

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**FILOSOFIA DO DIREITO II**

**JEAN CARLOS DIAS**

**JOÃO MARTINS BERTASO**

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

F488

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; João Martins Bertaso. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-740-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)



Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil  
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## FILOSOFIA DO DIREITO II

---

### **Apresentação**

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito II do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou no mês de novembro de 2018, na cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se na pesquisa em filosofia do direito no país, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

O texto de Shirley da Costa Pinheiro e Jean Carlos Dias, aborda as teorias de Kant e de Stuart Mill, examinando a possibilidade de estabelecer convergências em torno do conceito de dignidade humana.

O trabalho de Milena de Bonis Farias, aborda a possibilidade de que os estudos na área da neurociência levem a reconstrução de alguns fundamentos filosóficos que estruturam vários institutos jurídicos, o que pode implicar na necessidade de reformulação de aspectos do Direito contemporâneo.

Geralcílio José Pereira da Costa e Jenifer Bueno Diniz, com base no pensamento de Habermas e Morin, refletem acerca das desigualdades existentes na sociedade brasileira e examinam as possibilidades de superação desse cenário.

Vitor Greijal Sardas e Sergio Luis Tavares, investigam a religiosidade contemporânea brasileira tendo como referencial teórico o pensamento de Gilles Lipovetsky a respeito da hipermodernidade, procurando, assim, extrair parâmetros para uma maior compreensão daquela manifestação na atualidade.

Maria Angéllia Chichera e Vivian de Almeida Gregori Torres examinam a peça "Hamlet" de Shakespeare sob a ótica da análise crítica de René Girard, procurando estabelecer os fundamentos dessa reflexão e sua possível extrapolação para o plano de compreensão das relações sociais.

Lucas Bortolini Kuhn analisa o pensamento de Theodor Adorno como base para a construção de uma crítica abrangente ao juspositivismo, ressaltando que a versão de Luigi Ferrajoli possa se apresentar como uma proposta refratária a essas objeções mais fundamentais.

Saulo Monteiro Martinho de Matos e Lorena da Silva Bulhões Costa investigam a concepção kantiana de sujeito e como essa concepção é adotada e reconstruída por Ronald Dworkin em "Justiça para Ouriços".

Aline de Almeida Silva Sousa investiga a possibilidade de resgate das relações responsáveis tendo por fundamento uma articulação entre o pensamento de Emmanuel Levinas, Jacques Derrida e Castanheira Neves.

Também tomando por base teórica o pensamento de Jacques Derrida, Eduardo José Bordignon Benedetti, analisa a desconstrução como fundamento da Justiça e como indutora da transformação do Direito.

Geraldo Ribeiro Sá, examina os conceitos inseridos na Lei 13.445/2017 que regula a imigração no Brasil e sua contextualização sistemática no Direito brasileiro contemporâneo.

Os estudos aqui reunidos apresentam grande diversidade, indicando, assim, a pluralidade e liberdade acadêmica que sempre tem estado presente nos eventos e publicações do CONPEDI.

Pela densidade e qualidade dos trabalhos, somos levados a recomendar a todos interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. João Martins Bertaso – URI

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).



**DIALÉTICA NEGATIVA DO ESCLARECIMENTO (JURÍDICO): A IMANÊNCIA CRÍTICA DE ADORNO E O JUSPOSITIVISMO CRÍTICO DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

**NEGATIVE DIALECTIC OF THE (JURIDICAL) ENLIGHTENMENT: THE CRITICAL IMMANENCE OF ADORNO AND THE CRITICAL LEGAL POSITIVISM OF THE GUARANTEEIST CONSTITUTIONALISM**

**Lucas Bortolini Kuhn <sup>1</sup>**

**Resumo**

Este artigo é uma incursão sobre a imanência crítica no pensamento de Theodor Adorno, desde a obra conjunta com Horkheimer, até a sua Dialética Negativa, atravessando vários setores de seu pensamento, especialmente a crítica que realiza em relação ao positivismo no pensamento filosófico e sociológico. Dialecticamente, o artigo se propõe a analisar algumas das críticas de Adorno, para então observar a aplicabilidade destas críticas ao paleojuspositivismo, bem como observar as convergências que o pensamento de Adorno guarda, inesperadamente, com uma nova matriz juspositivista, o garantismo de Luigi Ferrajoli.

**Palavras-chave:** Filosofia do direito, Teoria crítica, Luigi ferrajoli, Theodor adorno, Dialética negativa

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article is an incursion concerning the critical immanence in Theodor Adorno's work, since the joint effort with Horkheimer, until his Negative Dialectics, going through various parts of his thought, specially focusing on his critique concerning positivism in philosophical and sociological thinking. Dialectically, the article aims to analyze some of Adorno's critiques, to then analyze the adequacy of those critiques to paleojuspositivism, as well as it aims to observe the convergences between Adorno's thought and, surprisingly, a legal positivist framework, Luigi Ferrajoli's guaranteeism.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Philosophy of law, Critical theory, Luigi ferrajoli, Theodor adorno, Negative dialectics

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta. Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular. Bolsista CAPES /PROSUC.

## 1 INTRODUÇÃO

Se o legado histórico do séc. XX é um de barbárie, como as perpetradas em Auschwitz, Hiroshima, Nagasaki, e na Unidade 731 também japonesa, e um também onde os grandes novos modelos políticos, ao menos da primeira metade, foram eminentemente totalitários, a tarefa humana posterior foi uma de evidente questionamento: é este o “progresso” que nos vendeu o Esclarecimento através da razão?

Theodor Adorno, fundador da Escola de Frankfurt junto com Max Horkheimer, e um dos grandes teóricos críticos, a partir do horizonte dos anos 30 e 40, passa a uma crítica permanente, que renega a narrativa de progresso do marxismo, calcada na positividade da síntese de Hegel. No seu pensamento, esboçado já na obra conjunta à Horkheimer, “Só o pensamento que se faz violência a si mesmo é suficientemente duro para destruir os mitos” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 20).

A dialética em Hegel possui em seu movimento um momento de negação, que é seguido por um retorno positivo à síntese, o fechamento. Em Adorno, entretanto, a negatividade deve ser imanente: a dialética negativa é justamente crítica sem o seu caráter positivo, causada justamente pela quebra das promessas de um pensamento que compreendesse completamente a realidade (ADORNO, p. 11, 2009).

No Direito, mais especificamente no âmbito da Teoria do Direito, o constitucionalismo no segundo pós-Guerra significou um movimento direcionado a impedir, justamente, as violações humanitárias tanto no campo das barbáries evidentes, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, quanto no campo político, com tom notadamente democrático. Constitucionalismo, que designa a formação de um Estado Constitucional de Direito, que é calcado em constituições rígidas, que ecoam os gritos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O objetivo deste artigo é trabalhar justamente os pontos de convergência entre a dialética negativa adorniana e as reflexões desta acerca da razão e do positivismo (sociológico e filosófico), e os desenvolvimentos do constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli, o garantista, especialmente no tocante à reinserção da crítica, das leituras teóricas acerca do progresso, e do apreço à democracia e direitos fundamentais que ocupam o centro destas propostas teóricas.

Esta incursão, que tem tons ora científicos, ora filosóficos, e, por vezes, ambos ou nenhum deles, é uma investigação acerca, justamente, dos tons críticos necessários ao Direito, encontrados justamente em um lugar *improvável*: uma teoria juspositivista. Tão improvável quanto, é a possibilidade de emancipação e da crítica, mesmo na própria Filosofia. Refletindo

sobre possibilidades e impossibilidades, e sobre a real capacidade do pensamento, este artigo é chaveado em cinco momentos: um primeiro, refletindo sobre o ponto de partida de Theodor Adorno, com a fundação da Escola de Frankfurt e seus escritos em parceria com Horkheimer na *Dialética do Esclarecimento*; o segundo, reflete sobre a dialética negativa e o paleojuspositivismo, o juspositivismo da modernidade; o terceiro, apresenta *outro* juspositivismo, o garantista, com tons críticos e teor *negativo*; e por fim, os momentos quarto e quinto, que refletem sobre a possibilidade da crítica pensando sobre a tecnocracia e a relação entre Filosofia e Ciência.

## 2 ESCLARECIMENTO: EMANCIPAÇÃO DOS MITOS OU TROCA DOS MITOS?

Esclarecimento, enquanto progresso do pensamento, persegue, primordialmente, “[...] o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 19), especialmente do medo dos mitos. É atentado, especialmente à tradição e à posição de verdade objetiva que ocupava(m) o(s) divino(s) especialmente durante a idade média. Como motor, especialmente quando o esclarecimento se traduz em hegemonia na filosofia ocidental – pelo movimento conhecido como Iluminismo –, a epistemologia naturalista que se desenvolve a partir do dualismo cartesiano.

Assim sendo, tem-se a seguinte situação: o conhecedor (“de um lado”) que dispõe de um método (o qual elimina do procedimento a sua sensibilidade) para atingir o conhecido (“do outro lado”). Em síntese, esse é o estilo científico-naturalista de produzir conhecimento. É a herança do dualismo cartesiano que, inflando o sujeito com a racionalidade, fez-lhe limitado em sua existencialidade. Pois, seria como se o conhecimento fosse um empreendimento distinto do homem, como se fosse um ponto isolado, que o pesquisador atingiria após *despojar-se de sua humanidade viesada, de sua sensibilidade*. (ROEHE, 2006, p. 154, ênfase acrescentada).

O pensamento “puro” das impurezas humanas, desconhecedor de limites, apreensor da totalidade, é combustível da modernidade. A razão, antes uma revolução posicionada como aversão à cosmovisão mitológica, e investida na busca por conhecimento, se converte em instrumento, sacrificada agora na produção de aplicações práticas (DENORA, 2000, p. 9). Sequestrada, converte-se, a partir da Revolução Industrial, numa tecnocrática administração do mundo, corajosa em suas promessas de progresso.

Que direito teriam para se queixar contra aqueles que pretendem apenas o melhor, que se arvoram em agentes do consenso democrático e que invocam a alta sanção retórica da cosmovisão científica, nossa mais inelutável mitologia? Como contestar a paternal magnanimidade desses Inquisidores-Mores tecnocráticos? Não só

propiciam riqueza abundante, como o pão é macio como paina – mastiga-se com facilidade e é vitaminado. (ROSZAK, 1973, p. 26)

A instrumentalização da razão, manifesta no mundo administrado, simboliza,

[...] nestes tempos de Revolução Industrial, uma transformação completa nos modos de vida incrustados no contexto social. Estabelece-se um rearranjo no processo produtivo que incorpora ‘a disciplina, a monotonia, as horas e as condições trabalho; a perda do tempo livre e do lazer; a redução do homem ao *status* de instrumento’, entre outras coisas. (MORAIS, 1998, p. 27)

Pelas metafísicas mãos da indústria cultural, também, a gestão estende-se, até mesmo, ao tempo livre (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 128). A instrumentalização, entretanto, da razão fundada justamente na distância entre sujeito e objeto, se converte em uma relação de poder:

O mito converte-se em esclarecimento, e a natureza em mera objetividade. O preço que os homens pagam pelo aumento de seu poder é a alienação daquilo sobre o que exercem o poder. O esclarecimento comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-os na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu *em-si torna para-ele*. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 24)

A conclusão que a crítica de Adorno chega é a de que “À consciência do caráter de aparência inerente à totalidade conceitual não resta outra coisa senão romper de maneira imanente, isto é, segundo o seu próprio critério, a ilusão de uma identidade total” (ADORNO, 2009, p. 13). O pensamento descritivo, científico, positivo, é nada mais do que uma *tentativa* de mimese, de aproximação, que sempre será insuficiente.

Significa dizer, em relação ao pensamento, que tentativas positivas haverão de ser alvo de *negação imanente*, ou seja, ao contrário da imanência das verdades admitidas pela razão, a imanência da crítica, como reconhecimento do caráter temporal, mutável, da verdade (DENORA, 2000, p. 4), pois como lembra Thomson (2010, p. 154), não haveria como dar à positividade central à modernidade a tarefa de conhecer a si mesma, já que tal tarefa a tornaria em uma mera catalogação de seus mitos.

### **3 DIALÉTICA NEGATIVA E O (JUS)POSITIVISMO**

O ataque da dialética negativa de Adorno ao positivismo no pensamento se refere justamente aos desdobramentos problemáticos da empreitada fundada no único intento de

compreensão (ADORNO, 2009, p. 12). Se o compreender integra o pensamento, e naturaliza-o a um mundo *errado*, evita, justamente, a formação do pensamento crítico de que a práxis transformadora necessita (ADORNO, 2009, p. 11). A atomização das disciplinas, entretanto, um dos aspectos notáveis da tecnocracia e seus “especialistas” (ROSZAK, 1973, p. 19), faz com que a manifestação do positivismo hegemônico à epistemologia manifeste-se de formas variadas em ramos variados, também como um “selo” de validade científica. No clássico escrito de Hans Kelsen, temos uma expressão clara de alguns pontos centrais da epistemologia natural moderna logo na abertura da obra:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, *quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto*. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já *não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito*. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito *e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto*, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1998, p. 1, grifos nossos)

A centralidade das construções jurídicas da modernidade na “unicidade, estatalidade, positivação e racionalização” (WOLKMER, 2015a, p. 46). A *Teoria Pura do Direito*, influente obra do pensamento jurídico no séc. XX, prestigiava amplamente diversos aspectos do pensamento naturalista positivo: o purismo, a objetificação, o rigor metodológico, e a atenção exclusivamente descritiva.

Ressalte-se, ainda, que na Teoria Pura do Direito, formulação mais prestigiada do juspositivismo moderno, agora tida por *paleojuspositivismo*, ainda que o enfoque seja *meramente descritivo*, avalorativo, há *significativa simbologia* no tocante à interpretação. Kelsen ressalta um caráter meramente descritivo das possibilidades de interpretação que as normas positivadas possuem, ressaltando que a ciência jurídica “não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.” (KELSEN, 1998, p. 251).

A partir disto, Kelsen dá o rótulo de “autêntica” à interpretação jurisdicional, enquanto de “inautênticas” às interpretações realizadas pelos demais agentes jurídicos, como advogados e cientistas, que meramente vão especular pelos sentidos possíveis, com o

*verdadeiro* a ser estabelecido jurisdicionalmente. Há que, entretanto, se atentar ao fato de que um juspositivismo não é, necessariamente, uma forma teórica positiva no sentido da Dialética Negativa.

### **3.1 LUIGI FERRAJOLI, CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E O JUSPOSITIVISMO CRÍTICO**

O juspositivismo de Ferrajoli (2004a, p. 271) possui aspectos eminentemente críticos, e, portanto, negativos. Os resultados políticos da Segunda Guerra Mundial, especialmente no tocante aos Direitos Humanos, culminam em uma crescente de cartas constitucionais capazes de alicerçar Estados Constitucionais, retirando do centro do ordenamento jurídico os Códigos Civis e Penais, e tornando obrigatórias as promessas não cumpridas da modernidade. Para o positivismo crítico, ou garantista, de Ferrajoli (2014, p. 277-278), a crítica é o caminho para a continuidade da expansão dos direitos que está no cerne do constitucionalismo.

Garantismo designa, no pensamento de Ferrajoli (2002, p. 684), um *modelo normativo* de Direito, nunca plenamente realizável. O garantismo, enquanto modelo de constitucionalismo, é uma Teoria do Direito que vê a entrada das constituições do segundo pós-guerra como um complemento do juspositivismo, conforme FERRAJOLI (2012, p. 22-23):

O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas - os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais - que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complemento [p. 23] tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico por positiva não apenas o 'ser', mas também o 'dever ser' do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. Assim, o constitucionalismo jurídico excluiu a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria.

É, dentre outras coisas, um modelo de constitucionalismo que se funda na autonomia recíproca (FERRAJOLI, 2006, p. 17) do direito e da moral, especialmente para evitar quatro falácias:

[...] a falácia jusnaturalista, consistente na identificação (e na confusão) da validade com a justiça, em algum sentido objetivo desta palavra; e a falácia ético-legalista, consistente - mesmo na variante do constitucionalismo ético - na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade. Ao mesmo tempo, somente a abordagem juspositivista serve para evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição, porque supraordenada a qualquer outra fonte, e, portanto, as outras duas virtuais divergências deontológicas - entre validade e vigência e entre vigência e eficácia - cujo desconhecimento está na origem de outras duas graves falácias: aquela normativista, que impede, como ocorre na teoria de Kelsen, de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes; e aquela realista, que impede, ao contrário, de reconhecer a existência de normas válidas, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas mesmo se eficazes. (FERRAJOLI, 2012, p. 33, grifos do autor)

Pode-se, ainda, desenhar o garantismo pela distinção que guarda tanto do constitucionalismo argumentativo quanto do paleojuspositivismo. Primeiro, pela distinção entre modelos de constitucionalismo, se distingue pela já referida tese (FERRAJOLI, 2006, p. 12-13) de separação entre direito e moral. Ferrajoli afirma ainda (FERRAJOLI, 2011, p. 15) que tal separação é o próprio conceito do positivismo jurídico, já que este, na clássica lição de Bobbio (2006, p. 26), implica na afirmação de que não há outro direito que não o positivo. Segundo, pela natureza crítica do garantismo, já que, conforme FERRAJOLI (2002, p. 700):

Uma idéia que é comum às doutrinas juspositivistas é a do caráter avalorativo da ciência jurídica e da não possibilidade de crítica a partir do seu interior - mas apenas do exterior, e em sede moral e política - das leis vigentes. Sobre esta base Kelsen configura a teoria do direito como “pura”, isto é, isenta de “juízos subjetivos de valor”, e Bobbio critica como jusnaturalista toda a subordinação dos juízos de validade a juízos de valor.

Esta natureza crítica se faz possível pela entrada, justamente, de um *dever-ser interno* ao Direito, que permite que a crítica agora possa se dar justamente por *argumentos jurídicos*, e não políticos, filosóficos ou morais. E nisto se assenta uma das grandes e mais significativas mudanças teóricas do garantismo em relação ao paleojuspositivismo: *a distinção entre validade e vigência*. Mesmo que Kelsen (1998, p. 156), em sua Teoria Pura do Direito, já estabeleça a possível vinculação material de normas hierarquicamente inferiores por normas superiores, ainda não há uma distinção forte entre validez e vigência ligada a tal vinculação, e ainda afirma que “por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito” (KELSEN, 1998, p. 156).

Distinguir validade e vigência importa em uma quebra com duas características do paleojuspositivismo: primeiramente, a inexistência, em sentido estrito, de lacunas legislativas

(FERRAJOLI, 2011, p. 12) ante a ausência de uma obrigatoriedade de legislar que os direitos fundamentais passam a estabelecer; e, por fim, ante a obrigatoriedade legislativa, quebra-se também com o caráter avalorativo da ciência jurídica, que passa a ser crítica tanto das lacunas legislativas que não estabelecem garantias para direitos fundamentais, quanto das antinomias que implicam em direitos vigentes – ou seja, com força normativa – mas inválidos, por serem contrários à Constituição não mais meramente por virtude de forma, mas de matéria (FERRAJOLI, 2011, p. 14).

Além da convergência à noção de atribuir um dever de criticidade à ciência jurídica, o garantismo de Luigi Ferrajoli também possui um outro ponto de convergência com o materialismo dialético negativo de Theodor Adorno que não é nada aparente: as fronteiras demarcadas como *esferas de indecidibilidade*.

Como bem elucida Ferrajoli (2011), a esfera do indecidível paira apenas sobre uma específica área: os Direitos Fundamentais, porquanto são a *base da igualdade jurídica*, e são assegurados por uma razão absolutamente vital: assegurá-los significa *assegurar as condições de possibilidade de uma democracia substancial*. Noutras palavras, significa que “[...] la rigidez ata las manos de las generaciones presentes en cada ocasión, para impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras.” (FERRAJOLI, 2014, p. 64).

A tarefa de manter estas fronteiras seguras, então, asseguram os direitos das vozes futuras, bem como asseguram um mínimo de Direitos Fundamentais capazes de conferir algum patamar emancipatório, ou *de não desistir desta possibilidade*, a de emancipação através do Direito. Os encarregados desta tarefa, entretanto, não são só os envolvidos diretamente nas atividades institucionais do Estado, mas sim, também, a ciência jurídica. Na esteira negativa, entretanto, debruça-se sobre um problema: a crítica na ciência jurídica é possível?

#### **4 CRÍTICA E PROGRESSO JURÍDICO**

Se o caminhar do Direito é direcionado pela crítica, e os projetos jusfilosóficos trazem a tarefa ao seu cercado disciplinar, a sua saúde torna-se tanto dependente de um sistema político saudável quanto dependente da saúde dos que passam a guardá-lo dos ataques que podem deste mesmo sistema partir. Juristas, investidos na academia, nas carreiras públicas, na advocacia ou, ainda, na própria política partidária, podem, nas condutas que exibem, influir sobre o Direito, ainda mais, como bem ressalta Wolkmer (2015b, p. 135),

pelos mecanismos de participação popular que surgem com a Constituição Federal de 1988, que pode ser lida por prismas diversos, conforme WOLKMER (2015b, p. 135):

Embora exista a possibilidade de se admitir que a Constituição Republicana de 05 de outubro de 1988 não escape totalmente desse enquadramento apriorístico e racional, há de se reconhecer certos avanços que aproximam mais diretamente suas 315 disposições normativas com o momento histórico e a realidade social existente no país. Aliás, seu retrato igualmente liberal, formalista e vulnerável não inviabiliza um alcance múltiplo: afinal, tanto serve “à legitimação da vontade das elites e à preservação do status quo” quanto “poderá representar um instrumento de efetiva modernização da sociedade”, pois, além de consagrar mecanismos de democracia direta e de maior participação popular e autonomia municipal (pluralismo político: art. 1º, V), novos direitos comunitários foram previstos, principalmente aqueles instrumentalizados pela figura inovadora dos sujeitos sociais, como entidades sindicais, associações civis etc.

Influem, entretanto, sobre as condutas destes agentes vários relevantes aspectos. Sem a pretensão exauriente, podem ser analisados os potenciais críticos, para os fins aqui destacados, a partir de um prisma: a tecnocracia, alicerce da sociedade industrial, em ascensão que eclipsa os avanços filosóficos do séc. XX.

Reconhecendo tanto a Dialética Negativa adorniana quanto os posicionamentos jusfilosóficos esboçados, como rebotes aos horrores da Segunda Guerra Mundial e aos sistemas políticos totalitários que a causaram, alimentaram e até mesmo a ela sobreviveram, devemos, primeiramente estabelecer que o lugar histórico onde os juristas – e os filósofos – devem exercer os papéis de críticos, *negadores*, ainda é marcado por um totalitarismo.

Conhecemos bem a política totalitária na forma de regimes brutais que realizam sua integração através do cassetete e da baioneta. No caso da tecnocracia, porém, o totalitarismo reveste-se de uma forma mais apurada porque suas técnicas tornam-se cada vez mais subliminares. A característica principal do regime dos especialistas está no fato de que, embora possua amplo poder coercitivo, ele prefere extrair-nos submissão explorando nossa profunda lealdade para com o cientificismo e manipulando as seguranças e bens materiais que a ciência nos deu. (ROZAK, 1973, p. 22)

Sob a égide da tecnocracia, a atomização das disciplinas na modernidade ocidental constrói cercados metafísicos específicos dedicados às resoluções dos quebra-cabeças de seus respectivos paradigmas científicos (KUHN, 2006, p. 44), e estas resoluções, configuram-se em uma manipulação técnica que, como bem lembra Roszak (1973, p. 21), tem uma aparência de neutralidade ideológica. O ideal técnico, aparentemente neutro, ao qual se assemelha fielmente a *Teoria Pura do Direito*, especialmente ao dar à ciência a tarefa meramente descritiva (KELSEN, 1998, p. 1 e p. 49) – como interpretação inautêntica (KELSEN, 1998, p.

250-251) – ainda se encontra no ensino jurídico contemporâneo, por exemplo, no prestígio da manualística às jurisprudências, tal qual a tarefa descritiva (cognoscitiva) na hegemonia do método de leitura legislativa na docência (STRECK, 2014, p. 43), que remete à prática que nomeia a Escola da Exegese.

A aparente neutralidade da técnica encontra ainda no caráter neutro da informação (ROSZAK, 1988, p. 40) novos ares. Ainda ressalta, entretanto, ROSZAK (1988, p. 140), que “[...] ainda que a informação, mesmo quando se move à velocidade da luz, não deixa de ser o que sempre foi: pequenos pacotes de fatos, descontínuos, que podem ser úteis ou triviais, mas nunca são a essência do pensamento.”

A ciência jurídica, entretanto, fica situada de maneira especialmente delicada: seu cercado epistêmico falhou aos testes de ambos os continentes cindidos pela modernidade, tanto o da verdade (afundado junto com o projeto paleojuspositivista), quanto o do bom e do belo (afundado *pelo* projeto paleojuspositivista). Ainda, numa tecnocracia onde “tudo se torna objeto de exame e manipulação puramente técnicos” (ROSZAK, 1970, p. 19), o tecnicismo é caudatário de uma normatividade caótica tanto na produção legislativa quanto na jurisprudencial. Isto não quer dizer, entretanto, que a posição da filosofia está segura, já que também relegada ao caráter de ciência particular (ADORNO, 2009, p. 12).

Ainda, há que se elencar uma outra lição do pensamento negativo adorniano relevante à possibilidade (ou não) da crítica na Ciência Jurídica, que é o estranhamento do pensamento racional em relação ao sofrimento (ADORNO, 2008, p. 37). Não significa dizer que o sofrimento adentra o jurídico na *applicatio*, que ainda confia na anterioridade da legalidade como prevenção às excepcionalidades, mas que, encarregados os agentes jurídicos também, senão da tarefa, mas ao menos da possibilidade da crítica, não devem se olvidar da relevância desta tarefa: “Pensar é, já em si, antes de todo e qualquer conteúdo particular, negar, é resistir ao que lhe é imposto [...]” (ADORNO, 2009, p. 25).

## **5 CRÍTICA E VERDADE NO DIREITO: UM ESBOÇO PRÉ-CONCLUSIVO**

Explorados, de forma breve, o pensamento de Adorno, bem como o juspositivismo crítico de Ferrajoli, assim como a problemática acerca da tecnocracia e da possibilidade da crítica, restam algumas incursões a serem feitas.

Adorno, principalmente em seu momento posterior à Guerra Mundial que o levou ao exílio, passa a preocupar-se com a educação. No ato filosófico inaugural, por assim dizer, da Escola de Frankfurt, a *dialética do esclarecimento*, preconizaram Adorno e Horkheimer por

um pensamento que faça violência a si mesmo. E é este o começo, talvez, do que viria a ser a preocupação de Adorno com a educação.

ALMEIDA (2009, p. 59), elucida:

O pensamento, de acordo com os autores, é exatamente a tomada de consciência de si mesmo frente às ilusões enganadoras, para tanto é necessário que a cada suposta certeza, se hesite, não no sentido de não saber o que fazer, mas de duvidar, procurando reavaliar aquela convicção, e nesse movimento, superar reiteradamente os constantes enganos. Nesse sentido a relação com a verdade é negativa, na medida em que antes de afirmá-la, nega-se o falso. A raiz desse movimento é a tensão existente, a contradição.

Almeida continua (2009, p. 67) elucidando que o enfoque educacional de Adorno visa justamente possibilitar um pensamento desvinculado da dominação, que é reprodução justamente do esclarecimento. Constrói, evidentemente, sobre a crítica do esclarecimento como processo que forjou a condição de conhecimento a partir da *dominação* dos objetos, propondo justamente uma educação capaz de *quebrar* a repetição destes padrões.

Isto, de forma alguma, significa um *abandono* do pensar cognoscitivo. Muito pelo contrário, significa reconhecer que, como lembra Bonefeld (2009, p. 126), o pensamento deve estar conectado justamente aos problemas mundanos, à realidade material e histórica. É justamente resgatar uma investigação conceitual da metafísica, em prol de uma conceitualização que *leva o conceito à realidade*, em movimento dialético negativo. Elucida, ainda Bonefeld (2009, p. 127), que a qualidade crítica de um pensamento não é avaliada pelas respostas que fornece, mas sim *pelas perguntas que faz*.

Porque, justamente, o movimento negativo que o pensamento realiza, ao levar os conceitos às coisas mesmas, denota justamente, como afirma ADORNO (1973, *apud* BONEFELD, 2009 p. 139, em tradução livre), que “os objetos não entram em seus conceitos sem deixar uma sobra”.

É esta a sobra, a *não-identidade*, que o pensamento crítico é capaz de elucidar. E no Direito, antes de mais nada, trazer tanto a realidade da própria realidade positivada, quanto da atividade institucional que se legitima nestes conceitos, que é possível. E, talvez, é o que possibilita também que o Direito se torne uma via emancipatória, e não mera reprodução da dominação e da barbárie, sempre tão naturalizadas quando falamos em um esmagador poder das majorias.

Mesmo a Filosofia, alerta Adorno (2013, p. 41), que é o lar onde se permitem indagações sobre a possibilidade de uma verdade ou de algo além, ainda toma o modelo da ciência para si. Desde a modernidade, enxerga o filósofo (2013, p. 42), há uma controvérsia

sobre a relação entre a filosofia e as ciências: quando esta evoca para si o papel da verdade, posicionando-se como base para todas as ciências, ou ainda, *uma ciência-mestre*, ela entra na disputa com as ciências, e perde. Quando, entretanto, a filosofia se pretende livre das ciências, vira mera sombra de um antigo credo.

Quando o pensamento se desliga da divisão de trabalho, ele cai para trás do desenvolvimento das forças e se comporta 'arcaicamente'. Se como ciência, entretanto, ele se integra às ciências, então ele renuncia ao seu impulso próprio no exato ponto onde ele mais precisa dele. Ele permanece reificado, uma mera imitação modelada nas categorias sociais e ao final relações produtivas. (ADORNO, 2013, p. 43, em tradução livre).

O Direito, como todas as demais disciplinas, não se vê livre também de pensar tal problemática. Ferrajoli (2011) alerta justamente para o fato de que permanecem traços discriminatórios nas Cartas Constitucionais contemporâneas. Ainda, faz, à sua forma, projeto similar ao de Adorno, ao afirmar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o constitucionalismo do segundo pós-Guerra tornam *qualquer forma de barbárie* juridicamente impossível, levando-o a afirmar que não há algo como guerras lícitas, propondo como leitura coerente o *pacifismo jurídico*, e levando os *conceitos jurídicos* às coisas mesmas, atestou que eles não foram capazes de impedir a reentrada da barbárie no cenário global (FERRAJOLI, 2004b, p. 27).

Por sorte, então, para o garantismo, há a necessidade de uma crítica forte aos comportamentos institucionais e às legislações vigentes. E, ainda preservando um núcleo rígido – que pode ser afirmado, talvez, como *emancipatório* – que é, antes de mais nada, democrático, o garantismo assegura ainda um horizonte dialético, no qual é possível assegurar às vozes do futuro a possibilidade de, além de tudo, *negar o presente*.

## 6 CONCLUSÃO

A *imanência* da negatividade dialética de Adorno atesta um núcleo temporal à verdade, sob o qual a crítica, a negação, age ao demonstrar o que *não é*, o que *foge ao conceito*. Se na abordagem materialista não há nada de único à proposta adorniana, a inovação surge no abandono da síntese, da positividade que fecha a operação dialética em Hegel. Significa dizer: a crítica, o movimento de negação, não tem uma reconciliação. Nisto, altera de forma relevante o materialismo, ao libertá-lo de utopias de progresso e de sínteses que

finalizam a negatividade, e ao ressaltar que, se o progresso é possível, ele depende da crítica. A crítica, entretanto, é possível?

Na academia, local talvez mais propício à crítica, o condicionamento aos índices, à produtividade, e a desvalorização do fomento às ciências sociais e humanas – pejorativamente referidas, por vezes, como *soft sciences* – em favor das naturais, e da saúde, pela sua aparência “prática”, cada vez mais estimulando o tecnicismo útil à tecnocracia faltante às posturas críticas – uma reedição do jargão “*critica, mas não oferece solução*” – apontam que há pouca recompensa no incômodo caminho da crítica. Por outro lado, à dita “prática” jurídica, o tecnicismo cômodo não só garante o acesso a salários vultuosos, como isenta o agir das instituições e agentes com uma nebulosa normativa a ser invocada nos menores sinais de críticas.

Ainda, a crítica deve sobreviver às tendências ascéticas da racionalidade e do método. Não significa a sucumbência à irracionalidade, tal qual a negatividade crítica não impõe uma supressão da chamada Teoria Tradicional. Significa, sim, alimentar a tensão dialética que coloca a racionalidade em movimento, em auto-crítica, tal qual a crítica o faz com a Teoria Tradicional. À Adorno, formas alternativas de conhecimento podem, numa dialética com o conhecimento racional, representar uma negação emancipatória, humanizadora, como a música. A possibilidade, entretanto, é um movimento de pensamento e de resistência.

O garantismo, ao reclamar um papel crítico à ciência jurídica, se alinha ao reclame de Adorno. Nega o papel da teoria pura de realmente transformar a sociedade e o Direito, reclamando dela que mantenha um olhar crítico capaz de assegurar as barreiras necessárias à práxis crítica, calcando-se numa possível democracia substancial, com vínculos e limites, bem como Direitos Fundamentais.

A mutabilidade temporal que o pensamento materialista informa também serve-se das portas abertas da chama democrática que o garantismo tenta manter acesa: se as soluções para garantir os direitos ainda não foram apresentadas, manter a chama acesa é também assegurar os meios caso elas se apresentem. Novamente, entretanto, isso só se faz a partir da negação, cuja possibilidade parece, cada vez mais, menor com o andar cada vez mais técnico e ajustado às relações de mercado que trilha a ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Teoria Estética**. Lisboa: Edições 70, 2008. 544 p.

\_\_\_\_\_. **Dialética negativa**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. 352 p.

\_\_\_\_\_. **Against Epistemology: A Metacritique**. Malden: Polity, 2013. 259 p.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 254 p.

ALMEIDA, Juliana. **Da possibilidade de emancipação humana**: experiência formativa e elaboração do passado – Contribuições de Theodor W. Adorno. 2009, 129 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ARONNE, Ricardo. **Ulisses e a Constituição**: Uma Possível Hermenêutica Crítica da Contemporaneidade Civil-Constitucional. *Diké*, Aracaju, v. 03, n. 01, jan./jul. 2014. Disponível em: <<https://seer.ufs.br/index.php/dike/article/view/2878/2559>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BONEFELD, Werner. Emancipatory Praxis and Conceptuality in Adorno. In: HOLLOWAY, J; MATAMOROS, F; TISCHLER, S. **Negativity and Revolution**: Adorno and Political Activism. Londres: Pluto Press, 2009. ISBN 978 0 7453 2837 9.

DENORA, Tia. **After Adorno**: Rethinking Music Sociology. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 176 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004a. 301 p.

\_\_\_\_\_. **Razones jurídicas del pacifismo**. Trotta: Madrid, 2004b. 150 p.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

\_\_\_\_\_. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trotta: Madrid, 2014. 259 p.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia**: 1. Teoría del derecho. Trotta: Madrid, 2011. ISBN 978-84-9879-415-1.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L., STRECK, L. L. e TRINDADE, A. K. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

\_\_\_\_\_. **Garantismo**: uma discusión sobre derecho y democracia. Trotta: Madrid, 2006. 132 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. 360 p.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A Subjetividade do Tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 124 p.

ROEHE, Marcelo Vial. **Uma abordagem fenomenológico-existencial para a questão do conhecimento em psicologia**. Estud. psicol. (Natal), Natal, v. 11, n. 2, ago. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2006000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 31 mai. 2017.

ROSZAK, Theodore. **A contracultura**. Petrópolis: Vozes, 1972, 301 p.

\_\_\_\_\_. **O culto da informação**: o folclore dos computadores e a verdadeira arte de pensar. Brasília: Brasiliense, 1988. 335 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 158 p.

THOMSON, Alex. **Compreender Adorno**. Petrópolis: Vozes, 2010. 220 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015a. 477 p.

\_\_\_\_\_. **História do Direito no Brasil**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015b. 207 p.