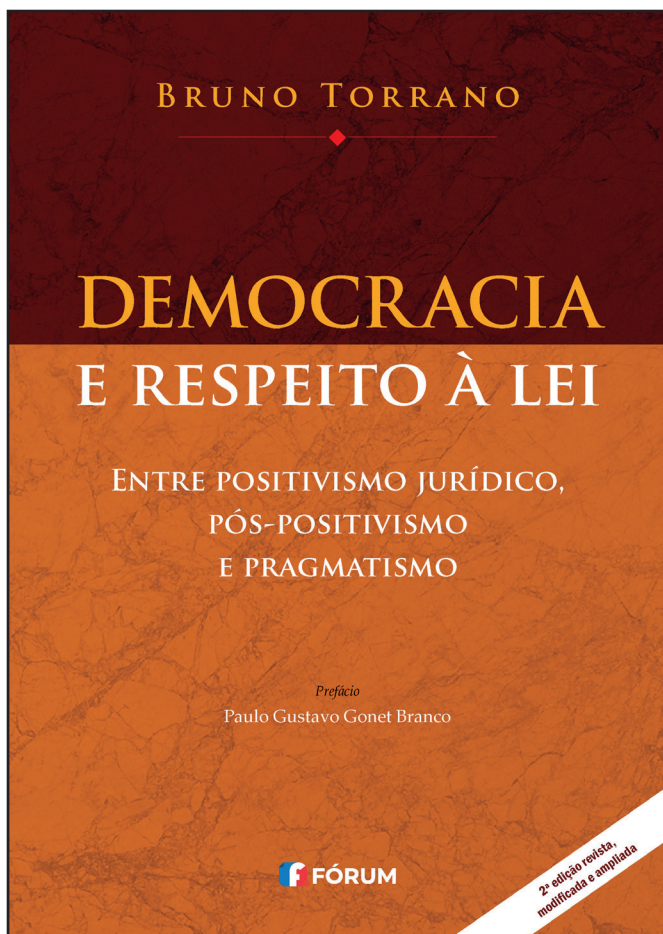




Qual o papel do direito em uma democracia? Qual o valor da lei? Quais interesses os legisladores buscam? Como os juízes devem interpretar o direito? O ativismo judicial é bom ou ruim? Qual a relevância dos precedentes judiciais? O positivismo jurídico foi superado? Quais as deficiências do pós-positivismo brasileiro? É função do STF ser a “vanguarda iluminista” da sociedade?

Neste livro, Bruno Torrano, assessor de Ministro e professor do IDP/Brasília, defende, com fascinante originalidade e elegância, uma versão moderada e radicalmente contextualizada do *positivismo jurídico ético-normativo*. A partir do pragmatismo filosófico e de estudos estrangeiros sobre autoridade e planejamento jurídico, sugere que, no ambiente brasileiro, o direito deve desempenhar, sobretudo, as seguintes funções sociais: (i) a garantia da paz necessária à autocriação de cada indivíduo, (ii) o fortalecimento da esperança social das democracias liberais no primado da conversação política não-distorcida, e (iii) a consolidação de nossos pré-compromissos constitucionais relativos à redução da dor e humilhação de grupos vulneráveis e minoritários.

BRUNO TORRANO

DEMOCRACIA E RESPEITO À LEI

ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO,
PÓS-POSITIVISMO E PRAGMATISMO

Prefácio

Paulo Gustavo Gonet Branco

2ª edição revista, modificada e ampliada

Área específica

DIREITO CONSTITUCIONAL

Áreas afins

FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO, TEORIA
DA DEMOCRACIA, TEORIA DA DECISÃO
JUDICIAL, POSITIVISMO JURÍDICO,
PRAGMATISMO FILOSÓFICO

Público-alvo/consumidores

GRADUANDOS E PÓS-GRADUANDOS
EM DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA
DO DIREITO

FORMATO: 17,0 X 24,0 cm
CÓDIGO: 10001431

T688d	Torrano, Bruno
	Democracia e Respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo / Bruno Torrano. – 2. ed. revista, modificada e ampliada. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. 430 p. ; 17cm x 24cm. ISBN: 978-85-450-0507-0
2018-382	1. Democracia. 2. Lei. 3. Positivismo jurídico. 4. Pós-positivismo. 5. Pragmatismo. I. Título.
	CDD 321.8 CDU 321.7

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 430 p. ISBN 978-85-450-0507-0.

BRUNO TORRANO

Assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Professor dos programas de graduação e pós-graduação *lato sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/Brasília). Mestre em Filosofia do Estado pela Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre (LLM) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/Brasília). Pós-graduado em Direito Penal, Criminologia e Política Criminal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal do Paraná (ICPC).

SUMÁRIO

PREFÁCIO

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO.....	13
---------------------------------	----

NOTA DO AUTOR	15
---------------------	----

Novidades da segunda edição	16
-----------------------------------	----

Agradecimentos.....	17
---------------------	----

INTRODUÇÃO	19
------------------	----

CAPÍTULO 1

UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA	27
--------------------------------	----

1.1 <i>Nonsense</i> acadêmico, guilhotina pragmática e apropriações teóricas	31
--	----

1.2 “Positivismo”, “pós-positivismo”, “realismo”, “jusnaturalismo”: rótulos ainda fazem sentido?.....	39
---	----

1.3 Para que serve estudar a natureza do direito?	41
---	----

1.4 Pontos de vista, pesquisas empíricas, análise conceitual e teoria normativa.....	43
--	----

1.5 O direito não é o que você pensa ser justo. Das teorias da justiça às teorias da democracia e da autoridade.	
--	--

Natureza e limites do positivismo ético (ou normativo) que será defendido neste livro	53
---	----

1.6 Objetivos gerais do estudo: contingência, articulação filosófica e a inofensividade do positivismo jurídico descritivo	58
--	----

CAPÍTULO 2

POSITIVISMO JURÍDICO DESCRITIVO	63
---------------------------------------	----

2.1 Positivismo jurídico, direito positivo, direito natural e “terceira via”	64
--	----

2.2 Tradição continental e tradição anglo-americana	68
---	----

2.2.1 Positivismo jurídico na Europa continental	69
--	----

2.2.2 Positivismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos da América	71
--	----

2.2.2.1 John Austin.....	71
----------------------------	----

2.2.2.2 Herbert Hart.....	73
-----------------------------	----

2.2.2.2.1 O ponto de partida.....	73
-------------------------------------	----

2.2.2.2.2 Do direito rudimentar aos sistemas jurídicos: a união de normas primárias e secundárias	74
---	----

2.2.2.3 A regra de reconhecimento.....	77
--	----

2.2.2.3.1 Condição de existência, natureza, e principais características da regra de reconhecimento	77
---	----

2.2.2.3.2 Natureza da regra de reconhecimento: um “teste” de validade, uma norma que confere poderes, ou uma norma que impõe deveres?.....	79
--	----

2.2.2.3.3 Objeções à regra de reconhecimento	80
--	----

2.2.3 Conclusões parciais.....	82
----------------------------------	----

2.3 Aspectos gerais do positivismo jurídico descritivo pós-hartiano	83
---	----

2.3.1 Teses mais ou menos consensuais.....	83
--	----

2.3.2 Positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente e antipositivismo	84
--	----

2.4 Argumentos centrais do positivismo jurídico excluyente contemporâneo.....	89
---	----

2.4.1 Natureza do direito, conceito de direito e sentido da palavra “direito”	90
---	----

2.4.2 Objetividade do direito	92
---------------------------------------	----

2.4.2.1 Objetividade ontológica	94
---	----

2.4.2.2 Objetividade epistemológica	96
---	----

2.4.2.3 Objetividade semântica	99
--	----

2.4.3 Tese da fonte social (<i>source thesis</i>).....	102
--	-----

2.4.4 Caráter institucionalizado do direito	103
---	-----

2.4.5 Funções sociais do direito	104
--	-----

2.4.6 Tese da diferença prática (<i>practical difference thesis</i>).....	106
---	-----

2.4.7 Tese da autoridade e da supremacia (<i>authority & supremacy thesis</i>)	107
--	-----

2.4.8 Tese da convenção (<i>conventionality thesis</i>)	109
---	-----

2.4.9 Tese do planejamento social (<i>planning theory</i>).....	111
---	-----

2.4.10 Tese dos limites do direito (<i>limits of Law</i>).....	111
--	-----

2.5 Tradição anglo-americana e positivismo jurídico de Hans Kelsen. Tese da facticidade, tese da normatividade e dualismo metódico	113
--	-----

2.6 Positivismo jurídico e princípios.....	115
--	-----

2.7 Positivismo e aplicação do direito: desfazendo algumas distorções	118
---	-----

2.7.1	Aplicação mecânica da Lei? Aplicação meramente silogística?	118
2.7.2	A norma jurídica é criada apenas no processo de interpretação do caso concreto?	120

CAPÍTULO 3

PÓS-POSITIVISMO BRASILEIRO		127
3.1	“Pós-positivismo” fraco e “pós-positivismo” forte	129
3.2	Aspectos gerais do “pós-positivismo” forte brasileiro	132
3.2.1	Narcisismo teórico.....	132
3.2.2	Direito como ponto de partida interpretativo/argumentativo	134
3.2.3	Validade jurídica moralmente variável.....	136
3.2.4	Vontade de neoconstitucionalismo.....	137
3.2.5	Desinteresse pelas discussões contemporâneas sobre o positivismo jurídico	138
3.3	Dois tipos de “pós-positivismo” forte.....	140
3.3.1	Pós-positivismo romântico ou idealista.....	140
3.3.2	Pós-positivismo hermenêutico	142

CAPÍTULO 4

CONTRA O PÓS-POSITIVISMO BRASILEIRO		143
4.1	Pelo abandono do “pós-positivismo” idealista.....	144
4.1.1	Ainda sobre a legitimação do nazismo: a redução <i>ad hitlerum</i>	144
4.1.2	Descrição do direito como <i>primeiro passo</i>	146
4.1.3	A cartilha de Gustav Radbruch.....	148
4.1.4	Decisionismos e subjetivismos	150
4.1.4.1	O magistrado Barroso contra o doutrinador Barroso	151
4.1.4.2	A festa-da-uva dos princípios. Ou: da injustiça brasileira com Ronald Dworkin e Robert Alexy	153
4.1.4.3	Estratégias retóricas típicas do pós-positivismo idealista.....	155
4.1.4.3.1	Retórica abstrata	155
4.1.4.3.2	Seletividade arbitrária	155
4.1.4.3.3	Manipulação moral	155
4.2	Limites do “pós-positivismo” hermenêutico	156
4.2.1	A aliança estratégica entre positivismo jurídico e pós-positivismo hermenêutico	157
4.2.1.1	“Aliança estratégica” como acordo incompletamente teorizado.....	157
4.2.1.2	Algumas considerações sobre a fase “pós-aliança estratégica” do debate nacional	163
4.2.1.2.1	Ativismo judicial como “culpa” da “discrecionalidade” positivista: uma tese que continua equivocada	165
4.2.2	Críticas ao pós-positivismo hermenêutico anterior à aliança estratégica	167
4.2.2.1	Um primeiro problema: fundamentalismo dogmático	168
4.2.2.2	Incoerência teórica interna	171
4.2.2.3	“Todos os positivismos” se encaixam na “filosofia da consciência”?	172
4.2.2.4	“Pós-positivismo” hermenêutico contra valores epistêmicos	173
4.2.2.4.1	Os magistrados, em qualquer hipótese, estão sujeitos à <i>accountability</i> da moral comunitária?	174
4.2.2.4.2	O princípio da afetividade não é um princípio jurídico?	176
4.2.3	Ponto de vista jurídico e moral institucionalizada.....	180
4.2.4	Kelsen e o positivismo acabaram com os bons magistrados?.....	182
4.2.4.1	<i>Animus</i> descritivo e <i>animus</i> valorativo	183
4.2.4.2	Kelsen foi “filiado” ao Círculo de Viena? “Dois níveis” e relativismo moral: teses que não conduzem, necessariamente, a decisionismos.....	184
4.3	<i>Is Dworkin possible here?</i>	188
4.3.1	Breve resumo teórico	188
4.3.2	Alguns problemas da teoria dworkiniana.....	194
4.3.2.1	Distorções de teorias adversárias.....	194
4.3.2.2	Dworkin contra valores epistêmicos	200
4.3.2.3	Aguilhão semântico	201
4.4	Casos fáceis e casos difíceis.....	207
4.5	Metaética: uma tábua de salvação contra o ativismo judicial?	212
4.5.1	Objetividade moral dworkiniana.....	215
4.5.1.1	Breve explicação	215
4.5.1.2	Objetividade moral: compatível com o positivismo jurídico, mas inútil.....	216
4.5.1.3	Dworkin e mais uma de suas distorções. A alternativa argumentativa rortyana no paradigma pós-metafísico e o Juiz Hércules como nostalgia representacional	221
4.5.2	Pós-positivismo hermenêutico e o uso das expressões “relativismo” e “não cognitivismo” como insultos. A posição deste estudo no debate da metaética	227
4.6	Conclusões parciais. Pós-positivismo hermenêutico e Ronald Dworkin: uma combinação inadequada	231

CAPÍTULO 5

POSITIVISMO ÉTICO MODERADO		237
5.1	Autoridade democrática do direito	243
5.1.1	Moralismo acadêmico e o problema da motivação moral	243

5.1.2	Desacordos morais, paradoxo da tolerância, valor da autoridade e pré-compromisso constitucional	251
5.1.3	Democracia como valor político: problemas e potencialidades	256
5.1.3.1	Dispersão do conhecimento e ausência de prioridade do conhecimento especial sobre o conhecimento mundano	259
5.1.3.2	Uma visão não romantizada dos argumentos do “bem comum” e do autogoverno.....	262
5.1.3.3	Cegueira ideológica e hemiplegia moral	268
5.1.3.4	Participação política: o direito dos direitos	270
5.1.3.5	Minorias e função contramajoritária	273
5.1.3.6	Modificação procedimental do direito posto e o fenômeno dos enunciados interpretativos.....	279
5.1.4	Deficiências democráticas, método prescritivo e a solução mágica do ativismo judicial.....	282
5.1.5	Contra a “juristocracia”	284
5.1.5.1	“Pós-positivismo”: o verdadeiro “culpado teórico” do ativismo judicial brasileiro.....	287
5.1.5.2	Judicialização da política e ativismo judicial	292
5.1.5.2.1	Judicialização da política e crença no planejamento econômico centralizado	294
5.1.5.2.2	Judicialização da política e as falhas da tese da Constituição dirigente	296
5.1.5.2.3	Por uma releitura da distinção entre judicialização da política e ativismo judicial.....	300
5.1.5.2.4	A relação entre ativismo judicial e natureza do direito.....	303
5.1.5.2.5	Ativismo judicial substantivo e ativismo judicial procedimental	304
5.1.5.2.6	O ativismo judicial substantivo é bom ou ruim?.....	305
5.1.5.2.7	Ativismo substantivo e desacordos razoáveis.....	308
5.1.5.2.8	Juristocracia como ativismo substantivo generalizado	309
5.1.5.2.9	Motivações do ativismo substantivo e a alegada superioridade epistêmica dos magistrados.....	311
5.1.5.2.10	Ativismo judicial e transformação social.....	313
5.1.6	Contra a “função iluminista” do Supremo Tribunal Federal	315
5.1.6.1	Falsas simetrias	315
5.1.6.2	Autoritarismo.....	316
5.1.6.3	“Progresso moral” contra as formas jurídicas	318
5.1.6.4	“Progresso moral” contra o pluralismo	319
5.1.6.5	Função institucional ou oportunismo?.....	320
5.2	“Natureza do direito” positivista e <i>judicial restraint</i>	321
5.2.1	Positivismo jurídico descritivo e contenção judicial	321
5.2.2	Positivismo jurídico descritivo e positivismo jurídico normativo.....	324
5.2.3	O aspecto normativo da regra de reconhecimento contra o ativismo judicial.....	325
5.2.4	<i>Rule of Law</i>	329
5.2.5	Constituição “genuinamente boa”	332
5.2.6	Breves considerações sobre o conceito de autoridade	335
5.2.6.1	Autoridade moral e autoridade jurídica	336
5.2.6.2	Positivismo e antianarquismo	337
5.2.6.3	Obediência pretendida	338
5.2.6.4	Renúncia de julgamento.....	340
5.2.6.5	Autoridade como serviço moral.....	341
5.2.7	O direito como sistema normativo planejador e a lógica do planejamento. Algumas notas sobre o Positivismo dos Planos de Scott Shapiro	343
5.2.7.1	Seres humanos como criaturas planejadoras, a estrutura do mundo social e os truísmos do direito.....	343
5.2.7.2	Natureza e características dos planos	346
5.2.7.2.1	Orientação de conduta, organização de comportamentos e ausência de força moral	347
5.2.7.2.2	Parcialidade e estrutura encadeada.....	348
5.2.7.2.3	Planos cima-baixo e planos baixo-cima.....	349
5.2.7.2.4	Costumes, políticas, hierarquia e preempção	349
5.2.7.2.5	Pressão racional, estabilidade razoável, filtragem de opções e resistência a tentações.....	350
5.2.7.2.6	Gerenciamento de confiança.....	352
5.2.7.3	Direito como atividade de planejamento compartilhado.....	352
5.2.7.3.1	Validade jurídica: circunstâncias da juridicidade, propósito moral do direito e tese da atividade compartilhada	354
5.2.7.3.2	Normatividade do direito: ponto de vista jurídico e enunciados perspectivas.....	355
5.3	Primazia do texto.....	357
5.3.1	Leitura moral da Constituição: significado e limites à luz do positivismo normativo	357
5.3.2	Os ensinamentos relevantes e os limites do textualismo/originalismo semântico.....	363
5.3.3	Declaração ou criação do direito? Originalismo ou intencionalismo? Dois falsos dilemas. A ideia de positivismo normativo moderado	367
5.3.4	Interpretação das normas jurídicas à luz da teoria dos planos	370
5.3.4.1	Metainterpretação e lógica do planejamento social	371
5.3.4.2	Princípio metainterpretativo, seletividade de confiança e sistema de <i>accountability</i>	373
5.3.4.3	Estrutura escalonada e primazia do texto	374
5.3.4.4	Especificação, extração e avaliação	375
5.3.5	Leitura da densificação legislativa. Teoria Normativa da Decisão como “obrigação de meio”	378
5.3.6	Fundamentos normativos da restrição judicial no ordenamento jurídico brasileiro e o gerenciamento de confiança no atual quadro histórico	381
5.4	Positivismo ético moderado e precedentes judiciais.....	384
5.4.1	Precedentes “vinculantes” em que sentido?	385
5.4.2	A visão baseada na integridade (<i>integrity-based view</i>).....	391

5.4.2.1	A questão da autoridade na eficácia vertical e na eficácia horizontal. Decisões com força vinculativa fraca, média e forte.....	392
5.4.2.2	<i>Stare decisis, rule of law e trade-offs</i>	398
5.4.2.2.1	Erro judiciário, primazia relativa do texto da lei, rearranjo voluntário de autoridade e variação da primazia das fontes jurídicas.....	400
5.4.2.2.2	Custos de superação do precedente	404

CONCLUSÃO

DIREITO, AUTORIDADE E DEMOCRACIA		405
6.1	O direito não é um fenômeno psicológico	405
6.2	Deficiências democráticas e teoria normativa do direito	406
6.3	Contra os “inconstitucionalistas”	407
6.4	Defesa do ativismo judicial procedimental	407
6.5	Judicialização da política e ativismo judicial como questões de grau	408
6.6	Contra o pós-positivismo idealista	409
6.7	As principais falhas dos pós-positivismos brasileiros	410
6.8	Objetividade moral e ativismo judicial	411
6.9	Apropriações teóricas e o propósito social do livro	412
6.10	Positivismo ético moderado	412
REFERÊNCIAS.....		415