

BRUNO TORRANO

Prefácio

Paulo Gustavo Gonet Branco

DEMOCRACIA E RESPEITO À LEI
ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO,
PÓS-POSITIVISMO E PRAGMATISMO

2ª edição revista, modificada e ampliada

Belo Horizonte

 **FÓRUM**

2019

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Estes foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail <editoria@editoraforum.com.br> para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

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 Wagner 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.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO	13
NOTA DO AUTOR	
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	Objecções 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 includente, positivismo jurídico excludente e antipositivismo.....	84
2.4	Argumentos centrais do positivismo jurídico excludente 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 “discricionariedade” 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 tentativas	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 perspectivos.....	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		
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