

# **II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO**

**NOSSOS CLÁSSICOS**

---

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]  
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado  
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

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

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.  
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.  
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de  
Janeiro, RJ).

CDU: 34

---



UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO

# II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

## NOSSOS CLÁSSICOS

---

### **Apresentação**

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos objetivos principais da criação da iLatina também foi manter viva a memória e o pensamento de autores e autoras que contribuíram para a Filosofia do Direito de países que seguiram, mais de perto, uma tradição latina. O grupo, denominado Nossos Clássicos, contou com a apresentação plenária do professor Henrik López Sterup, da Universidade de los Andes, e o conjunto de textos podem ser verificados a seguir. O professor destaca a importância e urgência de se compreender as realidades do mundo latino, que demandam soluções igualmente latinas.

Foram seis trabalhos enviados, provenientes do Brasil, Argentina, Equador e Peru, apresentados nesta temática.

Diego Luna (Argentina) discorre sobre a obra de Calos Cossio, com destaque para a teoria egológica, que afirma que o Direito não consiste apenas da norma; é, também, um fenômeno social. Miguel Angel Ciuro Caldani (Argentina) faz uma exposição da vida pública de Werner Goldschmidt e sua teoria do tridimensionalismo do direito, que tem como eixo a justiça e a busca pela compreensão das questões jurídicas a partir da integração da teoria da norma, da realidade social e do sistema de valores.

Jorge Alonso Benitez Hurtado (Equador) assinala as contribuições do jurista e filósofo Jorge Villagómez Yépez que, segundo o autor, reconhece e desenvolve a essência do Direito a partir do seu caráter humano, do seu traço bilateral e do seu propósito regulador.

As autoras Marcela Braga Nery e Mariana Musse Pereira (Brasil) trazem uma resenha do livro “Filosofia do Direito e transformação social” (2017) de Manuel Atienza, que apresenta o Direito como prática social.

José Chávez-Fernández Postigo (Peru) resgata a obra de Luis Recaséns Siches, destacando elementos precursores da argumentação jurídica contemporânea: “es posible encontrar al menos dos elementos de la mayor relevância que pueden ser de utilidade para renovar las teorías de la argumentación jurídica actuales em orden a su mejor conexión com la realidade.”

Juan Pablo Alonso (Argentina) pontua tópicos que qualificam a inovadora abordagem principiológica de Luigi Ferrajoli. Por fim, Leonel Severo da Rocha (Brasil), com base na matriz teórica de Claude Lefort, retoma o discurso crítico de Rui Barbosa (A Situação Liberal - 1879), ainda na fase do Império, sobre a dificuldade de se criar uma sociedade democrática no Brasil.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

**RESENHA DA OBRA FILOSOFIA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL, DE MANUEL ATIENZA**

**RESENHA DA OBRA FILOSOFIA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL, DE MANUEL ATIENZA**

**Marcela Braga Nery  
Mariana Musse Pereira**

**Resumo**

Na sua mais recente obra, Atienza aponta para a necessidade de construção de uma filosofia do Direito atenta às questões do mundo latino, direcionada ao objetivo da transformação social. Para tanto, propõe um rompimento com o normativismo e defende que o Direito seja entendido como prática social. Nesse sentido, entende que a matriz pós-positivista, cuja principal característica reside em se afastar do entendimento da separação entre Direito e moral em termos dicotômicos, é a que oferece maiores condições para romper com o formalismo predominante nos países ocidentais. Sugere um objetivismo moral mínimo para o bom funcionamento do sistema jurídico e do Estado de Direito. Destaca ainda a importância do desenvolvimento de um conceito de argumentação amplo e sistemático, capaz de conciliar a dimensão lógico formal com as dimensões material e a pragmática (teórica e dialética).

**Palavras-chave:** Direito como prática social, Pós-positivismo, Transformação social

**Abstract/Resumen/Résumé**

In his most recent work, Atienza points the need to build a philosophy of the law that cares about the questions of the latin world and is directed to pursuit the social changes. In order to do that, he suggests a break with the normativism and defends that the law becomes a social practice. He understands that the post positivism Matrix, that has as it's greatest features to not considerer the separation between law and moral as a dicotomy, is the one that offers bigger conditions to break with the prevailing formalism in the countries of the West. He also suggests that a minimum moral objectivism os needed in order to the juridical system works well. Hehehe highlights the importance of developing a concept of argumentation that is broad and systematic, beeing also capable of conciliate the Logical formal dimension with the material and the pragmatic ones (teoric and dialectic).

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Law as social practice, Post-positivism, Social transformation

## RESENHA DA OBRA *Filosofia del Derecho y transformación social*, de Manuel Atienza

Marcela Nery<sup>1</sup>  
Mariana Musse<sup>2</sup>

### Resumo

Na sua mais recente obra, Atienza aponta para a necessidade de construção de uma filosofia do Direito atenta às questões do mundo latino, direcionada ao objetivo da transformação social. Para tanto, propõe um rompimento com o normativismo e defende que o Direito seja entendido como prática social. Nesse sentido, entende que a matriz pós-positivista, cuja principal característica reside em se afastar do entendimento da separação entre Direito e moral em termos dicotômicos, é a que oferece maiores condições para romper com o formalismo predominante nos países ocidentais. Sugere um objetivismo moral mínimo para o bom funcionamento do sistema jurídico e do Estado de Direito. Destaca ainda a importância do desenvolvimento de um conceito de argumentação amplo e sistemático, capaz de conciliar a dimensão lógico formal com as dimensões material e a pragmática (teórica e dialética).

**Palavra-chave:** Direito como prática social, pós-positivismo, transformação social.

### Abstract:

In his most recent work, Atienza points the need to build a philosophy of the law that cares about the questions of the latin world and is directed to pursuit the social changes. In order to do that, he suggests a break with the normativism and defends that the law becomes a social practice. He understands that the post positivism Matrix, that has as it's greatest features to not considerer the separation between law and moral as a dichotomy, is the one that offers bigger conditions to break with the prevailing formalism in the countries of the West. He also suggests that a minimum moral objectivism os needed in order to the juridical system works well. Hehehe highlights the importance of developing a concept of argumentation that is broad and systematic, beeing also capable of conciliate the Logical formal dimension with the material and the pragmatic ones (teoric and dialectic).

**Key words:** Law as social practice, post-positivism, social transformation.

---

<sup>1</sup> Mestranda da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Email: mbraga.nery@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2015). Email: marianamusse@gmail.com

## 1. Introdução

Manuel Atienza é um reconhecido jurista e filósofo espanhol, nascido na cidade de Oviedo, Espanha e catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante. Dentre suas obras mais conhecidas, pode-se destacar: *Las razones del derecho* (1991), *Tras la justicia* (1993), *Las piezas del derecho* (1996), *El sentido del Derecho* (2001), *El Derecho como argumentación* (2006) *Curso de argumentación jurídica* (2013).

Atienza se destaca por se afastar da ideia paradigma do mundo contemporâneo de considerar a norma como essência do Direito. O referido autor enxerga o Direito como uma atividade prática e, como tal, é linguagem destinada a persuadir e convencer com o fim de estabelecer certa pretensão.

O presente trabalho se propõe a analisar a sua mais recente obra *Filosofía del Derecho y transformación social* por dois motivos principais: primeiro devido a atualidade da mesma e, segundo, porque a proposta do autor em criar uma filosofia do Direito para o mundo latino, adotando-se métodos de análise e objetivos direcionados para os problemas regionais e tendo como fim principal a transformação social é bastante relevante. A utilização de conceitos exportados do contexto anglo-saxão dificulta que sejam encontradas as respostas para problemas que realmente importam, daí porque ser tão relevante a proposta de resgate de um pensamento próprio, regionalizado.

Atienza esclarece que sua obra atual tem como objetivo complementar as ideias delineadas no livro *Curso de Argumentação Jurídica* (2013), explorando e desenvolvendo os temas filosóficos que a teoria e a prática da argumentação jurídica demandam.

A proposta principal da obra é buscar uma fusão entre o aspecto material (análise da Filosofia do Direito) e o aspecto formal (maneira de tratar da filosofia como mecanismo de transformação social) do Direito.

Segundo Atienza, a sua maneira de entender a Filosofia do Direito se enquadra na matriz pós-positivista cuja principal característica reside em se afastar do entendimento da separação entre Direito e moral em termos dicotômicos. Tratam-se, portanto, de conceitos tanto separados como contínuos, sendo mais adequado entendê-los como “conceitos conjugados.” (ATIENZA, 2017, p. 10)

A tese do autor é desenvolvida ao longo de dez capítulos, que podem ser lidos de maneira relativamente independentes. O tratamento da matéria não se prende a uma organização sistemática, sendo nítido seu caráter fragmentário. Por tal razão, a presente

resenha trabalhará as principais ideias tratadas ao longo da obra de maneira a delinear os aspectos basilares do pensamento do referido autor.

## **2. O Direito como prática social**

Uma das principais preocupações de Atienza é destacar o entendimento de que o Direito não deve ser considerado apenas na sua dimensão autorizativa e organizativa, mas também na sua vertente finalista e valorativa (o direito como prática social).

Dessa maneira, há uma contraposição clara com o normativismo<sup>3</sup> jurídico enquanto concepção unilateral do Direito e amplamente seguido na cultura jurídica do mundo latino<sup>4</sup>, posto que os normativistas focam exclusivamente na forma de organização externa da sociedade (o que constitui o elemento normativo e coercitivo), deixando de lado a noção de que o Direito também é, ao mesmo tempo, um sistema de fins.

Segundo Atienza, nas últimas décadas é possível observar mudanças importantes nas culturas jurídicas, sendo que o foco de estudo do autor são aquelas que ocorreram no mundo latino. Mesmo não tendo homogeneidade, ele destaca ser possível identificar certas tendências gerais consubstanciadas em duas vertentes: a cultura dos direitos e o giro argumentativo.

No que se refere à cultura dos direitos, o autor destaca ser esse um fenômeno global inerente à modernidade que se transformou em um componente essencial não apenas do Direito, mas também da visão de mundo.

Já o aspecto argumentativo do Direito, apesar de estar difundido, não possui esse caráter universal. A cultura marcadamente formalista do Direito no mundo latino é um

---

<sup>3</sup> Atienza esclarece que entende o normativismo como “a tendência de ver o Direito fundamentalmente (ainda que nem sempre exclusivamente) como uma série de normas, as quais poderiam ser de um único tipo ou de uma variedade de tipos, de maneira que esse enfoque não supõe excluir que do Direito possam formar parte também normas provenientes de um suposto direito natural.” O autor ainda acrescenta que o traço comum que se pode identificar em todos os normativistas é a identificação do direito com um objeto e não como uma prática social. (ATIENZA, 2017, p. 16)

<sup>4</sup> Cumpre ressaltar que Atienza inclui no mundo latino não apenas os países da América Latina, como também os países latinos da Europa, em especial Espanha, Portugal e Itália (ATIENZA, 2017, p. 47). O autor destaca que estes países são afins desde o ponto de vista dos sistemas jurídicos e da língua, possuindo uma rica tradição de pensamento jurídico. Além disso, “em todos eles Estado constitucional opera como um ideal regulativo para o desenvolvimento do Direito e da cultura jurídica.” (ATIENZA, 2017, p. 49)



dos fatores que contribuem para essa restrição do enfoque argumentativo. Além disso, o autor destaca que a demanda por uma maior democratização, como consequência da implantação do Estado constitucional é um fenômeno relativamente recente nos países latinos.

É interessante destacar que, em que pese Atienza destacar que houve um giro argumentativo no Direito, ele reconhece inexistir uma teoria argumentativa do Direito bem desenvolvida, sendo comum por parte de boa parte dos teóricos do mundo latino<sup>5</sup> a descrença nesse tipo de orientação.

Em que pese identificar na obra de Ihering os elementos percussores do pós-positivismo, Atienza sustenta a necessidade de se ir além das ideias do referido autor, pois na sua concepção não está presente a noção de direitos humanos nem a de Estado de Direito. Segundo Atienza (2017, p. 45) o Direito poderia ser definido como:

*[...] el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con os requerimientos del Estado de Derecho [...]*

No entendimento de Atienza, (2017, p. 35), a ideia de que o Direito deve ser uma prática social contém três elementos principais:

1) uma **concepção dinâmica** do Direito, que supõe considerá-lo não simplesmente como um feito social, mas como um **artefato social complexo**<sup>6</sup>, inventado para cumprir determinados propósitos, contrapondo-se, dessa maneira, com os objetos naturais;

2) a distinção de **duas dimensões**: uma organizativa ou autorizativa e outra finalista ou axiológica, sendo que esta segunda deve preponderar sobre a primeira; e

3) a necessária vinculação da prática jurídica com **valores morais objetivos e, em especial com o valor de justiça**.

Em geral a filosofia do Direito trabalha com conceitos demasiadamente abstratos, afastados da realidade prática. Então, é importante que a filosofia encontre alguma maneira de entender a noção de universalidade que, “preservando a ideia de

---

<sup>5</sup> Atienza (2017, p. 99-104), a título exemplificativo, destaca as críticas ao giro argumentativo tecidas por autores de peso do mundo latino, citando Luigi Ferrajoli (2011), Enrique Haba (2010), Juan Antonio García Amado (2010), Francisco Laporta (2008).

<sup>6</sup> Atienza esclarece que utiliza a expressão artefato social em sentido amplo, de maneira a incluir na mesma não apenas objetos, coisas, mas também ações, processos, etc, não apenas o produto, o resultado, como também a atividade. Ou seja, o foco está na intencionalidade, na ideia de propósito, daí porque o Direito entendido como artefato parte de uma perspectiva não apenas estrutural como também funcional. (ATIENZA, 2017, p. 36)

abertura e crítica, não incorra em um pensamento puramente abstrato, ideológico, podendo ser de utilidade tanto para os filósofos como para os que não são filósofos profissionais” (ATIENZA, 2017, p. 74).

Fica evidenciado assim, o entendimento do autor no sentido de que a filosofia deve ter não apenas um viés teórico, mas também prático, sendo capaz de utilizar ideias gerais articuladas de maneira a permitir entender melhor o mundo.

Na visão de Atienza (2017, p. 76) a filosofia jurídica além de contribuir para manter as fronteiras do Direito abertas, deveria exercer um papel mais intervencionista e de guia em relação à prática jurídica e com as instituições sociais em geral. Ainda de acordo com o referido autor “as funções do Direito não podem ser mais exclusivamente o de garantir [...], de fora, a marcha da sociedade [...] mas sim o de orientar e promover o desenvolvimento social para a consecução de certos objetivos e valores”. (ATIENZA, 2017, p. 82).

### **3. Uma filosofia para o mundo latino**

No capítulo segundo o autor direciona seu foco para a necessidade de construção de uma filosofia para o mundo latino que rompa com a tradição positivista da região. No entanto ele destaca que é muito difícil traçar os aspectos que distinguiriam essa filosofia local das demais filosofias generalistas, mas considera que os traços distintivos estariam na identificação das matérias de estudo, no método empregado e na função ou finalidade perseguida e lança os seguintes questionamentos:

*¿ Estamos los filósofos del Derecho del mundo latino volcado (u orientados preferentemente) a las cuestiones que tenemos razones para considerar las más relevantes en nuestras culturas jurídicas? ¿Nos hemos preocupado por desarrollar las herramientas metodológicas que podrían servirnos a nosotros (y a los otros operadores jurídicos) para resolver o esclarecer los problemas relevantes que plantean el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos? ¿Hemos reflexionado suficientemente sobre cuál tendría que ser el papel de la filosofía del Derecho en el conjunto del saber jurídico (tal y como es practicado en nuestros medios) y de los saberes sociales y de la filosofía (tal y como se dan también en nuestros medios)? ¿Y acaso las respuestas a todas esas preguntas no nos llevarían a procurar elaborar una filosofía del Derecho menos seguidista que la que solemos practicar? (ATIENZA, 2017, p. 56)*

A construção de uma filosofia do Direito para o mundo latino esbarra em dois obstáculos principais: o formalismo que enquanto ideologia predominante reduz o Direito às regras e o isola de outros fenômenos sociais e culturais (positivismo) e o

extremo oposto disso, propagando pelos neoconstitucionalistas, que reduzem o Direito a princípios e valores, fazendo com que ele perca seus traços característicos e seja considerado como mais um capítulo da moral. (ATIENZA, 2017, p. 57)

No intuito de delinear uma filosofia que seja adequada ao mundo latino, Atienza aponta requisitos que devem ser observados na construção desse modelo e destaca que para que uma filosofia do Direito consiga cumprir com estas exigências é essencial que esteja centrada na dimensão argumentativa do Direito.

Assim, partindo do entendimento de que o Direito é uma prática social, o autor destaca que a teoria do Direito deveria, de alguma maneira, integrar essa prática, razão pela qual sustenta que o norte para os trabalhos do teórico do Direito deveria ser não tanto a busca pela originalidade, mas essencialmente a cooperação com outros teóricos na melhoria dessa prática.

Atienza aponta a falta de pragmatismo, entendido como uma atitude ou um pressuposto último do pensamento jusfilosófico consistente em dar primazia à prática, como sendo o defeito principal que deve ser evitado na construção de uma filosofia do Direito aplicada ao mundo latino.

Outro ponto abordado pelo autor se refere à ideia de que a elaboração de uma teoria do Direito completamente geral, válida para qualquer sistema jurídico tem um valor limitado. Entende ser mais adequado buscar uma regionalização do conhecimento que atente para os diversos círculos de cultura existentes.

Contudo, Atienza ressalva que sua proposta não é um convite a um “localismo” da teoria do Direito, mas sim é um convite a distinguir entre questões locais e questões que possuam um valor genuinamente geral ou universal. Segundo ele, as teorias jusfilosóficas regionais poderiam exercer um relevante papel na mediação entre o local e o universal, contribuindo para uma globalização mais equilibrada na teoria do Direito.

Outra questão que precisa ser contornada na construção de uma filosofia local é a observância de que o objetivo da teoria do Direito deve ser o de se ocupar de problemas mais relevantes, sendo essa relevância fixada pelos interesses da comunidade jurídica.

Na visão do autor, um modelo de teoria do Direito pragmaticamente útil e culturalmente viável para os países latinos seria aquele que conciliasse três elementos:

- a) **o método analítico** (um dos aspectos mais valiosos do positivismo jurídico)  
= Atienza considera que seria insensato prescindir da clareza conceitual e do

método de análise da linguagem edificados pelos positivistas. No entanto ressalta que essas categorias devem ser utilizadas como ponto de partida e não de chegada;

- b) **o objetivismo moral** = o Direito não é um fenômeno isolado e a filosofia do Direito deve se relacionar com a filosofia moral e a filosofia política. Contudo, isso não implica em reduzir o Direito aos fenômenos com os quais se relaciona, não significa reduzir o raciocínio jurídico ao raciocínio moral. Segundo esclarece Atienza (2017, p. 66) ser objetivo em matéria de moral significa considerar que os juízos morais podem estar ou não justificados em termos racionais, não que sejam verdadeiros ou falsos, mas sim corretos ou incorretos. O objetivismo moral não significa absolutismo moral, ou seja, os juízos de moral incorpora uma pretensão de correção e não de verdade absoluta;
- c) **a transformação social** (noção advinda das teorias críticas do Direito que giram em torno da necessidade de inserir o Direito no meio social e desenvolver seu potencial de transformação social) = o maior *déficit* que Atienza atribui a filosofia do mundo latino é a sua construção sem considerar o conhecimento social disponível. No entanto, o autor considera que os autores críticos se mantiveram mais preocupados em criticar que em desenvolver uma teoria do Direito que pudesse servir para transformar o Direito e a sociedade.

De acordo com Atienza, a sua proposta não consiste em um sincretismo jusfilosófico, mas sim uma tentativa de se apropriar do que há de valioso em cada uma dessas concepções, através de uma atitude “não apenas pragmática, mas inclusive oportunista”. (ATIENZA, 2017, p. 62).

Por fim, Atienza (2017, p.69) destaca que todas as características trabalhadas anteriormente se conectam com a visão argumentativa do Direito, que viabiliza que a teoria seja conciliada com a prática na medida em que:

- a) permite tornar operativas para os juristas muitas das construções doutrinárias elaboradas no marco da teoria do Direito;
- b) conecta a filosofia do Direito com a filosofia em geral e com os saberes sociais, e;

- c) demanda a utilização do método analítico, sobre a base de um certo objetivismo moral, facilitando a tomada de decisões com o fim de melhorar o Direito e a sociedade.

#### **4. Repensando a ponderação e a dogmática**

A ponderação é um tema mais polêmico e que divide opiniões, razão pela qual o autor destaca não pretender ser a favor ou contra a mesma, mas melhor compreender seu funcionamento.

De pronto, o autor deixa claro que não há uma receita mágica para ponderar e resolver todos os casos, mas que sua utilização poderia ser facilitada ao se utilizar um “arsenal conceitual de não difícil compreensão” pelos juristas práticos.

Na sua visão, a polêmica que envolve esse assunto envolve uma parte legítima, ou seja, se justifica nas diferentes maneiras de conceber o Direito e sua inevitável ambivalência que poderia produzir oposições como a clássica segurança x justiça, bem como uma parte ilegítima, que se constitui devido à dificuldade de diálogo racional em campos influenciados por ideologia e pela comissão de todo tipo de falácia.

Nas palavras de Atienza (2017, p. 155), a ponderação seria:

Um procedimento argumentativo no qual pode se distinguir dois passos. No primeiro – a ponderação em sentido estrito – que se passa no nível dos princípios e regras: se cria, portanto, uma nova regra não existente anteriormente no sistema do qual se trata. Logo, em um segundo passo, se parte da regra criada e se subsumi a ela o caso a ser resolvido.

A justificação interna do primeiro item resulta de um raciocínio com duas premissas (ATIENZA, 2017, p. 155), ao passo em que é a justificação externa do segundo item que se demonstra questionável. Isso decorre da fórmula do peso, idealizada por Robert Alexy, mas que ao ser pensada de forma sensata, proporciona a justificação externa desejada.

As críticas direcionadas as concepções de ponderação derivam da sua contraposição com a subsunção e o caráter casuístico da mesma. Quanto à primeira, o autor afirma ser possível reconstruir o argumento ponderativo de forma lógica e, concorda com caráter casuístico da ponderação, destacando, porém, que sendo introduzida uma exceção, isso não implica em dizer que houve o abandono do princípio da universalidade, nem que se incorre em um tipo de particularismo.

As ocasiões nas quais se utilizariam a ponderação seriam nos casos difíceis, que as regras do sistema não proveem resposta adequada e se recorre aos princípios<sup>7</sup>. Essas lacunas poderão ser normativas e axiológicas.

[...] é importante distinguir entre dois tipos de lacunas (de lacuna no nível das regras): as lacunas normativas, quando não há uma regra, uma pauta específica de conduta que regule o caso; e axiológicas, quando a regra existe, mas estabelece uma solução axiologicamente inadequada, de maneira que aqui, por assim dizer, é aplicador ou intérprete (não o legislador) quem gera a lacuna. (ATIENZA, 2017, pg. 156).

Atienza acredita ser insustentável a inexistência da ponderação, mesmo que se pense como um positivista em sentido forte, não se pode negar a existência de lacunas normativas. Ainda que se dissesse que a subsunção somada aos argumentos interpretativos poderia substituir a ponderação, para o autor, seria apenas uma questão de uso persuasivo da norma, considerando que o vocábulo interpretação é mais aceito do que ponderação para muitas pessoas.

Há uma racionalidade na ponderação (ATIENZA, 2017, p. 162), que não consiste simplesmente em seguir as regras da lógica ou infringi-las, mas é necessária a racionalidade prática, observando-se os critérios da universalidade, coerência, adequação das consequências, atender a moralidade crítica e a razoabilidade.

No que se refere a dogmática jurídica, Atienza defende a tese de que ela é, em realidade, uma técnica. Afirma que as tentativas de ver a jurisprudência como ciência nos últimos séculos sempre foi insatisfatória por que:

[...] ao distinguir entre um tipo de atividade com objetivos simplesmente pragmáticos e que não se pode considerar científica (a elaboração dogmática do Direito) e a verdadeira ciência jurídica consistiria em algo distinto: o direito natural, a análise formal dos conceitos jurídicos, estudo dos elementos empíricos do Direito [...] (ATIENZA, 2017, p. 175)

Para sustentar sua visão de que a dogmática jurídica é técnica e não ciência, Atienza apresenta a tese de três autores: Alberto Casamiglia, Alfonso Ruiz Miguel e Jesús Veja e conclui que a dogmática não pode ser considerada apenas uma técnica, mas deve também ser pensada como um tipo de práxis.

---

<sup>7</sup> Retomando os conceitos de relevância para diferentes searas do Direito, Atienza dirá que a maior dificuldade em se compreender a definição de princípios jurídicos decorre da sua diferenciação das regras. Entende que ambos são tipos de enunciados jurídicos, não sendo os únicos, mas que se diferenciam no que ele antecede, ou seja, no caso dos princípios haveria um caráter mais aberto, ao passo em que nas regras, seria mais fechado. Os princípios seriam normas categóricas. Trata-se de uma distinção com caráter gradual, porque as condições de aplicação podem ser mais ou menos abertas ou fechadas. É possível casos de vagueza, ou seja, casos em que há dúvida se a norma é um princípio ou regra.

Há três maneiras de se compreender a dogmática jurídica: o modelo tradicional, o modelo crítico e o modelo reformista. O primeiro é apresentado pela obra de Enrique Gimbernat, o segundo por Alejandro Nieto e o terceiro por Jesús Delgado. Todos são cultivadores da dogmática jurídica. Essas diversas opiniões sobre a natureza da dogmática jurídica fazem com que Atienza busque unificar duas teses: 1) a dogmática não obedece ao modelo de nenhuma ciência, em sentido estrito, mas de uma técnica social e 2) o Direito se insere dentro do que tradicionalmente se chama de razão prática.

A fusão de ambas é o que permite apresentar a dogmática jurídica como uma tecno-práxis (ATIENZA, 2017, p. 186). A dogmática jurídica seria então uma peculiar combinação de técnica social e de filosofia prática (moral e política), um lugar de reunião da razão instrumental e a razão prática (ATIENZA, 2017, p. 192).

## **5. A Filosofia do Direito e a transformação social**

Firme no propósito da necessidade da construção de uma Filosofia do Direito que permita a transformação social, Atienza reitera seu entendimento acerca da insuficiência das correntes juspositivistas e da teoria crítica.

Dessa maneira, na concepção do autor, o juspositivismo não permite atingir tal objetivo porque irá perceber o Direito de forma pobre e a realidade de forma limitada, não permitindo considerar o Direito como fenômeno social. O foco atribuído à análise da linguagem é importante para a filosofia do Direito pretendida, porém, ela não pode se resumir a isso, como pretendem os filósofos juspositivistas. Apesar da relevância e da utilidade, o Direito não pode ser pensado exclusivamente como linguagem, sendo necessário que se leve em consideração o contexto social e histórico, bem como a Filosofia Política e a Filosofia Moral.

Como decorrência da adoção dessa vertente filosófica em boa parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, observa-se que há um isolamento entre o Direito e outras ciências. Atienza propõe com sua teoria que esse isolamento seja superado por meio de uma concepção do Direito mais ampla, que seja capaz de perceber a transformação social, ou seja, a emancipação social, como objeto de estudo. A transformação social compreenderia tudo aquilo que contribui para que uma sociedade se torne mais igualitária e menos excludente, permitindo que todos os indivíduos sejam verdadeiramente autônomos.

Outra concepção de Direito ou Filosofia do Direito insuficiente para o autor são aquelas que derivam das Teorias Críticas do Direito, considerando que para que elas se efetivem seria necessário a superação de diversos obstáculos que nem sempre ocorre de forma satisfatória. O primeiro exemplo utilizado é o do Marxismo clássico e sua concepção de Direito como elemento pouco capaz de compreender o todo social e de promover a transformação da sociedade. O marxismo utópico, por sua vez, pensará o Direito como organização jurídica da sociedade e com um déficit moral, o que tornaria os ideais sociais incompatíveis com o direito e seus meios coativos e burocráticos. Também a concepção instrumental de direito é errônea ao autor porque pensa o direito simplesmente como meio para se obter os valores jurídicos.

Atienza acredita que a melhor concepção de Direito é a oriunda da escola do pós-positivismo, pois permite que o Direito seja pensado tanto quanto sistema de normas como prática social por meio da qual se realizam fins e valores. Nesse aspecto, o Judiciário adquire um papel essencial na razão prática e na formação de uma sociedade justa.

Ao apresentar as considerações de Dworkin, Atienza aponta que o referido autor ao considerar apenas o ponto de vista do juiz e ao fazer uso de uma base individualista, teria produzido uma teoria que não leva em consideração os condicionamentos sociais do Direito, que não considera muito a realidade jurídica e que possui dificuldades para promover uma prática de transformações de direitos sociais.

Alexy por sua vez, também privilegiando a participação do participante acaba por pensar não só o Direito, como também a argumentação jurídica de uma forma muito idealizada e distante da realidade, razão pela qual não se torna atingível na prática do dia-a-dia.

Essa integração pretendida por Atienza entre elementos importantes da tradição positivista da crítica jusnaturalista não se exprime em um sincretismo filosófico, mas em um sincretismo metodológico (2017, p. 348). Busca-se, com isso, combater uma espécie de autismo intelectual na Filosofia do Direito contemporânea quando intelectuais estudantes de certos assuntos passam a ler autores que não possuem relação com seus temas afins. Toda essa divergência perturba a busca pela transformação social porque ela requer a existência de grandes consensos também no âmbito intelectual.



Para se desenvolver uma filosofia do Direito pós-positivista que enfatiza a transformação social, Atienza destaca pontos basilares que precisam ser necessariamente observados.

O primeiro deles é entender que o papel da Filosofia do Direito é indireto, ou seja, ela não pode ser auto-referente. É necessário que a cultura jurídica interna e externa, bem como os canais sejam utilizados para se fazer com que os juristas práticos e teóricos, cientistas sociais e outros possam vir a ter seus interesses despertados.

Os profissionais do Direito devem possuir uma boa concepção de Direito porque suas atitudes afetam a vida de muitas pessoas, sendo levantado o exemplo das decisões formalistas da corte espanhola em decisões sobre a crise econômica e sobre a maternidade sub-rogada. Os exemplos apontam a prática dos juízes, mas o autor também irá destacar que os fiscais, advogados e outros agentes do sistema judiciário que também possuem poder para colocar direitos em risco (2017, p. 349).

A importância desses atores está em sua potência de mudança social ao interpretarem e aplicarem o Direito, mas para tanto, é necessário que o formalismo jurídico seja combatido, sendo essa uma das funções da Filosofia do Direito. É necessário que aqueles profissionais compreendam que outras concepções de Direito existem, que rompam com a ideia de que o formalismo é uma expressão de fidelidade ao Direito e, por fim, que pensem o Direito orientado para ser favorável a vida das pessoas.

Nesse sentido, também a dogmática jurídica possui papel importante nessa jusfilosofia, conforme já destacado em tópico anterior. Seu potencial de transformação social se encontra quando ela se estrutura pela construção e análises de conceitos incorporando os saberes sociais, conectando-se com a filosofia moral e política se tornando uma verdadeira tecno-práxis na interpretação, aplicação e produção do Direito.

Falou-se sobre o isolacionismo do Direito frente aos demais saberes sociais anteriormente e aqui cabe destacar que a recíproca também é verdadeira. Filósofos, em geral, não costumam “levar o Direito a sério” ao produzirem um trabalho que o envolva. O autor irá sugerir que o terreno comum das ciências seja explorado, ou seja, a democracia, os Direitos Humanos, a argumentação, para estender as fronteiras da cultura jurídica e permitir que o público culto possua uma concepção de Direito adequada (2017, p. 351).

Há também que se destacar que o Direito possui um caráter ambíguo, possuindo diferentes conceitos e fins. Ele poderá contribuir tanto para a transformação social como para a perpetuação de injustiças. Esse fato não implica na conclusão de que o Direito deverá ser exclusivamente procedimental ou que é apenas parte do ideal social, mas o Direito é intrínseco a uma sociedade em sua constante busca por se tornar justa.

O Direito só pode ser considerado como um meio para atingir certos fins se também considera outras teses, como os ideais de justiça para servir ao bem social. Trata-se de um pensamento minado pela cultura jurídica e pela prática do Direito que reforçam a ideia de que ele é vazio e de que as normas são manipuláveis para se perseguir um fim.

Como alternativa, propõe-se um objetivismo moral mínimo para o bom funcionamento do sistema jurídico e do Estado de Direito, que deve ser considerada uma conquista de valor universal, o que se assemelha à concepção de Fuller sobre a moralidade interna do Direito e os fins intrínsecos ao Direito pretendido por Ost (2017, p. 352). Só o Direito pode garantir os valores presentes tanto no formalismo como no substancialismo e ligados a um tipo de Direito. São intrínsecos ao Direito porque só ele pode realizá-los.

Disso depreende-se que o Direito possuirá um caráter necessário e não possui alternativas, existe apenas concepções de Direito que se mostram como alternativas à concepção majoritária. O Direito também se mostra necessário porque é indispensável para a moralidade. Há discordância com a concepção de Habermas que irá pensar que o Direito e a Moral se relacionam de forma complementar e sem conflitos, estando esses dentro do Direito. Não se deve pensar a complementariedade assim, nem o Direito como sendo um caso especial da moral e a argumentação jurídica como um caso da razão prática racional.

De igual maneira não se afirma que Direito é razão instrumental e sim, razão prática. A Moral e a Política permite os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito serem realizáveis por meio do Direito, ao passo em que esse exercerá seu controle político e a instauração da moralidade por meio da Moral e da Política. Destaca que o Direito não é só moral e nem só política, e em sendo comparado a uma ponte, poderá tanto unir como separar aqueles.

No que tange ao objetivismo moral, tanto os positivistas como os teóricos críticos rechaçam-no, o que debilitará para o autor as concepções de Filosofia do Direito comprometidas com a transformação social.

O objetivismo moral para o autor é a base da teoria da justiça e da deontologia jurídica. Ao mesmo tempo em que irá introduzir um elemento ideal no Direito, afirma que sem ele as transformações sociais não podem ser supostas. Também afirma que o ceticismo moral, em verdade, leva ao conservadorismo jurídico e social, pois impediria a crítica do Direito.

A concepção pós-positivista do Direito contribui para a transformação social por meio da difusão de valores do constitucionalismo contemporâneo e, simultaneamente, da orientação dos tribunais, na prática, para a promoção desses valores por meio da argumentação jurídica, quais sejam: diminuição do formalismo, exigência de fundamentação em todas as decisões de órgãos públicos, as razões morais e a consideração das consequências sociais que a decisão irão trazer.

A ponderação, por sua vez, não se expressa como prática da arbitrariedade e nos permite chegar um questionamento atual: o ativismo judiciário, ou seja, decidir de maneira arbitrária violando as competências previstas. Quanto mais ampla for a concepção de Direito, menos decisões serão tidas como arbitrárias, enquanto que quando mais limitada a concepção, maior será o número de decisões consideradas ativistas.

Por fim, Atienza conclui que o momento é de um pessimismo histórico, considerando que as razões são as mesmas: a má distribuição das riquezas e do conhecimento intelectual e tecnológico. A proposta do autor visa, considerando o caráter organizacional do Direito, propor maneiras de se obter uma organização social de forma mais justa (2017, p. 361).

## **6. Considerações finais**

Conforme destacado por Atienza, a ideia da presente obra é trazer uma coletânea de categorias importantes para a construção de uma filosofia do Direito adequada à realidade dos países do mundo latino e comprometida com a transformação social.

É importante a iniciativa do autor em chamar a atenção acerca da necessidade de construção de um pensamento próprio (na filosofia do Direito e em muitos outros campos) nos países latinos, buscando com isso superar a situação atual na qual boa parte

dos teóricos se restringe a comentar ou difundir o que outros pensam, sem atentar para as peculiaridades locais.

Nesse aspecto a obra é interessante por apontar a direção a ser seguida em busca de uma teoria adequada para dar conta da realidade de um Estado constitucional inserido na era dos direitos, do constitucionalismo jurídico, do giro argumentativo e da globalização, tendo como fim principal o ideal de transformação social.

No entanto, é claro que ainda há um longo caminho a ser percorrido no desenvolvimento dessa teoria. Neste sentido, é possível observar que a presente obra levanta muitas questões que ensejam um maior aprofundamento, mas segundo o próprio autor esclarece, o seu objetivo é dar início a esta caminhada.

Assim, a obra em questão merece ser lida e debatida em busca de um melhor e maior desenvolvimento de uma filosofia do Direito que não se mantenha atrelada às ideias preponderantes no mundo anglo-saxão e que produza epistemologias e referências conceituais a partir de contextos latinos, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais e evitar o colonialismo cultural.

## **7. Bibliografia**

ATIENZA, Manuel. **Filosofia del Derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017.