

PREMISSAS DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

Orlando Luiz Zanon Junior*

SUMÁRIO: *Introdução; 1.1 Perspectivas da TCD sobre o estudo do direito, 2 Abordagem da TCD ao fenômeno jurídico; 3. Considerações finais; Referências.*

RESUMO: O objetivo deste trabalho reside em abordar algumas premissas da Teoria Complexa do Direito (TCD) quanto à ciência jurídica e ao fenômeno jurídico propriamente dito, com vistas a sintetizar peculiaridades distintas das demais proposições teóricas de maior projeção nos cenários acadêmico e forense brasileiros. Registrou-se que a TCD enfoca a importância de se conferir cientificidade ao estudo dos fenômenos jurídicos ou, ao menos, subsidiariamente, de se empreender esforços para a coleta e leitura de dados empíricos que possam auxiliar e justificar a produção legislativa e judicial do direito. Foi anotado que a teoria examinada adota base epistemológica pós-positivista, bem como, quanto ao seu objeto de pesquisa, apresenta uma rearticulação dos elementos centrais de compreensão do fenômeno jurídico. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria complexa do direito; Epistemologia; Fenômeno jurídico.

PREMISES FOR THE COMPLEX THEORY OF LAW

ABSTRACT: Several premises of the Complex Theory of Law (CTL) on juridical science and the juridical phenomenon are analyzed to synthesize peculiarities distinct from other theoretical propositions of greater importance within the Brazilian academic and court stance. CTL focuses on the importance of conferring a scientific stance to the study of juridical phenomena or, at least, as a subsidiary, for the collection and interpretation of empirical data that aid and justify legislative and juridical production of law. Theory adopts a post-positivist epistemology and, with regard to the research object, it presents a re-articulation of central elements for the understanding of the juridical phenomenon. The inductive method was employed during the investigation phase and the Cartesian method was employed

* Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI com dupla titulação em doutorado pela UNIPG (Itália). Docente da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Academia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Juiz de Direito, Brasil. E-mail: olzanon@yahoo.com.br

for the treatment of data. The final text was composed on a deductive logical basis. Reference, category, operational concept and bibliographical research techniques were employed within the different research phases.

KEYWORDS: Complex theory of law; Epistemology; Juridical phenomenon.

PREMISAS DE LA TEORÍA COMPLEJA DEL DERECHO

RESUMEN: El objetivo de este estudio está en abordar algunas premisas de la Teoría Compleja del Derecho (TCD) en relación a la ciencia jurídica y al fenómeno jurídico propiamente dicho, con objetivo a sintetizar peculiaridades distintas de las demás proposiciones teóricas de mayor proyección en los escenarios académico y forense brasileño. Se registró que la TCD enfoca la importancia de conferirse cientificidad al estudio de los fenómenos jurídicos o, al menos, subsidiariamente, de emprenderse esfuerzos a la recolecta y lectura de datos empíricos que puedan ayudar y justificar la producción legislativa y judicial del derecho. Se apuntó que la teoría examinada adopta base epistemológica post positivista, así como, en lo que se refiere a su objeto de investigación, presenta una rearticulación dos elementos centrales de comprensión del fenómeno jurídico. La metodología empleada, se subraya que en la fase de investigación se utilizó el método inductivo, en la fase de tratamiento de datos el cartesiano y el texto final fue compuesto en la base lógica deductiva. En las diversas fases de la investigación, se accionaron las técnicas del referente, de la categoría, del concepto operacional y de la investigación bibliográfica.

PALABRAS CLAVE: Teoría compleja del derecho. Epistemología. Fenómeno jurídico.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é abordar algumas premissas da Teoria Complexa do Direito (TCD) quanto à ciência jurídica e ao fenômeno jurídico propiamente dito, extraídas de outras teorias de perfil pós-positivista, mas rearticuladas em um conjunto relativamente distinto das demais proposições teóricas de maior projeção nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

Outrossim, este texto sintetiza argumentos derivados de textos anteriores sobre a TCD, a qual consiste em uma proposição pós-positivista de paradigma para a ciência jurídica que se apresenta como alternativa para superar as críticas formuladas perante o modelo do positivismo jurídico, evitando retrocesso ao padrão do jusnaturalismo, no tocante às suas quatro plataformas elementares, consistentes

nas teorias da norma, das fontes, do ordenamento e da decisão⁰².

A pesquisa se justifica por se tratar de uma proposição teórica alternativa àquelas de maior projeção nas academias e na atividade operacional jurídica, a exemplo da abordagem juspositivista de Luigi Ferrajoli e dos desenvolvimentos pós-positivistas de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Richard Posner. Importa salientar que o interesse por esta alternativa específica é majorado em razão da divulgação de sua origem em tese de doutorado agraciada com menção honrosa pela Fundação de Coordenação e Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes)⁰³. Outrossim, revela-se adequado verificar seus pontos de divergência e convergência com estes diferentes pontos de vista sobre o direito, de modo a viabilizar a checagem de sua eficácia nos campos descritivo e prescritivo, mormente considerando o sistema jurídico brasileiro.

Para o atingimento desta finalidade, o desenvolvimento do presente texto foi dividido em duas partes complementares.

Na primeira delas, objetiva-se tratar das premissas teóricas referente à perspectiva do estudo do direito, ou seja, discorre-se sobre aspectos epistemológicos, de modo a permitir compreender a posição da TCD com relação à ciência jurídica.

Na subsequente, de outro lado, cuida-se das bases da teoria em tela especificamente quanto ao seu objeto de estudo, com a finalidade de esclarecer os pontos centrais da sua abordagem quanto ao direito propriamente dito.

Encerrado este exame, espera-se apresentar uma breve síntese dos elementos de fundo teórico centrais da TCD, viabilizando, assim, uma compreensão desta diferente perspectiva quanto à ciência jurídica e ao direito, a ser comparada com as demais vertentes teóricas mais conhecidas.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica⁰⁴.

⁰² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019; e, ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Curso de filosofia jurídica. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 185-196 e 405-449.

⁰³ Conforme a Portaria n. 142, publicada na seção 1 do Diário Oficial da União de 04 de outubro de 2013, p. 58-61.

⁰⁴ PASOLD, César. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Conceito, 2018.

1.1 PERSPECTIVAS DA TCD SOBRE O ESTUDO DO DIREITO

Este primeiro item do texto trata das premissas da Teoria Complexa do Direito (TCD) no concernente ao estudo do direito, ou seja, discorre-se sobre alguns de seus aspectos epistemológicos, de modo a permitir compreender a sua posição com relação à ciência jurídica.

A consideração inicial sobre este ponto é no sentido de que a TCD enfoca uma abordagem descritiva da realidade do fenômeno jurídico para, somente após a validação estatística dos fatos, estabelecer soluções normativas e preditivas para a produção legislativa e judicial do direito.

Sob este ponto de vista, a proposição teórica em análise defende a viabilidade da produção científica de teorias jurídicas e, de forma subsidiária, em atenção às críticas quanto ao reconhecimento de cientificidade a este campo do conhecimento, apresenta argumentos para, ao menos, justificar o esforço de se produzir conhecimento sobre temas jurídicos com apoio em bases técnicas, mormente mediante metodologia similar às demais ciências, de modo a evitar a exclusividade ou predominância do emprego de argumentação puramente metafísica.

Quanto à viabilidade de se conferir o *status* científico ao estudo do direito, a proposição em exame se baseia em fundamento epistemológicos pós-positivistas (ou, acaso se preferir, pós-popperianos), com especial destaque para a estrutura das revoluções científicas desenvolvida por Thomas Kuhn.

Abre-se espaço para lembrar que, segundo o referido autor, a cientificidade não está fundamentada em um princípio lógico universal que permita separar as asserções válidas das especulações metafísicas, a exemplo do postulado neopositivista da verificabilidade, cunhado pelo Círculo de Viena⁰⁵. Diferentemente, as teorias científicas são incomensuráveis e se desenvolvem com base na construção

⁰⁵ WAAL, Cornelis. Sobre pragmatismo. São Paulo: Loyola, 2007. p. 197: “Em suma, para os positivistas lógicos, o significado de uma proposição é seu método de verificação. Essa visão é conhecida como *verificacionismo*, e o critério de significado dos positivistas lógicos é chamado de *princípio da verificabilidade* ou o *princípio de verificação*. [...] Os positivistas lógicos primeiro mantinham uma versão forte do princípio segundo a qual uma afirmação é significativa se e somente se é possível mostrar conclusivamente sua verdade ou falsidade relacionando-a a experiências sensíveis. [...] Versões mais tardias do princípio de verificação afrouxaram a exigência de que para uma afirmação ser significativa devemos ser capazes de demonstrar conclusivamente que ela é verdadeira ou falsa”. E REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. História da filosofia: de Freud à atualidade. V. 7. São Paulo: Paulus, 2006. p. 119: “O princípio da verificação é um princípio tornado próprio pelos neopositivistas do Círculo de Viena para separar as *asseções sensatas* das ciências empíricas das *asseções insensatas* das várias metafísicas ou também das féis religiosas. [...] Isso equivale a dizer que têm sentido unicamente as proposições que podem ser factualmente verificadas; por conseguinte, as proposições que não podem ser verificadas são privadas de sentido. É oportuno observar aqui que dizer de uma proposição que ela é privada de sentido não significa afirmar que ela é falsa, mas exatamente que é privada de sentido”.

de argumentos plausíveis, embora se registre a tendência de negação de teses sem qualquer supedâneo na observação empírica⁰⁶.

Em obra amplamente conhecida, Kuhn argumentou que as proposições científicas são elaboradas com apoio em matrizes disciplinares, predominante entre os especialistas da área, as quais fixam os contornos das pesquisas em cada momento histórico. Enquanto este piso paradigmático se apresentar adequado e suficiente para a solução dos problemas, ele tende a se manter em predominância, até quando contestado por uma questão insolúvel, que inviabiliza o regular andamento das pesquisas. Então, para ultrapassar esta limitação, o modelo de pensamento predominante é desafiado por outras proposições teóricas, geralmente elaboradas pelos pensadores recém-ingressos naquele campo de conhecimento. A tese que conseguir superar a problemática representará um salto teórico na respectiva área e, assim, tenderá a reger as discussões respectivas, até que eventualmente seja encontrada outra anomalia⁰⁷.

Com supedâneo nesta teoria, a TCD justifica seja conferida cientificidade ao estudo do direito, haja vista que, da mesma forma que as demais áreas de pesquisa, está voltado ao desenvolvimento de argumentos racionais para a descrição e a prescrição sobre os problemas específicos do seu campo de análise, mais especificamente, a regulação da tomada de decisões com impacto em sociedade. Nesta linha de raciocínio, um pesquisador dedicado aos estudos jurídicos é tão cientista quanto um biólogo ou químico, porquanto igualmente trabalha na construção de argumentos para a sustentação de paradigmas (bases teóricas)⁰⁸.

Sem embargo, segundo os critérios pós-positivistas antes delineados, a atividade é considerada científica por pautar-se em metodologia para viabilizar argumentos em prol de um consenso no seio da comunidade de cientistas, de modo a articular ainda mais o modelo disciplinar vigente ou apresentar alternativas

⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 281: "A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. 'Correção' significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, do caminho de uma fundamentação *que se desenrola argumentativamente*".

⁰⁷ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 9-17.

⁰⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 43-54.

racionais para sua superação, na totalidade ou em algum ponto⁰⁹.

De outro lado, a tese em análise não desconsidera o posicionamento de pensadores que renegam a qualidade científica (ou seja, o *status* de ciência) aos estudos jurídicos, geralmente sob a alegação de ser inviável o estudo empírico sobre um material político artificialmente criado pelo homem, porquanto marcado pela ligação com discussões valorativas e morais, insuscetíveis de confirmação mediante experimentação, mormente diante da ausência de uma metodologia específica e viável para tanto.

Como já mencionado acima, a construção teórica em tela apresenta discordância com relação a estas críticas, ao optar por uma visão pós-popperiana de ciência e, assim, refutar o princípio universal da correspondência entre asserção e fato para atribuição de *status* científico a determinada área de estudos. De qualquer modo, registra que a negação de tal qualidade às pesquisas jurídicas não prejudica o seu conteúdo de fundo quanto ao fenômeno jurídico, haja vista que a respectiva argumentação permanece sustentável ainda que se opte pela classificação como um ramo da filosofia. Assim, a alternativa pela rejeição de cientificidade ao estudo do direito implica, tão somente, a substituição da expressão ciência jurídica por outra, como teoria ou filosofia jurídica¹⁰.

Mesmo assim, há insistência no sentido de ser altamente recomendável um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas científicas nesta área específica, de modo a que os juristas ultrapassem discussões superficiais baseadas em slogans arraigados, carentes de embasamento fático, para buscar a justificação empírica de suas teses, ainda que mediante o emprego de ferramentas geralmente utilizadas por economistas, psicólogos, sociólogos e outros pesquisadores.

Isto porque, atualmente, de um lado

é grande demais a fração investida na formulação e elaboração de teorias normativas abstratas, e pequena demais a que vai para o desenvolvimento e aplicação de teorias sociais científicas e para a coleta de dados acerca da operação real do sistema jurídico, de seus custos e outras consequências¹¹.

⁰⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17: “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições”.

¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. Direito e Paz, São Paulo, n. 38, p. 41-61, 2018. p. 44.

¹¹ POSNER, Richard Allen. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. XVII.

Outrossim, sob o prisma da TCD, é necessário maior enfoque na abordagem estatística dos impactos das regulações na sociedade e na economia, para pautar a atividade jurígena em dados concretos e, assim, “fazer o direito voltar a ser uma ciência social, uma ciência preocupada com homem e não um ramo da literatura que interpreta normas jurídicas abstratas”¹².

De qualquer modo, não é ocioso asseverar que a importância conferida pela teoria em tela ao embasamento empírico não tem o condão de renegar a discussão política quanto aos princípios axiológicos a serem incentivados com a atividade jurígena. Trata-se de uma leitura qualitativa dos dados, inerente a qualquer campo científico, cuja importância é inafastável quando em voga o empreendimento de regulação do comportamento humano com vistas à pacificação social.

Com efeito, o objetivo do viés experimental não é “reduzir a dimensão axiológica do direito a um punhado de números, nem muito menos almeja substituir as decisões humanas por modelos matemáticos”¹³. Ao contrário, objetiva-se acentuar que os “resultados da investigação sobre o mundo como ele é trazem informações relevantes sobre o que devemos fazer para aproximá-lo daquilo que gostaríamos que fosse”¹⁴.

Fixada a premissa quanto à importância de se conferir cientificidade ao estudo do direito, sem descuidar do seu complemento político, cabe tratar de cinco abordagens epistemológicas da teoria complexa do direito, quanto às duplas descrições ou prescrição, juízo de fato ou de valor, postura do observador ou participante, ser ou dever-ser e, ainda, descoberta ou justificação.

A **descrição** e a **prescrição** compõem as duas faces das pesquisas científicas, as quais visam oferecer uma leitura da realidade e, também, apresentar proposições normativas para interação fática.

Embora exista entendimento no sentido de que os estudos científicos devem compreender apenas descrições sobre a natureza, esquivando-se de prescrições, gradualmente ganha peso o argumento de que ambos os aspectos são indissociáveis. Sem embargo, o cientista embarca em um empreendimento voltado não apenas à compreensão da realidade, mas também busca soluções para lidar com ela, senão direcioná-la para atingir determinados objetivos, mormente em se tratando de uma

¹² NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016. p. 179.

¹³ *Ibidem*, p. 173.

¹⁴ *Idem*

ciência social aplicada¹⁵.

Sob esta perspectiva, destaca-se o “enfraquecimento da distinção entre linguagem descritiva e perceptiva e, relacionado com isso, à reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do direito, as quais não podem reduzir-se a discursos meramente descritivos”¹⁶.

Exemplificativamente, um químico pode coletar dados que, tratados de acordo com seu paradigma de entendimento, descrevem determinado movimento de corpos no tempo e no espaço, conforme a influência da gravidade, bem como, simultaneamente, prescrever fórmulas que referem estas leis universais, para o fim de aparelhar futuros estudos. De forma similar, um cientista jurídico pode efetuar a leitura de dados sociais, baseados em pesquisas sociológicas pautadas em coleta de dados estatísticos e, com base em tal material, não apenas narrar sua percepção, mas também propor dispositivos normativos que tendem a influenciar o comportamento de determinada comunidade¹⁷.

Daí que, segundo a TCD, a ciência jurídica envolve tanto descrição como também prescrição, por vezes sendo dificultoso separar estas suas duas faces. Não se nega que “essa afirmação pode soar como uma platitude, mas para o direito ela ainda expressa uma verdade nem sempre lembrada: um esforço científico sério precisa primeiro investigar a realidade para depois propor soluções”¹⁸.

De modo similar ao acima exposto, a diferenciação entre **juízos de fato e de valor** refere a proposição de que os conteúdos científicos devem consistir em análises descritivas da realidade, sem avaliações axiológicas. O argumento tem a louvável intenção de evitar que as posições morais ou políticas do cientista interfiram em sua leitura dos fatos e, outrossim, influenciem suas conclusões técnicas.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 36: “Además, la teoría, no a pesar de ser, sino precisamente por ser lógicamente coherente y avalorativa en su desarrollo, desempeña un papel normativo - en el sentido que hasta aquí se ha mostrado - y no meramente descriptivo respecto a su objeto”.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014. p. 72.

¹⁷ REGLA, Josep Aguiló. *Teoria geral das fontes do direito*. Lisboa: Escolar, 2013. p. 227: “O discurso sobre o Direito com pretensões puramente descritivas apresenta limitações graves que tem que ver com a sua utilidade (o para quê) e os seus destinatários (o para quem). Com efeito, uma teoria do Direito assim concebida detém-se, onde, na realidade começam os problemas dos juristas práticos. É, pode dizer-se, uma teoria construída sobre as regularidades observadas em torno dos chamados casos claros, os que não levantam problemas aos juristas. Mas, quando as coisas não são claras, quando o jurista depara com um problema normativo (do género ‘como interpretar o artigo x da lei y?’, ‘a acção r constitui um caso de abuso de direito?’, ‘a acção z é abrangida pela norma p?’) a teoria do Direito fica silenciosa, nada tem para dizer. Poder-se-ia pensar que uma teoria com pretensões puramente descritivas não teria, na realidade, motivo para calar-se, visto o que se deveria fazer perante um caso difícil não é diferente do que se deveria fazer perante um caso fácil: em ambos os casos tratar-se-ia de descrever. Mas aqui é onde reside o seu ponto fraco, porque na realidade nada há para descrever”.

¹⁸ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016. p. 29.

Muito embora esta recomendação seja uma constante nos estudos epistemológicos, porquanto visa evitar confusões entre dados fáticos e sua interpretação, a TCD considera que o encarregado de conduzir as pesquisas científicas é um ser humano voltado a um objetivo e, portanto, as fronteiras entre as considerações fáticas e valorativas podem se obnubilar, de modo a exigir uma orientação adicional, consistente no esforço crítico nas leituras sobre os conhecimentos produzidos, notadamente no campo jurídico¹⁹.

Seguindo a mesma linha das distinções anteriores, considerável parcela da doutrina jurídica diferencia as perspectivas do **observador** e do **participante** (ou agentes externo e interno), conforme estejam ou não diretamente envolvidos no contexto sobre o qual a pesquisa científica se desenvolve. Novamente aqui, a questão gira em torno da esquivia de opiniões morais e políticas, optando-se pela postura de um terceiro externo e isento, não implicado nos fatos que são objeto de sua pesquisa.

Sobre este ponto específico, a TCD destaca a difícil implementação concreta desta diferenciação, haja vista que um cientista muito dificilmente consegue se colocar efetivamente na posição de um observador externo ao tentar descrever e prescrever cálculos sobre um determinado fenômeno, haja vista que simultaneamente é um partícipe da empreitada para conhecer e resolver o tema. Nessa linha de raciocínio,

a descrição de um cientista como alguém completamente imparcial, neutro e sem desejos é bastante imprecisa. É verdade que os cientistas não devem corromper experimentos para garantir que se produzam os resultados previstos. Todavia, [o pragmatista William] James explica que as decisões científicas são produzidas apenas porque as pessoas têm de solucionar problemas²⁰.

Esta situação se torna ainda mais latente em se tratando do fenômeno jurídico, porque o jurista é geralmente um membro da comunidade humana sobre a qual incidem os padrões de conduta em análise ou em construção.

Considerando isto, Richard Posner afirma que “só os ingênuos pensam que as decisões dessas causas são predominantemente determinadas por métodos de investigação desinteressados, apolíticos e ‘independentes das tendências do

¹⁹ NUNES, Op. cit., p. 52-53.

²⁰ SHOOK, John Robert. Os pioneiros do pragmatismo americano. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 128.

observador”²¹.

Prosseguindo, cabe tratar da distinção entre **ser** ou **dever-ser**, a qual é de relevância destacada para os estudos jurídicos, pois separa as abordagens sobre a eficácia dos padrões jurídicos em sociedade (o que é) e os efeitos que deveria gerar (o que deveria ser).

Embora esta bifurcação remonte aos trabalhos de Maquiavel sobre ciência política²² e de Windelband quanto à imputação jurídica²³, ganhou notável destaque entre os juristas mediante o trabalho de Kelsen, que separou as ciências causais (física, química, biologia e outras) das voltadas à imputação (para ele, a ética e a ciência jurídica)²⁴.

Segundo a TCD, a partir da referida lição kelseniana, os desenvolvimentos da ciência jurídica não devem confundir esta díade apenas como mais uma perspectiva sobre a dualidade entre descrição da realidade e prescrição sobre ela, tampouco como uma mera diferenciação adicional entre juízos de fato e de valor.

Alternativamente, a proposição teórica em tela recomenda que esta díade, ser e dever-ser, passe a refletir que os padrões de julgamento são criados segundo uma análise preditiva de efeitos que podem não se concretizar. Notadamente, os dispositivos normativos apresentam diretrizes de conduta que, eventualmente, não surtem os resultados previstos, por diversos motivos, razão pela qual a estatística ganha relevância nos estudos jurídicos, em detrimento de leituras determinísticas.

Sob esta ótica, “adotar uma conduta antijurídica não causa a sanção no sentido determinístico, até porque a aplicação da sanção precisa ser mediada por uma autoridade, que pode se omitir”²⁵.

Ao final, importa tratar da diferenciação entre os **contextos da descoberta**

²¹ POSNER, Richard Allen. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 324.

²² REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. História da filosofia: Do Humanismo a Descartes. V. 3. São Paulo: Paulus, 2004. p. 93-94: “Ela não apenas demonstrava a divisão entre ‘ser’ (as coisas como elas efetivamente são) e ‘dever ser’ (as coisas como deveriam ser para se conformarem aos valores morais), mas também elevava essa divisão a princípio e a colocava como base da nova visão dos fatos políticos. [...] No que se refere ao *realismo político*, é básico o capítulo XV de *O Príncipe* (escrito em 1513, mas publicado somente em 1531, cinco anos após a morte do autor), que discute o princípio de que é necessário se ater à ‘verdade efetiva das coisas’, sem se perder na busca de como as coisas ‘deveriam’ ser; trata-se, em suma, da divisão entre ‘ser’ e ‘dever ser’”.

²³ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. História da filosofia: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. V. 6. São Paulo: Paulus, 2005. p. 24: “Portanto, a filosofia não tem por objeto os juízos de fato, mas *Beurteilungen*, isto é, *juízos valorativos* do tipo ‘esta coisa é verdadeira’, ‘esta coisa é boa’, ‘esta coisa é bela’. E é assim que os valores – que tem precisamente validade *normativa* – distinguem-se das leis naturais: a validade das leis naturais é a validade do *Müssen*, a validade empírica de *não poder ser de outro modo*; a validade das normas ou valores é a do *Sollen*, isto é, do *dever ser*”.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

²⁵ NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: RT, 2016. p. 72.

e da **justificação**. O primeiro deles diz respeito à fase intelectual de construção de uma resposta para a resolução de determinado problema. Este momento ainda não é plenamente compreendido, porém, estudos mais recentes sobre o funcionamento do cérebro apontam para o elevado impacto de questões axiológicas na tomada de decisões. De outro lado, o segundo estágio é o da construção de justificativas para a sustentação de determinada opção, mediante a articulação de argumentos relevantes²⁶.

De acordo com a TCD, não se trata de um marco absoluto, comportando atenuação, mormente sob a ótica do juiz, encarregado de produzir uma decisão para a resolução de um caso concreto.

Sem embargo,

ao deparar com um caso, inicia-se o processo de descoberta do magistrado, em que intuições podem ter um papel importante. Porém, o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação: o juiz precisa primeiro convencer a si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido. Para tanto, reúne argumentos que articulem juízos de valor que permitem defender sua escolha como jurídica, justa ou razoável²⁷.

Daí que, segundo Atienza,

a distinção entre as razões explicativas e as justificativas (em que consiste a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação) parece estar feita na perspectiva de um observador externo, digamos, de um jurista teórico ou de um sociólogo. Mas poderia ser efectuada na perspectiva do próprio juiz? Provavelmente não, ou pelo menos não da mesma maneira²⁸.

E, ainda conforme o mesmo autor,

é importante dar-mo-nos conta de que a distinção entre o contexto da descoberta e o de justificação não coincide

²⁶ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 128-137.

²⁷ HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. Opinião Jurídica, Fortaleza, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. p. 290.

²⁸ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 253.

exatamente como a que pode fazer-se entre o discurso descritivo e prescritivo: pois tanto podemos descrever como os juízes chegam a tomar uma decisão (quais são os factores determinantes), como também prescrever como deveriam fazê-lo; e, no plano da justificação, é possível descrever as razões justificativas que os juízes deram, assim como prescrever quais deveriam ter sido essas razões²⁹.

Em síntese, a TCD enfoca a importância de se conferir cientificidade ao estudo dos fenómenos jurídicos ou, ao menos, subsidiariamente, de se empreender esforços para a coleta e leitura de dados estatísticos que possam auxiliar e justificar a produção legislativa e judicial do direito. Adicionalmente, faz-se uma leitura específica das díades descrição ou prescrição, juízo de fato ou de valor, postura do observador ou participante, ser ou dever-ser e, ainda, descoberta ou justificação, ante seu impacto na ciência jurídica.

2 ABORDAGEM DA TCD AO FENÔMENO JURÍDICO

Neste segundo item, trata-se das bases da TCD especificamente quanto ao seu objeto de estudo, com a finalidade de esclarecer os pontos centrais da sua abordagem quanto ao direito propriamente dito.

Inicialmente, importa assinalar que o modelo teórico recebeu considerável **legado juspositivista**, notadamente nos pontos em que representou uma vantagem significativa em face da matriz teórica jusnaturalista, mais precisamente, primeiro, na aceitação da tese da natureza social e artificial das fontes jurídicas (*social fact thesis*, *social sources of the law* ou *auctoritas, non veritas facit legem*), e, segundo, quanto ao postulado da vinculação do intérprete aos textos normativos (mas não às regras jurídicas), porquanto ambos majoram significativamente o grau de certeza quanto à previsibilidade da adequação das condutas ao direito.

Quanto à primeira vantagem (natureza artificial e social das fontes jurídicas), cabe assinalar que o Positivismo Jurídico teve o mérito de superar a ficção jusnaturalista de que seria viável a captação intelectual de direitos naturais, os quais estariam supostamente flutuando no espaço para serem descobertos (*floating out there*). Os juspositivistas estão corretos no ponto em que afirmam que as origens do

²⁹ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 129.

direito decorrem de uma construção social, voltada à limitação das possibilidades de deliberações em uma determinada comunidade³⁰. Outrossim, os padrões decisórios em geral são todos decorrentes de uma produção humana, plasmada em textos normativos, em princípios jurídicos, na jurisprudência, na doutrina especializada ou ainda na moral da comunidade, ainda que alguns destes elementos sejam de identificação difícil ou fluída³¹. Notadamente, com base nos ensinamentos de Dworkin, é possível afirmar que não existem direitos morais ou jurídicos extraíveis da natureza, mediante observação ou ponderação intelectual, da mesma forma que não existem partículas morais (*morons*) ou jusnaturalísticas (*jusnaturons*) que possam ser captadas, além de prótons, nêutrons, elétrons e outros, para permitir a aferição de deveres e prerrogativas jurídicas³².

No concernente à segunda vantagem (vinculação do intérprete aos textos normativos), cabe assinalar que a positivação dos critérios de julgamento em diplomas oficiais foi historicamente concebida justamente para vencer as incertezas decorrentes do emprego do denominado direito natural, cuja identificação dependia

³⁰ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80: “Que o direito seja *fato histórico-cultural*, eis um ponto com o qual estou de pleno acordo: mas, é fato histórico-cultural ou produto de vida humana objetivada, somente enquanto os *atos* humanos se integram *normativamente* no sentido de certos *valores*”. GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20: “Nível de um todo complexo – a estrutura social global –, o direito nela se compõe e resulta da sua própria interação com os demais níveis desse todo complexo. [...] Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal”. PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. Curso de teoría del derecho. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 18: “Cuando afirmamos que el Derecho es un fenómeno humano, estamos diciendo dos cosas a la vez: el Derecho es un producto humano, por una parte, regula comportamientos humanos, por otra. El Derecho es producido por los seres humanos en el marco de diversas circunstancias y contextos históricos”. E SANCHÍS, Luis Prieto. Apuntes de teoría del derecho. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 28: “Más bien al contrario, el Derecho puede ser concebido como un *artificio*, una construcción humana de carácter histórico (no natural) que responde a variables intereses y necesidades”. E, p. 151: “Ésta es tal vez una de las tesis positivistas (del positivismo metodológico o conceptual) menos controvertidas: el Derecho es un producto social cuyo origen (cuya fonte) no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de sus componentes”.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 196-197: “Normas morais que regulam uma convivência racional entre sujeitos capazes de fala e de ação não são simplesmente ‘descobertas’, mas construídas”.

³² DWORKIN, Ronald. Justice for hedgehogs. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 418: “We cannot certify the truth of our value judgments through physical or biological or metaphysical discoveries; no more can we impeach them that way. We must make a case, not supply evidence, for our convictions, and that distinction demands a kind of integrity in value that in turn sponsors a different account of responsibility. [...] It is hard for us, in our time, fully to escape the gravity of scientism and therefore fully grasp the independence of value. But remember the most important lesson of Part One: there must be a right answer about the best thing to do, even if that answer is only that nothing is” (grifou-se). E, DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 252: “Somente poderemos entender afirmações e argumentos interpretativos sobre literatura se pararmos de tratá-los como tentativas condenadas a relatar significados ontologicamente independentes, espalhados entre os objetos do universo”. Nesta última obra, na p. 258: “Na verdade, penso que toda questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser”.

basicamente de uma postura subjetiva e discricionária do intérprete³³. Outrossim, a preponderância dos preceitos positivados sobre os demais critérios de julgamento promove relevante segurança jurídica e, assim, atende à finalidade precípua do direito, consistente em conferir previsibilidade às consequências das condutas tomadas em sociedade.

Todavia, isto não significa que os juspositivistas optaram pela preservação do valor da segurança jurídica por entender que, pura e simplesmente, é um interesse de maior importância quando comparado com todos os demais, a exemplo da dignidade da pessoa, da vida, da liberdade, da igualdade e da participação democrática, dentre outros. Tal entendimento é uma falácia ou simplificação que não leva em conta os efeitos sistêmicos da eficácia jurídica. Ora, não se tratou simplesmente de um balanceamento abstrato, em que o braço da balança pendeu para certeza e previsibilidade em detrimento de todo o resto.

A certeza do direito, ao promover a redução do medo proporcionado pela incerteza, serve como parâmetro de justiça no sentido formal, de modo a consubstanciar condição de possibilidade para promoção dos demais valores materiais³⁴.

Compreendida desta forma, a segurança jurídica se apresenta como um paradoxo, haja vista que, simultaneamente, escraviza, ao limitar as opções axiológicas, e liberta, ao harmonizar os interesses societários de acordo com uma pauta valorativa previsível.

Com efeito, a pedra de toque para entender a opção pela garantia de previsibilidade reside em perceber que todos os valores podem ser mais adequadamente tutelados pela ordem jurídica quando os membros da comunidade

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 182: “A contribuição do poder político para a função própria do direito, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, passa a consistir, a partir deste momento, no desenvolvimento de uma *segurança jurídica* que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento próprio e alheio”.

³⁴ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 181-182: “La seguridad jurídica puede entender-se, em un sentido muy amplio, como la seguridad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta. [...] Por seguridad jurídica em sentido escrito habría que entender la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, seguros, los otros valores, esto es, la igualdad y la libertad. La seguridad jurídica vendría a ser entonces un valor adjetivo con respecto a los otros, de manera que la justicia podría definirse como la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y igualdad” (grifou-se). PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. *Curso de teoría del derecho*. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 325: “Si contemplamos ya a la seguridad jurídica como valor de la ética pública democrática, aparece com el objetivo de crear un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y fijar un clima de confianza em las relaciones sociales. Es un mínimo existencial, condición para un orden libre, igual y solidario, es decir, para la aparición de los restantes valores” (grifou-se).

têm condições de prever quais são as opções axiológicas fixadas pelo grupo, mediante sua antecedente cristalização positiva em um texto normativo, na jurisprudência ou em outro material jurídico.

Apesar desta aderência parcial ao legado juspositivista, nos termos antes expostos, a virada pós-positivista merece ser esclarecida a partir da aceitação de uma tese reformulada da **relação entre direito e moral**, ante uma leitura descritivamente fiel à realidade dos cenários acadêmico e forense.

De acordo com a tendência pós-positivista adotada, a vinculação entre moralidade e juridicidade não é um fruto da imaginação metafísica, a qual remanesce adstrita à proposição jusnaturalista. Diferentemente, há a prevalência do argumento de que efetivamente não só o direito positivo, mas também os postulados axiológicos são construções culturais da humanidade e, assim, ambas podem representar o objeto de pesquisa relevante para o estudo do fenômeno jurídico.

Nessa linha de pensamento, mesmo Dworkin, considerado defensor do uso de postulados morais como critérios de julgamento em casos classificados como difíceis ou controversos, afasta qualquer invocação do direito natural. Na sua visão, também as considerações morais são decorrentes de construção artificial da humanidade, cuja relevância é crucial para a adequada resolução das causas judiciais. Isto implica, grosso modo, uma adesão pós-positivista à tese da fonte social do direito, ampliando-a para abraçar também a moralidade³⁵.

Igualmente Posner, embora um duro crítico quanto à utilidade das pesquisas acadêmicas sobre moralidade política, refere que

toda sociedade e toda subcultura dentro de uma sociedade tiveram seu código moral. Este código, porém, sempre foi moldado pelas exigências da vida nessa sociedade, e não pelo vislumbre de uma fonte superior e universal de obrigações morais³⁶.

Aliás, segundo abalizada leitura da visão pragmática de John Dewey,

³⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 204-208 e 271-272. Da p. 205: “Não pretendo agora ressuscitar a teoria metafísica que, no segundo capítulo, disse que não nos seria útil. Não suponho que o componente mental último do universo seja uma mente espectral, onipresente, mais real do que as pessoas de carne e osso, nem que devemos tratar o Estado ou a comunidade como uma pessoa real, com um ponto de vista distinto, ou mesmo um bem estar próprio, nem que possamos fazer sobre os princípios de um Estado a série de perguntas – por exemplo, se os aceitou livremente ou foi enganado, ou se os entendeu mal – que podemos fazer sobre aspectos da vida de uma pessoa de verdade”.

³⁶ POSNER, Richard Allen. A problemática da teoria moral e jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 27-28.

numa democracia, nenhum valor social é fixo e definitivo, e sim apenas provisório e falível. Os valores e ideais sociais de uma democracia possuem, no entanto, uma existência natural objetiva, pois residem na experiência social das pessoas³⁷.

Nessa ordem de ideais, o argumento pós-positivista é no sentido da inviabilidade de se cindir os aspectos descritivos e prescritivos de uma ciência, haja vista que a produção do conhecimento é um empreendimento humano, voltado à resolução de um problema.

Nesta ótica, são tecidas críticas ao modelo juspositivista, calcadas no entendimento de que o direito não é apenas um corpo sistemático de regras positivadas em estatutos ou precedentes anteriores, mas consubstancia uma atividade criativa de uma resposta resolutive para um determinado caso concreto, calcada em um conjunto de argumentos, dentre eles os de cunho axiológico³⁸.

Nessa linha de raciocínio, não seria viável (ou mesmo útil) uma abordagem científica lastrada apenas no esforço de descrever uma realidade, porquanto todo o julgamento envolve a prescrição de uma solução para determinado problema social.

Mais do que isto, além da junção inafastável das fases de prescrição e descrição, cabe ainda referir que uma leitura mais fiel da realidade aponta inegavelmente para a incidência de influxos morais na atividade decisória.

Evidentemente, os juspositivistas efetuaram uma abordagem deste aspecto do cenário jurídico, esclarecendo que legisladores, juízes e demais operadores dos mecanismos do direito efetivamente levam em consideração aspectos morais como

³⁷ SHOOK, John Robert. Os pioneiros do pragmatismo americano. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 170.

³⁸ NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: RT, 2016. p. 27: “[...] uma sentença judicial, é razoável assumir que seu sentido último é produto não só do que a lei diz, mas também de um intrincado e complexo conjunto de fatores sociais, econômicos e culturais envolvidos em uma elaborado processo psicossocial de convencimento, influenciável por fatores como os valores políticos e pessoais do magistrado, a empatia com as partes, a linha de argumentação escolhida por estas, a experiência de vida do juiz, a pressão institucional exercida por órgãos de controle do Poder Judiciário, o sentido dos precedentes proferidos em casos análogos, dentre inúmeros outros”.

padrões de julgamento, embora reneguem o caráter jurídico deste procedimento³⁹. Na sua visão, o emprego de critérios morais significa o ingresso de padrões externos ao direito para fins de justificação de uma decisão judicial. Porém, tal posicionamento é criticado pela TCD, precisamente porque se trata de uma asserção inviável quanto à efetiva descrição científica da realidade.

Na visão dos críticos do positivismo jurídico, cabe considerar que há estudos empíricos apontando para as influências da moral no comportamento humano, mormente nos atos decisórios, de modo a recomendar a construção de teorias mais adequadas para lidar com este aspecto do fenômeno jurídico⁴⁰. Para eles,

o facto de existirem especificidades no raciocínio jurídico (e que se manifestam não unicamente sob uma perspectiva institucional, embora seguramente esta seja decisiva) permite que se fale de uma relativa autonomia, mas não de uma total independência do raciocínio jurídico relativamente ao moral⁴¹.

Em síntese,

ao deparar com um caso, inicia-se o processo de descoberta do magistrado, em que intuições podem ter um papel importante. Porém, o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação: o juiz precisa primeiro convencer a si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido. Para tanto, reúne argumentos que articulem juízos de valor que permitem defender sua escolha como jurídica, justa ou razoável⁴².

³⁹ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 145-156, em especial p. 148: “Como princípios do ‘Direito’ podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política e Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de ‘Direito’, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciam a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam ‘positivados’, i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. [...] A produção de normas jurídicas também é influenciada por fatores diferentes dos princípios da Moral, da Política, do Costume, p.ex., por interesses de certos grupos de subordinados do Direito, sem que se conceda a estes interesses caráter de ‘Direito’” (Grifou-se).

⁴⁰ Stanley, M. L., Dougherty, A. M., Yang, B. W., Henne, P., & De Brigard, F. Reasons Probably Won’t Change Your Mind: The Role of Reasons in Revising Moral Decisions. *Journal of Experimental Psychology: General*. Advance online publication. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/xge0000368>. Acesso em: 06.08.2018.

⁴¹ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 312.

⁴² HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

Em outros termos, o argumento pós-positivista adotado pela TCD assume que a realidade concreta aponta para a existência de uma relação fática entre direito e moralidade e, diante desta descrição científica, pretende-se construir proposições⁴³.

Importa considerar que a absorção do legado juspositivista da prevalência da legislação escrita em face de quaisquer outros parâmetros decisórios, antes referida, não implica contradição com a aceitação da relação entre direito e moral, nos termos propostos pela TCD. Sem embargo, a moralidade é inegavelmente confluyente com a juridicidade nas fases de produção normativa, tanto na etapa de positivação como na de aplicação aos casos concretos. Isto porque os legisladores recebem influxos morais ao elaborar os diplomas normativos, e, posteriormente, também os magistrados não estão intelectualmente blindados de influências de cunho moral ao produzir a norma jurídica que serve de fundamento para resolução do caso concreto. Porém, por uma questão formal de respeito à separação de poderes, à democracia, à segurança jurídica (no sentido de prévia fixação dos valores prevaletentes em sociedade) e à lúdima expectativa das pessoas (que estimula o progresso social e econômico), os juízes estão vinculados ao texto legislativo anteriormente fixado, que serve de limite para sua atividade deliberativa e, conseqüentemente, de fronteira para seu julgamento moral. Logo, diante desta circunstância, os magistrados levam em considerações os padrões morais ao deliberar, mas sem que isto possa implicar autorização para contrariar o sentido que a tradição jurídica atribuiu ao conteúdo do documento normativo.

Adicionalmente, cabe assinalar que os princípios jurídicos são uma espécie forte de elemento decisório, capaz de superar os textos normativos em determinadas hipóteses, mediante exercício do controle de constitucionalidade. Todavia, tal afirmação é limitada e não ofende a tese da prevalência da legislação escrita aqui incorporada, considerando que tal preponderância principiológica está devidamente prescrita por parâmetros democráticos fixados pelo legislador político. No cenário brasileiro, exemplificadamente, somente os princípios de alçada constitucional podem invalidar os textos normativos, justamente porque a própria constituição contém dispositivos que, de um lado, firmam princípios e, de outro, autorizam a

⁴³ Estudos científicos sobre questões morais discutidas em sociedade encontram respaldo na perspectiva pragmatista, conforme SHOOK, John Robert. Os pioneiros do pragmatismo americano. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 25: "Do mesmo modo, os pragmatistas acreditavam que nada deve impedir o método científico de tratar de problemas morais e sociais. Os pragmatistas concordavam que ideias e ideais humanos são coisas reais que pertencem ao mundo natural, pois suas origens e conseqüências têm efeito tão visível sobre o mundo quanto qualquer outra coisa".

jurisdição a exercer o controle de constitucionalidade, sob a fiscalização unificada nacionalmente do Supremo Tribunal Federal, mediante recurso (na via difusa) ou mesmo diretamente (de forma direta e concentrada). Outrossim, tal exceção à prevalência dos textos legislativos se encontra assentada em sede de redação constitucional e, aliás, já está incorporada inexoravelmente à tradição jurídica, de modo a se encaixar, sem arestas pendentes, nesta herança juspositivista.

Daí que, em síntese, a TCD adota a tese da existência da relação entre direito e moralidade, porém, duas importantes ressalvas merecem ser esclarecidas. A primeira delas é no sentido de uma leitura culturalista dos valores, ou seja, de que também a moralidade é um produto da sociedade humana, ao invés de uma abstração metafísica. E a segunda refere à inviabilidade de uma correção moral subjetiva do direito positivo, salvante se o próprio sistema admite expressamente esta possibilidade de alguma forma, a exemplo do controle de constitucionalidade firmado no ordenamento jurídico brasileiro, que permite a declaração de invalidade de preceitos infraconstitucionais refratários aos princípios morais consagrados em nível constitucional. Com estas duas ponderações centrais, evita-se o retrocesso ao modelo doutrinário do direito natural.

Prosseguindo quanto às contribuições pós-positivistas, releva-se expor a **diferença entre textos normativos e norma jurídica**, já consagrada no *mainstream* da tradição jurídica brasileira.

O texto normativo (ou texto legal, legislação, diploma normativo, enunciado positivo, dispositivo etc) é a redação limitadora da amplitude decisória estabelecida pela autoridade competente, produzida pela operação jurígena de positivação.

A norma jurídica, de outro lado, diz respeito ao resultado de um processo interpretativo, movimentando por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação das fontes jurídicas (não só os textos legais, mas também princípios, precedentes judiciais, políticas etc), de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto.

Nessa linha argumentativa, “a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’”, de modo que os dispositivos normativos (os artigos, parágrafos, incisos e alíneas) “não são ‘aplicáveis’, pois ainda não são pré-formadamente normativos”⁴⁴.

Em outros termos,

⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009. P. 132.

a ideia é que aquilo que se apresenta, por exemplo, numa base de dados, não são as normas individualizadas (digamos, a norma completa que se usará para resolver um determinado caso), mas antes os enunciados que aparecem no material legislativo “em bruto”⁴⁵.

Neste particular, importa mencionar que, da mesma forma que um civilista não confunde posse e propriedade e um criminalista não mistura crime e contravenção, embora sejam termos que indiquem coisas aparentemente similares, também nenhum jurista considera como sinônimos coisas distintas como texto normativo e norma jurídica, sob pena de permitir erros argumentativos severos.

Um exemplo pode bem ilustrar o impacto prático de tal diferença. Suponha-se o dispositivo “é proibido usar biquíni”. Tal preceito hipotético não é intercambiável com uma simples e clara norma jurídica ou mesmo regra, como parece à primeira vista, podendo assumir diferentes significados conforme a época da interpretação e o seu contexto social. Com efeito, se a interpretação ocorrer no âmbito de um convento durante o verão do ano de 1900, a tendência é implicar a norma que proíbe a utilização de trajas tão sumários pelas freiras, mesmo em dias quentes, ante a incidência de influxos dos costumes sociais e da tradição religiosa. Em contrapartida, se a sua inteligência se der no contexto de uma praia de nudismo no ano de 2019, a probabilidade é significar norma absolutamente diversa, ante a interligação da forma gramatical com os costumes sociais e com o princípio jurídico da liberdade (que admite uma exceção ao delito de atentado ao pudor nestes locais), impedindo que as banhistas se utilizem sequer de tais vestimentas mínimas⁴⁶.

Uma decorrência desta diferenciação reside na concepção da atividade de **tomada de decisão como um empreendimento**, cuja complexidade ultrapassa a visualização como uma simples lógica dedutiva (subsunção).

Mais precisamente, a TCD adota a tese de que a atividade decisória consiste em um empreendimento destinado à construção de uma resposta jurídica para um caso concreto, de acordo com um conjunto multidimensional de critérios de julgamento. Em outros termos,

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 172.

⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 67.

o direito não pode ser reduzido a um conjunto de normas editado por autoridades competentes e deve ser visto, sim, como um aparato de solução de conflitos, no qual a lei desempenha um papel importante, porém não suficiente⁴⁷.

Assim,

o enunciado interpretativo emitido por um juiz não descreve algo pré-existente, mas tão-pouco pode ver-se como uma prescrição, visto que se trata mais exatamente de uma criação peculiar, um desenvolvimento guiado – embora não pré-determinado em todos os seus aspectos – por certos critérios (algo intermédio entre criar e aplicar) e que, de certo modo, tem algo de descritivo e prescritivo⁴⁸.

De acordo com esta proposição teórica, o magistrado tem a função constitucional de analisar as situações concretas segundo um conjunto amplo de parâmetros de julgamento, previsíveis às partes na data dos fatos, visando construir a solução sob a forma estrutural de uma norma jurídica. A decisão judicial determina a solução processual, pretensamente mais correta ao contexto fático, segundo diretrizes gerais preestabelecidas⁴⁹.

A tarefa judicial consiste, assim, no empreendimento de construir a ponte entre a realidade fática (o ser) e o sistema jurídico (o dever-ser). Trata-se, inegavelmente, de uma nova fase da criação do direito, voltada especificamente ao caso concreto⁵⁰. Ou seja,

os juristas não dispõem – ou não dispõem sempre – de normas que possam, sem mais, aplicar à situação: os materiais em bruto, dados pelo sistema, são (pelo menos em certas ocasiões) somente enunciados (artigos de leis, textos

⁴⁷ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016. p. 113.

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014. p. 69.

⁴⁹ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 123: “He [the judge] changes “static law” into ‘dynamic law’ by transforming a linguistic text into a legal norm. Many aspire in vain to uncover what the legal meaning of a text ‘truly’ is. This is a fruitless search: a text has no “true” meaning. We do not have the ability to compare the meaning of a text before and after its interpretation, through focus on its ‘true’ meaning. There is no pre-exegetic understanding of a text, for we can only access and understand it through an interpretive process. Only different interpretations of a given text can be compared. The most to which we can aspire is the ‘proper’ meaning, not the ‘true’ meaning”.

⁵⁰ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 155: “There is no judging without the creation of law”.

jurisprudenciais, etc) que eles têm que transformar em normas (na norma aplicável ao caso) por meio de interpretação⁵¹.

Com base em tais argumento, a proposta juspositivista de visualizar o fenômeno decisório segundo a lógica formal dedutiva (subsunção) é insuficiente para descrever a sua complexidade e, conseqüentemente, não oferecem soluções suficientemente sofisticadas para auxiliar o empreendimento jurisdicional⁵².

Parte-se do pressuposto de que

ninguém mais acredita realmente que as operações realizadas pelo juiz para interpretar o direito sejam apenas lógicas, no sentido estrito da palavra, isto é, que sejam operações de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas; em outras palavras, que a atividade do juiz seja meramente mecânica ou automática⁵³.

Por outro lado, importa assinalar que a insuficiência da subsunção não implica que se deve adotar a falácia irracionalista, a qual está calcada no argumento de que, insuficiente o mero silogismo lógico dedutivo, a atividade deliberativa judicial merece ser vista como mero decisionismo com base em premissas puramente subjetivistas⁵⁴. Ao contrário, é possível articular modelos de restrição psicológica da atividade decisória, mormente na fase de justificação das deliberações⁵⁵.

Nesta perspectiva, propõe-se uma nova visualização da complexidade da atividade de deliberação judicial, que ultrapassa a redução do fenômeno a um silogismo subsuntivo. O argumento é no sentido de que a lógica formal integra o processo como elemento importante, porém não exclusivo, cabendo também abordagens quanto ao processo argumentativo e, ainda, no concernente à postura

⁵¹ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 293.

⁵² ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 8-9. Ainda REGLA, Josep Aguiló. Teoria geral das fontes do direito. Lisboa: Escolar, 2013. p. 164: "Os princípios são um tipo de orientação de conduta que nunca se pode aplicar directamente. Na medida em que possuem uma estrutura categórica, isto é, por serem mandados incondicionados em que não se define o caso genérico ou pressuposto de facto, não é possível efectuar em relação aos princípios a operação de subsunção do caso particular ao caso genérico. [...] incorporam soluções normativas (dever de igualdade de tratamento, dever de não emitir normas retroativas, etc.), mas não indicam quando (em que casos) se aplicam essas soluções".

⁵³ BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. São Paulo: Unesp, 2016. p. 118.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Lisboa: Escolar, 2014. p. 130.

⁵⁵ PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e casuismo. Novos estudos jurídicos, Itajaí, n. 1, p. 643-657, 2019, p. 655.

pragmática do julgador, porquanto empreendedor na busca de uma determinada consequência, considerada adequada ao ordenamento jurídico.

Seguindo esta trilha lógica, cabe mencionar que, consoante a teoria em exame, o empreendimento decisório é marcado pela **interdisciplinaridade**, haja vista admitir que incontáveis tipos de argumentos são empregados pelas pessoas para preverem as consequências jurídicas de suas condutas e agirem em conformidade com tal prognóstico.

A interdisciplinaridade é a intersecção de dois ou mais ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento. Tal conceito operacional reflete a circunstância de que o conhecimento pode ser concebido como um todo único, porém dividido em diversos ramos, consoante critérios classificatórios adotados pela comunidade científica, apenas para facilitar o aprendizado, ao compartimentar (departamentalizar) as diversas especialidades.

Assim, ao tomar decisões em sociedade, as pessoas tendem a promover uma análise, ainda que inconsciente ou meramente parcial, das consequências que podem advir das suas condutas, para então agir em conformidade com tal perspectiva, ainda que seja para contrariá-la, ante o cálculo estatístico das chances de não serem responsabilizadas. Ao efetuar tal análise, por lógico que empregam toda a gama de conhecimento que possuem, não apenas o jurídico, razão pela qual a abordagem interdisciplinar é natural e intrínseca à operação deliberativa, inclusive por autoridades públicas, mesmo os magistrados, considerados os especialistas específicos em direito.

Por derradeiro, cabe destacar a pretensão imbutida na TCD no sentido de que o empreendimento decisório, apesar dos influxos da interdisciplinaridade, atinja graus mais elevados de segurança jurídica, mediante a **redução da discricionariedade**.

Conforme já referido acima neste item, a proposta paradigmática em discussão parte do legado juspositivista, visando o avanço gradual da ciência jurídica no desenvolvimento de pesquisas que resulte em material ampliador do grau de certeza proporcionado pelo sistema judicial.

Não se ignora que “o direito possui um insuperável componente de

incerteza, oriundo da complexidade do processo humano de decisão”⁵⁶.

Contudo, mesmo diante da inviabilidade de se atingir uma certeza efetiva, da mesma forma que inatingível uma verdade absoluta, enfoca-se a possibilidade de maximizar os graus de segurança quanto ao desfecho mais provável dos processos judiciais, sempre que possível (e desejável, haja o caráter político da atividade jurisdicional). Inclusive porque “compreender o direito é, antes de tudo, descrever suas variabilidades e controlar (não extirpar) suas incertezas”⁵⁷.

Outrossim, ainda que impossível estabelecer pré-respostas para todos os problemas futuros (por isto, as normas não são pré-existentes), importa que o magistrado construa sua decisão como a tendência mais provável de solução correta, de acordo com os critérios que já estavam dispostos aos envolvidos (as fontes jurídicas disponíveis) na data dos fatos, mesmo quando revê ou reconstrói a jurisprudência.

Em síntese, a abordagem da teoria em tela com relação ao seu objeto de estudo envolve, de um lado, a adesão ao legado juspositivista referente à tese das fontes sociais e à prevalência do texto normativo sobre os demais critérios de julgamento e, de outra margem, absorve versões harmonizadas e trabalhadas das teses conexão entre juridicidade e moralidade, da diferença entre texto normativo e norma jurídica, da visualização do fenômeno decisório como empreendimento (e não apenas subsunção), da interdisciplinaridade e da importância da discricionariedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo deste trabalho reside em abordar algumas premissas da Teoria Complexa do Direito (TCD) quanto à ciência jurídica e ao fenômeno jurídico propriamente dito, com vistas a esclarecer eventuais peculiaridades distintas das demais proposições teóricas de maior projeção nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

De se notar que a teoria está calcada em diversas proposições teóricas assimiladas, de modo disperso, por teorias de perfil juspositivista e pós-positivistas,

⁵⁶ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016. p. 95. Ver ainda BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 146: “Interpretation without judicial discretion is a myth”.

⁵⁷ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: RT, 2016. p. 30.

porém, rearticuladas em uma rede lógica diferenciada, adequada para auxiliar na compreensão do sistema jurídico brasileiro. Tanto é assim que a originalidade e o ineditismo foram reconhecidos por exigente banca, composta por professores nacionais e estrangeiros, bem como posteriormente reconhecida pela própria Capes⁵⁸.

No concernente à ciência jurídica, registrou-se que a TCD enfoca a importância de se conferir cientificidade ao estudo dos fenômenos jurídicos ou, ao menos, subsidiariamente, de se empreender esforços para a coleta e leitura de dados estatísticos que possam auxiliar e justificar a produção legislativa e judicial do direito.

Adicionalmente, o modelo teórico em exame faz uma leitura específica das diádes descrição ou prescrição, juízo de fato ou de valor, postura do observador ou participante, ser ou dever-ser e, ainda, descoberta ou justificação, em moldes diferentes do projeto juspositivista, ante a adoção de bases epistemológicas pós-positivistas (ou pós-popperianas).

Na sequência, no tocante ao fenômeno jurídico propriamente dito, verificou-se que a abordagem da teoria em tela com relação ao seu objeto de estudo envolve, de um lado, a adesão ao legado juspositivista referente à tese das fontes sociais e à prevalência do texto normativo sobre os demais critérios de julgamento e, de outra margem, absorve versões harmonizadas e trabalhadas das teses conexão entre juridicidade e moralidade, da diferença entre texto normativo e norma jurídica, da visualização do fenômeno decisório como empreendimento (e não apenas subsunção), da interdisciplinaridade e da importância da discricionariedade.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6. ed. Barcelona: Ariel, 2010.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

⁵⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 11.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

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

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: RT, 2016.

- PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. São Paulo: Conceito, 2018.
- PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e casuismo. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, n. 1, p. 643-657, 2019.
- POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: de Freud à atualidade**. V. 7. São Paulo: Paulus, 2006.
- REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: de Nietzsche à escola de Frankfurt**. V. 6. São Paulo: Paulus, 2005.
- REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do humanismo a descartes**. V. 3. São Paulo: Paulus, 2004.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REGLA, Josep Aguiló. **Teoria geral das fontes do direito**. Lisboa: Escolar, 2013.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2010.
- SHOOK, John Robert. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- STANLEY, M. L.; DOUGHERTY, A. M.; YANG, B. W.; HENNE, P.; De BRIGARD, F. Reasons Probably Won't Change Your Mind: The Role of Reasons in Revising Moral Decisions. **Journal of Experimental Psychology**, General. Advance online publication. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/xge0000368>. Acesso em: 06 ago. 2018.
- WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. **Direito e Paz**, São Paulo, n. 38, p. 41-61, 2018.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Recebido em: 08/10/2019

Aceito em: 17/01/2020