013, p. 12)⁵³.

Deste modo, recusa tanto a cientificidade do direito como a sua própria autonomia, defendendo mesmo a tese de que o direito é política, pelo que os juízes seriam agentes políticos a serviço de uma determinada agenda também política, entendendo o material jurídico tão somente como constrangimentos, cuja interpretação deveria ser guiada por aquela agenda, a partir de um compromisso político transformador interventivo.

Partindo de uma perspectiva diversa, que não nega a cientificidade do direito, embora a considere apenas do ponto de vista empírico-explicativo (sociológico), Posner igualmente recusa a autonomia do direito (POSNER, 2007, p. 502), também entendendo que, no fundo, é tudo uma questão política⁵⁴. Busca enxergar o direito, porém, não como um projeto político, mas sim do ponto de vista econômico.

Nesse sentido, Posner, representante maior da chamada Análise Econômica do Direito, também considera o juiz um agente político, porém com o papel de maximizador da riqueza⁵⁵, entendendo que o núcleo da escolha judicial está no conceito de valor (utilidade), com predomínio da necessidade de reconstituição de todos os casos jurídicos para uma questão de mercado (pretensão de valor das partes em conflito), numa espécie de engenharia social (POSNER, 2007, p. 164), e não como uma questão de direitos, exemplificando bem o funcionalismo jurídico social-econômico que nos fala Castanheira Neves.

Portanto, ambas as concepções do pensamento jurídico, cada qual ao seu modo, negam qualquer autonomia ao direito, tratando-o como instrumento ou de um projeto político, ou de uma atitude de agente econômico orientado pelo ideal da maximização da

⁵³ Mais à frente, completa a autora: “Nos *Critical Legal Studies*, a desconstrução não consiste em qualquer *niilismo* ou *auto-recusa*, antes num instrumento de *correção* das desigualdades sociais, e, neste sentido, com um intuito construtivo *emancipatório*, abertamente *político*” (GAUDÊNCIO, 2013, p. 114) (grifado no original).

⁵⁴ Nesse sentido, Posner recusa a distinção entre princípios e policies, tão cara à proposta de direito como integridade de Ronald Dworkin, com quem trava ferrenha disputa teórica (POSNER, 2007, p. 32). O tema, do ponto de vista de Dworkin, será retomado adiante.

⁵⁵ “(...) Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no common law, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação”. (POSNER, 2007, p. 484).

riqueza, descurando, ou até mesmo negando, qualquer pretensão de validade do direito enquanto direito. Para tanto, assumem uma postura cética quanto à existência de direitos independentes de considerações estratégicas⁵⁶.

É igualmente aqui que reside a fundamental crítica de Castanheira Neves, para quem tal racionalidade funcionalista acaba por desprezar a dimensão normativa de garantia e axiológica do direito, ficando refém de uma contingência decisória, convertendo-se “ele próprio num instrumento de todo relativizado ao *a posteriori* da sua própria *performance*, relativizado às suas consequências de momento e variáveis” (NEVES, 2013, p. 61)⁵⁷ (grifado no original).

Destarte, para além de negar uma racionalidade específica ao pensamento jurídico enquanto dimensão humana dotada de sentido próprio, tal modalidade tecnológico-social de racionalidade também deixa em aberto o problema da validade do direito em si mesmo considerado, para além da sua proclamada função meramente instrumental, colocando em apuros, como já se disse, a própria subsistência do direito.

Como contraponto, já de há muito a doutrina jurídica convoca um outro tipo de racionalidade prática, preocupada, com suas variações, justamente com o problema da validade do direito, numa perspectiva axiológico-normativa. Vamos a ela.

3.3 Racionalidade prático-jurisprudencial

Pretendendo superar tanto a racionalidade teórica, com seu dogmatismo e seu formalismo, quanto a racionalidade prática de índole funcionalista, com seu desprezo pela validade e autonomia do direito, Castanheira Neves nos fala de uma racionalidade prático-jurisprudencial, de índole discursiva, “referida à acção como *agir* de condição comunitária e sentido intencional, segundo a estrutura sujeito/sujeito”, ou seja, “que compreende o direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática

⁵⁶ Aqui se insere a principal crítica de Dworkin ao pragmatismo, considerado por ele, ao lado do convencionalismo, os principais adversários da sua concepção de direito como integridade. Na sua opinião: “o pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. (...) Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes” (DWORKIN, 2007, p. 195).

⁵⁷ Completa o autor que, nessa perspectiva, “a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado-de-Direito) não passará de uma funcional *longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero *álibi* legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado-de-Direito, transformando num Estado de mera administração, e, sob o princípio *salus populi suprema lex*, o direito volta a ser, maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente ‘o que é útil ao povo’; no outro caso, teremos uma ‘real desnaturação instrumental da justiça’ – para o dizermos com ESSER – e o ‘fim da actividade jurisdicional no seu autêntico sentido’” (NEVES, 2013, p. 61) (grifado no original).

e em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial*” (NEVES, 2013, p. 71). Aqui, a proposta classificatória do autor português distingue duas espécies dessa racionalidade, uma de índole material (fundamentalmente material), e outra de índole processual (ou procedimental). Nesta última estaria incluída a racionalidade prática tópico-retórica (tópica) e a racionalidade prática argumentativa (teorias da argumentação de Perelman, Alexy etc.).

Inspirado na tradição jurídica romana e na filosofia de Aristóteles, Viehweg conceitua a tópica como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica (VIEHWEG, 1979, p. 17). Para ele, portanto, a interpretação jurídica deve ser realizada argumentativamente, visando à solução de problemas jurídicos, adotando, deste modo, uma racionalidade eminentemente prática, cuja correção dos seus resultados depende essencialmente de se levar em consideração as circunstâncias do caso concreto através do debate dialético de argumentos jurídicos⁵⁸.

Essa retomada da retórica também está na base da chamada Nova Retórica de Perelman⁵⁹, precursor das modernas teorias da argumentação jurídica, que se propõem a esboçar regras formais do discurso prático como base para a racionalidade da argumentação jurídica, de modo a dotá-la de critérios de correção, como superação da pretensão de verdade nos moldes da filosofia aristotélica⁶⁰.

⁵⁸ Partindo dessas premissas, Viehweg desenvolve sua proposta hermenêutica com foco no problema, ou seja, em algo previamente dado que atua como guia (1979, p. 34), para cuja solução se desenvolvem repertórios de ponto de vista (catálogos de *topoi*) (1979, p. 36), que vão se sedimentando ao longo do tempo, especialmente na jurisprudência. Nessa perspectiva, o autor se insurge contra o pensamento sistemático dedutivo, fundado em proposições lógicas rigorosas que não dão conta da necessária dialeticidade do raciocínio jurídico (1979, pp. 43-44), pelo que, segundo ele, o pensamento a partir do problema alargaria as possibilidades discursivas e, com isso, as possibilidades de alcance da justiça no caso concreto. Trata-se, na síntese de Manuel Atienza, de uma técnica de pensamento problemático cuja ênfase recai nas premissas, e não na conclusão (ATIENZA, 2014, p. 43).

⁵⁹ Para Perelman, a argumentação jurídica é a forma de justificar a atividade judicial, de modo que “raciocinar não é somente demonstrar e calcular, é também deliberar, criticar e refutar, é apresentar razões pró e contra, é, numa palavra, argumentar” (PERELMAN, 2005, p. 344). Nesse sentido, a argumentação jurídica diz respeito à prática, às decisões e à maneira de justificá-las (2005, p. 514), sendo através dela que o exercício da jurisdição se legitima pela motivação de suas decisões, e não por impô-las autoritariamente. Trata-se de uma racionalidade prática que convoca a ideia de razão discursiva. Nas palavras do próprio autor: “(...) Entendemos por discurso toda forma de argumentação destinada a ganhar a adesão das mentes, seja qual for sua extensão e a maneira de apresentá-la. O orador é aquele que apresenta a argumentação, e o auditório, o conjunto daqueles cuja adesão ele quer ganhar. É importante notar que, seja qual for esse auditório, o discurso do orador deve se adaptar a ele, trate-se da multidão reunida numa praça pública, de uma sociedade científica, de um juiz que deve decidir sobre um litígio, do sujeito que delibera ou, enfim, do auditório universal que encarna o que tradicionalmente denominamos a razão. (...) Mas minha concepção da razão difere da concepção clássica. Não enxergo nela uma faculdade oposta a outras faculdades do homem; concebo-a como um auditório privilegiado, o auditório universal. O apelo à razão é apenas uma tentativa de convencer, mediante o discurso, os membros desse auditório, composto daquilo a que o senso comum chamaria homens razoáveis e informados” (PERELMAN, 2005, p. 202).

⁶⁰ Como ensina Cláudia Toledo, as teorias da argumentação substituem a noção aristotélica de verdade enquanto correspondência da asserção à realidade, pela noção de verdade construída discursivamente (correção), sendo

Indo além de Perelman, e sem olvidar de outras contribuições⁶¹, notabilizou-se na doutrina jurídica a teoria da argumentação de Robert Alexy, para quem o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral, limitado por uma série de condições restritivas, tais como a vinculação à lei, ao precedente, à dogmática e às limitações provenientes das regras do ordenamento processual (ALEXY, 2013, p. 30), de modo que os enunciados jurídicos possam ser racionalmente fundamentáveis sob a consideração dessas condições limitadoras, do mesmo como o discurso prático geral é limitado por diversas regras e formas, também atuantes no discurso jurídico (ALEXY, 2013, p. 31)⁶².

Todavia, é fácil observar que tanto a proposta tópico-retórica quanto às teorias da argumentação pecam pela insuficiência⁶³, apesar dos avanços obtidos em busca da racionalização do discurso jurídico⁶⁴. De fato, ao focar suas atenções ou no problema (tópico-retórica), ou em regras formais do discurso objetivando uma validade pelo consenso (teorias da argumentação), tais concepções deixam por considerar a validade material do sistema jurídico que deve ser convocado para a solução concreta dos problemas jurídicos, pelo que o raciocínio jurídico, segundo Castanheira Neves [NEVES: 2013/72]:

(...) não terá de ser apenas racional-argumentativamente concludente e sim normativamente fundado na validade normativo-dogmática do sistema jurídico vigente – o seu juízo não poderá obedecer simplesmente às condições e regras do discurso da razão prática, terá que realizar fundamentadamente em concreto a validade jurídica. Por tudo o

historicamente construída, sujeita à refutação, portanto não absoluta, e resultado de consenso mediante regras e critérios que lhe possibilitam a justificação e comprovação de suas premissas, lhe garantindo racionalidade, objetividade e universalidade (TOLEDO, 2005, p. 51).

⁶¹ Robert Alexy, na primeira parte do seu livro, se esforça em apresentar diversas dessas contribuições que serviram de base para o seu trabalho (ALEXY, 2013).

⁶² O discurso jurídico seria limitado, portanto, por regras e formas da argumentação que lhe conferem parâmetros de racionalidade e coerência, além de estar condicionado a limitações específicas, tais como a vinculação à lei e ao precedente, bem como às construções teóricas oriundas da dogmática jurídica, de modo que, muito embora não tenha pretensões de estabelecer verdades absolutas e nem consensos permanentes, busca fixar critérios de correção, justificação e racionalidade na interpretação/aplicação do Direito.

⁶³ É nesse sentido, por exemplo, a crítica de Manuel Atienza (2014).

⁶⁴ Em outra obra, o próprio Alexy reconhece que sua teoria deixa em aberto uma grande margem de incerteza quanto ao resultado do raciocínio jurídico. Para ele, mesmo com as regras formais do discurso, ficam não resolvidas questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo, que seriam então objeto não apenas de argumentação, mas também de decisão, sem que isso implique em renúncia à racionalidade, vez que essa decisão também seria racionalmente controlável (ALEXY, 2011, p. 551). Aqui, Alexy introduz sua concepção dos princípios, bem como sua noção de ponderação, como o método específico para lidar com os conflitos entre eles (casos difíceis), o que, apesar de igualmente representar um esforço louvável de racionalização das decisões judiciais, também apresenta inúmeras dificuldades práticas, sobretudo ao se manter preso à tricotomia casos fáceis (justificação interna/racionalidade lógico-dedutiva), casos mais complexos ainda resolvíveis no âmbito da subsunção (regras), porém com a utilização dos outros materiais jurídicos (justificação externa), e os casos difíceis (método da ponderação/princípios) .

que a racionalidade jurídica judicativo-decisória, ou da normativa realização do direito, haverá de ser uma racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal).

Entra-se assim na última modalidade de racionalidade jurídica a ser considerada no presente estudo, qual seja, a racionalidade prático-jurisprudencial de índole material, aqui representada nas concepções de direito como integridade de Ronald Dworkin e do jurisprudencialismo de Castanheira Neves.

Em poucas palavras, a noção de direito como integridade proposta por Dworkin pode ser entendida como “um princípio legislativo, que pede que os legisladores tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2007, p. 213)⁶⁵.

Merece menção aqui o conceito de princípio adotado por Dworkin, mais precisamente em sua diferenciação com relação às políticas⁶⁶. A partir desta distinção, o autor defende a sua proposta de direito como integridade como a melhor forma de lidar com os chamados casos difíceis, os quais exigem que os juízes tentem encontrar “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 305).

Para tanto, Dworkin se utiliza da metáfora do romance em cadeia, segundo a qual a interpretação judicial seria uma espécie de obra coletiva escrita ao longo do

⁶⁵ Para Dworkin, a legitimidade política do Estado decorre dos laços comunitários de cidadãos que compartilham princípios de moralidade política em comum, numa perspectiva fraternal (DWORKIN, 2007). Dois desses princípios correspondem aos valores da coerência e da integridade, corolários do dever estatal de tratar seus cidadãos com igual respeito e consideração. Aplicando-se tais princípios mais especificamente à interpretação judicial, surge a noção do Direito como integridade, exigindo do intérprete a busca por respostas corretas de forma coerente com as decisões políticas do passado, sem olvidar de uma leitura moral do Direito considerando os demais princípios em jogo, notadamente os de justiça, equidade e devido processo legal. Em suas palavras: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 2007, p. 291).

⁶⁶ “(...) Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36). Mais à frente, completa: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2010, p. 141).

progresso da jurisprudência, sob a suposição de que foram criados pelo mesmo autor (a comunidade política), expressando uma correta concepção de justiça e equidade de forma coerente, considerando as decisões do passado e os princípios substantivos implícitos nessas decisões e na moralidade pública que a elas subjaz (DWORKIN, 2007, p. 275)⁶⁷.

É o que Castanheira Neves (2003b) vai chamar criticamente de racionalidade narrativa, fincada num modelo de interpretação construtivista, que encara o direito com ênfase na “intenção da obra” (um todo unitário e coerente de sentido), e não numa interpretação conversacional (na qual o critério interpretativo seria a intenção do autor) (NEVES, 2003b). Almeja, portanto, a interpretação que ofereça a melhor justificação da prática jurídica como um todo, convocando os princípios como uma fundamental dimensão ético-jurídica (NEVES, 2003b), na qual os direitos funcionam como trunfos contra as maiorias (DWORKIN, 2015). Ainda segundo Castanheira Neves (2003b), a concepção do direito de Dworkin encontraria seu fundamento numa justificação normativa, segundo determinados princípios, admitindo a possibilidade de obter respostas corretas, sendo aqui que sobressai uma das posições nucleares do pensamento de Dworkin, qual seja, sua posição contrária à discricionariedade, nos termos positivistas já mencionados, sobretudo em Hart.

Em resumo, as convergências entre o pensamento de Dworkin e o de Castanheira Neves está, para este último, na concepção do direito como um projeto axiológico-normativo realizado na prática, recusando sua identificação “com qualquer dado normativo positivo, assim como a recusa a sua redução a um simples acervo, ainda que a reelaborar dogmático-sistematicamente, de políticas prescrições imperativas” (NEVES, 2003b, p. 363). Já a divergência se refere essencialmente, ainda segundo Castanheira Neves, à ênfase colocada por Dworkin na coerência e integração, em detrimento da validade aferida “pela justeza problemático-normativa do juízo decisório do caso e em específica referência a ele” (NEVES, 2003b, p. 361). O ponto fundamental da divergência, portanto, se refere ao prius metodológico que Castanheira Neves concede ao problema concreto na sua metodologia (NEVES, 2013, p. 142).

⁶⁷ É nessa perspectiva que muitos comentadores incluem o pensamento de Dworkin como representante de uma concepção interpretativista do Direito, que vê semelhanças da interpretação judicial com a literatura (law as literature), a partir de um ponto de vista interno. Nesse sentido, como ensina Ronaldo Porto Macedo Junior, para Dworkin “o jogo interpretativo não admite um ponto de vista arquimediano, externo à própria interpretação” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 221). Nesse sentido também é a compreensão de Castanheira Neves da obra de Dworkin, como se extrai de sua análise crítica em (NEVES, 2003b, pp. 349-351).

Aqui já se antevê o modelo de racionalidade jurídica assumido pelo autor português, correspondente a uma perspectiva axiológica-material, na qual se sobressai a dialética sistema/problema. Tal racionalidade jurídica assume a realização do direito como a afirmação problematicamente em concreto de uma validade normativa vinculante, tida como o seu fundamento, de modo que a solução concreta haverá de se justificar nessa validade e por ela (NEVES, 2013, p. 64). Adota-se uma compreensão do direito como validade axiológico-normativa de realização problemática em que o pensamento jurídico é chamado a resolver problemas práticos numa atitude prático-jurisprudencial (NEVES, 2013, p. 71), na qual a racionalidade jurídica é, afinal, uma racionalidade teleológica. Não aquela tecnológica, mas sim uma materialmente normativa, que manifeste um conteúdo prático com critério teleológico, em que os fins sejam intenções práticas a sustentar juízos práticos (NEVES, 2013, p. 77), na dialética entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa (NEVES, 2013, p. 79).

Para ele, por sistema deve-se entender a unidade de totalização normativa na qual contribui quatro elementos, a saber, os princípios, as normas, a jurisprudência e a dogmática (doutrina). Por problema, compreende-se a intencionalidade problemática dos casos decididos, para cuja solução se exigem os concretos juízos decisórios que mobilizarão, como seu fundamento e o seu critério racionalmente materiais, a normatividade do sistema (NEVES, 2013, pp. 155-157). Nessa dialética, o sistema jurídico começa por delimitar o campo e o tipo de problemas, sendo que a experiência problemática vem sempre a alarga-se e aprofundar-se, pelo que há uma autonomia do problema (experiência aporética), a exigir sua superação pelo sistema (por um novo sentido do sistema), que deverá integrar as novas intenções (valorações, princípios e critérios normativos) com as anteriores em um todo congruente (convivência correlativa numa totalização integrante que dê conta inclusive de princípios contraditórios a serem redimidos in concreto) (NEVES, 2013, p. 158), de modo que, para nosso autor, a perspectiva correta não é aquela que se orienta do sistema para o problema (casos jurídicos), mas sim aquela que se orienta dos casos jurídicos para o sistema (NEVES, 2013, p. 228).

Vê-se, pois, que, para Castanheira Neves (2013), assim como para Dworkin, o direito possui um sentido e uma intencionalidade própria, o que, para a temática do presente estudo, significa dizer que o pensamento jurídico também possui uma racionalidade específica, que o diferencia de outras ordens normativas, permitindo,

portanto, falarmos em uma autonomia do direito. Destarte, trata-se da modalidade de racionalidade jurídica que, sem olvidar da pertinência das anteriores, quando cabível, melhor serve ao direito como ciência prática voltada para a solução de conflitos, com critérios de validade próprios, pelo que, igualmente, melhor compreende a autonomia do direito.

Daí se conclui que, como ressaltado no início desse estudo, a adoção da racionalidade prático-jurisprudencial em seu sentido material não implica na desconsideração das demais contribuições, e nem pretende uma absolutização dogmática, nos termos da “pureza” pretendida pelo positivismo normativista. Trata-se, porém, da concepção do direito que melhor considera todos os seus elementos, inclusive as regras formais do discurso, orientadas pela racionalidade prático-jurisprudencial em seu sentido formal, sem olvidar da evolução racional do pensamento jurídico desde o jusnaturalismo/positivismo, e do pensamento crítico advindo da racionalidade tecnológica-social, com suas considerações teleológicas que também importam ao direito, como inclusive reconhecem Dworkin e Castanheira Neves. Cumpre reiterar, no entanto, a importância de evitar mixagens teóricas, pelo que a adoção da racionalidade prático-jurisprudencial em seu sentido material implica compromissos teóricos firmes contra a ideia de discricionariedade judicial e a favor da autonomia do direito, como veremos no próximo capítulo.

4 O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO

Como visto, cada concepção do direito supramencionada, entre tantas outras que poderiam aqui ser consideradas, convoca uma modalidade de racionalidade jurídica, ora assumindo, ora negando a autonomia do direito frente à outras ordens normativas. De fato, a racionalidade teórica, ao considerar a autonomia do direito tão somente em seu aspecto formal, fechado em uma dogmática ou ontológica ou meramente legalista, não dá conta do problema da validade do direito em sua aplicação prática. Mais do que isso, como reconhece suas insuficiências, tal modalidade de racionalidade jurídica acaba sucumbindo a um modelo de discricionariedade judicial em que o direito se torna refém de posturas solipistas, como se não possuísse um “DNA” de sentido⁶⁸.

⁶⁸ Assim é a crítica de Streck (2011, p. 44) ao positivismo jurídico, segundo ele ainda preso à filosofia da consciência (ou seja, à uma racionalidade sujeito/objeto), acabando por substituir a autonomia do direito por todo tipo de pragmatismo (racionalidade funcionalista), como se o direito não tivesse um sentido próprio (DNA).

Dessas insuficiências nasceu a racionalidade tecnológico-social (funcionalista) que, negando a autonomia do direito, faz dele mero instrumento de compromissos políticos e/ou econômicos, valendo repisar a crítica de Dworkin no sentido de que, nessa perspectiva, os direitos do ser humano deixam de ter força independente, (perdendo sua dimensão de garantia e axiológica, como ensina Castanheira Neves), sendo colonizado por outras ordens normativas, com reflexos destrutivos para a própria noção de Estado de Direito.

Como contraponto, a racionalidade prático-jurisprudencial, em suas diversas vertentes, busca racionalizar o pensamento jurídico a partir de sua finalidade prática (teleologia), comprometendo-se com a validade jurídica a partir de algum critério próprio que não desconsidere os ideais da justiça e da autonomia do ser humano face qualquer tipo de funcionalismo. Assim o é tanto na concepção tópico-retórica, com sua ênfase na resposta a problemas práticos, quanto na concepção das diversas teorias da argumentação, com sua preocupação de racionalizar o discurso jurídico a partir de uma validade pelo consenso.

Mas a preocupação com a autonomia do direito, na luta contra a discricionariedade e todo tipo de funcionalismo⁶⁹, ganha corpo mesmo na perspectiva interpretativista de Dworkin, e na perspectiva axiológica-material de dialética sistema-problema do jurisprudencialismo, nas quais se convoca uma juridicidade como expressão de uma validade axiológico-normativa, como um juízo prático em que o homem é sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade no problema concreto de sua inter-relação e interação comunitária.

Na síntese de Castanheira Neves (2002, pp. 54-55):

(...) se compreende, irreversivelmente, que o direito compete à autonomia cultural do homem, que ele, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-cultural, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura (...) Pois a prática humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer a prática ética em geral, quer

⁶⁹ Novamente com Streck (2011, p. 513), afirma-se que a luta pela autonomia do direito tem como adversários a discricionariedade e o funcionalismo: "(...) se a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o *locus* onde a *decisão* privilegiada acontece, o lugar onde a decisão ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história de superação ou do enfrentamento do problema da discricionariedade (arbitrariedade)"

particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade e validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época (grifado no original).

É preciso, portanto, ressaltar essa tão específica intencionalidade do direito, que vai implícita tanto na comunidade de princípios de Dworkin quanto na dialética sistema-problema de Castanheira Neves, ambas fincadas na noção de princípios que desenvolvem⁷⁰. Trata-se da busca pela compreensão fundamental-originária do homem em seu momento histórico, “o sentido com que o homem se compreende, não já ao nível das suas objetivações históricas parciais, mas ao nível da intencionalidade que constitui o sentido” (NEVES, 2002, pp. 67-68), que Castanheira Neves vai encontrar na consideração do homem-pessoa e sua dignidade, “o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano em nosso tempo” (2002, p. 69).

Dessa intencionalidade que, ao mesmo tempo, constitui o sentido do direito e o critério normativo-axiológico de sua aplicação prática, recusando qualquer formalismo e/ou funcionalismo pragmático, decorre a necessidade de defesa da autonomia do direito, não como um fim em si mesmo, mas como a garantia de uma irrenunciável dimensão humana que não pode sucumbir frente às demais, perdendo sua essência e passando a servir como mero instrumento de poder (arbítrio) do homem pelo homem, em detrimento de sua dignidade de pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, reitera-se que a preocupação do presente estudo foi desenvolver uma análise crítica das modalidades de racionalidade que podem ser atribuídas às diversas concepções do direito que foram se desenvolvendo ao longo dos últimos séculos do pensamento jurídico. Para tanto, adotou-se a proposta classificatória de Castanheira Neves, a partir da qual foi possível identificar três modalidades básicas de racionalidade jurídica, abrangendo as principais concepções do direito e suas respectivas tentativas de dotar o pensamento jurídico de específicos critérios de validade, ora

⁷⁰ “Princípios que nos remetem, portanto, ao nível da *intenção essencial* do direito e que na nossa contemporaneidade histórico-cultural constituem o direito *como direito*” [NEVES: 2002/64] (grifado no original).

negando, ora assumindo a autonomia direito face à outras ordens normativas. Fez-se possível, portanto, relacionar o tema da racionalidade jurídica com o tema da autonomia do direito.

Quanto ao primeiro, pode-se concluir que cada concepção do direito, cada qual ao seu modo e inserida em seu respectivo contexto cultural, contribuiu para o avanço da racionalidade jurídica. Com efeito, o jusnaturalismo racional constituiu um avanço relativo ao jusnaturalismo anterior, culminando, por sua vez, no positivismo jurídico que, com seus contributos e insuficiências, permitiu sua superação por posturas críticas e pragmáticas, tais como as procedidas pelo Critical Legal Studies Movement e pela Análise Econômica do Direito. Em contraponto a elas, também constituindo uma superação do positivismo jurídico, muito embora com outras perspectivas, se desenvolveram as concepções do direito que aqui foram enquadradas no âmbito da racionalidade prático-jurisprudencial. Quanto a elas, vale notar não uma superação de uma pela outra, mas sim diferentes contribuições, umas de índole mais formal, outras de índole mais material, todas tributárias da noção de direito enquanto razão prática voltada para a solução de problemas concretos.

Nada obstante os contributos de cada uma, optou-se aqui pela concepção interpretativista de Dworkin e jurisprudencialista de Castanheira Neves (racionalidade prático-jurisprudencial em seu sentido material), com suas divergências e convergências (estas últimas muito mais significativas), como as que melhor compreendem o fenômeno jurídico, sobretudo no embate com seus adversários teóricos em comum, quais sejam, o positivismo jurídico e sua aposta na discricionariedade, e os diversos tipos de funcionalismo jurídico.

Entra-se aqui no tema da autonomia do direito, no qual a racionalidade prático-jurisprudencial de modo geral, e as concepções de Dworkin e Castanheira Neves em particular, oferecem as melhores respostas ao problema posto, na medida em que reconhecem uma dimensão própria ao direito, com sua específica intencionalidade e critérios axiológico-normativos de validade, que não podem sucumbir frente à outras ordens normativas, sob pena de se perder algo essencial ao progresso civilizatório do ser humano, considerado como pessoa dotada de dignidade.

Eis o contributo que se pretendeu oferecer com o presente estudo, a saber, desenvolver a ideia de racionalidade jurídica, com toda a sua evolução ao longo de séculos

do pensamento jurídico, e, a partir dela, preconizar a autonomia do direito como uma conquista irrenunciável do pensamento humano.

REFERÊNCIAS

A. KAUFMANN, W. HASSEMER (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I**. Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. 1ª ed., reimp. Coimbra Editora, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no critical legal studies movement.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, vol. 127, nº 02, December 2013, p. 652-665.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O Binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?** Coimbra Jurídica, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: a nova retórica.** Tradução de Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Revista Veredas do Direito.** Belo Horizonte, v. 2, n. 3, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça, UnB, 1979

Artigo enviado em: 01/02/2023

Artigo aceito para publicação em: 10/03/2023