

Pós-positivismo

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Ex-advogado da Caixa

Juiz Federal e professor em Belo Horizonte

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo

UNICEUB/DF

Doutorando em Direito pela UNISINOS/RS

Pesquisador UNISINOS/CNPq

RESUMO

Neste ensaio, a partir de uma demarcação teórica para o pós-positivismo, busca-se alçar a compreensão da experiência jurídica sob uma abordagem da teoria-integral como contraponto ao *pragmatismo* sob o influxo do pensamento de Dworkin, mas com olhos voltados para as práticas jurídicas brasileiras.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-positivismo. Teoria-integral. Pragmatismo.

ABSTRACT

Based on Dworkin's thinking, the article analyses the juridical experience outside the limits of legal positivism by means of enhance the relevance of the integrity theory in confrontation with the *pragmatism*.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Law as integrity. Pragmatism.

Introdução

Em artigo publicado na edição nº 4, mai./07, desta revista,¹ propusemos uma reflexão sobre o positivismo jurídico, já ali alvitrámos uma nova perspectiva de exame do fenômeno jurídico a partir do pensamento de Gadamer. É hora, agora, de, numa perspectiva de avanço, debruçarmo-nos sobre a compreensão do *pós-positivismo* de modo a alçarmos a experiência jurídica sob a abordagem da *teoria-integral* de Dworkin e o contraponto que lhe é oferecido pelo *pragmatismo*.

¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. "O positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora e uma nova ótica para compreensão da realidade jurídica: a hermenêutica filosófica a partir de Gadamer." **Revista de Direito da ADVOCEF**, ano II, nº 4, mai./07, p.15-25

Trocando em miúdos, o que pretendemos examinar é se a análise das questões filosóficas, da moral e da política encontram-se afastadas da argumentação própria dos juristas práticos (advogados, juízes, promotores, etc.) e se constituem ocupação apenas dos juristas teóricos, ou se as vicissitudes da experiência jurídica hodierna requer da parte daqueles, além do simples manuseio, o balizamento de tais investigações, afastando, assim, a visão do tecnicismo própria do positivismo jurídico que, concebendo a experiência jurídica apenas no âmbito do normativo, enseja, como vimos naquela oportunidade, uma auto-suficiência metodológica altamente sedutora.

Divisa-se, com efeito, uma mudança paradigmática que impõe uma nova qualificação do conhecimento jurídico onde a *prescrição* - guia da auto-suficiência metodológica do positivismo - abre espaço para uma reflexão jusfilosófica ocupando-se de descrever o processo da experimentação jurídica.

Nessa contextura, Dworkin ² alvitra que, no processo jurídico-decisório, os juristas podem deparar com a necessidade de procurar por uma *ascensão justificadora* que não é prevista *a priori*. A chamada *ascensão justificadora* constitui um degrau da ascensão teórica que sempre está lá no horizonte do provável, mesmo quando ninguém ousa dar o primeiro passo, e conduziria o jurista a trabalhar de-fora-para-dentro porque o âmbito do vasto domínio da justificação inclui princípios abstratos de moralidade política. Isso conduziria o jurista a embarcar em longas incursões teóricas, em que a identificação do direito envolve um exercício interpretativo vulnerável a essa ascensão justificadora, pelo que a ele (jurista) deve ser dada a prerrogativa de conduzir este exercício em qualquer tipo de ocasião.

A relevância da teorização conduziria a atuação dos juristas a trabalharem com outras pautas regulatórias além da norma – como os princípios não apenas da ordem jurídica como também da moralidade política – em busca de uma sustentação para a argumentação que se vêem obrigados a tecer diante dos casos difíceis que conduzem, no pensamento de Dworkin, a uma (única) resposta certa.

1 Pós-positivismo

Expungir a neutralidade científica do positivismo e colocar o direito em interação com a moral e a política, ou seja, em maior contato com o mundo da vida impõe, em primeiro lugar, expandir

² 2006, p.16-7.

a experiência jurídica para além da racionalidade formal. Regras de inferência, apropriadas à lógica formal, abrem espaço para uma postura compreensiva do direito, na qual sua validade não decorria exclusivamente a partir de um fundamento igualmente normativo, mas a partir de operações onde possa o jurista desvelar o direito que nem sempre está expresso num texto legal.

É nessa contextura que se pode compreender o pós-positivismo. Conquanto não se possa ainda delimitar com precisão os limites teóricos que sustentam a concepção, porque, sem dúvida, ainda difusos, pode-se, todavia, concebê-la como um novo paradigma para o enfrentamento da experiência jurídica no qual se louvam várias correntes teóricas amparadas, todas elas, em um forte discurso de superação do solipsismo jurídico propugnando por alçar a experiência jurídica num campo de interacionismo com a moral, a política, a economia, enfim, apostando, portanto, numa racionalidade prática.

Diniz & Maia³ destacam cinco aspectos que caracterizam o quadro teórico pós-positivista:

- a) deslocamento de agenda;
- b) a importância dos casos difíceis;
- c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição;
- d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivo jurídico;
- e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.

Esse deslocamento de agenda aponta, prosseguem os autores cariocas,

para três eixos onde se encontram os esforços dos juristas que deixam de lado o foco privilegiado pelos autores positivistas – a estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão e funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica.⁴

No exame pós-positivista da experiência jurídica que nos propomos realizar a partir de agora, o caminho a ser percorrido considera, com efeito, essa virada paradigmática na estrutura científica⁵

³ 2006, p.651.

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira revolução na estrutura científica do direito, nos moldes concebidos por Kuhn (KUHN, 2001, p.126), porque a pauta regulatória reduzida exclusivamente à norma positivada deixa de “responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.

do direito que, para ser alçada, pressupõe, necessariamente, um abrandamento na dicotomia *prescrição/descrição* como ponto de partida para uma compreensão do direito fora dos domínios exclusivamente normativos.

A própria compreensão do texto e de sua complementação produtiva – a norma – exige que os limites rígidos entre a *prescrição* e a *descrição* sejam rompidos. A diferença ontológica entre texto e norma é capital para se compreender a proposição. Ela se assenta na diferença entre *ser* e *ente*. O *ente*, com efeito, é o *ser* em situação, ou seja, existente. O *ente* tem do *ser*, mas não coincide com a sua totalidade.⁶ Assim, o texto diz muito do direito, mas não pode ser reduzido a ele. O texto jurídico típico para os juristas que trabalham no sistema romano-germânico, como nós, é a lei (acepção ampla), mas que não se confunde com a norma. A norma surge no momento da *applicatio*, isto é, quando diante de uma situação concreta, o jurista extrai um sentido dentro daqueles possíveis que se comportam no texto e permite, com isso, que o *ser* (o direito) se desvele. Isso não significa dizer que o texto (legal) constitua um mero texto. O texto diz muito. Assim como a Bíblia, o texto legal encontra-se carregado de sentido. Lá, o padre ou pastor desvelará a mensagem no momento da pregação – mas o texto em si não é a própria mensagem –, aqui, ou seja, quando se trabalha o texto legal, o jurista desvelará o direito, ou seja, permitirá o devir do *ser* (o direito) no momento da *applicatio* ou, na linguagem de Dworkin, na *adjudication*. Em qualquer hipótese, todavia, assume extrema relevância, a interpretação, por meio e em ordem a permitir, mediante atribuição de um sentido a partir de uma síntese dialética ul-

⁶ Nesse sentido, Streck se louva de Heidegger para quem *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* Para entender que não há uma separação entre o texto e a norma, há, na verdade, uma diferença que é ontológica, insiste Streck: *“a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido.* O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo.* O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si só, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá sempre uma norma.* Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isso não pode significar que haja uma separação (ou independência) entre ambos (texto e norma).* Com efeito – e permito-me insistir neste ponto –, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), *estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.*” (STRECK, 2004, p.128-9).

trapassando as contradições, o acontecer da verdade fundada na historicidade do ser, na contextualidade e na facticidade, de modo a expressar sua finitude. Mas, adverte Gadamer, “nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”⁷

Nessa contextura, ressalta Gadamer⁸ que “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.” Por esse caminho – ainda é dele a lição – “o texto deve ser procurado como um documento cujo sentido real deve ser procurado além do seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição.”⁹

Para que isso ocorra, efetivamente, a teoria assume um lugar de destaque quando fornece meios ou instrumentaliza o jurista prático no trabalho de buscar a resposta mais adequada ao caso concreto em ordem a eliminar vícios que conduzam a um retorno a práticas jusnaturalistas ou normativista-dogmáticas e garantir a presença de limites no processo jurídico-decisório ao escopo de expungir a discricionariedade. De um lado, portanto, se afasta a busca por verdades absolutas e, de outro, o extremado tecnicismo que as práticas positivistas impuseram à experiência jurídica.

A abertura dos textos realça a importância que a *compreensão* assume no novo paradigma, bem como o lugar de destaque em que se coloca a *teoria*. Com efeito, elevar o direito a uma posição além de uma mera técnica social, a uma postura, portanto, científica, exige todo um aparato teórico, ou como quer Dworkin,¹⁰ uma abordagem de *teoria-integral*, que propicie a argumentação jurídica de modo a trazer luz a problemas jurídicos relevantes por meio de “uma vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política.”

A postura pós-positivista de Dworkin começa a emergir a partir daí quando ele reconhece que todo o indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelos tribunais independentemente de prescrição normativa,¹¹ sobressai-se, assim, a importância dos princípios na teorização de Dworkin vetorizada para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão

⁷ GADAMER, 2003, p.436.

⁸ GADAMER, 2003, p.433-4.

⁹ GADAMER, 2003, p.441.

¹⁰ DWORKIN, 2006, p.11.

¹¹ DWORKIN, 2001, p.15.

das decisões judiciais e que aponta para o conhecido problema da juridicização da política, entre nós sob o influxo do ativismo judicial, onde os juizes são chamados a decidir os chamados casos difíceis definindo políticas públicas e, até mesmo, substituindo-se ao legislador.¹² Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.¹³

Com efeito, para Dworkin a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas

de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁴

¹² Segundo Bonavides, “ Em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembléias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p.21).

¹³ Recepcionando a distinção dworkiniana entre regras e princípios, Alexy elabora uma teoria de caráter estrutural-argumentativa estabelecendo regras para a ponderação de princípios (ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 e **Teoria da Argumentação Jurídica A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

¹⁴ DWORKIN, 2002, p.39.

Coisa diversa acontece quando deparamos com colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*. Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta o seguinte:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.¹⁵

Longe da ponderação¹⁶ assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se, sem maiores dificuldades, estabelecer qual

¹⁵ DWORKIN, 2002, p.42-3.

¹⁶ DWORKIN reúne alguns exemplos para mostrar o tratamento diferenciado que os princípios devem receber na prática jurídica a partir da ponderação. Entre eles, destacamos o seguinte: “Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretadas literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.” O assassino não recebeu sua herança.” (DWORKIN, 2002, p.37). No nosso artigo “Metamorfoses nos conceitos de Direito e de Soberania. O Princípio da Complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In: **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, nº 9, ano 16. Brasília: TRF/1ª Região, 2004, p.32-48, utilizamos a ponderação principiológica para garantir conformidade do texto do tratado – que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a dignidade da pessoa humana ali previstos, a inoponibilidade das prerrogativas de foro e de função, a entrega de nacionais à jurisdição do TPI e a pena de caráter perpétuo – com a Constituição.

aquela que deve prevalecer em detrimento de outra, e isso ocorre por meio de critérios que o próprio sistema estabelece.¹⁷

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin (2002, p.41), necessita de uma decisão particular.

Efetivamente, as exigências de novas demandas com a satisfação de novos interesses – que ultrapassam em muito os limites dos conflitos individuais – estão a exigir dos juristas uma abordagem que vai além do conhecimento das leis. Contudo, uma decisão judicial, hoje, mais que nunca, é um acontecimento político pelo que juízes, advogados, promotores devem direcionar sua atenção para o problema prático imediato, porque acontecimento político, guiados por uma única questão: como podemos tornar as coisas melhores? Assim Dworkin¹⁸ revela o contraponto à sua *teoria-integral* que propugna, como vimos, por uma tessitura argumentativa a partir da vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política. Esse contraponto está em que as questões jurídicas devem ser resolvidas sob o viés de uma abordagem prática teleologicamente orientada para melhorar as coisas. O *pragmatismo* sustenta, portanto, que advogados, juízes e promotores não precisam fazer uso de ascensão justificadora ao escopo de decidir as questões jurídicas a partir de fundamentação principiológica jurídica, moral ou política.

¹⁷ Cfe. DWORKIN “Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenharia um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.” (DWORKIN, 2002, p.43).

¹⁸ DWORKIN, 2006, p.11.

Na chamada “Escola de Chicago” o *pragmatismo* tem se erigido como vertente pós-positivista em oposição à *teoria integral* de Dworkin. Seus baluartes são Richard Posner¹⁹ e Cass Sunstein,²⁰ ambos juízes e professores da Chicago Law School. Sob aportes metafísico, pragmático e profissional, sustentam que o recurso à teoria integral pode conduzir a respostas objetivamente corretas para questões complexas da moralidade política, quando, lá fora, no universo dos advogados, dos juízes, dos promotores, e, portanto, no universo dos cidadãos, a teoria pode conduzir a *jogos de linguagem* para referenciar esse universo. Então, a verdade sobre uma questão como, por exemplo, a proteção à liberdade de expressão numa democracia, como ocorreu recentemente no Brasil quando se discutiu nossa decisão judicial que proibiu a importação, comercialização e distribuição do jogo *counter-strike*,²¹ poderia se encontrar erigida sobre uma verdade de acordo com os *jogos de linguagem* de nossa comunidade e não a partir de uma verdade objetiva. Isso validaria atitudes e performances de juízes, membros do ministério público e advogados, ditas visionárias, ativistas de caráter antidogmático, mas experimental, portanto, utilitárias ou *pragmáticas*. Enfim, contra a *teoria integral* o *pragmatismo* tem presente uma objeção profissional, muito comum, também, em *terra brasilis*, onde se alardeia aos quatro cantos que as Faculdades de Direito devem ensinar a pensar como advogado e não como filósofo. Lá nos Estados Unidos, Dworkin²² lembra o jargão: “Somos advogados, não somos filósofos”, como bandeira do *pragmatismo*. Não é diferente, com efeito, do que ocorre aqui, quando igualmente se apregoa que advogados não devem estar afetos a questões teóricas da moral e da teoria política, mas limitados aos simples e confiáveis métodos de análise textual e analógica. Por isso Dworkin insiste em lembrar que

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se

¹⁹ POSNER, Richard A. Além de professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago é Juiz Federal da 7ª Região. Entre vasta produção científica destaca-se, no que pertine ao *pragmatismo*, a obra **Overcoming Law**. Harvad University Press, 1996.

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. Igualmente magistrado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Dele merece destaque em relação ao tema abordado **Legal Reasoning and Political Conflict**, Oxford USA Trade, 1998.

²¹ Processo nº 2002.38.00.046529-6 (Juízo da 17ª Vara Federal de Belo Horizonte).

²² DWORKIN, 2006, p.24.

com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que se apresenta aos juizes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.”²³

Ao abrir sua crítica ao *pragmatismo*, Dworkin²⁴ dispara de plano: “A abordagem prática parece tão realista, tão sensata, tão americana.”. Podemos, sem dúvida, aqui e agora, parafraseando Dworkin, proclamar: *O pragmatismo parece tão realista, tão sensato, tão brasileiro!*

2 Para não concluir

Hodiernamente, cada vez mais se torna difícil separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. – daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois essas já não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos genéricos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais conceitos e categorias que a compreensão do direito deixa a desejar.

Evidentemente, não queremos dizer que o cientista prático do direito deva ser um jurista teórico ou um filósofo, mas que os dois modos operacionais – o instrumentalista e o teórico – não se encontram completamente separados. Já não se pode dizer que o primeiro apenas utiliza os resultados alcançados pela investigação sistemática do segundo. Cada dia mais, a ciência é para o jurista prático atividade e não apenas fonte de informação. Nesse sentido, Pedrosa,²⁵ conquanto ainda propugnasse por uma divisão mais estanque das duas atividades, já divisava, contudo, que “na verdade, a atividade do jurista prático não se consome na mecânica aplicação das normas jurídicas, pois supõe o necessário entendimento

²³ DWORKIN, 1999, p.272-3.

²⁴ DWORKIN, 2006, p.11.

²⁵ PEDROSA, 1972, p.5.

dessas normas, sua interpretação. O técnico do Direito é um intérprete, e é justamente isso que o distingue dos demais técnicos.”

Há, todavia, uma perigosa alienação técnica onde sob o rótulo de *operadores do direito*, os juristas práticos agem como se estivessem operando uma máquina, sem se dar conta do modo objetivante como concebem o direito sob um viés exclusivamente normativista, onde a tarefa não desborda do campo da *prescrição*, sentindo apenas curiosidade acerca das questões teóricas. O abandono dessa visão, já propugnado, entre nós, desde 1972, por Pedrosa,²⁶ ainda que sob o influxo de concepção epistemológica de feição positivista, obteve grande impulso, como vimos, no pensamento de Dworkin, onde alcançou refinado nível de teorização.

É preciso, todavia, ter-se em mente que estradas são para jornadas, não para destinos...

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Elogio à Teoria. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Montes Claros: Faculdade de Direito Santo Agostinho-FADISA, v. 1, n.1, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2003.
- KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

²⁶ Segundo Pedrosa “A concepção do Direito como instrumento corresponde a uma visão parcial, como já dissemos, dessa realidade. Sob a perspectiva teórica, contrapondo-se logicamente à visão pragmática, o Direito converte-se em objeto a conhecer, não a ser manipulado. Em um primeiro estágio esse conhecimento é ciência; em um segundo, filosofia. Têm ambas um ponto comum, que é exatamente a problematização do Direito, isto é, a visualização do Direito como problema, na qual encontra abrigo inclusive o seu aspecto instrumental ou técnico.” (PEDROSA, 1972, p.6).

STRECK, Lenio Luiz. A Diferença Ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, UFMG, n. 89, jan./jun. 2004.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Filosofia e Direito Penal. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB. **Revista do Ministério Público de Pernambuco**. Separata. ano 1, n. 2.