

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

**O PASSO CURTO DO ORNITORRINCO: UMA ANÁLISE DO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO EM FACE DOS LEGADOS DO(S) KANTISMO(S)**
**THE SMALL STEP OF THE PLATYPUS: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN LEGAL
SYSTEM IN LIGHT OF KANTIAN LEGACY**

Clóvis Marinho de Barros Falcão ¹
Vinícius Andrade de Carvalho Rocha ²

Resumo

O ornitorrinco é um mamífero peculiar: possui um bico que se assemelha ao de patos, põe ovos, e possui patas com membranas interdigitais. O direito brasileiro também é peculiar: um sistema romanístico com controle difuso de constitucionalidade e com vontade de incorporar elementos do "common law". Este trabalho aborda, primeiramente, as diferentes recepções da filosofia kantiana e, em seguida, associa essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico. Pretendemos, com essa leitura, destacar divergências e convergências relevantes para evitar uma recepção acrítica de institutos do direito inglês ao sistema brasileiro.

Palavras-chave: Kant, Direito inglês, Direito continental, Precedentes, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The platypus is a peculiar mammal: it has a duck-like snout, lays eggs and has webbed feet. The Brazilian system of law is peculiar as well: a civil law system with mixed judicial review procedures, willing to incorporate elements of common law. This work addresses, first, different interpretations of Kantian philosophy and then associates them to the epistemological foundations of each legal system. Divergences and convergences are then highlighted, since knowing them is crucial to prevent the uncritical reception of Anglo-Saxon law practices in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kant, Common law, Civil law, Precedent, Judicial review

¹ Doutor em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

INTRODUÇÃO

O ornitorrinco é um famoso mamífero originário da costa leste australiana que intrigou os primeiros europeus que chegaram à Austrália em virtude de suas características peculiares: um bico que se assemelha ao de um pato, um processo reprodutivo que inclui pôr ovos e patas com membranas interdigitais (NEW WORLD ENCYCLOPEDIA, 2015). Posteriormente assimilado como uma forte evidência em favor da teoria da evolução de Darwin, o ornitorrinco é, de fato, um mamífero, segundo taxonomistas, que, todavia, preserva algumas características biológicas visíveis que o fazem lembrar uma ave. Apesar de quadrúpede, seus membros curtos, suas membranas natatórias, sua estrutura corporal assemelhada à de uma lontra e o seu rabo parecido com o de um castor tornam o deslocamento terrestre um desafio a ser cumprido a passos curtos.

A menção aos passos curtos do ornitorrinco vem a calhar quando se toma nota de recente pronunciamento que o Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, concedeu por ocasião do 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional. Na entrevista, Zavascki (CANÁRIO, 2015) afirma que o Brasil "caminha a passos largos para o *common law*", a tradição jurídica sobre a qual se assentam os sistemas jurídicos da maioria dos países de língua inglesa. A referência ao modelo anglo-saxônico tinha como escopo comentar a recente decisão do STF no âmbito da Reclamação 4.335/AC, quando se discutiu se as decisões sobre inconstitucionalidade de leis em controle difuso deveriam ou não ter eficácia normativa, ainda que o Senado Federal não viesse a suspender a execução da norma, conforme previsão do artigo 52, inciso X, da Constituição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014; ZAVASCKI, 2014).

Em linhas gerais, o escopo deste trabalho será, inicialmente, comentar a importância do pensamento de Kant a partir de uma perspectiva que o considera congregador das preocupações de sua tradição e prenunciador das preocupações de tradições futuras. Esse confronto genérico de filosofias anteriores e posteriores à Kant dar-se-á, em especial, em relação àquilo que possa concernir o Direito e os seus modos de operacionalização. Na sequência, buscaremos traçar algumas diferenças acerca de como o legado de Kant foi recebido no que se convencionou chamar tradição anglo-saxônica e tradição continental de pensamento, com vistas a compreender de que modo a recepção do kantismo contribuiu para a maturação de duas maneiras distintas de refletir acerca dos problemas filosóficos do Direito.

Como costuma ser a regra em um trabalho com inquietações filosóficas e jurídicas, far-se-á amplo uso da técnica de revisão de literatura. Por outro lado, essa técnica possibilitará

incursões por dois percursos metodológicos procedimentais típicos das Ciências Sociais e oportunos em relação ao espírito desta investigação (ANDRADE, 2007, p. 123). Assim, serão invocados alguns aspectos do método histórico, de modo a localizar alguns acontecimentos cujos desdobramentos auxiliam a compreensão do estado atual das coisas. Além dele, terá algum proveito o método comparado, largamente utilizado no âmbito do Direito, e propenso a aclarar o sentido das diferenças e das semelhanças de instituições sociais afins em sociedades humanas distintas, bem como revelador das preocupações mais amplas entre particularismo universalismo e das concepções concorrentes acerca do que somos e do que queremos ser enquanto comunidade política (HIRSCHL, 2014, p. 6).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O DIREITO, KANT E O ORNITORRINCO

A entrada em vigência do novo Código de Processo Civil engrossou o coro dos defensores de um sistema jurídico em que o precedente judicial seja dotado de força normativa. A pergunta que se faz é se essa aproximação dar-se-á (e se tem-se dado), de fato, a passos largos, como prenuncia o Ministro Teori Zavascki, ou se o peso da tradição, entre outras inúmeras circunstâncias, farão o momento de mudanças implementar-se a passos mais curtos, como os do ornitorrinco. A metáfora do ornitorrinco é útil na medida em que permite retomar uma série de argumentos por meio de um só lugar-comum.

Assim, quando quisermos nos reportar à trajetória do sistema jurídico brasileiro desde o começo do período republicano, podemos pensar na força da tradição civilística como o corpo do ornitorrinco, que se move sem muita destreza fora da água, ambiente em que se desloca com mais facilidade. Se quisermos falar do sistema misto de controle de constitucionalidade e dos desdobramentos do controle difuso, que permite a todo magistrado declarar atos normativos como contrários à Constituição, é suficiente imaginar o mamífero cuja boca se parece a um bico de pato. Por fim, se formos nos referir às novas possibilidades abertas pela legislação processual civil recém-chegada, de obediência ao precedente judicial, basta trazer à mente a recordação dos mamíferos que põem ovos¹, ou seja, cujos filhos são "gestados", em última instância, fora do útero. Para todos esses traços e contingências do sistema jurídico brasileiro considerados em conjunto, a imagem do ornitorrinco representa um bom aporte na medida em que congrega, metaforicamente, aquilo que é peculiar em nossa maneira de gerir a engrenagem de distribuição de decisões judiciais.

¹ Por justiça às demais espécies de mamíferos, registre-se que os ornitorrincos não são os únicos da classe a pôr ovos. Uma espécie conhecida como equidna também o faz. De qualquer modo, a metáfora é mais sugestiva quando se usa o ornitorrinco, que é semiaquático.

Mas há outra serventia em trazer o ornitorrinco para a linha de frente das ideias aqui discutidas. Immanuel Kant, mesmo tendo vivido quase até os 80 anos, nunca se deparou com um ornitorrinco. Essa casualidade, fruto do até então incipiente contato da Europa com a Austrália, é explorada por Umberto Eco (1999) em uma de suas obras sobre semiótica, intitulada *Kant e o ornitorrinco*, em face do problema da cognição e da sua possibilidade. Importante frisar que a obra de Eco não coloca Kant no papel de ornitorrinco. A ideia nos veio por livre associação e aparece aqui por conformar-se à noção de que a filosofia de Kant funciona como o ponto de chegada de um paradigma de filosofia do Direito implícita e como o ponto de partida de uma filosofia do Direito explícita (LAFER, 1988, p. 40-41). Nesse sentido, o seu legado também tem um quê de ornitorrinco, na medida em que antecipa o que estava por vir sem deixar de amoldar-se a uma tradição já em seu crepúsculo. No entanto, enquanto ponto de partida, há sempre a possibilidade, explorada mais à frente, de caminhos divergentes.

Antes de prosseguir, há um esclarecimento imprescindível a fazer. Toda metáfora tem seus riscos de ser mal entendida e, neste caso específico, esses riscos podem comprometer a compreensão geral do que se pretende discutir. Pelo fato de o ornitorrinco ser um símbolo quase sagrado para entusiastas leigos do darwinismo, um *topos* na retórica do combate ao criacionismo, é preciso refutar a possibilidade de uma leitura em especial da alegoria aqui avançada. Com ela, não se pretende sugerir que a aproximação com a tradição jurídica da *common law* é o caminho a ser seguido ou que fazê-lo represente o progresso ou a evolução natural das coisas. Nem que as ideias de Kant e de seus pares do século XIX se sofisticaram em paralelo a um progresso irresistível das sociedades humanas. Essa seria uma apropriação descabida e superada da ideia contemporânea de evolução biológica, uma dinâmica de replicação de unidades de informações orgânicas que faz pouco caso do bem-estar, da felicidade ou do progresso dos organismos individuais (HARARI, 2013, p. 290-293), sejam eles aves ou mamíferos. O ornitorrinco, nesse aspecto, é apenas um ornitorrinco: nem uma versão melhorada de um pato, nem o exemplar inacabado de uma lontra. O mesmo deve valer *a priori* para o sistema jurídico brasileiro ou para os legados filosóficos, sequentes ou justapostos, do kantismo.

2 A FILOSOFIA DE KANT COMO PONTO DE CHEGADA

De tempos em tempos, o *genius seculi* chega a impasses cuja magnitude impõem a construção de um novo paradigma. Na história da Filosofia, um período de inflexões decisivas

ecoou como preocupação fundamental no pensamento de Kant. A partir dele, é possível traçar uma série de recomeços no esforço de compreensão do mundo pelo homem. Considerado a figura central da filosofia moderna, Kant viabiliza um desfecho original para o embate longo entre o empirismo e o racionalismo dos anos XVII e XVIII e finca as bases para boa parte do que se produziu, em vários ramos do conhecimento, nos séculos XIX e XX. Ainda hoje, sua influência se estende por áreas como metafísica, epistemologia, ética, filosofia política, estética, entre outras (ROHLF, 2016; SCHÖNFELD; THOMPSON, 2014).

A ideia central do pensamento de Kant revolvía em torno do problema da autonomia humana. Durante o chamado período crítico de sua filosofia, Kant produziu as três *Críticas* pelas quais se tornou reverenciado no mundo como um todo e nas sociedades ocidentais, em particular. Em meio a um ambiente polarizado de reflexão intelectual, Kant procurava uma resposta satisfatória para a pergunta à volta da qual vários embates entre inúmeros pensadores se originaram. Seu projeto consistia em demonstrar se alguma metafísica seria possível, e, por conseguinte, aferir se o conhecimento *a priori*, anterior à experiência, era algo concebível, de que maneira e em que dimensão. O pano de fundo de sua inquietação era a crise do Iluminismo, resultante de uma preocupação em conciliar as possibilidades oferecidas pelo crescimento e sucesso das ciências modernas e a preservação de noções tradicionais de moral, religião e liberdade (ROHLF, 2016; SCHÖNFELD; THOMPSON, 2014).

Não é de hoje, afinal, que o ser humano se questiona a respeito das implicações do avanço da técnica sobre a humanidade. O século XVIII, herdeiro das descobertas de Newton e de sua física mecânica, conduziu a filosofia a uma intranquilidade duradoura: e se a soberania da razão, ao invés de resultar em um processo emancipatório do humano, descambar, acaso corrompida ou maculada, em um caldeirão de ideologias propensas a produzir os cenários pós-apocalípticos que o domínio total do humano pela técnica ensejaria, de acordo com os nossos piores pesadelos? A fim de que o projeto iluminista prosperasse, era preciso conciliar o progresso da técnica com o substrato da tradição – da crença em Deus, na alma, na liberdade e na compatibilidade entre moral e religião, de um lado, e ciência de outro (ROHLF, 2016).

O problema é que o entusiasmo da época era fruto, em grande medida, de um paradigma mecanicista de ciência, por meio do qual a natureza era assimilada como algo governado inteiramente por leis causais e mecânicas. Se isso também fosse verdadeiro para a moralidade, então, a autonomia humana seria implausível. O desafio, portanto, aceito por Kant, passava por demonstrar que a razão seria uma base consistente tanto para a investigação científica quanto para o inventário moral. Para isso, Kant precisou circunscrever a possibilidade do conhecimento científico a algumas condições específicas. O conhecimento

das coisas em si mesmas não é alcançável pela mente humana. Isso não é algo a que a ciência possa almejar. No entanto, é possível ordenar a experiência no mundo sensível segundo categorias (conceitos puros ou *a priori*) da compreensão, cuja validade é objetiva, e situá-las no espaço e no tempo, que, para Kant, seriam formas puras da sensibilidade, amálgama da subjetividade humana (ROHLF, 2016; SCHÖNFELD; THOMPSON, 2014).

Como Deus, moral e liberdade não existem no mundo sensível, conhecê-los cientificamente não é algo realizável. Relegar essas ideias ao reino do incognoscível, livra-os do crivo dos experimentos de laboratório. Não é factível um experimento científico cujo propósito seja demonstrar a inexistência de Deus e de valores como a liberdade humana. Argumentos morais, porém, podem justificar a crença em um e no outro – Kant, por exemplo, acredita haver fortes evidências morais para que se creia na liberdade. Chega-se aqui a uma possibilidade, corroborada por Kant, de uma Metafísica da moralidade (ou dos costumes, como se tornou praxe nas traduções para o português). Ao mesmo tempo, sacrifica-se a factibilidade de uma Metafísica transcendental, das coisas em si mesmas (ROHLF, 2016).

As ideias apresentadas até aqui, via de regra, fazem parte da primeira crítica de Kant, chamada *Crítica da Razão Pura*, publicada pela primeira vez em 1781 e reeditada, com alterações importantes, em 1787. No ano seguinte, Kant daria sequência ao seu projeto e lançaria uma segunda crítica, dessa vez intitulada *Crítica da Razão Prática*. Sua filosofia prática ocupa-se das coisas em si mesmas, mas sem reconsiderar o que foi dito na primeira crítica acerca da impossibilidade de conhecimento da essência das coisas, afirmando, em vez disso, a possibilidade de alcançar justificativas racionais para certas crenças a respeito das coisas em si mesmas. A mais importante dessas crenças, para Kant, é a liberdade humana, porque a apreciação moral de um ato deve ter como pressuposto a possibilidade de que o agente se comporte de outra maneira. Essa posição tinha por meta refutar a visão compatibilista do livre arbítrio, em voga no racionalismo alemão de Leibniz e Wolff (ROHLF, 2016; SCHÖNFELD; THOMPSON, 2014).

A fim de asseverar que as leis morais não se sujeitam às leis da natureza, à causalidade mecanicista da ciência moderna, Kant precisou situar a causa dos atos humanos em um eu numênico, em detrimento do eu fenomênico temporalmente situado. Do ponto de vista da coerência interna de sua obra, isso teve um custo significativo. Com vistas a reduzir o abismo entre a sua filosofia teórica e a sua filosofia prática, ou, dito de outro modo, entre a primeira e a segunda crítica, Kant publica, em 1790, a *Crítica da Faculdade do Juízo*. Aqui, fica evidente que o quadro de referência do idealismo transcendental precisa abrir mão de uma visão una do mundo e do nosso lugar no mundo em nome de uma metafísica dos

costumes, livre do alcance da ciência e imune à possibilidade de falseamento. Na sua última crítica, Kant introduz a noção de juízo reflexivo, que, ao fornecer subsídios para um conceito de intencionalidade e teleologia, permite uma aproximação entre natureza e liberdade e uma sistematização de seu pensamento (ROHLF, 2016; SCHÖNFELD; THOMPSON, 2014).

Para além de contrapor ciência e moral em dois domínios distintos, Kant procura sustentar que a ação humana é teleológica. A fim de que isso seja tangível sem que natureza e liberdade invadam o domínio reservado a cada uma delas, uma terceira faculdade cognitiva, o juízo ou julgamento, é invocada para servir de mediadora entre o entendimento e a razão. Segundo Bertrand Russell (1968, p. 268), um crítico pouco complacente do kantismo, um problema na obra do filósofo alemão era a noção das coisas em si mesmas, um elemento, segundo ele, embaraçoso em sua epistemologia e que teve que ser deixado de lado pelos pensadores que o sucederam diretamente. Ao abandonarem o elemento da coisa em si, todavia, esses herdeiros de Kant tenderam ou a uma espécie de empirismo exacerbado ou, como aconteceu na Alemanha, a um oposto diametral – um idealismo em suas últimas consequências. A próxima seção debruça-se sobre esse tema, considerando as formas de acolhimento da filosofia de Kant na tradição anglo-saxônica e naquilo que eles, anglo-saxônicos, costumam chamar de tradição continental².

3 A FILOSOFIA DE KANT COMO PONTO DE PARTIDA

Do ponto de vista histórico, é perfeitamente cabível situar nos desenvolvimentos filosóficos imediatos à obra de Immanuel Kant o germe do distanciamento entre as duas tradições de pensamento predominantes no mundo ocidental³. Há pelo menos duas outras opções possíveis, mas elas parecem, em realidade, aprofundamentos ou radicalizações da dissidência inaugural. A referência, aqui, é à fenomenologia de Husserl ou, mais à frente, ao confronto entre Martin Heidegger e Rudolf Carnap, que, no começo dos anos 1930, pareceu colocar uma pá de cal no que restava de comum entre os dois mundos, a despeito de o próprio

2 Sem se curvar muito à modéstia, por outro lado, os "continentais" preferem o rótulo "filosofia moderna europeia" ou, por vezes, apenas "filosofia moderna" para referirem-se a si próprios.

3 Não há dúvida em que o "germe do germe" já estava posto antes de Immanuel Kant. Basta pensarmos em termos de empirismo "britânico", por exemplo. Mas esse distanciamento, embora existente, não criava barreiras quase intransponíveis de diálogo, como, por alguns períodos, chegou a ser o caso nos séculos XIX e XX, quando a filosofia se torna, cada vez mais, engolfada por um entorno academicista. Antes de Kant, as tentativas de conciliação entre diferentes perspectivas filosóficas parecia ser a regra. O próprio Kant, em especial, incorpora esse espírito. No entanto, é preciso começar de algum lugar porque, sendo a história amor, suas concatenações de causa e efeito se dão, por óbvio, no tempo. E, no espírito do embate entre Kant e Hume, encontrar a causa primeira das coisas é um exercício que nos faz, invariavelmente, regressar ao infinito.

Carnap ser alemão. A vantagem de começar por Kant é que a compreensão da chamada filosofia continental do século XX é, em grande medida, incompreensível sem levar em conta pensadores como Hegel, Marx e Nietzsche, que, por sua vez, dialogam intensamente, e em direções diversas, com o idealismo transcendental (CRITCHLEY, 2001, p. 16).

Segundo Simon Critchley (2001, p. 17), boa parte dos pontos de dissensão entre a filosofia analítica e a filosofia continental têm origem no modo e na magnitude da assimilação da obra de Kant. A *Crítica da Razão Pura*, de natureza epistemológica, mantém que o mundo empírico é real para os sujeitos que estão imersos nele, mas para compreender de que modo nos damos conta desse mundo, é preciso tomar como ponto de partida lógico a existência de uma consciência em que a percepção se organize a partir de conceitos *a priori* do entendimento. Kant acredita que a sua formulação do idealismo transcendental está em linha com o realismo empírico, portanto, e sob esse ângulo, sua contribuição de maior vulto foi ao estudo do conhecimento, em particular o conhecimento científico. Foi esse o legado que teve maior impacto no desenvolvimento da filosofia anglo-saxônica (CRITCHLEY, 2001, p. 17-19).

Por outro lado, a *Crítica da Faculdade do Juízo*, com seu escopo sistematizador entre o entendimento e a razão, ou seja, entre natureza e liberdade, entre teoria e prática, teve desdobramentos muito mais duradouros no desenvolvimento da filosofia na porção continental da Europa. Aqui, no entanto, os próprios contemporâneos de Kant começam a embarcar em algumas digressões que se revelariam frutíferas: se a razão é soberana e tudo está sujeito à sua crítica, logo, ela mesma deve subjugar-se. Deve haver, portanto, uma metacrítica da razão. Naturalmente, não tardaram os primeiros alertas no sentido de que, a depender do rumo tomado pela metacrítica, as conclusões seriam invariavelmente inclinadas a uma versão exacerbada de ceticismo ou mesmo, em última instância, ao niilismo puro e simples. Essas discussões aprofundam a crise do Iluminismo e abrem o caminho para o romantismo e o idealismo germânicos (CRITCHLEY, 2001, p. 19-22).

Parte das origens das discussões sobre a crise do Iluminismo remontam às caricaturas pouco elogiosas do racionalismo de Espinosa. Um contemporâneo de Kant, o polemista alemão Friedrich Heinrich Jacobi costumava dizer que o racionalismo conduzia, quando assimilado de maneira consistente, ao ateísmo. De forma geral, ele acabaria dizendo o mesmo sobre o idealismo transcendental de Kant e o idealismo romântico de Schelling, uma vez que, para Jacobi, todos eles confundiam as condições da conceitualização com as condições da existência e, involuntariamente, solapavam as crenças na liberdade humana e em Deus. Naquilo em que apontou as incongruências de alguns dos principais pensadores de sua época,

Jacobi chegou à noção de niilismo. Nessa mesma frente, ao negar a apropriação que, segundo ele, os seus alvos fizeram da ideia do “eu” (*selfhood*), transformando-a em uma mera ilusão, Jacobi pode ter plantado a semente do existencialismo (DI GIOVANNI, 2014).

Nada do que Jacobi disse teria tido muita importância não fosse o caráter profético de muitos de seus ataques. A partir daí, o ambiente filosófico alemão e, posteriormente, continental, foi palco de uma série interminável de polêmicas, que teve início com a destituição de Fichte da cátedra de Filosofia na Universidade de Jena, sob a acusação de ateísmo. Em um determinado instante, Kant acabaria sendo acusado de cúmplice da autodestrutividade da razão que pretendeu defender. A questão com que se deparou a filosofia continental pós-kantiana, na tentativa de oferecer uma solução às dificuldades da terceira crítica e o dualismo, para alguns intransponível, entre os conceitos *a priori* e o mundo empírico, foi encontrar um princípio unificador, que servisse de ponte entre esses dois polos. Nos últimos dois séculos, uma miríade deles veio à tona, trazendo consigo uma sequência de subtramas que chega até os nossos dias (CRITCHLEY, 2001, p. 29-31).

Essa profusão intelectual tão diversa tornaria quase indefensável falar em uma “filosofia continental”, se a própria tradição continental, ela mesma, também não se referisse aos anglo-saxônicos como pensadores de uma outra tradição. É forçoso admitir, entretanto, que há uma caracterização equivocada e, até mesmo, preconceituosa das diversas doutrinas filosóficas que se aglutinam sob a rubrica “continental”. Em certa medida, isso pode ser atribuído à atitude britânica em relação à Europa, que não sofreu grandes mudanças desde o fim da II Guerra, tendo continuado a encorajar seu senso de identidade nacional a partir da associação entre o continente europeu e a alteridade (MARCUSSEN; RISSE, 1999). Por outro lado, há diferenças de fato marcantes entre os dois domínios, e o saber jurídico e as engrenagens da distribuição de decisões judiciais são um elemento essencial dessa história.

4 FILOSOFIAS E SABERES JURÍDICOS NAS DUAS TRADIÇÕES OCIDENTAIS

É natural que as trajetórias percorridas pelo pensamento filosófico, em geral, tenham produzido os mesmos obstáculos no estudo do Direito. Lafer (1988, p. 41), em menção a Miguel Reale, sustenta que a partir do legado de Kant é possível pensar a Filosofia do Direito como uma disciplina autônoma “cujos contornos amadureceram pela preocupação [...] com a busca das condições transcendentais do conhecimento da experiência jurídica”. No caso dos países cujos sistemas jurídicos se assentavam na recepção do direito romano, é possível localizar, a partir do século XIX, uma propensão a identificar a legislação como fonte

principal do Direito com a noção de sistema, que, por sua vez, contemplava os ideais em voga a respeito do conhecimento científico e sua acurácia. É nesse contexto que se insere a tendência crescente de codificação, inaugurada pelo Código Civil francês de 1804⁴ (LAFER, 1988, p. 41-42).

Na realidade, o processo mais amplo a que se deve fazer referência aqui é aquele que dá conta da convergência entre direito e poder, e que resultou na identificação entre Direito e Estado, ou seja, na positivação das regras jurídicas. Esse processo, relacionado que esteve à modernização do Direito, fazendo do Estado o centro produtor de normas e do Direito “um sistema para o trato com certos tipos de relações previamente determinadas, que decida em última instância sobre questões relacionadas com o próprio sistema” (ADEODATO, 2002, p. 303), não se restringiu, é importante destacar, aos países da Europa continental. Os países anglófonos também modernizaram, por assim dizer, os seus sistemas jurídicos e, nesse aspecto, Europa e mundo anglo-saxônico formam um só bloco. As vias da modernização, porém, foram diferentes.

Assim, é sintomático que as referências filosóficas em relação ao Direito Natural sejam quase sempre as mesmas, tanto em uma tradição quanto na outra, enquanto as referências em relação aos cânones do positivismo jurídico não sigam esse mesmo padrão. Na tradição em língua inglesa, o acordo em torno da tese mais fundamental do positivismo, segundo a qual a existência e o mérito da norma são duas coisas apartadas, consolidou-se em época mais remota do que na tradição civilística. A formulação de John Austin, um dos patronos do positivismo jurídico anglo-saxônico, é de 1832 (BIX, 2005, p. 29). No ambiente filosófico britânico, no qual o que se assimila com maior ênfase da obra de Kant é a sua epistemologia, não era preciso muito contorcionismo para afirmar que o ser e o dever ser são duas coisas distintas: David Hume já havia discorrido sobre o tema há quase um século. Na verdade, mesmo antes de Austin, e contemporaneamente a Kant, Jeremy Bentham, já havia verbalizado ideias semelhantes às dele, embora, no caso de Bentham, sua defesa de uma moral utilitarista e sua crítica à *common law*, tenha enfraquecido o seu legado como positivista, um ofício a exigir pelo menos uma aparência de neutralidade política (BIX, 2005, p. 32; LAFER, 1988, p. 42).

Se quisermos ser mais precisos, todavia, é necessário pôr em evidência que Bentham não era o único crítico do “direito comum” britânico em sua época – da mesma maneira, a propósito, que os defensores da codificação na tradição civilística não eram os únicos críticos da discricionariedade com que juízes anteriores à Revolução Francesa atendiam aos chamados

4 Há quase uma profecia involuntária no fato de Kant ter falecido neste mesmo ano.

de seus pares na aristocracia. Dos dois lados do Canal da Mancha, o *modus operandi* do Direito vinha tornando-se cada vez mais obsoleto. De acordo com Hazel Genn (2015, p. 22), por volta do século XV, os procedimentos da *common law* eram lentos, dispendiosos e versados em técnicas. A autoridade real continuava a ser uma fonte independente de Direito e os ingleses peticionavam diretamente ao rei a fim de que ele remediasse seus agravos. Aos poucos, foi tornando-se impossível lidar com todas as queixas e o trabalho foi delegado para o conselheiro jurídico da monarquia, o Chanceler, ou guardião da consciência do rei. Uma Corte da Chancelaria foi formada para tratar das reclamações que chegavam à autoridade real e as decisões, diferentemente do que acontecia com as cortes de *common law*, eram proferidas com base naquilo que era considerado moralmente apropriado. As regras criadas a partir dessas decisões passaram a ser chamadas de “equity”⁵, uma fonte de Direito que, com o tempo, tornou-se alvo de críticas impiedosas.

A *equity* britânica era um empecilho à modernização do direito inglês e, entre 1873-1875, as cortes de *common law* e de *equity* foram fundidas por meio das Leis da Magistratura (GENN, 2015, p. 23). Um dos aspectos sobre os quais se pretende lançar luz neste trabalho é justamente o fato de a configuração atual do que conhecemos por sistemas jurídicos de *common law* só ter ganhado forma no século XIX. Assim, o primeiro desenvolvimento a assinalar um distanciamento mais tangível das duas tradições jurídicas, vale dizer, tinha uma natureza mais proeminentemente teórica do que operacional. A elaboração teórica, encampada tanto por Austin quanto por Bentham, consistia em asseverar o poder criador da autoridade judicial, isto é, refutar a ideia segundo a qual o juiz declara, através de operações lógico-dedutivas, aquilo que é direito. O problema de maior complexidade surgiu apenas na segunda metade do século XIX, tendo alcançado uma solução satisfatória somente em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council*, quando a doutrina do *stare decisis*, de respeito obrigatório aos precedentes, adquiriu, inclusive, eficácia horizontal⁶ (MARINONI, 2009, p. 11-17). A relevância aqui está em perceber que as diferenças mais destacadas entre as duas

5 Há referências ao termo “equidade” na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e em boa parte da doutrina sobre teoria geral do Direito, em especial nos manuais das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito. A *equity* inglesa e a *equidade* portuguesa não parecem diferir muito, nesse aspecto. No entanto, cabe um alerta. A “equidade” de que fala John Rawls nas traduções para o português nas obras em que trata de “*justice as fairness*” não se ocupa, ao menos diretamente, dos mesmos problemas. Semanticamente, *equity* e *fairness* são compatíveis em termos de significado, mas o uso consagrado de cada um dos termos serviu a inquietações diversas. O caso não é incomum na língua inglesa, para a qual um número razoável de conceitos pode ser expresso com palavras de etimologia latina, caso de *equity*, ou de etimologia germânica, caso de *fairness* (HARPER, 2016). Essa mesma particularidade pode ser explorada, de maneira muito mais minuciosa, nos casos dos vocábulos *law* e *right*.

6 A princípio, a doutrina do *stare decisis* tinha aplicabilidade restrita às decisões de cortes inferiores e juízes singulares: havendo decisão sobre caso análogo em cortes superiores, o magistrado deveria seguir o precedente. A isso, se chamou “precedente vertical”. Em 1898, o que restou consagrado foi a ideia de um “precedente horizontal”, de respeito, pela corte superior, ao próprio precedente por ela criado.

tradições jurídicas são mais recentes do que se imagina.

O fato de essas formas de operacionalização do direito parecerem firmadas em um passado remoto, porém, não deve ser considerado uma incoerência. Na verdade, elas se inserem em um contexto comum a um grande número de sociedades, na Europa ou fora dela, de invenção da tradição. Elas não precisam ser “inventadas” no sentido deliberativo de criar algo que não existia antes. Pelo contrário, elas podem surgir de maneira mais ou menos aleatória, mas estabelecer-se rapidamente, em razão das vantagens que encarnam. O que importa é que essas novas formas sugeriram uma impressão de continuidade com a versão mais conveniente do passado. Não raro, entretanto, esse espírito de continuidade se baseia em vinculações um tanto artificiosas. Segundo Hobsbawm (1992, p. 2), autor de um livro sobre o tema, a tradição pode funcionar como um modo de estruturar, ao menos, alguns aspectos da vida social como algo estável em um mundo em permanentes transformações.

5 *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*: AS VIAS DE MODERNIZAÇÃO

Há uma impropriedade bastante comum, portanto, em tomar *common law*, *stare decisis* e *rules of precedent* como sendo uma coisa só. Como comentado acima, a noção de precedentes com força vinculante é bastante recente, se considerarmos que desde pelo menos o reinado de Henrique II, que tem início ano 1154, já é possível falar em um “direito comum” (GENN, 2015, p. 21). A expressão, aliás, não era inusual entre os países da tradição civilística. A esse respeito, Lafer (1988, p. 42) afirma que “a presença concomitante do *Direito Comum*, fruto da recepção do Direito Romano na Europa, e do *jus propium*, o Direito costumeiro e legislativo de cidades e províncias, gerava incertezas em relação aos Direitos de cada um.”⁷ Algo muito parecido pode ser dito a respeito da Inglaterra:

The English legal system involved a mass of oral customary rules, which varied according to region. Each county or shire had its own **local court** dispensing its own justice in accordance with local customs that varied from community to community and were enforced, sometimes in a rather arbitrary fashion, by local lords or landowners. These local courts are not what we would recognise as courts today.⁸ (GENN, 2015, p. 21).

⁷ Destaques no original.

⁸ Destaque no original. Tradução livre: "O sistema jurídico contava com um conjunto de regras consuetudinárias não escritas que variavam de região para região. Cada condado tinha seu próprio tribunal local administrando a sua própria justiça segundo costumes locais que mudavam de uma comunidade para outra e que, às vezes, eram executadas de maneira um tanto arbitrária, por nobres ou proprietários de terras locais. Esses tribunais não correspondem ao que nós consideraríamos um tribunal nos dias de hoje."

A sofisticação das próprias tradições tem o efeito de fazer-nos vislumbrar as demais tradições como exotismos. A assimilação desses exotismos passa pela concepção de algumas visões simplificadores sobre como funcionam os sistemas jurídicos dos outros países. Um equívoco comum, nesse aspecto, é supor que o respeito ao precedente judicial nos países da *common law* decorre da ausência de um *corpus* legislativo robusto a ponto de atender às demandas com que se depara o Poder Judiciário. Esse mito é especialmente falso em relação aos Estados Unidos, como mostra Marinoni (2009, p. 19), mas é também impreciso em relação à Inglaterra, uma vez que, pelo menos desde de 1972, com a edição da Lei da Comunidade Europeia, o direito comunitário da União Europeia passou a ser incorporado pelo ordenamento inglês (GENN, 2015, p. 41). Além disso, ainda no caso inglês, o cotejo com a tradição civilística deve levar em conta que o órgão de cúpula das funções jurisdicionais no Reino Unido era, até recentemente, um comitê da Câmara dos Lordes, que é a câmara alta no bicameralismo britânico e parte, na verdade, do Poder Legislativo. Uma Suprema Corte britânica, integrada ao Poder Judiciário e independente do Poder Legislativo, só passou a existir a partir de 2009 e, ainda assim, com poderes limitados em relação às leis editadas pelo Parlamento, dotadas de uma soberania sem precedentes em outras jurisdições constitucionais⁹ (GEARY; MORRISON, 2012, p. 47-51).

No caso da tradição civilística, a compreensão de suas próprias particularidades passa por considerar um período histórico mais crítico em relação ao papel do juiz. Por trás desse enredo, encontra-se a absorção de um modelo de separação dos poderes inspirado por Montesquieu, que serviu para demarcar as funções políticas de forma muito mais rigorosa do que aquilo que se concebia na monarquia parlamentarista britânica. Tomando a França como exemplo, é preciso ter em mente que o período imediatamente posterior à Revolução é um período refundador, no sentido de que se estavam escrevendo as linhas de um direito novo, conforme assinala, outra vez, Marinoni (2009, p. 25). A Inglaterra, por outro lado, não passou por essa refundação, pois a sua revolução, de caráter tipicamente conservador, considerava já existir um *corpus juridicus*, um direito consuetudinário, que desse conta das questões do dia a dia – o que faltava, em 1688, era um rei disposto a obedecê-lo. Por essa razão, nunca surgiu a oportunidade para um esforço concentrado de intensa produção legislativa.

9 O que nos leva, a propósito, à desconstrução de um outro equívoco, segundo o qual, na tradição anglo-saxônica, as decisões judiciais têm um papel superior ao das legislações (*statutory law*). Em regra, há uma equivalência, em inglês, entre "lei" e "direito". Quando se diz que, em *common law*, o juiz "faz a lei", o que se diz é que o juiz "faz o direito", algo não muito diferente do que acontece na tradição civilística, aliás, se considerarmos que "dizer" e "fazer" o direito não diferem muito na prática. A sutileza está em perceber que, para nós, a palavra "lei" tem um sentido muito mais próximo ao que, em inglês, atribui-se à palavra "legislação".

No sistema jurídico da França pós-revolucionária, enfim, a desconfiança em relação ao modelo de magistrado que costumava atuar no anos anteriores a 1789 teve como desdobramento uma tripartição de poderes enviesada, privilegiadora do Parlamento. Montesquieu, já mencionado, dispensava aos juízes, em seu modelo, o papel de boca da lei (*la bouche de la loi*). Para que um juiz pudesse, então, prestar-se exclusivamente a pronunciar a lei, era necessário um conjunto escrito de normas capaz de suprir um número inconcebível de situações fáticas (MARINONI, 2009, p. 28-31). Em sua forma pura, tal qual inicialmente concebido, o sistema não poderia funcionar, já que, por mais que se buscasse abarcar o ser humano em todas as suas possibilidades, a codificação do direito seria sempre e em algum grau insuficiente e imprecisa. Os primeiros casos de divergência na aplicação da lei não tardariam a aparecer, mas a essa altura, havia pouco que o estudo teórico do Direito continental pudesse oferecer.

Enquanto Austin e Bentham já haviam colocado as bases do positivismo jurídico na primeira metade do século XIX, na Inglaterra, o direito do continente europeu só pôde proceder a incursões semelhantes relativamente mais tarde. *A Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, só foi lançada em 1934, mais de um século depois de Austin ter afirmado que a existência da lei é uma coisa, e o seu mérito ou demérito, outra. Semelhanças à parte, a obra de Kelsen é legatária da filosofia de Kant e se insere em uma das correntes neokantistas do pensamento do século XX. Entre o Código de Napoleão e a afirmação de uma teoria pura do Direito, porém, os saberes jurídicos da tradição civilística tiveram um fôlego semelhante àquele a que se reportou quando do exame da filosofia como um todo. Bittar (2005, p. 328-334) refere-se a essas formulações como “avatares” do positivismo jurídico. Bobbio (1999, p. 45-90), por sua vez, reporta-se às elaborações teóricas do século XIX como antecedentes históricos de um positivismo cujo aperfeiçoamento se completa apenas em Kelsen. Aqui e ali, merecem menção a Escola Histórica do Direito, com inspiração no romantismo alemão, a Escola da Exegese francesa, formalista e incentivadora da delimitação das funções jurisdicionais, o pandectismo de Windscheid, a jurisprudência dos conceitos e, por fim, a jurisprudência dos interesses de Ihering. É interessante perceber como, entre essas doutrinas, parecia haver um desacordo profundo em relação ao que devia ser o “princípio unificador” entre a natureza do Direito e a sua operacionalização. Tomando os desenvolvimentos filosóficos na Europa continental pós-Kant como pano de fundo, não deve surpreender que a história tenha sido assim.

6 NOTAS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Duas das críticas mais comuns ao positivismo jurídico dizem respeito à noção de que, por conta dele, a decisão judicial e a interpretação da lei perderam relevância, e, que, em seu nome, uma série de medidas autoritárias se revestiu de legitimidade institucional (BIX, 2005, p. 31). Na esteira dos acontecimentos que ocasionaram o auge dessas críticas, surge o constitucionalismo europeu, que, posteriormente, irradiaria os seus pressupostos para países latino-americanos recém-saídos de experiências políticas antidemocráticas. Os dogmas do que se concebeu como *civil law* a partir do século XIX deixavam de fazer sentido, uma vez que, agora, “se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.” (MARINONI, 2009, p. 39).

O caso brasileiro, em que o controle de constitucionalidade é herdeiro de duas tradições distintas, a ideia de um juiz que exerce uma espécie fiscalização da lei infraconstitucional nasce ainda no final do século XIX. Não obstante, em seus primeiros passos, é fruto de uma “recepção defeituosa e incompleta do modelo americano” (MENDES, 2008, p. 17), que só toma a forma atual com o desenvolvimento, mais tardio, do modelo de controle concentrado austríaco, de inspiração kelseniana, e que é inaugurado com a criação do Tribunal Constitucional da Áustria, em 1920. Na configuração contemporânea, convivem as duas tradições, não sem dificuldades operacionais cujas soluções ainda estão em fase de maturação. Sobre o controle difuso de constitucionalidade, recorde-se que ele existe no sistema jurídico brasileiro desde a primeira Constituição republicana de 1891, de forte inclinação americanista. Ele está entre nós, portanto, há mais de um século e há mais tempo que o modelo prevalecente na tradição continental. Nem por isso, entretanto, sua adoção levou a uma verdadeira aproximação em relação a um modo de produção judicial no âmbito do qual o respeito ao precedente judicial é, antes de tudo, um pressuposto lógico. Nesse sentido, cabe, mais uma vez, a observação de Marinoni (2009, p. 42) acerca do assunto:

[...] O sistema judicial americano certamente teria tido grande dificuldade para se desenvolver se o seu juiz ordinário estivesse autorizado a divergir de sua Suprema Corte. Na verdade, há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição, quando se sabe que os Supremos Tribunais têm, como principal missão, a definição da interpretação da Constituição. E tal ausência de lógica é ainda mais visível num país de sistema misto de controle da constitucionalidade, como o Brasil, em que se dá ao Supremo Tribunal Federal não só a função de dar a última palavra sobre a questão constitucional no processo concreto, mas igualmente a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei.

Ressalvas à parte, aqui direcionadas sobretudo ao entusiasmo de Marinoni em relação às vantagens do sistema jurídico americano, o alerta é revelador do fato de que mais de cem anos após a instituição do controle de constitucionalidade difuso, falar em aproximação à tradição jurídica anglo-saxônica ainda parece ser um modo simplificador de retratar a experiência brasileira. A propósito, um indicador claro e bastante recente dessa incompreensão é a própria Reclamação 4.335¹⁰, julgada pelo STF em 2014, e que demonstra, de maneira bastante nítida, o caráter ainda fragmentário de nossa jurisdição constitucional. Se lembrarmos que o imbróglio se desenrolou, em sua inteireza, após a reforma do Poder Judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e cujo lastro político sempre foi na direção de propiciar um ambiente jurídico mais inclinado à ideia de uniformização de jurisprudência e de concretização do acesso à justiça em sentido material, a decisão *a quo* que motivou o ajuizamento da reclamação demonstra que o percurso rumo ao que se chama de aproximação entre as duas tradições jurídicas, pelo menos no caso brasileiro, é mais longo e sinuoso do que se quer acreditar.

7 CONCLUSÃO

No imaginário jurídico, combinar tradições é visto como um avanço. Isso é compreensível porque, numa era de globalização, fechar-se em determinações históricas remotas, seja do *common law* ou do *civil law*, é obedecer cegamente à história, e não se podem esquecer as pontes construídas ao longo do tempo entre as grandes tradições jurídicas. Esse parece ser o entendimento de nossos legisladores e alguns eminentes julgadores, ao favorecer a aproximação entre os institutos do sistema jurídico brasileiro, inspirado no direito continental, e o direito anglo-saxônico, especialmente quanto à uniformização de jurisprudência e à força dos precedentes. A criação do direito na esfera judicial é reconhecida, já há algum tempo, para além de casos em que o texto de lei é omissivo ou contraditório, e agora parece haver um novo e forte movimento para ampliar a influência desse entendimento.

10 Em resumo, a Reclamação 4.335 foi ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pela Vara de Execuções Penais de Rio Branco, no Acre, na qual o magistrado negava o direito à progressão de regime a condenados por crimes hediondos. A decisão do juízo singular no Acre, portanto, contrariava o que o STF havia decidido, no âmbito do HC 82.959, acerca da Lei de Crimes Hediondos, cujo parágrafo 1º do artigo 2º, que vedava a progressão de regime, foi, incidentalmente, declarado inconstitucional. O juiz do Acre alegava que a decisão do STF não tinha eficácia *erga omnes*, uma vez que o Senado Federal não havia suspenso a execução da norma, conforme previsão do art. 52, X, da Constituição. Depois de um longo trajeto de pedidos de vista, o caso ganhou solução em 2014, com seis dos onze Ministros afirmando que as declarações de inconstitucionalidade emanadas do STF, ainda que em controle difuso, têm eficácia normativa. A propósito, a reclamação demorou tanto tempo para ser finalmente julgada, que os votos incluem desde os de Sepúlveda Pertence e Eros Grau, há muito aposentados, aos de Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, responsável pelo último pedido de vista. (STF, 2014; ZAVASCKI, 2014).

O presente texto é parte de um trabalho mais abrangente, que visa reavaliar essa aproximação entre direito romanístico brasileiro e direito inglês a partir de suas origens históricas e tradições filosóficas. Nossa investigação se justifica porque, tendo as tradições jurídicas evoluído por séculos, incorporar institutos de uma tradição à outra requer conhecimento de seus motivos, implementação e objetivos específicos, além de uma avaliação cuidadosa do novo cenário ao qual serão incorporados. Isso inclui, num primeiro momento, compreender as tradições filosóficas inglesa e continental, por explicitarem suas visões de mundo das ciências sociais em geral e do direito em particular. Aqui, partimos da recepção da filosofia de Kant nos dois lados do Canal da Mancha. Num segundo momento, faremos uma breve explanação dos saberes jurídicos nas duas tradições ocidentais, enfatizando a amplitude de significados de termos como *common law*, *stare decisis* e *rules of precedent*.

Lembramos que o sistema brasileiro é eclético, tendo o claro exemplo dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Esses aspectos serão levados em consideração em pesquisas futuras quando, na vigência do novo Código de Processo Civil, teremos uma nova onda de impactos nas decisões judiciais. De toda sorte, reforça-se o entendimento de que existem variáveis imprescindíveis à compreensão e incorporação de instrumentos estrangeiros ao direito pátrio. O intérprete, desconhecendo essas variáveis, corre o risco de criar soluções *ad hoc*, confundir o método e aumentar a insegurança jurídica. O Brasil convive com um modelo de controle de constitucionalidade difuso há mais de um século sem que isso jamais se tenha revertido em um sistema pródigo em coerência interna do ponto de vista das instâncias iniciais de jurisdição, a despeito de esse parecer o caminho mais lógico. O novo Código de Processo Civil, ainda que encarne todos os esforços de que se revestiu a reforma do Poder Judiciário no sentido de modernização e de maior previsibilidade e racionalidade do sistema jurídico brasileiro, não pode ser antecipado como uma panaceia.

Comparativamente aos países de sistemas jurídicos em que o precedente judicial é dotado de força normativa, um detalhe deve chamar sempre a nossa atenção: o espírito de respeito ao precedente não resultou de uma reforma legislativa que incorporasse essa regra. Esse, afinal, é um tema clássico no processo de formação do Estado brasileiro. O risco, essencialmente, é que as diferenças entre as duas tradições jurídicas e, por extensão, a nossa dificuldade em levar a cabo uma maneira de assegurar força normativa vinculante a decisões judiciais em instâncias superiores, estejam ancoradas mais em questões de psicologia jurídica, como supõe René David (2002), do que de direito propriamente ditas.

O que isso nos impõe, em alguma medida, é a necessidade de encontrar um caminho próprio, que não resulte em um adesão acrítica a experiências de outras sociedades,

tendo em mente, em especial, que tradições não são fruto de grandes iniciativas legislativas. Um sistema jurídico contempla um conjunto de normas, instituições, processos e recursos humanos que atuam de maneira a dar cumprimento a uma série de decisões voltadas à solução de conflitos (GENN, 2015, p. 20). As peças de uma engrenagem, quando não atuam harmonicamente, geram mau funcionamento. Assim, de pouco adianta um órgão de cúpula decidir que suas declarações incidentais de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes*, se as instâncias de primeiro grau continuarem a emitir juízos fincados no livre convencimento de seus magistrados.

Para o escopo deste trabalho, o que deve conduzir a nossa atenção de volta ao ornitorrinco não é a sua singularidade exótica, mas sim a sua adaptabilidade evolutiva. Um ornitorrinco, nesse sentido, nada tem da criatura concebida por Frankenstein. Importar soluções implica, quase sempre, importar novos problemas. A tônica dessas escolhas, portanto, deve estar no fortalecimento de experiências que conduzam a um aprofundamento do longo e demorado processo de modernização do Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BIX, Brian H. "Legal Positivism". GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (ed.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

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

CANÁRIO, Pedro. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori>

-zavascki>. Acesso em: 07 abr. 2016.

CRITCHLEY, Simon. **Continental philosophy: a very short introduction**. Nova York: Oxford University Press, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito).

DI GIOVANNI, George. “Friedrich Heinrich Jacobi”. ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/friedrich-jacobi/>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

ECO, Umberto. **Kant and the platypus: essays**. Tradução: Alastair McEwen. Orlando: Harvest, 1999.

GEARY, Adam; MORRISON, Wayne. **Common law reasoning and institutions**. Londres: University of London, 2012.

GENN, Hazel. **Common law reasoning and institutions**. Londres: University of London, 2015.

HARARI, Yuval. **De Animais a Deuses: História Breve da Humanidade**. Tradução: Rita Cordeiro. Braga: Vogais, 2013.

HARPER, Douglas. “fair”. _____. **Online Etymology Dictionary**. 2016. Disponível em: <http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=fair>. Acesso em: 10 abr. 2016.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

HOBSBAWM, Eric. **The Invention of Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARCUSSEN, Martin; RISSE, Thomas. **Constructing Europe? The Evolution of French,**

British and German Nation-State Identities. Pittsburgh: 1999. Disponível em: <<http://aei.pitt.edu/2326/>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** São Paulo: Elsevier, 2008.

NEW WORLD ENCYCLOPEDIA (cont.). "Platypus". **New World Encyclopedia.** 2015. Disponível em: <<http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Platypus>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

ROHLF, Michael. "Immanuel Kant". ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy.** 2016. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/kant/>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental.** Tradução: Brenno Silveira. 3ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. (Livro quarto: “A filosofia moderna” – segunda parte: desde Rousseau até o presente).

SCHÖNFELD, Martin; THOMPSON, Michael. “Kant's Philosophical Development”. ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy.** 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/kant-development/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime". **Supremo Tribunal Federal.** Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

ZAVASCKI, Teori. Voto-Vista Reclamação 4.335. **Supremo Tribunal Federal.** 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rc14335TZ.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016.