



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O DUALISMO CONSTITUIÇÃO-REALIDADE:

**O instrumentalismo de John Dewey como alternativa ao discurso
constitucionalista contemporâneo**

PEDRO SPÍNDOLA BEZERRA ALVES

Recife, 2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O DUALISMO CONSTITUIÇÃO-REALIDADE:

**O instrumentalismo de John Dewey como alternativa ao discurso
constitucionalista contemporâneo**

PEDRO SPÍNDOLA BEZERRA ALVES

Recife, 2015

PEDRO SPÍNDOLA BEZERRA ALVES

O DUALISMO CONSTITUIÇÃO-REALIDADE:

**O instrumentalismo de John Dewey como alternativa ao discurso
constitucionalista contemporâneo**

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em
Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Pernambuco

Área de Conhecimento: Ciências Humanas

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

Recife, 2015

Catálogo na fonte

Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

A474d Alves, Pedro Spíndola Bezerra

O dualismo constituição-realidade: o instrumentalismo de John Dewey como alternativa ao discurso constitucionalista contemporâneo. – Recife: O Autor, 2015.

101 f.

Orientador: George Browne Rego.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Dualismo. 2. Direito - Filosofia. 3. Dewey, John, 1859-1952. 4. Pragmatismo. 5. Empirismo. 6. Experiência (Filosofia). 7. Direito constitucional - Brasil - Discurso. 8. Controle da constitucionalidade - Brasil. 9. Juízes - Decisões - Brasil. 10. Positivismo. 11. Hermenêutica (Direito). 12. Hesse, Konrad, 1919-2005. 13. Brasil. Supremo Tribunal Federal - ADI 3.510/DF - Art. 5º da Lei de Biossegurança. I. Rego, George Browne (Orientador). II. Título.

340.1CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2015-023)

Pedro Spíndola Bezerra Alves

**“O Dualismo Constituição-Realidade: O Instrumentalismo de John Dewey
como Alternativa ao Discurso Constitucionalista Contemporâneo”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.
Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência
do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos
seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Drº. **Torquato da Silva Castro Júnior** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADO

Professor Drº. **Graziela Bacchi Hora** (1º Examinadora externa/DAMAS)

Julgamento: APROVADO

Professor Drº. **Gustavo Just da Costa e Silva** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADO

Recife, 13 de abril de 2015.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

Aos seres humanos que percebem a atividade intelectual como melhor modo de ajuste das interações dos que coexistem.

Agradeço as interações positivas em que me vi
inserido aos que delas participaram.

*“Be a philosopher; but, amidst
all your philosophy, be still a man.”*

An Enquiry Concerning Human Understanding

David Hume

RESUMO

ALVES, Pedro Spíndola B. **O Dualismo Constituição-Realidade: O instrumentalismo de John Dewey como alternativa ao discurso constitucionalista contemporâneo**. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Epistemologicamente, o pensamento ocidental está marcado por um dualismo – legado, historicamente, desde Platão e, modernamente, Descartes, com seu *cogito* – que se estende também ao pensamento jurídico. A forma como este dualismo é estruturado, a sua origem e seus efeitos foram investigados nesta pesquisa a partir do marco teórico da filosofia de John Dewey, com seu empirismo naturalista. Trata-se de uma postura que refuta qualquer dualismo, inclusive metodológico, tendo como foco a análise de qualquer fenômeno a partir de uma filosofia da experiência. É a partir desta perspectiva que o pensamento jurídico contemporâneo será desvelado no aspecto específico do dualismo que lhe funda de certo ângulo. Konrad Hesse, teórico associado à Jurisprudência Hermenêutica, foi o centro desta análise que é finalizada debruçando-se em um caso específico julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de explicitar a presença do dualismo também neste âmbito específico, sendo escolhido o caso da ADI 3.510/DF. Assim, pretende-se desvelar o dualismo presente na teoria do direito e na jurisprudência da constituição e da realidade. A pertinência disso para o estudo do fenômeno jurídico na sociedade se dá – é o que se espera – na medida em que os processos de interação no âmbito deste fenômeno se deem de modo mais consistente tendo-se em conta a perspectiva epistemológica deweyana.

Palavras-chave: Epistemologia. Dualismo. Instrumentalismo Deweyano. Teoria Hermenêutica do Direito. Discurso Constitucional.

ABSTRACT

ALVES, Pedro Spíndola B. **The Dualism Constitution-Reality: The instrumentalismo f John Dewey as alternative to contemporary constitutional discourse.** 100 f. Dissertation (Master's Degree of Law). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Epistemologically, Western thought is marked by a dualism – given, historically, since Plato and, modernly, Descartes, with his *cogito* - which also extends to legal thought. The way by which this dualism is structured, its origin and its effects were investigated in this study from the theoretical framework of the philosophy of John Dewey, with his naturalistic empiricism. It is an attitude that rejects any dualism, including methodological, focusing on the analysis of any phenomenon by a standpoint of a philosophy of experience. It is from this perspective that contemporary legal thinking will be unveiled in the specific aspect of the dualism that found it in certain angle. Konrad Hesse, theoretical associated with Hermeneutics Jurisprudence, was the core of the analysis which is completed with a specific case decided by the Supreme Federal Court in order to explain the presence of dualism also in this specific area; the case was the ADI 3.510 / DF. Thus sets up the dualism of legal theory - Hermeneutics Jurisprudence - the Constitution and the Reality. The relevance of this to the study of the legal phenomenon in society lies - is what is expected – inasmuch as the interaction processes under this phenomenon occur more consistently taking into account the Dewey's epistemological perspective.

Keywords: Epistemology. Dualism. Dewey's instrumentalism. Hermeneutics Theory of Law. Constitutional speech.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1	23
O INSTRUMENTALISMO DE JOHN DEWEY	23
1.1 EMPIRISMO NATURALISTA E CONHECIMENTO	23
1.2 EXPERIÊNCIA E RAZÃO	29
1.3 MÉTODO EMPÍRICO E DUALISMO	35
1.4 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE	40
Capítulo 2	45
TEORIA DO DIREITO E DUALISMO	45
2.1 A TEORIA DO DIREITO E O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO HERMENÊUTICO .	45
2.2 A CONSTITUIÇÃO COMO HORIZONTE ABSTRATO	55
2.3 DUALISMO E SÍNTESE NO DISCURSO CONSTITUCIONAL	63
Capítulo 3	72
DECISÃO JUDICIAL E DUALISMO	72
3.1 ADI 3.510/DF: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA	72
3.2 O DUALISMO NO ATO DECISÓRIO	77
3.3 CONSTITUIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PRAGMATISMO DE JOHN DEWEY	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	94
ÍNDICE ONOMÁSTICO	99

INTRODUÇÃO

A pretensão deste trabalho é investigar a presença de um tipo de raciocínio dualista em discursos jurídicos na teoria do direito em sua vertente hermenêutica e na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, demonstrando as possíveis consequências de se adotar por premissa o dualismo e oferecendo como alternativa uma outra estrutura conceitual apta a tornar mais consistentes os provimentos jurisdicionais do Estado.

Esta outra perspectiva será dada a partir da filosofia de John Dewey, centrada em seu conceito de experiência. Mas antes, a fim de promover o necessário corte epistemológico, deve-se pormenorizar de que modo este raciocínio calcado no dualismo será extraído e questionado.

Este dualismo consiste na dicotomia constituição-realidade, que funciona como pano de fundo dos discursos jurídicos incursos na teoria do direito e também está presente em problemáticas discutidas no Supremo Tribunal Federal (doravante, STF), cuja atividade de interpretação sempre é no sentido de uma síntese entre estes dois “planos” da dicotomia.

O embasamento teórico deste tipo de raciocínio será explanado e alguns exemplos de seu uso na doutrina constitucionalista analisados, a fim de lançar melhor luz à estrutura conceitual utilizada a partir do dualismo. Com isto, se pretende facilitar a observação das consequências negativas de uma visão dualista.

Trata-se, de logo se expõe, de um enfoque epistemológico que, ao lado de uma proposta crítica, identifica um problema prático que, em virtude do dano que pode ensejar, precisa ser discutido.

A fonte bibliográfica no momento reservado para esta análise servirá precipuamente enquanto dado empírico do que se quer analisar. Para identificar qualquer tipo de raciocínio em discursos jurídicos ou julgados, um recurso possível é a consulta a obras que se baseiem neste raciocínio, ou indiquem de algum modo ter sua origem no dualismo; não significando, porém, que constituem marco teórico para a discussão aqui proposta.

O objetivo desta pesquisa será melhor alcançado caso posicione-se o marco teórico e ponto de partida desde o início. É através da filosofia de J. Dewey, pensador incurso na tradição do Pragmatismo filosófico, que se poderá compreender e fazer melhor crítica do dualismo.

A pertinência de um filósofo como Dewey para esta pesquisa, oriunda de um programa de pós-graduação em direito, dá-se na medida em que sua filosofia da experiência tem um profundo valor social e lança bases mais factíveis e necessárias para enxergar a realidade do que a cisão abstrato-concreto, presente no dualismo constituição-realidade. Embora Dewey não tenha sido propriamente um jurista, não teve o direito como um objeto estranho, escrevendo inclusive sobre ele em alguns trabalhos, como o “*Logical Method and Law*” e “minha filosofia do Direito”.¹

Além disso, segundo Browne e “[...] em conformidade ao entendimento do próprio Dewey, [o direito] é, por natureza, um fenômeno social e político e assim deve ser prioritária, mas não exclusivamente analisado e compreendido.”²

Antes, porém, de se ter um vislumbre das ideias deste pensador que conformarão e guiarão esta pesquisa – e por necessidade de coerência com este marco teórico – é necessário expor a origem e estrutura desta própria investigação. Neste intuito, partir da explicação de Dewey acerca do melhor caminho para investigar algo é o primeiro passo.

Tal qual os demais filósofos do Pragmatismo, na filosofia deweyana existe a absoluta recusa à dúvida universal cartesiana – ou de sua tentativa de uma filosofia primeira nestes termos – cuja influência para o pensamento ocidental é bem conhecida e estabelece um dualismo que parece ainda repercutir.³

¹ Respectivamente: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=clr>; e MORRIS, Clarence. *Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

² REGO, George Browne. O Problema das Grandes Dicotomias: uma reflexão a partir do método científico e suas implicações sociais, morais e jurídicas. In: ADEODATO, João M. (org.); BITTAR, Eduardo C. B (org.). **Filosofia e Teoria do Direito**. Homenagem ao professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Editora Quartier, 2011. p. 439.

³ Trata-se da distinção entre “*res cogitans*” e “*res extensa*” que representaria a cisão do sujeito e seu corpo, cuja capacidade de perceber dados sensíveis do mundo não seria suficiente para garantir um conhecimento verdadeiro, enquanto a *res cogitans* (substância pensante, sujeito), embora imperfeita – em relação à substância deus –, poderia desvendar o mundo a partir de uma investigação que tentasse descobrir dedutivamente a verdade. Este processo

Charles Sanders Peirce, filósofo considerado o pai do Pragmatismo, influenciou Dewey neste ponto.⁴ Em “how to make our ideas clear”,⁵ Peirce escreve sobre como o pensamento é engendrado. Para ele, não se trata de uma faculdade constante, mas de um processo deflagrado por uma dúvida que abala a crença. Esta crença é, na verdade, uma regra para a ação, um hábito.

Traço comum a todos os pragmatistas, a inflexão de suas teorias se dá sempre na *praxis*. A regra de ação (hábito) peirceana é formada enquanto crença. O que dirige a conduta humana, portanto, é uma crença estabelecida. Então, as interações humanas se dariam de modo imediato, pois o hábito teria a crença por base. Apenas quando este fundamento da ação é questionado, por uma dúvida advinda da própria interação real é que haveria pensamento (reflexão, investigação).

O pensamento não é, assim, uma faculdade de uma subjetividade transcendente, mas um instrumento de retorno ao estado de crença, de superação da “irritação” causada pela dúvida. A forma como Peirce propõe isto é singular:

In a piece of music there are the separate notes, and there is the air. A single tone may be prolonged for an hour or a day, and it exists as perfectly in each second of that time as in the whole taken together; so that, as long as it is sounding, it might be present to a sense from which everything in the past was as completely absent as the future itself. But it is different with the air, the performance of which occupies a certain

levou Descartes a deduzir que o ponto de partida, a coisa da qual não poderia duvidar, era que se ele “cogita (pensa), ele é” (*cogito ergo sum*; penso, logo sou), o que supostamente demonstraria que sua essência não pode ser posta em dúvida em razão de que ele é ciente de si mesmo. Isto provoca uma prolongada noção de que existe um âmbito abstrato da consciência e um concreto das coisas sensíveis. (Cf. DESCARTES, R. ***Meditações sobre Filosofia*** Primeira. Edição bilíngue. São Paulo: Editora Unicamp, 2008). Esta percepção já fora consistentemente refutada; por todos: GIACOIA JR, Oswaldo. Metafísica e subjetividade. In: MARTINS, André (org.); SANTIAGO, Homero (org.); OLIVA, Luís César (org.). ***As ilusões do eu***. Spinoza e Nietzsche. p. 430.: “Aquilo que a tradição confundia com a estrutura nuclear da subjetividade – a consciência, razão, ou espírito – nada mais é que a tênue superfície de uma profundidade insondável, daquela grande razão, que é o corpo. Ao contrário da ilusão subjetiva da consciência, que é um efeito induzido pela gramática da linguagem (um ‘Eu’ que é meramente discursivo, portanto, que é apenas dito), o corpo, como unidade produzida a partir da multiplicidade não é apenas discurso, mas um fazer (ele faz ‘Eu’). É por enxergar o corpo como integralidade, sem um “eu” que o comande e utilize como mero instrumento, que Dewey cria o conceito de *Mind-Body* (mente-corpo). Cf.: SHUSTERMAN, Richard. ***Consciência Corporal***. São Paulo: Realizações, 2012. p. 273.

⁴ WAAL, Cornelis de. ***Sobre Pragmatismo***. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 160.

⁵ PEIRCE, Charles S. ***How to make our ideas clear***. p. 4-6. Acessível em: <http://courses.media.mit.edu/2004spring/mas966/Peirce%201878%20Make%20Ideas%20Clear.pdf>.

time, during the portions of which only portions of it are played. It consists in an orderliness in the succession of sounds which strike the ear at different times; and to perceive it there must be some continuity of consciousness which makes the events of a lapse of time present to us. We certainly only perceive the air by hearing the separate notes; yet we cannot be said to directly hear it, for we hear only what is present at the instant, and an orderliness of succession cannot exist in an instant. (...) Thought is a thread of melody running through the succession of our sensations. ⁶

Peirce demonstra o quanto a nossa percepção (sensação) tende a “agrupar instantes” de modo articulado. A verdade é, no entanto, que a sucessão de instantes é apenas isto, uma sucessão de instantes; os quais, não obstante, podem passar com algum evento tendo se passado ou não, que serão percebidos como um todo articulado, em razão de, segundo Peirce, haver uma linha de continuidade em nossa consciência – o que se aproxima do conceito de continuidade de Dewey, como se verá.

Esta teoria influenciou muito Dewey, mas em vez de falar na dúvida como início de uma investigação (pensamento), ele desenvolve o conceito de situação indeterminada.

Quando uma situação gera uma dúvida genuína que exige uma resposta que terá consequências práticas, é necessário pensar (investigar; inquirir) de um modo eficiente para que as consequências desta situação sejam positivas para a

⁶ Tradução livre: Em uma peça de música há as notas separadas, e o vazio. Um único tom pode ser prolongado por uma hora ou um dia, e existe tão perfeitamente em cada segundo do tempo como em todo o conjunto considerado; assim, enquanto está soando, poderá estar presente em um sentido de que tudo no passado estava tão completamente ausente quanto o próprio futuro. Mas isto é diferente com o vazio, a performance que ocupa um certo tempo, durando as porções que apenas porções são tocadas. Isto consiste em uma ordem na sucessão de sons que chegam ao ouvido em diferentes momentos; e para perceber isto deve haver alguma continuidade de consciência que faz os eventos de um lapso de tempo presentes para nós. Nós certamente somente percebemos o vazio ao ouvir as notas separadas; no entanto, nós não podemos dizer que ouvimos isto diretamente, pois apenas ouvimos o que está presente no instante, e uma ordem de sucessão não pode existir em um instante (...) Pensamento é um fio de melodia passando através da sucessão de nossas sensações. PEIRCE, Charles S. *Op. Cit.*, p. 6.

coletividade. Para Dewey, o modo eficiente seria o da investigação científica (método empírico), que será explicado em momento oportuno e guiará esta pesquisa.

A situação indeterminada, a dúvida genuína, que jaz no seio desta investigação diz respeito aos ministros do STF tomarem decisões partindo de um modelo dualista, que guarda semelhança com o dualismo filosófico cartesiano. Observar decisões judiciais que modificam a práxis das interações humanas serem dadas com um discurso calcado no dualismo dirigiu esta pesquisa a uma investigação sobre a presença e consequência deste raciocínio dualista como fator para tomada de decisões.

A ação humana para Dewey decorre do hábito (rotina, instinto) ou de uma decisão – no que se pode enxergar a teoria de Peirce. Neste segundo tipo, o agir humano se baseia no resultado de uma investigação (que compara alternativas). Este resultado, que é a decisão, precisa – principalmente se falamos de decisões judiciais – de justificação; de considerações que se baseiem em termos gerais que possam fundamentar a escolha por uma das alternativas. As considerações (razões) seriam as premissas, enquanto a decisão, a conclusão. Em Dewey, estas razões e decisão seriam alcançadas por procedimentos lógicos, que em sua visão serviriam para guiar a investigação a uma decisão concreta; ⁷ seria, portanto, uma lógica-experimental, construída culturalmente. ⁸

Então, algumas ações (decisões judiciais) dos ministros do STF são deste segundo tipo e em suas razões (premissas) surge o dualismo constituição-realidade. Isto é uma premissa, uma referência que permite que a decisão judicial (conclusão) seja tida por acertada; ou racionalmente embasada.

O dualismo, que distingue um plano racional e um empírico, está presente no pensamento ocidental, como já se disse, de maneira muito forte. As raízes do dualismo constituição-realidade são perceptíveis no dualismo *res cogitans* e *res extensa*, plano abstrato e concreto.

⁷ DEWEY, J. *Logical Method and law*. Acessível em:

<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=clr>

⁸ Lógica experimental é a que parte de uma situação indeterminada, como visto, e não de verdades a priori. Cf.: WAAL, Cornelis de. *Op. Cit.* p. 158-160.

O naturalismo – cujo ramo fiscalista se apresenta talvez como o de maior força – ⁹ refuta este dualismo filosófico, que se apresenta na base de filosofias cujo centro se dá na subjetividade, a partir da identificação em todos os fenômenos de causas naturais (físicas, biológicas). ¹⁰

A subjetividade, segundo Manfredo Oliveira, sustenta o dualismo na medida em que reflete a noção de que “o ser humano enquanto sujeito não é parte integrante da realidade, não pertence a ela [...] a subjetividade, autoconsciente e livre, é completamente separada do mundo fenomenal da natureza”. ¹¹

Partir desta premissa é assumir que existe uma subjetividade que não se encontra no mesmo plano dos eventos “concretos” do mundo, sendo capaz de transcendê-lo. Isto implica na constituição de um plano da subjetividade que se estrutura em algo não natural (espiritual), que excederia a realidade e seria o local em que a conduta humana é traçada. Isto exigiria dois níveis de observação, um natural e outro espiritual (mental). Esta última, realizada no plano do sujeito (abstrato), possuiria a tarefa de decifrar o plano do objeto (concreto).

O naturalismo ¹² dissipa a pretensão de organizar ideias em um sistema dualista – em que o pertencimento a um dos planos se daria pela distinção entre duas espécies de substância (*extensa*; *cogitans*) –, pois a conduta humana seria determinada pela sua interação com o ambiente físico/natural, não por um isolamento abstrato no qual a faculdade da razão poderia resolver desde a dúvida universal tudo o mais.

⁹ OLIVEIRA, Manfredo A.. *Antropologia Filosófica Contemporânea*. Subjetividade e inversão teórica. São Paulo: Paulus, 2012. p. 7-8.

¹⁰ Dentre alguns sentidos: “Negação de qualquer distinção entre natureza e supranatureza e tese de que o homem pode e deve ser compreendido, em todas as suas manifestações, mesmo nas consideradas superiores (direito, moral, religião, etc.), apenas em relação com as coisas e os seres do mundo natural, com base nos mesmos conceitos que as ciências utilizam para explicá-los. É esse o sentido atribuído ao termo N[aturalismo], por muitos filósofos americanos (Santayana, Woodbridge, Cohen) e pelo próprio Dewey”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.813.

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo. *Op. Cit.* p.8.

¹² Muitas são, no entanto, as formas de naturalismo, não havendo uma dogmática que determine a unidade de posições, mas tão somente uma postura de maior atenção à ciência em relação a descortinar os “mistérios” da realidade a partir de uma noção de que na natureza residem as causas dos fenômenos. Cf. RITCHIE, Jack. *Naturalismo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

Dewey identifica sua própria filosofia como “*naturalistic empiricism*” ou “*empirical naturalism*”, e é dentro de sua perspectiva que a prejudicialidade do dualismo será analisada e outra alternativa apresentada.

No empirismo naturalista deweyano, o dualismo parece ser colocado como produto de uma tendência humana a pensar por oposição (Either-Or) ¹³ e, como intenção apaziguadora, buscar-se-ia a terceira via da síntese, que será analisada no capítulo 2.

Isto é problemático em virtude do distanciamento da investigação da questão “genuína” (dúvida real). A ciência oferece, para Dewey, o melhor modo de investigar qualquer problema, pois sempre terá por foco a experiência, centrando-se, portanto, na resolução prática de uma situação que eclodiu na sociedade e alterou sua dinâmica. E, para utilizar os mesmos pontos de partida da ciência – e assim conseguir uma melhor solução para uma situação real –, o único modo seria através do que o filósofo nomeia de empirismo naturalista. ¹⁴

Trata-se da proposta de um método para filosofia, ou para pensar problemas das “ciências humanas”, baseado no científico, empírico. ¹⁵ Neste método, o dualismo é rechaçado, porquanto sua presença inviabiliza a percepção de que existe um liame de continuidade entre os eventos do mundo. Não se trata, pois, apenas de uma causalidade estreita e linear, que refletiria leis imutáveis, mas de uma teia ligando os fenômenos que permite a identificação dos modos e condições de suas ocorrências para a experiência humana. Esta, que permite ao ser humano a construção de conhecimento, deve ser analisada com base em uma noção de natureza enquanto eventos contingentes e não substâncias reguladas por leis universais. É esta concepção que permeia a ideia de continuidade, fundamental para a compreensão da prejudicialidade do pensamento dualista.

¹³ Cf.: DEWEY, J. *Experience and Education*. p. 6. Acessível em:

<http://ruby.fgcu.edu/courses/ndemers/colloquium/experiencededucationdewey.pdf>

¹⁴ DEWEY, J. *Experience and Nature*. New York: Dover Publications, Inc, 1958. p. 2.

¹⁵ Bem era esse, igualmente, o propósito de Hume, que influenciou em demasia Dewey, quando escreveu, quase dois séculos antes, sua obra magistral; o seu subtítulo torna isto evidente: “uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. HUME, D. *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*. Disponível em:

http://michaeljohnsonphilosophy.com/wp-content/uploads/2012/01/5010_Hume_Treatise_Human_Nature.pdf

A partir da obra de Dewey, portanto, será apreendido o arcabouço teórico para observar a existência do dualismo constituição-realidade (fruto do dualismo mente-corpo) e suas consequências nocivas para a fundamentação de decisões judiciais. Para promover este intuito, a presente dissertação será seccionada em 3 capítulos.

No primeiro capítulo será apresentado e discutido o instrumentalismo de J. Dewey, analisando a forma como seu empirismo naturalista estrutura a concepção de conhecimento.

A relevância disso para a presente pesquisa se dá na medida em que discutir sobre o que é conhecimento e de que modo ele pode ser alcançado significa estabelecer um ponto de partida mais consistente para decidir problemas sociais.

A teoria do direito (em sua vertente hermenêutica, em todo caso) possui, em sua estrutura, noções epistemológicas que tornam evidentes os pontos de partida, as razões, as premissas utilizadas para decidir. A decisão de um juiz será determinada também pela noção de conhecimento que lhe dá suporte, portanto.

Estabelecida a conexão entre método empírico naturalista e conhecimento em Dewey, será exposta a problematização feita por ele da discussão epistemológica que atravessa o pensamento ocidental e os discursos nele inclusos acerca do racionalismo e empirismo, onde por fim a solução deweyana será apresentada.

A importância deste tópico se justifica, se é dado o apoio em James, pela constante presença de posturas que cambiam no senso de julgar o que conhecem como fruto da razão ou da experiência; espíritos ternos e duros, dos quais os primeiros seriam racionalistas (idealista, dogmático), que seguiriam “princípios”, enquanto os duros seriam empíricos (materialista, cético), e seguiriam “fatos”.¹⁶

¹⁶ JAMES, William. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 28-30.

Estar mais próximo a um dos extremos determinaria o modo como o mundo é visto. A solução dada por Dewey, portanto, é apta a superar esta dualização, já que funda uma metafísica que percebe a experiência como totalidade, sem cisões.

É no terceiro e quarto tópicos deste capítulo inaugural que a problemática do dualismo toma corpo e é enfrentada justamente pelo que Dewey encara como método científico, ou empírico, e pelo princípio da continuidade.

O surgimento e repercussão do Positivismo,¹⁷ em sua ânsia por negar a metafísica,¹⁸ pretendeu dar “objetividade científica” às ciências humanas, a fim de afastar das investigações em ciências humanas a subjetividade.

Dewey propõe a respeito de método científico algo bastante distinto do projeto positivista. Enquanto “ciência” para o positivismo simbolizava certeza para o que se afirmava existir, para Dewey é uma forma eficiente de apreender os dados empíricos de uma experiência e investigar suas consequências práticas, sem a pretensão de desvelar uma ordem estável do mundo.¹⁹

A forma de investigação científica descrita por Dewey deveria, para ele, ser utilizada também para refletir questões filosóficas, sociais, culturais; e isto só seria possível, segundo este filósofo, através de sua perspectiva naturalista empírica,²⁰ que seria justamente uma teoria do melhor modo de investigação, independente do campo do conhecimento, uma vez que teria sempre por base a interação do ser humano com seu ambiente, refutando qualquer dualismo justamente por criar uma teoria que

¹⁷ O positivismo teve base no empirismo e pretendeu refutar o idealismo alemão, sendo sua última fase, o positivismo lógico, o que mais se arvorou na tarefa de superar a metafísica. Cf.: REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista. O método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In: BRANDÃO, Cláudio (org.); CAVALCANTI, Francisco (org.); ADEODATO, J. Maurício (org.). **Princípio da Legalidade**. Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 63.

¹⁸ No entanto, este objetivo não foi bem sucedido: “A antimetafísica, como o positivismo, é também uma metafísica. Mais ainda, é e permanece metafísica sob sua forma mais degradada e inferior” AUBENQUE, Pierre. **Desconstruir a metafísica?**. São Paulo: Edições Loyola, 2012. p. 10.

¹⁹ HUNNEX, Hilton. **Filósofos e Correntes Filosóficas**. Em gráficos e diagramas. São Paulo: Editora Vida Acadêmica, 2003. p. 21.

²⁰ Dewey é colocado como tendo passado por três fases, sendo a de seu empirismo naturalista a última, apresentada em seus “*later works*”. SANTOS, Frederik Moreira dos. **John Dewey e os conceitos de crença e conhecimento**. p. 1-2. Acessível em:

http://sif2013.org/encontros/17/trabalhos/244%20pt_br%20John%20Dewey%20e%20os%20conceitos%20de%20Crenca%20e%20Conhecimento_port_Santos.pdf

apresenta apenas a experiência como dimensão em que as interações ocorrem e podem ser compreendidas.

Após esta primeira tarefa de explicitar os pontos de partida de Dewey para eliminar o dualismo – ficando claro de que modo o método empírico permite uma investigação em temas enquadrados como pertencentes às “ciências humanas” –, é tempo de analisar o âmbito em particular em que certo dualismo se engendra.

É no segundo capítulo que se articula esta problemática, buscando-se lançar luz ao arcabouço teórico que se vincula a decisões judiciais como pano de fundo e nos modos de síntese que buscam conexão entre os dois planos do dualismo.

Ao fim deste capítulo, a jurisprudência do STF será exemplificada através de um caso para explicitar a presença do dualismo. Ainda que se pudesse comprovar que o uso de um raciocínio dualista é pouco ou muito usado no STF, não é o que esta pesquisa se propõe, pois o propósito se restringe a identificar a presença do dualismo e demonstrar de que modo ele causa problemas.

Na qualidade de dado empírico, o que interessa em um julgado do STF, para os fins desta pesquisa, não é propriamente o conteúdo da decisão, mas a presença do dualismo referido, que será demonstrada através de afirmações inseridas no julgado analisado que denotam uma crença que só pode se sustentar a partir do dualismo.

O discurso teórico escolhido foi o de Konrad Hesse, pois, além de sua obra ser permeada fortemente pelo dualismo constituição-realidade, seu conceito de força normativa da constituição está presente de maneira muito consolidada na doutrina e jurisprudência constitucional brasileiras, sendo um fundamento da atual compreensão de jurisdição constitucional no Brasil.

Para melhor compreender a finalidade desta análise, é oportuno mencionar que Hesse, com a sua “força normativa da constituição”, teve êxito em posicionar a Constituição ²¹ como ordem (plano, dimensão) abstrata do dualismo real-ideal.

²¹ O vocábulo, por se originar de uma palavra frequentemente utilizada (oriunda do verbo constituir), é grafada com inicial maiúscula para fins de particularização. No entanto, isto parece também servir (não se sabe se como causa ou efeito) como reforço de uma aura de sacralização presente na quase totalidade dos discursos

Seguindo Hesse, Peter Häberle reforçou esta perspectiva. Ambos teóricos influenciaram a doutrina brasileira e são muito presentes na jurisprudência do STF.²²

A necessidade de fortalecer a crença na capacidade da Constituição de regular as relações sociais, além de advir de contingências históricas como se verá, teve como principal fim refutar a noção da Constituição como mero documento, para coloca-la como força real a conformar condutas humanas. Elevá-la a uma instância abstrata, do modo como fez Hesse, visualizando-a como produto cultural, como enfatiza Häberle, teve o propósito de torná-la maior que seu próprio texto, para não reduzi-la, como sustentou Lassale, a mera folha de papel.

Embora este fim tenha sido atingido, na doutrina que absorve estas teorias parece surgir a necessidade da síntese entre os polos do dualismo, em razão da permanente questão de como os planos abstrato e concreto interagem, relacionam-se.

Dos modos de síntese vislumbrados e utilizados para exemplificação, talvez o mais sofisticado em termos de conexão entre a dualidade seja o “fenômeno”, ou instrumento, da mutação constitucional, que representaria a mudança da norma constitucional, por sua relação com a realidade, enquanto o texto constitucional remanesceria inalterado; isto teria por base o dualismo constituição-realidade, representando uma tentativa de superação pela síntese.

Outros exemplos poderiam ser identificados e analisados dentro da dogmática e da teoria do direito,²³ mas parece bastante acrescentar apenas mais um, que seria o conceito de poder constituinte, porquanto sua análise pode oferecer a percepção de uma tensão com relação ao dualismo, por representar, na doutrina, um

constitucionalistas no Brasil; tal qual ocorre com “Deus”, a significar o deus cristão cujo monoteísmo determina que ao se falar em deus logicamente se estaria a falar d’Ele. Embora este último aspecto seja completamente rechaçado por esta pesquisa, em razão do uso corrente determinar a grafia “Constituição” para individualizar a que se quer falar e isto se justificar neste efeito, será assim também feito nestas linhas.

²² Não foram escolhidos por serem os únicos, mas por terem, como se observou, presença enquanto referências na jurisprudência do STF e, igualmente, na doutrina, sendo a “força normativa da constituição” teoria sempre reproduzida nos manuais doutrinários, sendo colocado como um “vetor” da hermenêutica constitucional.

²³ A ideia de omissão constitucional, por exemplo, realça o dualismo quando pressupõe algo do abstrato que não se vislumbra na dimensão concreta. A ideia é de que o trabalho do intérprete (juiz) deve sempre compatibilizar (promover síntese) os dois planos, sendo indiscutível, no discurso dualista, a existência das duas dimensões.

poder oriundo do plano concreto (atualmente, conceito de povo) que funda uma ordem abstrata, a constituição.²⁴

É no terceiro e último capítulo que a confrontação da perspectiva dualista com a deweyana será promovida. Neste capítulo se analisará um julgado do STF em que o dualismo ficou evidente enquanto premissa para decisão. É uma pequena amostra empírica, mas se basta enquanto exemplificação do que se sustenta: os ministros do STF para agirem (no sentido deweyano de agir humano já explanado) têm por base de sua decisão o dualismo constituição-realidade.

No primeiro item será explanada a argumentação utilizada no caso em análise, para que o pano de fundo do discurso fique claro. No segundo, a fundamentação oferecida pelos ministros do STF será analisada e se procurará apreender as repercussões de se adotar o dualismo. Por fim, no último item, a investigação guiada pelo método empírico (científico) e pelo instrumentalismo deweyano servirá para fundamentar um modo distinto de estruturar a decisão (judicial) e a ação dos ministros do STF.

Esta pesquisa não se propõe enquanto solução para os problemas constitucionais e políticos, tampouco para discussão dos limites do agir dos ministros do STF (limites à jurisdição constitucional). Enquanto uma investigação dirigida para uma problemática de filosofia do direito, o intuito se exaure na identificação do dualismo no raciocínio da decisão judicial, apontando a prejudicialidade disso, e buscando uma alternativa no instrumentalismo deweyano, partindo de modo total de seus pontos de vista, inclusive no que diz respeito a como uma investigação deve ser guiada, procurando, ainda, ilustrar na prática as suas possíveis consequências.

²⁴ Bulos et al: “Poder constituinte é a potência responsável pela criação, reforma e mutação das constituições. Numa palavra, é a energia vital da ordem jurídica.” BULOS, Uadi L. ***Direito Constitucional para Todos***. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 128.

Capítulo 1

O INSTRUMENTALISMO DE JOHN DEWEY

1.1 EMPIRISMO NATURALISTA E CONHECIMENTO

O ponto de partida inicial para compreender o termo “*empirical naturalism*” foi dado na explicação do naturalismo – observando-se a pluralidade de versões que surgem com este conceito – enquanto foco da investigação no mundo natural e recusa a conceber um mundo sobrenatural (hipersensível, transcendental, ideal), apoiando-se na ciência como melhor fonte para apreender os dados sensíveis da realidade.

Em Dewey isto é perceptível, mas ganha nuances únicas. A princípio é importante notar que este filósofo nasce em 1859, tendo uma vida muito produtiva e falecendo apenas em 1952. Isto é relevante para o propósito de situá-lo temporalmente em um momento histórico fundamental, por representar um salto na evolução do conhecimento.

É, por coincidência, no ano de nascimento de Dewey que é publicada a obra “A Origem das Espécies” de C. Darwin, que falece tão somente em 1882. A teoria da evolução das espécies desenvolvida nesta obra é um marco histórico muito relevante para a ciência e também para a filosofia, pois reforçou sua secularização e atraiu a atenção para o mundo biológico, apresentando alternativa à busca por realidades supracensíveis.²⁵

Em 1905, A. Einstein provoca outra grande revolução na ciência quando apresenta sua Teoria da Relatividade, infirmando a noção do cosmos estável

²⁵ “No one can fairly deny that at present there are two effects of the Darwinian mode of thinking. On the one hand, there are making many sincere and vital efforts to revise our traditional philosophic conceptions in accordance with its demands. On the other hand, there is as definitely a recrudescence of absolutistic philosophies”. Tradução livre: Ninguém pode, com justiça, negar no presente que há dois efeitos do modo de pensar darwiniano. Por um lado, estão fazendo muitos esforços sinceros e vitais para revisar nossas concepções filosóficas tradicionais de acordo com suas exigências. Por outro lado, há definitivamente um recrudescimento de filosofias absolutistas. DEWEY, John. *The Influence of Darwin on Philosophy and other essays*. New York: Prometheus Books. 1997. p. 18. Ainda em: THAYER, H. S.. *Meaning and Action: A Critical History of Pragmatism*. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1968. p. 60-61.

sustentada por seus predecessores.²⁶ Einstein vive até 1955, sendo também, portanto, contemporâneo de John Dewey.

Ambas as teorias são de um impacto enorme, e acabam por influenciar John Dewey, cuja relevância que sua obra atribui à ciência e a seu método é tanta que busca uma reconstrução na própria filosofia para que o que a ciência alcançou em termos de técnica, a filosofia alcance em termos de avanço social.

Como já mencionado na introdução, o pensamento deweyano pode ser dividido em três fases, ou momentos. O primeiro seria identificado por “idealista-hegeliano”, onde o estudo de Hegel influenciou bastante as obras deweyanas do século XIX. A segunda fase seria “empirista/pragmática”. E, por fim, a fase em que se baseia esta pesquisa, iniciada na década de 20 do século passado, que se identificaria com o que ele propõe enquanto empirismo naturalista, visão presente em *“Experience and Nature”*.²⁷

É nesta fase que a atenção de Dewey para a ciência se torna pronunciada e seu empirismo naturalista, que seria uma visão epistemológica cuja diretriz para investigação em qualquer área do conhecimento seria baseada na interação do homem com seu meio. Esta visão impossibilita a construção de dicotomias, pois esta interação se passa no mesmo espaço, não existindo outros planos.

Para compreender isto, é essencial discutir o que é conhecimento para Dewey, pois é a partir, inclusive, de sua noção epistemológica diferenciada que sua filosofia passou a ser designada – e particularizada – por instrumentalismo.

O conhecimento, em Dewey, possui uma natureza extremamente social, sendo colocado como armazenamento de experiências úteis para a sociedade, ou como acumulação de ideias instrumentais.²⁸ O significado de instrumentalismo vem

²⁶ A concepção de Einstein muito se aproxima da deweyana: “Para o físico, um conceito só tem valor quando é possível estabelecer se ele convém ou não ao caso concreto. Portanto, precisamos de uma definição da simultaneidade que forneça o método para reconhecer por meio de experiências se dois relâmpagos foram simultâneos ou não. Enquanto essa condição não se realizar, eu, como físico (e também como não físico), estarei me iludindo se achar que posso atribuir significado à expressão de simultaneidade”. EINSTEIN, A. *Über die spaziale und die allgemeine Relativitätstheorie*, 1917, p. 18. *apud* ABBAGNANO, N. *Op. Cit.* p. 993.

²⁷ SANTOS, Frederik Moreira dos. *Op. Cit.* p.1.

²⁸ HUNNEX, Hilton. *Op. Cit.* p. 90.

daí, do uso de ideias enquanto planos de ação, não como estruturas representativas da realidade que estariam sujeitas ao critério dicotômico da verdade/falsidade; em Dewey, ideia é instrumento, sendo verdadeira quando funciona, falsa quando não funciona.²⁹ O conhecimento, portanto, enquanto um “fundo de reserva” das experiências acumuladoras de ideias instrumentais, possui um caráter profundamente social e orgânico.

Isto, aliás, é presente também no Pragmatismo, do qual Dewey tem vínculo, e é base para a recusa do dualismo, como esclarece Browne:

A fundamental premissa da filosofia pragmática é a de que o seu método rejeita, sistematicamente, toda e qualquer forma de dualismo que, ao longo da história, têm permeado o pensamento filosófico. A crítica pragmática está assentada no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, e, portanto, seu desenvolvimento processa-se dentro e numa perspectiva contextual e funcionalizada, ou seja: as distinções que venham a ocorrer e os propósitos que se pretende atingir no curso das ações praticadas são subsumidos no interior de cada situação, envolvendo os indivíduos e o meio ambiente.³⁰

O empirismo naturalista é, então, uma teoria do conhecimento, pela qual é possível unificar qualquer “campo” do conhecimento em uma única forma de investigação, o que o filósofo em análise chama de método empírico ou científico, que será melhor delineado no item 1.3.

Nesta perspectiva epistemológica, não existe cisão entre mundo sensível e suprassensível, o “sujeito do conhecimento” entra em direto contato com a experiência, é um organismo em interação com o meio, por isto, podemos depreender do que observou Browne acima, apenas em uma situação prática é possível perceber

²⁹ *Ibidem.* p. 24.

³⁰ REGO, George Browne. O Pragmatismo como alternativa à legalidade positivista. O método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In: BRANDÃO, Cláudio (org.); CAVALCANTI, Francisco (org.); ADEODATO, João M. (org.). *Op. Cit.* p. 67.

na interação dos envolvidos o valor, provindo do contexto e de uma noção funcional, do que pode ser avaliado enquanto conhecimento; o que vale ser armazenado no repertório social de experiências enquanto conhecimento. É definido assim o que “é” conhecimento e como ele é adquirido.

A mente humana não seria uma realidade (ou substância) apartada do mundo físico. Seria, na verdade, um comportamento inteligente ou adaptativo – ficando evidente aqui a influência da teoria evolucionista.³¹

Algo fundamental no empirismo naturalista deweyano é a percepção de que os eventos do mundo são incertos e instáveis, e que as teorias filosóficas tentariam vê-los como reflexos de uma ordem estável em virtude do medo humano da instabilidade, da incerteza.³²

Experiência não é algo que segue modelos universais e se repete sempre do mesmo modo. Na verdade, a realidade proporciona experiências a todo momento e estas não se repetem da mesma forma, nem seguindo um padrão universal, no que concerne à dimensão cultural de um povo. As experiências são fruto de uma convivência coletiva, cujas estruturas culturais são confrontadas constantemente por fatos naturais. Existe, no entanto, um elo entre as experiências, que as conecta e entrelaça, o qual Dewey identifica como o princípio da continuidade. Este elo deve ser percebido pelos filósofos a fim de integrar o aprendizado oriundo das experiências a um corpo de conhecimento. A experiência, no entanto, nunca pode ser dissociada das condições que a gestaram.

Existe, pois, um liame de continuidade entre as experiências do mundo, mas não há nada que seja regular; algo pode ser percebido como uma constância, mas não significa que sempre foi, nem que sempre será. O que temos disponível é a capacidade de perceber o meio ambiente e a interação humana como fonte de aprendizado para guiar nosso comportamento e armazenar as experiências socialmente úteis em forma de conhecimento compartilhado.

³¹ HUNNEX, Hilton. *Op. Cit.* p. 90.

³² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias*. V. 3. São Paulo: Paulus, 1991, p. 507.

O conhecimento seria formado por grupos de informações e habilidades transmitidas através de gerações e todas as experiências geram conhecimento, pois são a forma de vivenciar o mundo e adquirir memória dessas vivências.

Uma vez que se tenha bem compreendido a condição humana como sujeita ao risco e à instabilidade, é imprescindível que se desenvolva um comportamento e “operações humanas” com base na inteligência, enquanto capacidade criativa de adaptação, e responsabilidade, enquanto compromisso com o propósito social.³³

Qualquer investigação, guiada pelo método científico e que se pretenda enquanto material para o conhecimento, precisa ser útil enquanto melhor ajustamento da interação entre homem e natureza; daí se tira o caráter eminentemente prático do conhecimento.

Para Reale e Antiseri, investigação em Dewey significa: “transformação controlada ou direta de situação indeterminada em situação determinada em suas distinções e relações constitutivas, a ponto de converter os elementos da situação originária em totalidade unificada”.³⁴

A totalidade unificada seria a própria experiência, que deve ser compreendida a partir do instrumentalismo para oferecer a noção de ideias e fatos como operacionalizações, não dados em si; as ideias seriam, como se disse, planos para a ação, enquanto os fatos seriam fruto de “operações de organização e escolha”.

35

Não se trata da unidade universalizadora sustentada na metafísica da subjetividade:

O tema central da metafísica é a “unidade e a multiplicidade”: a metafísica tudo refere ao uno enquanto origem e fundamento de tudo. É essa referência ao uno que permite pensar a realidade como totalidade: todos os dados e fenômenos são, por essa referência, pensados como constituindo um todo. Por essa razão, a explicação

³³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. Cit.* p. 508.

³⁴ *Ibidem.* p.508.

³⁵ *Ibidem.* p. 509.

dos fenômenos não pode ocorrer no nível dos próprios fenômenos, mas a partir de algo que subjaz aos fenômenos, seu fundamento ontológico, as essências, ideias, formas ou substâncias, que, como o uno e o todo, são de natureza conceitual.³⁶

Esta unidade é diversa da proposta deweyana justamente em razão de se por os fenômenos como causados por substâncias ideais, enquanto em Dewey existe o princípio da conexão e continuidade relacionando todos os fenômenos no mesmo espaço (ambiente, meio), em uma totalidade não universal, mas contingencial. Novamente a distinção entre o projeto da estabilidade e a crítica deweyana.

Percebendo o conhecimento como acumulação de ideias instrumentais e a inteligência como comportamento operativo/criativo, a concepção deweyana da tarefa da filosofia fica mais clara: controle inteligente da experiência.³⁷ Esta é a tarefa, parece claro, de qualquer outra disciplina que pretenda agregar algo a título de conhecimento, e assim construir algo útil à sociedade; incluindo-se aqui, portanto, o direito.³⁸

É precisamente este o propósito desta pesquisa: expor a reconstrução epistemológica de John Dewey e discutir de que modo isto influencia no controle das experiências do fenômeno jurídico; após, mostrar como esse controle tem sido concebido em certos discursos teóricos e na jurisprudência e comparar as duas abordagens.

³⁶ OLIVEIRA, M. A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 509.

³⁷ É este, afinal, o objetivo da obra *Experience and Nature* (cf. seu prefácio), que afirma ser tarefa da filosofia, que consistiria em elaborar uma teoria crítica de como a experiência pode ser inteligentemente utilizada e controlada.

³⁸ Sob a perspectiva jurídico-pragmática, também Browne observa a tarefa do juiz como um: “adaptar e tornar o Direito um instrumento de transformação significativa e funcionalmente útil da vida social” REGO, G. Browne. O Pragmatismo como alternativa à legalidade positivista. O método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In: BRANDÃO, Cláudio (org.); CAVALCANTI, Francisco (org.); ADEODATO, João M. (org.). *Op. Cit.* p. 76.

1.2 EXPERIÊNCIA E RAZÃO

Este tópico, para além de apresentar solução com a proposta deweyana para a tensão entre empiristas e racionalistas modernos – sugerindo um novo modo de conceber a experiência e a razão –, pretende esclarecer como uma visão empírica naturalista dissolve o produto desta tensão: a divisão entre o mundo da experiência (sensível) e o mundo da razão (ideal, abstrato).

A repercussão de uma abordagem assim atinge diretamente qualquer pretensão de raciocínio dual, mesmo que seja uma busca de uma síntese entre os dois planos, ou “mundos”, pois, quando se parte de uma concepção epistemológica dualista para compreender qualquer situação, ainda que se busque uma síntese, esta marca epistemológica impregna o raciocínio. Em palavras breves: se, buscando estabilidade, o investigador idealiza duas realidades, suas conclusões serão fruto desta busca por estabilidade. Viu-se antes o erro de se buscar por estabilidade, por não ser esta a real natureza dos eventos do mundo. É com os conceitos de experiência e razão reformulados por Dewey, porém, que esta natureza poderá ser melhor compreendida.

Não é pertinente a este trabalho revisitar em minúcias os problemas filosóficos colocados pelos empiristas e racionalistas, pois além de fugir do que se propôs é suficiente reduzir as posições nas seguintes asserções: a) para os racionalistas a experiência não seria fundamento sólido para crença nem conduta humanas, pois os sentidos são falíveis, devendo haver uma ordem acima do nível do particular que rege o mundo de modo certo e infalível, e é acessível pela faculdade da Razão; b) para os empiristas não há nada universal e infalível, apenas nossos sentidos que, embora falíveis são os únicos meios que se detém para conhecer o mundo.³⁹

De modo sucinto, com Hessen, o racionalismo toma a razão – como faculdade do espírito, associada a uma concepção matemática de conhecimento – como ponto de partida epistemológico, enquanto o empirismo vê como fonte do

³⁹ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 86.

conhecimento os sentidos, que preencheriam de conteúdo o ser humano que seria uma “tábula rasa” ao nascer.⁴⁰

Dewey, no entanto, não se satisfaz com estas concepções e reformula os conceitos de razão e experiência, concebendo esta “enquanto guia da ciência e da vida moral”⁴¹ e aquela enquanto processo para dar conexão e unidade à própria experiência.⁴²

A noção de experiência deweyana apresenta contornos muito complexos, que serão ao longo desta dissertação delineados. Mas, de logo, é importante perceber que a experiência não se restringe meramente a objetos, mas estende-se ao resultado do experienciar:⁴³ “It is not experience which is experienced, but nature – stones, plants, animals, diseases, health, temperature, electricity, and so on. Things interecting in certain ways are experience”.⁴⁴

Mas como se daria a experiência? Para analisar de modo sistemático a apreensão da experiência, Dewey seccionou seus “estágios”: 1) Os homens tentam certos atos, suportam certos sofrimentos e emoções (consequências); 2) cada estado é isolado, particular; 3) A memória preserva e acumula incidentes isolados; 4) quando se empilham, tudo que é irregular é cancelado, o que é comum é selecionado, reforçado e combinado; 5) gradualmente, forma-se hábito de ação e, de acordo com ele, cria-se quadro generalizado de um objeto ou situação; 6) conhece-se o particular enquanto espécie de certa forma universal; 7) desenvolve-se o senso comum e com

⁴⁰ HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 48-55.

⁴¹ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 87.

⁴² *Ibidem.* p. 89.

⁴³ No vernáculo, habitualmente, o verbo que é empregado no uso que se fez é experimentar. No entanto, embora o verbo “experienciar” não seja comum, julguei-o mais adequado, já que no idioma inglês os radicais destes verbos são os mesmo que no português, ou seja, poderia Dewey ter utilizado, em vez de “*experience*”, “*experiment*”. É usual observar estes verbos como sinônimos, em ambos os idiomas, mas parece haver uma sutil diferença. Experimentar parece ter seu uso vinculado a situações em que o ser que pratica este verbo tem uma postura mais ativa em seu exercício, enquanto que experienciar parece abarcar melhor o sentido tanto ativo quanto passivo da situação, ou seja, o ser que experiencia age e suporta as repercussões (consequências) de seu agir. Experimentar poderia ser usado sem prejuízo, porém sua substituição por experienciar parece preservar um aspecto importante da metafísica deweyana.

⁴⁴ Tradução livre: Não é experiência que é experienciada, mas a natureza – pedras, plantas, animais, doenças, saúde, temperatura, eletricidade, e assim por diante. Coisas interagindo em certos modos são experiência. DEWEY, John. *Experience and Nature. Op. Cit.* p. 4a.

isto evolui certa regularidade de conduta; 8) os incidentes particulares são fundidos e se articula um modo de agir que é geral – tanto quanto possível; 9) A regularidade trata qualquer incidente como caso de uma espécie, exigindo determinada ação específica.

Para Dewey “Tudo isto constitui o que chamamos experiência”, e o resultado disso é a) certo discernimento geral, b) certa habilidade organizada de ação. Isto seria útil e constitui a experiência – embora não a reduza –, mas generalizar casos e organizar ações deste modo é estar sujeito a possíveis falhas, pois os casos individuais sempre apresentam variações devido à instabilidade ínsita à experiência.

45

Este seria o modo como o ser humano habitualmente perceberia e guardaria a experiência, traduzindo-a em concepções genéricas e conjunto de ações articuladas – lembrando novamente a ideia de crença/hábito peirceana, que concebe, por fim, este processo como consolidador de crença/hábito, identificada como regra de ação.

Segundo Dewey, duas coisas possibilitaram essa nova noção de experiência e da relação entre Razão e Experiência; ou do papel da razão na experiência. A primeira foi a mudança operada na atual natureza da experiência, de seu conteúdo e de seus métodos, e a segunda foi o desenvolvimento de uma psicologia baseada na biologia.

Antes, por causa da psicologia dos sécs. XVIII e XIX, os sentidos eram entendidos como vias de acesso para o conhecimento. Haveria um mosaico formado pelas sensações, composto de imagens, percepções e concepções. A cada vez que, através dos sentidos, o conhecimento crescia, assim crescia o mosaico que formava a mente, sendo esta passiva.

Para Dewey, foi com o desenvolvimento da Biologia que esta noção pôde ser refutada, pois teria ficado claro que o organismo evolui com o ambiente, ou seja, se transforma de acordo com as alterações em seu meio.

⁴⁵ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.*, p. 87.

O organismo não é passivo e seu ambiente não é estático, havendo sempre mudança, sendo ela tanto maior quanto for a capacidade do ser vivo de reconstrução do ambiente e sua sensibilidade para perceber as alterações do meio.⁴⁶ Isto conformaria a experiência: a relação entre organismo e ambiente em um constante evoluir mútuo, em que o ser vivo experiencia o meio, reage e lida com as consequências de seu agir.⁴⁷

Há uma vital conexão íntima – não mero nível lógico-formal – entre o agir e as consequências deste agir, que conectam de modo contínuo os seres e seus atos no meio em que existem em uma continuidade que gera a experiência e quando bem percebida e investigada transforma-se em conhecimento útil.

Então esta é a “categoria básica” deweyana, fator mais importante em sua concepção de experiência e razão: a interação entre organismo e meio deve acarretar adaptações para melhor aproveitar o meio. O conhecimento seria posterior a isto, mas estaria implicado neste processo de adaptação.⁴⁸

Assim, discutir o lugar das sensações no comportamento humano é deixar de fora, com Dewey, a questão epistemológica, pois os sentidos funcionariam como estímulo responsivo ao meio, não como capacidade cognitiva: “As sensações não são partes de nenhum conhecimento, bom ou mau, superior ou inferior, imperfeito ou completo; são, antes, provocações, incitamentos, desafios a um ato de pesquisa que irá terminar no conhecimento”.⁴⁹ Alterando-se o eixo desta discussão, a contraposição empirismo-racionalismo perde a base.⁵⁰

A questão de serem os sentidos falíveis não se relaciona, portanto, ao problema do conhecimento; não pertencendo a esta esfera, possuiriam valor prático, enquanto sinais para reconduzir a ação. Dewey exemplifica com a seguinte situação: quando se está escrevendo algo e a ponta do lápis quebra, os sentidos indicam que

⁴⁶ *Ibidem.* p. 90.

⁴⁷ “As mudanças produzidas no meio ambiente reagem sobre o organismo e sobre suas atividades, de sorte que o ser vivente experimenta, e sofre as consequências de seu próprio comportamento”. DEWEY, John. **Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.** p. 91.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 91.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 93.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 91-92.

algo aconteceu em desconformidade do que se esperava, pois em situação normal o corpo escreve de modo “automático”, por “conexão fisiológica”. A sensação da quebra da ponta serve de sinal de que é necessário um “reajustamento do comportamento”, marcando transições nos hábitos de comportamento.⁵¹

Assim, não são modos de conhecer, mas estímulos – pontos de reajuste de comportamento –, que impõem a reflexão e a inferência. É uma interrupção na conduta habitual, que provoca necessidade de reajustamento, de mudança de atitude para uma melhor adaptação ao meio. A interrupção que estimula os sentidos provém do ambiente e quando isto ocorre é necessário uma resposta adaptativa. Dewey propõe que se conheça bem este processo para que a resposta seja inteligente e construtiva, o que não será possível se a compreensão do que ocorre for baseada no dualismo.

Para compreender melhor esta interação e viabilizar respostas inteligentes e construtivas ao ambiente, o conceito de experiência e suas implicações devem estar sempre presentes: “A experiência contém em si princípio de conexão e de organização, e tais princípios não são de maneira alguma sem valor, porque, antes do que epistemológicos, sejam vitais e práticos”.⁵² Não se trata de uma categoria abstrata, portanto. A filosofia deweyana pretende reconhecer o funcionamento dos eventos naturais e humanos e acaba por compreendê-los sempre de modo concreto; as consequências epistemológicas desta perspectiva não são meramente formais nem, muito menos – como sói acontecer com a tentativa de preservar a razão em termos não naturais – contrafactuais.

As sensações, assim, são reações ao meio e são inteligentemente compreendidas a partir desta noção de experiência. O atributo da inteligência, razão, não é, em Dewey, faculdade isolada na abstração, mas sim pensamento planejador ativo que é engendrado dentro dos processos da experiência; razão se torna inteligência experimental e funciona como sugestões concretas de “experiências passadas, desenvolvidas e amadurecidas à luz das necessidades e deficiências do

⁵¹ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 93.

⁵² *Ibidem.* p. 94.

presente, empregadas como alvos e métodos de reconstrução específica, e apuradas através de êxitos ou malogros na execução dessa tarefa de ajustamento”.⁵³

Assim, a razão, ou inteligência, é entendida enquanto processo – não faculdade definitiva – capaz de gerar guias de ação flexíveis que servirão de hipóteses a serem testadas na prática; envolvendo a capacidade de observar consequências, aprender e reajustar quando necessário.

Reformulando o valor da experiência e da razão em termos filosóficos, reconstruindo seus conceitos dentro de seu empirismo naturalista, Dewey acaba por identificar que a tensão provocada pelo dualismo faz com que as pessoas tenham que escolher entre duas posições opostas inflexíveis; ou os “princípios” ou os “fatos”.⁵⁴

Comumente nas teorias/filosofias do direito, como se verá adiante, há a proposta de superar as dificuldades postas por este dualismo por meio de uma síntese dos dois polos opostos. Também isto é criticado no instrumentalismo deweyano, estando tal tentativa fadada à frustração, pois sempre será preservado em seu âmago a polarização do dualismo, tendo-o por ponto de partida e fundamento, resultando em raciocínios vinculados a expectativas geradas em uma epistemologia dualista; questão que será melhor investigada na continuidade desta dissertação.

⁵³ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.*, p. 97.

⁵⁴ *Ibidem.* p. 99.

1.3 MÉTODO EMPÍRICO E DUALISMO

Os elementos que constam na epígrafe deste item já foram tangencialmente tratados nos precedentes, porém a sua análise detida e de como se relacionam é imprescindível para o curso desta pesquisa, como se demonstrará.

A crítica ao dualismo em Dewey é feita através de sua noção empírica naturalista de experiência – a qual contém o princípio da continuidade e o princípio da conexão –, mas é através do método empírico/científico que esta experiência pode ser transformada em conhecimento, que se distinguiria do conhecimento conquistado por outros métodos justamente pela capacidade de melhor desvelar o meio ambiente e as interações humanas, pois coloca a experiência como princípio e fim da investigação:

(...) in the case of natural Science we habitually treat experience as starting point, and as method for dealing with nature, and as the goal in which nature is disclosed for what it is. To realize this fact is at least to weaken those verbal associations which stand in the way of apprehending the force of empirical method in philosophy. ⁵⁵

A importância do método empírico em filosofia – bem como em direito – se dá, portanto, pelo fato do raciocínio iniciar em virtude da experiência e retornar à experiência, não ficando absorto na região do conceitual. A solução de um problema a partir do método científico, em Dewey, deve ser buscada por uma investigação que se oriente subsequentemente pelas seguintes ações: a) tomada de consciência do problema – da situação indeterminada; b) esclarecimento tanto possível completo desta situação, com a observação e classificação dos fatos; c) formulação de uma hipótese que sirva de possível solução; d) análise de consequências previsíveis; e) aplicação da hipótese e sua verificação para eventual reformulação. ⁵⁶

⁵⁵ HUNNEX, Hilton. *Op. Cit.* p. 21.

⁵⁶ Tradução livre: (...) no caso da ciência natural nós tratamos habitualmente experiência como o ponto de partida, e como método para lidar com a natureza, e enquanto objetivo pelo qual a natureza se desvela pelo que é. Perceber

Dewey, a partir do método empírico/científico, deixa o dualismo de fora de qualquer investigação na medida em que concebe a experiência como totalidade, como unidade integrada, mas não como universo fechado e regular, e sim como plano único (o mundo) – pois tudo que existe ou pode existir é natural: “illusions are illusions, but the occurrence of illusions is not an illusion, but a genuine reality” – ⁵⁷ em que os eventos acontecem de modo relacionado, traduzindo o princípio da continuidade.

Para Dewey, métodos não empíricos não fazem jus a esta integralidade inclusiva da vida enquanto experiência nem conservam o princípio da continuidade, pois partem dos resultados de uma reflexão que é produto da dualização do objeto e de tudo relacionado à experiência, coisa completamente diversa do que se passa no método empírico:

Its problem [do método empírico] is to note how and why the whole is distinguished into subject and object, nature and mental operations. Having done this, it is in a position to see to what effect the distinction is made: how the distinguished factors function in the further control and enrichment of the subject-matters of crude but total experience. Non-empirical method starts with a reflective product as if it were primary, as if it were the originally “given”. To non-empirical method, therefore, object and subject, mind and matter (or whatever words and ideas are used) are separate and independent. ⁵⁸

O lugar da teoria, no método empírico deweyano, é o de articulação de ideias concatenadas e dirigidas a um fim, servindo de guia para observação de fenômenos. Afirmar Dewey que sem teoria os fenômenos poderiam passar inclusive

este fato é no mínimo enfraquecer aquelas associações verbais que se posicionam contra a perceber a força do método empírico em filosofia. DEWEY, John. *Experience and Nature. Op. Cit.* p. I.

⁵⁷ Tradução livre: Ilusões são ilusões, mas a ocorrência de ilusões não é uma ilusão, mas uma realidade genuína. DEWEY, John. *Experience and Nature. Op. Cit.* p. 20.

⁵⁸ Tradução livre: Sua questão [do método empírico] é notar como e porquê o todo é distinguido em sujeito e objeto, natureza e operações mentais. Havendo feito isto, está em posição de ver para qual efeito a distinção é feita: como fatores distintos funcionam no controle e enriquecimento do conteúdo da crua, mas experiência total. Método não empírico inicia com o produto refletido como se fosse primário, como se fosse originalmente “dado”. Para método não empírico, portanto, objeto e sujeito, mente e matéria (ou qualquer palavras e ideias usadas) são separados e independentes. DEWEY, John. *Experience and Nature. Op. Cit.* p. 9.

despercebidos.⁵⁹ O que ocorre, no entanto, é que na teoria os objetos seriam “secundários” e são empregados como meios para um fim prático, sempre partindo da e retornando à experiência, como se viu, cujo estado dos objetos reais identificaria estes como objetos “primários”. Os objetos secundários são “refined objects of reflection”, puramente instrumentais, que serviriam enquanto meios de controlar, alargar o uso e desfrutar dos objetos primários (reais).⁶⁰

Estes objetos refinados de reflexão, conteúdo de teorias, não são, como uma leitura apressada talvez deduzisse, promotores do dualismo real-ideal; eles possuem existência na mesma ‘dimensão’ dos “primary objects”, pois funcionam como regras de ação, diretrizes que são realizadas instrumentalmente na e pela prática, representando: “the discriminated analysis of the process of experiencing from subject-matter experienced”.⁶¹

Destarte, é perceptível que não se nega que há a capacidade de abstração no repertório de habilidades humanas. Aliás, ele coloca esta habilidade justamente como o melhor controle dos “primary objects”, como visto. É algo, portanto, a ser cultivado na investigação científica. A presença do dualismo surge justamente em razão desta capacidade não ter sido relacionada ao método empírico:

This great emancipation [a capacidade de perceber que as qualidades atribuídas aos objetos vêm da forma como eles são experienciados, sendo isto devido à interação humana e sua tradição] was coincident with the rise of “individualism”, which was in effect identical with the reflective Discovery of the part played in experience by concrete selves, with their ways of acting, thinking and desiring. The results would have been all to the good if they had been interpreted by empirical method. For this would have kept the eye of thinkers constantly upon the origin of the “subjective” out of primary experience, and then directed it to the function of discriminating what is usable in the management of experienced objects. But for lack of such a method, because of isolation from empirical origin and instrumental use, the

⁵⁹ *Ibidem.* p. 5.

⁶⁰ Tradução livre: objetos refinados de reflexão. *Ibidem.* p. 6-7.

⁶¹ Tradução livre: a análise discriminada do processo de experienciar a partir do objeto experienciado. *Ibidem.* p. 6-7.

results of psychological inquiry were conceived to form a separate and isolated mental world in and of itself, self-sufficient and self-enclosed. Since the psychological movement necessarily coincided with that which set up physical objects as correspondingly complete and self-enclosed, there resulted that dualism of mind and matter, of a physical and psychical world, which from the day of Descartes to the present dominates the formulation of philosophical problems.⁶²

Assim, sem o método empírico, o dualismo é uma forte tendência, pois os resultados da reflexão, quando não vinculados à prática, são tidos como pertencentes a uma realidade superior. Dewey denominou intelectualismo toda tentativa de traduzir a realidade em pura abstração, o que seria problemático, pois iria de encontro aos objetos primários, que existem para serem “treated, used, acted upon and with, enjoyed and endured”,⁶³ não apenas conhecidos e retratados abstratamente. O conhecimento, portanto, não é a única finalidade humana.

A crítica deweyana ao dualismo reside justamente no fato de dois mundos independentes – por mais que se busque síntese, seus objetos remanescem independentes – serem criados e concebidos, cada qual, como realidade particular e primeira. Ou seja, o plano abstrato é autônomo e seus objetos são “dados” que podem ser analisados por si mesmos. A consequência disso: “when intellectual experience

⁶² Tradução livre: Esta grande emancipação [a capacidade de perceber que as qualidades atribuídas aos objetos vêm da forma como eles são experienciados, sendo isto devido à interação humana e sua tradição] foi coincidente com o nascer do “individualismo”, que foi em efeito idêntico à descoberta reflexiva do papel desempenhado na experiência pelas individualidades concretas, com seus modos de agir, pensar e desejar. Os resultados poderiam ser todos para o bem se tivessem sido interpretados pelo método empírico. Pois isto teria mantido a atenção dos pensadores constantemente sobre a origem do “subjetivo” a partir da experiência primária, e após dirigida para a função de discriminar o que é útil na administração dos objetos experienciados. Porém, por falta de tal método, em razão do isolamento da origem empírica e do uso instrumental, os resultados da investigação psicológica foram concebidos para formar um mundo mental separado e isolado em si e por si mesmo, autossuficiente e enclausurado em si mesmo. Uma vez que o movimento psicológico necessariamente coincidiu com este, que organiza objetos físicos como correspondentemente completo e enclausurado em si mesmo, isto resultou no dualismo da mente e material, de um mundo físico e psíquico, o qual desde Descartes até o presente domina a formulação dos problemas filosóficos. DEWEY, John. *Experience and Nature. Op. Cit.* p. 15.

⁶³ Tradução livre: tratados, usados, agidos por e com, aproveitados e suportados. *Ibidem.* p. 21.

and its material are taken to be primary, the cord that binds experience and nature is cut".⁶⁴

“Cortar” esta ligação entre experiência e natureza é abandonar a noção de continuidade entre os eventos do mundo. Como eles se dariam se não por uma rede de consequências que relaciona estes eventos entre si? Os eventos acabam por serem vistos como causa, resultado, de leis superiores a determinar a ordem. Isto é completamente contrário às premissas deweyanas de vida como incerteza e permanente interação entre seres vivos e meio ambiente.

Abandonar estas premissas é virar as costas para a biologia e para o método empírico, o que não parece ideal tendo-se visto seus avanços, principalmente mais de meio século passados desde a morte de Dewey, onde o projeto Genoma Humano fora concluído e a biotecnologia mostra potencial para alterar definitivamente o que se compreende hoje como “certo” na natureza.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 23.

1.4 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Utilizar John Dewey como marco teórico significa revisar completamente os fundamentos de um “objeto” das “ciências humanas”, cujo alicerce para sua compreensão foi estruturado em premissas completamente diversas. Partir do instrumentalismo deweyano é, assim, reconstruir a estrutura conceitual epistemológica que permite a investigação acerca de algo.

Esta reconstrução é feita em torno do que este filósofo denominou “*empirical naturalism*”, postura filosófica e epistemológica que determina como ponto de partida e objetivo de qualquer investigação a noção de um único mundo natural, como visto. Epistemologicamente, toda investigação, em qualquer ciência, partiria da premissa de que a fonte e a finalidade do conhecimento se dão na interação dos seres vivos entre si e com o seu meio.

Adotar o empirismo naturalista deweyano para as chamadas ciências humanas é também adotar seu projeto de reconstrução destas ciências para dotá-las de um intrínseco significado e compromisso social, pois o caráter instrumental do conhecimento não leva à busca por uma verdade universal, mas sim a um estágio de maior percepção de que as experiências devem servir de “*background*” para ações produtivas para a comunidade.

Na reconstrução da filosofia e das “ciências humanas” produzida por Dewey a extensão dos efeitos e repercussões em todos os aspectos da vida em comunidade é enorme. Este alcance extrapola as pretensões desta pesquisa, pois avança em temas como a democracia, a arte, a educação, a verdade, relacionando todos eles a um projeto de civilização que tem por cerne a possibilidade de explorar e ampliar a própria “engenharia” social de modo lúcido e consciente.

Esta pesquisa não pretende partir de toda contribuição da obra de Dewey, mas apenas de parte que seja suficiente para reconstruir pressupostos a fim de eliminar a presença do dualismo epistemológico que distingue, em uma investigação, dois mundos e seus objetos.

Para isto, foi necessário entender o empirismo naturalista deweyano, sua noção de conhecimento, seu método empírico e sua concepção de experiência e razão. Todas estas bases foram necessárias para demonstrar não apenas a desnecessidade do dualismo, como também sua nocividade como fundamento de decisões que guardam repercussões sociais.

O conceito deweyano, porém, que mais bem denuncia isto é o do princípio da continuidade – que é consequência da epistemologia adotada por Dewey, tomando corpo em sua noção de experiência –, e, embora tenha tido lugar nos itens pretéritos, é interessante reforçar seu papel na presente pesquisa.

Antes, porém, revisar a epistemologia deweyana a partir de seus conceitos fundamentais a fim de melhor delinear a presença da continuidade é importante. A fundamental diferença entre o instrumentalismo deweyano e as filosofias dualistas inicia pela noção de estabilidade da vida e de seus eventos.

Dewey pontua que as filosofias dualistas assim o são por idealizarem a experiência, sustentando uma “Realidade Última”, perfeita, ideal e racional, justamente por temerem a instabilidade e transitoriedade, procurando tornar a experiência humana mais “agradável”.⁶⁵ A razão para esta realidade última ser perfeita, imóvel, seria a seguinte:

O mundo, que é transitório, deve ser um mundo de discórdia, pois desprovido de estabilidade, carece do governo da unidade. Se a unidade governasse completamente, ambos os lados constituiriam uma totalidade imutável. Tudo o que varia possui partes e parcialidades que, não admitindo o governo de unidade, se afirmam independentemente e transformam a vida num palco de contendas e discórdias. Por outro lado, o Último e verdadeiro Ser, por isso que é imutável, é Total, Onicompreensivo e Uno. Sendo Uno, só conhece harmonia e, portanto, goza do completo e eterno Bem. É perfeição.⁶⁶

⁶⁵ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 102-103.

⁶⁶ *Ibidem.* p. 104.

A filosofia, portanto, serviriam para compreender esta realidade última e buscar uma síntese para que a realidade empírica pudesse ser melhor ordenada e compreendida. A síntese permitiria ao mundo funcionar como uma unidade regular e estável. Por isto, especulação sobre a realidade última seria mais importante que a *práxis*.

Isto funda uma noção epistemológica diametralmente oposta a de Dewey, que parte da noção de instabilidade e transitoriedade. Para esta concepção, propõe como melhor método o científico/empírico, em razão de seu caráter experimental, que concebe o conhecimento como algo dinâmico, sendo trabalho do investigador buscar e ficar atento às instabilidades e alterações, possibilitando a manipulação ativa do meio.⁶⁷

O conhecimento, com este aspecto ativo, é compreendido enquanto, como visto, acumulação de ideias instrumentais, tornando-se ferramenta para interagir com – e modificar – o ambiente, em ações inteligentemente conduzidas.

Isso parte, pois, da noção básica de que há mudança a todo instante; “existe movimento no interior de cada coisa aparentemente em repouso”.⁶⁸ Dewey afirma que o conhecimento deixa de ser contemplativo para se tornar prático, argumentando:

A verdadeira importância da doutrina do caráter operativo ou prático do conhecimento, da inteligência, é objetiva. Significa que as estruturas e os objetos, que a ciência e a filosofia exaltaram, em contraste com as coisas e os acontecimentos da experiência diária concreta, não constituem reino à parte, no qual a contemplação racional possa repousar satisfeita; significa que umas e outros representam os obstáculos selecionados, os meios materiais e métodos ideais de imprimir rumo e ordem àquela mudança que, por uma forma ou por outra, ocorrerá.⁶⁹

⁶⁷ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 107-109.

⁶⁸ *Ibidem.* p. 108.

⁶⁹ *Ibidem.* p. 110.

Isto não retira a imaginação (criatividade) humana, pelo contrário, torna esta capacidade ainda mais importante, como visto anteriormente. O que esta noção de conhecimento desfaz é o isolamento desta característica humana em um reino a parte. Este é o ponto de partida do instrumentalismo deweyano: “uma ideia é a sugestão de algum empreendimento que deve ser realizado, ou de algum modo de realizar”.⁷⁰

Esta concepção de conhecimento, enquanto conjunto compartilhado de ideias instrumentais, é concebido a partir do conceito de experiência. Experiência é totalidade porque nada se passa sem ser experienciado, e a força motriz deste processo de experienciar é a interação dos seres com o meio que determina uma constante troca de ação e reação, e suas consequências.

Perceber isto é admitir a inexorável presença da continuidade. Não se trata de um princípio formal, criado para sustentar determinada ideologia ou teoria prescritiva. Trata-se de um princípio percebido nestas interações, trocas e consequências. As experiências são interconectadas por encadeamentos de situações de interação nas quais a continuidade pode ser percebida não como uma lei fundamental a ser seguida mas como um reflexo da própria transitoriedade da vida; tudo se movimenta e ao se movimentar repercute em outros movimentos. Vida é movimento contínuo.

As ciências experimentais, que adotam o método empírico, perceberam isto, e suas investigações permitem avanços significativos do conhecimento, pois cultivam a orientação de que conhecer é conduzir de modo inteligente ações, a fim de proporcionar o melhor ajustamento possível entre ser humano e natureza.⁷¹ É evidente, assim, que não se pode esperar fixidez e estabilidade imutável, devendo-se buscar ordem de conexões em processo; a continuidade entre as experiências.⁷²

⁷⁰ DEWEY, John. *Reconstrução em Filosofia. Op. Cit.* p. 111.

⁷¹ *Ibidem.* p. 111.

⁷² *Ibidem.* p. 33.

Para Dewey esta deveria ser a postura dos filósofos – também os do direito; propõe: “a função primordial da filosofia é a explorar racionalmente as possibilidades da experiência; especialmente as da experiência humana coletiva”.⁷³ Assim, a filosofia, como a ciência, deve ser uma busca pelos melhores modos de conduzir as ações, e não uma tentativa de conquistar uma realidade imutável e perfeita.⁷⁴

Embora a busca por esta realidade nas teorias do direito contemporâneas não seja guiada pela ideia de imutabilidade – muito menos no âmbito da filosofia, que mudou bastante desde a publicação de “Reconstrução em Filosofia” –, persiste, no entanto, a noção de que uma realidade a parte existe e pode ser conhecida. Esta realidade, perfeita e abstrata, é a Constituição. Ela existe no imaginário dos teóricos do direito; existe para além do texto que a representa, inclusive.

Em virtude da impossibilidade de negar completamente a instabilidade intrínseca da vida, que recusa a existência de uma outra realidade estável, as teorias do direito, ao conceberem a Constituição, não podem “imuniza-la” da realidade, buscando, assim, formas de síntese entre a vida e a realidade abstrata. A exposição deste posicionamento e suas dificuldades serão melhor discutidos na sequência desta dissertação.

⁷³ *Ibidem.* p. 114.

⁷⁴ *Ibidem.* p. 18.

Capítulo 2

TEORIA DO DIREITO E DUALISMO

2.1 A TEORIA DO DIREITO E O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO HERMENÊUTICO

A tradição jurídica ocidental é o pano de fundo e a fonte da qual se gestam os discursos jurídicos no Brasil. Assim, enquadrá-los no contexto desta tradição é imprescindível para compreender as matrizes de pensamento em que estão calcados. Expor aspectos históricos da teoria do direito dentro desta tradição é essencial para compreender a adesão dos discursos jurídicos brasileiros a seus premissas e pontos de vista; inclusive, e principalmente, compreender que o que é “discutido” é fruto desta “adesão”.

A tensão existente entre posturas associadas ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico gerou, em certo sentido, uma dualização, dicotomia, na filosofia do direito que pode ser identificada enquanto dois opostos: formalismo e antiformalismo.⁷⁵ Teóricos do direito, incursos no formalismo do século passado, recusavam-se mesmo a identificar sua atividade enquanto filosofia, em razão de associá-la a uma postura antiformalista que mais condiziria, em sua visão, com o jusnaturalismo.⁷⁶

No entanto, ocorreu, no âmbito das discussões em teoria do direito, após a segunda guerra mundial, um momento de crise aguda, em que a predominância que havia da postura formalista perde sua força e um novo arcabouço teórico é buscado

⁷⁵ “Se evocarmos com um pouco mais de atenção o clima intelectual das primeiras décadas do século [passado], no campo do pensamento jurídico, encontramos delineada a dissensão entre correntes formalistas e correntes antiformalistas”. SALDANHA, Nelson. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 59. As razões desta tensão e argumentos em favor de um dos polos demandariam análise que extrapola os objetivos da presente pesquisa. São, no entanto, questões pertinentes para a Filosofia do Direito e estão bem expostas tanto em Saldanha, embora de maneira mais breve na citada obra, e, de modo mais detido em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

⁷⁶ BUSTAMANTE, Thomás da Rosa. *Teoria dos Precedente Judicial*. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 172.

pelos teóricos do direito. Segundo Just, um movimento anti-formalista ganha espaço e projeção a partir, principalmente, da obra *Tópica e Jurisprudência* publicada em 1953 por Theodor Viehweg, cuja repercussão foi enorme e deflagrou tendências que se desdobrariam no ceticismo retórico de Ballweg, nova retórica de Perelman, teorias do discurso racional (de inspiração habermasiana) e no que chamou de *Jurisprudência Hermenêutica*.⁷⁷

Just denomina *Jurisprudência Hermenêutica* a corrente teórica heterogênea que seria chamada por vezes de “jurisprudência das valorações”, “hermenêutica jurídica”, mas que, embora conjugue teorias muito diversas, apresenta como ponto comum a filiação filosófica à hermenêutica gadameriana, aderindo a um “paradigma hermenêutico”, cujo cerne residiria nas seguintes premissas: “(a) o conhecimento (o das ciências humanas, em todo caso) é inseparável da interpretação, (b) a interpretação é inseparável da aplicação e (c) interfere com a própria realidade interpretada”.⁷⁸

Foi escolhido Konrad Hesse, um dos autores desta corrente teórica, para análise nesta dissertação em virtude de apresentar em sua teoria este paradigma, com as consequências que se demonstrará. Isto justifica a análise, ainda que breve, do contexto de gestação desta corrente teórica.⁷⁹

A interpretação, desenvolvida por Just – que nesta dissertação se adota –, das consequências e conexões de sentido dos fatores histórico-sociais que conduziram à formação de um paradigma “comum” às teorias contemporâneas da interpretação no direito é a que identifica como principais causas desta ambiência compartilhada para as teorias do direito o condicionamento destas pela jurisdição constitucional e pela chamada “guinada interpretativa”. Esta guinada seria

⁷⁷ JUST, Gustavo. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 284.

⁷⁸ JUST, Gustavo. *Interpretando as Teorias da Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

⁷⁹ Just identifica, no entanto, pontos convergentes entre esta corrente teórica e as desenvolvidas com filiação na filosofia analítica (como Dworkin), em razão da utilização de princípios a fim de reformular a concepção de positividade no direito. *Ibidem*. p. 75.

responsável pela difusão da noção de um paradigma para as “ciências do espírito” fincado na compreensão; o paradigma hermenêutico.⁸⁰

Por conta destes fatores, a ambiência dos discursos hoje inseridos na teoria do direito possuiria a interpretação – enquanto, principalmente nos autores da Jurisprudência Hermenêutica, compreensão – como centro e entorno da teoria do direito,⁸¹ pois, por causa do momento histórico, as teorias do direito colocaram a interpretação como sendo o momento fundamental da experiência jurídica, tornando a interpretação não apenas o centro da Teoria do Direito – resultante da crise da racionalidade⁸² – mas também aderindo a um novo paradigma epistemológico (hermenêutico) que expõe o direito como um saber interpretativo.⁸³

O desenvolvimento do controle de constitucionalidade – baseado inteiramente na concepção de jurisdição constitucional – teria sido condicionante para o modo como o problema da interpretação é atualmente discutido, porquanto teria a Constituição passado a desempenhar um papel decisivo no cotidiano de quem tem o direito como objeto de investigação.⁸⁴

Isto conduziria a uma atenção exacerbada ao momento da decisão judicial, enquanto vinculada a uma concepção de concretização dos mandamentos constitucionais possibilitada pela atual configuração da jurisdição constitucional.⁸⁵ Assim, as teorias contemporâneas do direito identificariam o momento da “aplicação” – concretização (compreensão, interpretação); terminologia da Jurisprudência

⁸⁰ JUST, Gustavo. *Interpretando as Teorias da Interpretação. Op. Cit.* p. 27.

⁸¹ Apresentação de Gustavo Just em: JUST, Gustavo (org.); REIS, Isaac (org.). **Teoria Hermenêutica do Direito.** Autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012. p. 9-12.

⁸² GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos de ordem jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 194-199.

⁸³ “Veio ocorrendo também [além da ‘hermeneutização do pensamento filosófico’], como se sabe, dentro do pensamento universitário ocidental, a crescente conjugação dos problemas do Direito Constitucional com os da Teoria Geral do Direito: passou-se da Teoria clássica da interpretação, ligada ao modelo de Savigny, (...), ao modelo gadameriano, fundado em boa parte sobre Dilthey e Heidegger, e portador de conceitos como os de horizonte e compreensão”. SALDANHA, Nelson. As Ideias Constitucionais em uma Perspectiva Histórica. In: BRANDÃO, Cláudio (org.); SALDANHA, Nelson (org.); FREITAS, Ricardo (org.). **História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 223.

⁸⁴ JUST, Gustavo. *Interpretando as Teorias da Interpretação. Op. Cit.* p. 43.

⁸⁵ LUÑO, Antonio E. P. *Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

Hermenêutica – do direito, na decisão judicial, como o mais importante para ser teorizado, o fazendo, como explicita Just, através de teorias sobre a interpretação.

É importante ter presente, inclusive, que Gadamer, cujo pensamento foi fundamental para esta corrente teórica, já se disse, percebe a atividade de julgar como exemplo característico da compreensão hermenêutica,⁸⁶ sendo este fato utilizado pelos discursos incursos no paradigma hermenêutico para fortalecer a sua ligação.

Estes condicionamentos da teoria do direito, e a importância central da interpretação – que se equivaleria à compreensão, aplicação e concretização –, não são diretamente objeto desta pesquisa. Pretende-se, tão somente, tomar estas questões como pano de fundo para, tendo a Constituição e a decisão judicial enquanto temas essenciais, discutir como o dualismo tratado antes se apresenta em certos discursos jurídicos inseridos neste contexto.

Para tanto, o fundamental para esta dissertação é notar que o projeto constitucional oriundo desta ambiência descrita posiciona a Constituição como dimensão abstrata (horizonte), ideal, a representar e dialogar com a realidade (também colocada como horizonte); é a preservação do dualismo. Assim o faz, segundo Just, para adaptar as noções de horizonte passado (da tradição) e horizonte presente (do intérprete) da hermenêutica gadameriana, transmudando-as em horizonte da norma e horizonte fático (do conflito a ser resolvido) –⁸⁷ questão melhor explorada no item seguinte.

Deste modo, a discussão com relação a qual das teorias ou teóricos contemporâneos funciona melhor ou possui melhor estrutura racional não é pertinente para esta dissertação, porquanto a análise de apenas um teórico, inserido no contexto apresentado, já seria suficiente para observar como a Constituição foi posta em um plano a parte da realidade e de que modo isto, por si só, partindo de Dewey, é nocivo.

Embora a Jurisprudência Hermenêutica filie-se filosoficamente à Hermenêutica Filosófica, a justeza e interação entre as duas correntes teóricas não serão analisadas, em razão de tal ação extrapolar a pretensão desta dissertação. É

⁸⁶ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 304.

⁸⁷ JUST, Gustavo. *Interpretando as Teorias da Interpretação*. *Op. Cit.* p. 104-105.

necessário, no entanto, apontar, com Just, que o relativismo e historicismo da hermenêutica filosófica geraram tensões nas teorias do direito que a assumem como marco filosófico em razão de impossibilitar a pretensão de objetividade e certeza que é vista como problema na questão da justeza da interpretação na decisão judicial e buscada pelas teorias inseridas na Jurisprudência Hermenêutica, em razão de sua pretensão de controlar a racionalidade utilizada na interpretação exposta na decisão judicial.⁸⁸

É interessante ir mais a fundo, no entanto, na questão da necessidade de um novo “paradigma” hermenêutico para as ciências sociais, diverso do utilizado para as ciências naturais, pois, no capítulo precedente, defendeu-se, com Dewey, a utilização de um método único para qualquer atividade de investigação.

A princípio, há que se discutir a questão da objetividade na ciência e da presença desta questão nos âmbitos das ciências “naturais”, “exatas” e “humanas”. A adesão a um paradigma epistemológico hermenêutico, como se colocou no início, faz com que os teóricos do direito identifiquem sua atividade como sujeita à “compreensão”, em contraposição à “explicação” operada nas ciências naturais e exatas.⁸⁹

Esta distinção remonta à Wilhelm Dilthey e teve o escopo de permitir uma fundamentação da sociedade baseada numa noção de historicidade que fugisse do pensamento “matematizante” adotado pelo positivismo de sua época.

Em geral, para justificar a pertinência de um método à parte para as “ciências humanas”, o que se faz é identifica-las a um corpo de conhecimento que não pode dar garantias de objetividade como as outras ciências “poderiam”. Como fundamento mais “contundente” trazem que no direito não se pode perseguir certeza

⁸⁸ “Ainda que esse dilema [tensão relatividade-objetividade] não tenha sido explicitamente elaborado e enfrentado no âmbito da JH, a evolução dessa corrente apresenta, às vezes num mesmo autor, oscilações e vacilações que traduzem exatamente a tensão entre sua matriz filosófica e as aspirações (ao mesmo tempo teóricas e pragmáticas) indissociáveis do seu próprio surgimento no mundo das ideias jurídicas”. JUST, Gustavo. *Interpretando as Teorias da Interpretação. Op. Cit.* p. 121.

⁸⁹ PALOMBELLA, Gianluigi. *Op. Cit.* p. 302.

matemática, estando aquele sujeito à compreensão e as ciências que se apoiam nesta à explicação.

É interessante observar que o termo traduzido por “explicação” é *Erklärung*, que tem sentido de tornar algo claro (*Klar*), evidenciar. Assim, *erklären* pode ser traduzido por, além de explicar, declarar. Esta era a visão que o positivismo fazia da ciência, relegando toda afirmação que não pudesse ter o grau “cientificamente” objetivo de explicação à mera ilusão metafísica.⁹⁰

Esta objetividade e certeza da ciência propugnadas pelo positivismo, no entanto, não ressoam unânimes nos âmbitos atuais de discussão das ciências naturais e exatas.⁹¹ Epistemologicamente, como tentativa de superação desta ideia, teria sido cunhada uma perspectiva pós-positivista (identificada em figuras como Kuhn e Feyerabend): “Doutrina que implica a substituição do critério objetivista da verdade pelo critério historicista e sociopragmático do consenso”.⁹²

A partir de Morin, nota-se que o paradigma a que o positivismo aderiu determinava a simplificação dos fenômenos, disjuntando todos os seus elementos e percebendo-os como uma equação matemática; embora este proceder tenha resultado em avanços importantes, ele seria mutilador da realidade, precisando ser substituído por um paradigma que parta da noção de complexidade:

Não há mais solo firme, a ‘matéria’ não é mais a realidade maciça elementar e simples à qual se podia reduzir a *physis*. O espaço e o tempo não são mais entidades absolutas e independentes. Não só não há mais uma base empírica simples, como também uma base lógica simples (noções claras e distintas, realidade não ambivalente, não contraditória, estritamente determinada) para constituir o substrato físico. Resulta daí uma consequência capital: o simples (as categorias

⁹⁰ “(...) cada uma das nossas principais concepções e cada ramo dos nossos conhecimentos passam necessariamente por três estágios teóricos diferentes, o estado teológico ou fictício, o estado metafísico ou abstrato e o estado científico ou positivo.” A. Comte *apud* REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. Cit.* p. 299.

⁹¹ A objetividade científica é ideia historicamente produzida, não uma condição intrínseca da atividade científica. Essa ideia, no entanto, não é mais sustentada com tanta veemência: “A pesquisa histórica tende a mostrar que a ciência é realmente um empreendimento humano, contingente, feito por humanos e para humanos” FOUREZ, Gerard. A construção das ciências. Introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: UNESP, 1995. p. 177.

⁹² ABBAGNANO, Nicola. *Op. Cit.* p. 160.

da física clássica que constituem o modelo de qualquer ciência) não é mais o fundamento de todas as coisas, mas uma passagem, um momento entre complexidades, a complexidade microfísica e a complexidade macrocosmofísica.⁹³

A divisão realizada entre explicar e compreender não se sustenta em uma visão assim.⁹⁴ Perceber a atividade de investigação científica como o mesmo proceder não é descaracterizar as ciências humanas, mas sim perceber o aspecto pragmático de qualquer teoria (instrumentalismo deweyano). A necessidade que Gadamer percebe como inerente às investigações em ciências humanas permanece válida:

Ora, a experiência histórica se define pelas aquisições históricas das quais ela se origina e pela impossibilidade de destacá-la dessa origem, ela jamais será, portanto, um método puro. Certamente haverá sempre um meio de deduzir regras gerais dessa experiência, mas o sentido metodológico desse procedimento não autoriza a extrair daí uma lei propriamente dita, subsumindo-se de maneira unívoca um dado conjunto de casos concretos. As regras só são o que são com base no uso; a ideia de regras da experiência exige sempre que as mesmas sejam postas à prova pelo uso. Isto é o que permanece válido, de um modo geral e universal para o conhecimento que temos que temos nas ciências humanas. Estas jamais atingem outra 'objetividade' senão aquela que toda experiência traz consigo.⁹⁵

A expectativa de objetividade e certeza em qualquer âmbito da vida humana é que deve ser revisada. A inexorável comunicação entre os conhecimentos – na acepção cunhada por Dewey – é que não pode ser rejeitada e ignorada. O próprio

⁹³ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 19.

⁹⁴ “As noções de física e de biologia não devem ser reificadas. As fronteiras do mapa não existem no território, mas sobre o território, com os arames farpados e os aduaneiros. Se o conceito de física se amplia, se complexifica, então tudo é física. Eu digo que então a biologia, a sociologia, a antropologia são ramos particulares da física; do mesmo modo, se o conceito de biologia se amplia, se complexifica, então tudo o que é sociológico e antropológico é biológico”. MORIN, Edgar. *Op. Cit.* p. 37.

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.

Dilthey, segundo Marco Casanova – comentador e tradutor de sua principal obra – enxergava a intrínseca ligação entre os “ramos” do conhecimento:

Para Dilthey, o problema do projeto crítico kantiano reside fundamentalmente no esquecimento da base histórico-material que constitui todo conhecimento humano (...) Há, para Dilthey, em outras palavras, um ponto de conexão incontornável entre as ciências humanas e ciências naturais, porque não é possível escapar em momento algum do lado eminentemente material dos fenômenos em geral (...) Hegel reduz a história a uma ontologia do espírito, na qual a única coisa que realmente se dá são as determinações do universal. Para Dilthey, uma filosofia da história precisa ir além de tal redução e considerar as condições epocais do espírito objetivo em toda a sua amplitude, com toda a gama de determinações empíricas e materiais. Ela precisa ser uma filosofia da vida. (...) a vida se mostra aqui como a unidade físico-espiritual em jogo em todos os fenômenos em geral.

96

Gadamer, no entanto, critica Dilthey por, em razão de seu apego à ciência moderna, tentar preservar ou encontrar nas “ciências do espírito” também objetividade.⁹⁷ Denota, no entanto, grande perspicácia a noção de “integridade” dos fenômenos em Dilthey, embora tenha sido difícil se libertar do ideal de objetividade de sua época.

Ainda que a expectativa de objetividade e certeza inexorável na ciência contemporânea seja reduzida, persiste no imaginário dos pesquisadores no direito a

⁹⁶ Apresentação de Marco Antonio Casanova de sua tradução de “*Einleitung in die Geisteswissenschaften*”. In: DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**. Tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. VI-VII. É curioso que esta edição traga o título da obra traduzindo “*Geisteswissenschaften*” por ciências humanas, em vez de ciências do espírito, já que “*Geist*” significa espírito e não humano (*menschlich; human*). Talvez isto possa denotar uma estratégia da editora, ou a concepção do tradutor, por julgar o termo humano é mais adequado atualmente. Não há espaço, aqui, para especular (pois, aliás, redundaria apenas nisto, especular) sobre as razões para isto, mas fazer notar isto pode ser importante a fim de insinuar alterações de contexto, ainda que as razões não sejam perscrutadas.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Op. Cit.** p. 34.

diferença “elementar” entre explicar e compreender, sendo um argumento recorrente: no direito nunca se poderá afirmar que “ $2 + 2 = 4$ ”.

De fato, não é o que aqui se pretende. Mas não se pode ignorar as controvérsias dentro desta ciência “exata”:

Segundo o ponto de vista realista, os teoremas de teorias matemáticas descrevem fatos em domínios de objetos ideais existindo per se. O problema é explicar que tipo de existência é essa, onde exatamente esses objetos ‘residem’, como podemos conhece-los e o que eles têm a ver com o nosso mundo. A estratégia linguística é uma estratégia nominalista, ela faz esses objetos desaparecerem, deixando apenas os termos de uma linguagem, cujos significados conhecemos como usuários proficientes dela. E, como é por intermédio dessa linguagem que descrevemos o mundo, a matemática aplica-se à experiência apenas porque fixa e explica o significado de termos que usamos para falar do mundo.⁹⁸

Bem, verificar qual das duas posições está mais adequada vai muito além dos limites desta pesquisa, mas o que importa depreender para os fins do que aqui se discute é que, muito embora não se possa afirmar com certeza que os objetos da matemática não existem além da linguagem, a ideia de que os conceitos matemáticos são utilizados (ainda que com mais segurança) linguisticamente nas empreitadas humanas assim como objetos de qualquer outra ciência (natural ou humana) é muito semelhante ao instrumentalismo deweyano, que coloca todas as ciências como formas de investigação para geração de ideias instrumentais.

A certeza da matemática, enquanto conhecimento, no entanto, já não é a que se poderia sustentar na ambiência da ciência moderna, que parece ainda ser levada a sério quando utilizada por juristas:

Ela [a matemática] não é o que era, nem será o que é. A matemática evolui por inércia própria. Levada por seus problemas e pelas

⁹⁸ SILVA, Jairo José da. *Filosofias da matemática*. São Paulo: UNESP, 2007. p. 229.

tentativas de resolvê-los, pelas suas crises e até pelos seus fracassos, mas também pelas necessidades da ciência e da técnica. A matemática também reflete a cultura em que é criada, e é tão variável quanto essa, além de mudar constantemente o modo como ela própria se vê, a sua autoimagem. Não há, portanto, uma essência imutável da matemática que competiria à filosofia revelar.⁹⁹

Assim, a fórmula “ $2 + 2 = 4$ ” é uma instrumentalidade, mais do que uma verdade objetiva. Equivale, assim, a um uso e enquanto tal não permanece ativo por ser verdadeiro, mas por funcionar. Seu funcionamento, no entanto, depende do discernimento humano, assim como as outras ciências. Constatar que uma pedra possui determinada constituição proveria um conhecimento mais seguro que a descrição de um fenômeno social, por exemplo.

No entanto, além da descrição da constituição da pedra não possuir *status* de certeza inexorável, o que importa quando se fala em “conhecimento”, principalmente nos termos deweyanos, é o que se faz com a informação de que determinada pedra é constituída de tal modo. Esta informação não tem valor em si mesma, ela é uma instrumentalidade, como a fórmula matemática, e seu uso poderá ser eficiente ou não.

O que Dewey propôs, como se viu, foi que a investigação de qualquer ciência para ser útil enquanto conhecimento precisa se guiar da mesma forma; com atenção ao conceito de experiência que fora apresentado, pois enquanto instrumentalidades, as ideias partem das experiências passadas e servem para otimizar as experiências futuras.

Destarte, o conhecimento, enquanto conjunto de ideias que são regras de ação sujeitas ao teste da experiência, só guarda valor de verdade quando for útil; não em um sentido utilitarista, que ignora completamente as crenças, mas sim na proposta pragmatista que vê na crença um hábito e na dúvida a possibilidade de reajuste, a partir de uma investigação séria, seja em qual “tipo” de ciência for.

⁹⁹ *Ibidem.* p. 236.

2.2 A CONSTITUIÇÃO COMO HORIZONTE ABSTRATO

No item precedente se demonstrou o condicionamento das atuais teorias do direito pela chamada “guinada interpretativa” e pela atenção dada à jurisdição constitucional (em virtude da Constituição passar a desempenhar papel fundamental na estruturação institucional e política no ocidente “pós-bélico”). São, devido a estes fatores, teorias voltadas à interpretação – que passa a se situar no centro e entorno do pensamento jurídico contemporâneo – e à decisão judicial enquanto aplicação da “Justiça Constitucional”.

Dentro deste contexto, a corrente teórica denominada por Just de Jurisprudência Hermenêutica (ou Jurisprudência dos valores) foi colocada como contendo teóricos que buscaram alicerce na hermenêutica filosófica gadameriana para revisar a noção de interpretação no direito, além de estruturar processos de controle racional desta interpretação, tarefa esta que, também com Just, se viu que causa tensões sérias com sua filiação filosófica que se afasta completamente da pretensão de objetividade.

O essencial disto é a tradução feita a partir da ideia de horizontes da hermenêutica filosófica para a jurídica. Enquanto a primeira é colocada como um “diálogo” incessante entre o horizonte da tradição (passado) com o horizonte do intérprete (presente), a sua tradução no direito tornou a realidade um horizonte concreto (da situação fática trazida a juízo) e a constituição um horizonte abstrato (normativo), cuja posição do intérprete se daria no entremeio destes horizontes e sua interpretação seria como que uma síntese de ambos.

Bem, antes de adentrar mais nesta questão, é interessante perceber que a Constituição, enquanto “plano” – na Jurisprudência Hermenêutica “horizonte”, alusão que se fez acima –, está desde sua origem numa dimensão abstrata, por ser fruto do jusnaturalismo¹⁰⁰ e recepcionada pelo positivismo como motor primeiro do ordenamento positivo.¹⁰¹ Então, a Constituição como ordem abstrata (lógico-formal)

¹⁰⁰ SALDANHA, Nelson. Do direito natural à teoria da argumentação. In.: *Op. Cit.*, p. 232-233.

¹⁰¹ BOBBIO, Noberto. *Op. Cit.*, p. 199-201.

é uma herança que é amplamente presente na doutrina constitucionalista, a qual a enxerga como um sistema.

No momento histórico que brevemente se fez referência em linhas anteriores, o papel e importância da Constituição se transformam e sua supremacia precisa ser não apenas preservada, mas acentuada; o que é feito, mas preservando-a enquanto abstração. Para Goyard-Fabre, a respeito deste caráter da Constituição e de sua doutrina:

“A superlegalidade constitucional significa que, no Estado, a Constituição é a chave da lei da regularidade das decisões de direito. Entenda-se com isso que ela se impõe de modo coercitivo como fonte da legalidade e que, por essa razão, torna inteligível, desde seus princípios primeiros, todo o sistema jurídico do Estado. Em outras palavras, ela permite pensar o sistema do direito segundo as categorias da razão. A doutrina constitucionalista corresponde, com efeito, a uma preocupação de racionalização da ordem jurídica”.¹⁰²

Para esta autora, “a racionalização do direito lhe confere sua força imanente”.¹⁰³ Mas, ao mesmo tempo, o isolamento da Constituição em uma esfera abstrata promove a noção bem presente nos discursos constitucionalistas brasileiros de que existe uma realidade (horizonte) constitucional que se constitui de objetos (normas) que podem ser conhecidas de modo racional – pois se está no “mundo” do racional, afinal.

Uma questão que parece passar despercebida, no entanto, é que os horizontes na hermenêutica filosófica são compreendidos dentro de um único mundo, não há dualização entre empírico e racional, a distinção é – para fins de formatar modos de ser no mundo – temporal. Mas antes de analisar isto mais detidamente, faz-se necessário compreender como a Constituição se tornou o ambiente racional-abstrato dos juristas.

¹⁰² GOYARD-FABRE, Simone. *Op. Cit.*, p. 122.

¹⁰³ *Ibidem.* p. 123.

Cabe analisar, pois, dois marcos teóricos da Teoria da Constituição bastante recorrentes nos discursos jurídicos brasileiros que possuem ressonância na problemática: Ferdinand Lassale, que viveu entre 1825 e 1864, e Konrad Hesse, que viveu entre 1919 e 2005, ambos alemães – datas que podem indicar o ambiente em que suas ideias foram gestadas.

Em Lassale, o funcionamento do Estado seria determinado por forças existentes na sociedade.¹⁰⁴ Estas forças corresponderiam aos grupos de demandas homogêneas que desenvolveriam suas atividades – agiriam – de forma a garantir seus interesses. A atividade difusa destes grupos – pois não seriam propriamente organizados – corresponderia aos fatores reais do poder em uma sociedade. Como os interesses demandados possuem similaridade, o agir, mesmo não organizado, seria na mesma “direção”.

Estes fatores reais do poder é que seriam responsáveis pela determinação da dinâmica social, pois seriam “poderes de fato”. Isto, diz Lassale, é a constituição real de um povo; a soma destes fatores reais de poder. O relacionamento destes fatores determinaria os destinos do Estado e não a constituição escrita. Esta concepção acentua um caráter político de questões constitucionais em detrimento de uma visão propriamente normativa. De acordo com o autor:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é uma macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.¹⁰⁵

¹⁰⁴ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Campinas: Servanda, 2010. p. 14.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 41.

Esta ideia é fundamental. Lassale preocupa-se a todo momento com a questão “Que é uma constituição?”. Esta investigação ontológica leva-o a distinguir dois tipos: uma que existe e sempre existiu em toda e qualquer sociedade (“constituição real”), a qual diria respeito à “essência” da própria sociedade, e uma outra que encontra-se documentada, pretendendo valor jurídico, a qual retrata o discurso que prevaleceu no momento de sua feitura, mas não possui força diante da real.

Nesta concepção, apesar de presente o dualismo, não existe a preocupação direta com a questão da decisão judicial (se viu que o problema da aplicação, “concretização”, da norma constitucional é problema contemporâneo), como ocorrerá no desenvolvimento da corrente denominada Jurisprudência Hermenêutica, na qual Josef Esser, precursor da corrente, pretendeu garantir a controlabilidade racional das decisões revisando a questão da interpretação tendo por base a dualização de dois horizontes; abstrato (norma) e concreto (realidade).¹⁰⁶

Interessante aqui, por ser um direto opositor da teoria lassaleana, é analisar o que pensa Konrad Hesse em sua teoria da “força normativa da constituição”,¹⁰⁷ pois se trata também de um representante da mencionada corrente teórica Jurisprudência Hermenêutica e representa, para os constitucionalistas, a superação do problema lassaleano.

O primeiro ponto defendido para contrapor-se à teoria dos fatores reais de poder foi o caráter normativo da ciência do direito, na qual o direito constitucional, para pretender-se normativo, não poderia transformar-se em mero observador da realidade, pois sua missão seria conformá-la à ordem e não descrever suas vicissitudes,¹⁰⁸ ideia que serve para sustentar e preservar o “Estado Constitucional”, como visto. Sendo assim, algo deveria existir para conceder força aos postulados constitucionais e concretizá-los.

A premissa criada é a de que no “palco da vida estatal” existiriam forças ativas advindas das relações de poder da sociedade. Hesse, referenciando Lassale,

¹⁰⁶ JUST, Gustavo. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Op. Cit.* p. 286.

¹⁰⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 11.

escala no campo das forças: a força militar, social, econômica e intelectual.¹⁰⁹ No entanto, defende que uma 5ª força deve entrar neste embate, com a finalidade de também influenciar a “vida” do Estado.

Esta 5ª força seria imprescindível para dotar a constituição do que chama de “força normativa”, pois esta não possuiria existência autônoma (uma constatação ontologicamente relevante), necessitando observar “as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais” além do “substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico”.¹¹⁰ Estes dois elementos corresponderiam à “natureza singular do presente”, inserida na chamada “consciência coletiva”. Parece haver nesta teoria, então, um sentido “psicologizante” que coloca a existência da Constituição nas mentes das pessoas, que para constituir esta existência precisam bem interpretar esta singularidade do presente.

De acordo com Hesse, o momento presente significa o limite da Constituição, não há como pretender eficácia de uma constituição exclusivamente teórica que ignora o momento vivenciado por sua sociedade. A natureza singular do presente é o ponto de partida, fundamento pelo qual a constituição postula um ordenamento hábil a conformar a realidade. Assim, a realidade precisaria ser considerada para compor ontologicamente a Constituição.

No entanto, outro elemento seria imprescindível para dotar de força normativa a constituição jurídica: a pretensão de eficácia da Constituição, que corresponde à referida 5ª força. Esta seria, como as outras forças, elemento autônomo. A pretensão de eficácia é, também, gerada pela consciência coletiva; ao fim e ao cabo nasceria da vontade de constituição: só existiria real pretensão de eficácia se houvesse “vontade de constituição (Wille zur Verfassung)”.

A “consciência coletiva” deveria alcançar três estados de compreensão para conquistar a vontade de constituição¹¹¹:

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 9.

¹¹⁰ HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 19-20.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 15.

(...) [1] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. (...) [2] compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). (...) [3] consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

Estes estados de compreensão denotam uma característica da teoria hesseana, explicitada pelo próprio autor: seriam os cidadãos que conformariam o Estado.¹¹² A vida do Estado seria formada pela vontade de todo indivíduo presente na sociedade, e influenciada diretamente por esta vontade. No palco das forças que conformam esta vida estatal encontra-se a “vontade de poder (Wille zur Macht)”, que corresponde aos fatores reais de Lassale, mas deveria existir também a “vontade de constituição (Wille zur Verfassung)”, que dependeria da conquista pela consciência coletiva dos três estados de compreensão antes abordados, ou seja, todos os indivíduos deveriam possuir a vontade composta destas três compreensões.

Assim, a pretensão de eficácia, nascida da vontade de constituição, tendo como fundamento a natureza singular do presente, concederia força ativa à constituição, permitindo que esta entre no campo das forças que dirigem a vida do Estado.

Em Hesse percebe-se uma linha onde em uma extremidade estão as relações de força vislumbradas por Lassale e na outra a coercitividade exclusiva dos postulados da constituição defendidos pelas posturas formalistas. O autor coloca como ideal o termo médio desta linha, pretendendo sua teoria demonstrar que a primeira extremidade gera absurda instabilidade e a segunda gera esterilidade. O termo médio desta linha respeitaria, para Hesse, o condicionamento recíproco entre

¹¹² *Ibidem.* p. 20.

abstrato (norma-constituição) e concreto (realidade-forças sociais); e isto reforça a busca pela síntese entre estes planos.

Este condicionamento recíproco entre constituição (norma) e realidade está presente em toda doutrina constitucionalista que se seguiu, firmando sobremaneira este dualismo e reforçando a óptica de dois planos apartados que devem ser contrabalanceados pelo intérprete através da tarefa hermenêutica.

A obra de Hesse, publicada em 1959, teve um impacto enorme e influenciou em demasia outro teórico cujas teses são acolhidas pelos discursos jurídicos brasileiros (sendo muito presente inclusive nas decisões do STF): ¹¹³ Peter Häberle.

Häberle publica em 1975 a obra: “Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição” ¹¹⁴. Para ele, a interpretação deve ser um processo aberto e público, pois ele concebe a Teoria da Constituição como ciência da cultura; a constituição seria um fenômeno cultural, cuja dimensão se estenderia em vários níveis (histórico, normativo, psicológico, estrutural). ¹¹⁵ Por fim, em resumo, o que estaria presente seria uma síntese entre constituição (norma) e realidade.

Estas concepções, no entanto, acentuam sobremaneira o papel dos indivíduos na sociedade para delinear os contornos da Constituição. O que se pode depreender é que existe uma plataforma comunicacional compartilhada em um plano lógico-racional acessível de igual modo a todos os membros da sociedade a fim de apreenderem (compreenderem) os objetos constituídos abstratamente de modo

¹¹³ Cf.: MONTEIRO, Roberta. Os Contributos da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle para a Democratização do Processo Constitucional e a Influência de sua Teoria no Brasil. In: JUST, Gustavo (org.); REIS, Isaac (org.). **Op. Cit.**

¹¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹¹⁵ MONTEIRO, Roberta. Os Contributos da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle para a Democratização do Processo Constitucional e a Influência de sua Teoria no Brasil. In: JUST, Gustavo (org.); REIS, Isaac (org.). **Op. Cit.** p. 127-129.

culturalmente partilhado; possuindo cada cidadão parte nesta construção e detendo a “chave” deste horizonte abstrato.

A Constituição se torna “tradição”, na acepção hermenêutica, em Hesse e Häberle, por isto a identificação com uma “ciência da cultura” neste último. Além do ponto levantado no início deste item – de que o horizonte da tradição não parece ser elevado na filosofia hermenêutica a um plano abstrato –, o horizonte da tradição, tal qual descrito por filósofos do direito, não seria (ou pelo menos não parece razoável) produto em igual medida de todos os membros de uma sociedade, nem estes parecem poder influenciar os “objetos” deste plano abstrato (Constituição) a partir de sua interpretação.

Isto por uma simples razão: cada pessoa é exposta, dentro de uma coletividade, a estímulos e experiências diferentes causados por sua interação com um meio que lhe precede e cujas interações de outros seres vivos estão constantemente alterando-o; a tradição, portanto, não incide de igual modo em todos, nem pode ser apreendida de igual modo. Assumindo isto, ou se retorna à ilusão de objetividade apreensível pela faculdade da razão inata ou se abandona o esforço de enxergar a Constituição como entidade ou lugar ontologicamente cognoscível por um intérprete que sofre a incidência de suas normas (Häberle).

A questão é que os discursos que estruturam as decisões, utilizando-se desta estrutura conceitual baseada no dualismo da norma constitucional-realidade, dois planos que não se tocam, mas apenas se relacionam a partir da interpretação, fazem o discurso se basear em dois mundos que acredita serem reais, com objetos totalmente apreensíveis, aguardando apenas a interpretação relacionar os objetos de um com o outro e obter uma síntese que mais parece o fusionar do corpo com o espírito – outro dualismo enfrentado por Dewey a partir do conceito de *mind-body*.

A força normativa de Hesse parece servir, então, para: a) se todos acreditam que a constituição preserva e busca o “bem-estar social”, b) todos dão aval para decisões que dizem aplicá-la/concretizá-la, c) pois a noção é de que uma ordem

abstrata (antes da secularização, divina)¹¹⁶ criada culturalmente (antes, naturalmente) regula estabilizadamente a “vida do Estado” e de seus membros (uma analogia abstrata da relação entre meio e seres vivos). Não se trata de todos participarem, como imagina Häberle, mas sim de todos aquiescerem em razão da crença. É, ao fim e ao cabo, uma questão de legitimação, a partir de uma ficção (dualismo) que se pretende real.

2.3 DUALISMO E SÍNTESE NO DISCURSO CONSTITUCIONAL

O dualismo presente na teoria do direito foi analisado nos itens anteriores, consolidando-se, principalmente na teoria da constituição, enquanto dois planos – associados à ideia de horizontes hermenêuticos – correspondentes um à realidade social e outro à Constituição. Embora existente a tensão de posições teóricas que pendem com muita ênfase para um dos polos, muitos teóricos (como Hesse e Häberle) buscam conciliar as duas “dimensões”, promovendo uma síntese “hermenêutica” dos horizontes abstrato e concreto.

Esta síntese está presente – é o que se buscará demonstrar aqui – em alguns institutos da dogmática constitucional no Brasil, denotando o nível de imanência do dualismo no discurso jurídico brasileiro. Pretende-se analisar temas como a “Constituição aberta”, “Poder Constituinte Permanente” e a “Mutação Constitucional”.

De modo sucinto e preliminar, os manuais de direito constitucional e livros da área entendem por Constituição aberta a condição de comunicabilidade entre os dois planos (real e abstrato-constitucional) que permite ao intérprete (juiz no momento da decisão) atualizar o plano abstrato com os “influxos” do real ao tempo em que concretiza (aplica, interpreta) os mandamentos constitucionais no caso concreto (realidade social). Esta qualidade da Constituição a tornaria apta a manter um diálogo com a sociedade para que suas normas preservassem a pertinência e função para a

¹¹⁶ Cf.: SALNDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*. Secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

qual foram criadas. Seria, para os constitucionalistas, o ideal da classificação de Loewenstein: uma constituição normativa.¹¹⁷

Por Poder Constituinte permanente, os discursos sustentam a continuação da entidade “Poder Constituinte Originário” que possuiria caráter permanente; quase que “pairando” sobre os eventos da vida em sociedade e desta retirando sua própria existência, já que viria do povo todo poder. Parece ser uma vontade onisciente que confere o “sopro da vida” à Constituição, dando sua legitimidade.

A Mutação Constitucional é vista como uma alteração no significado da norma, sem que seu texto se altere, que pode ocorrer na interpretação de quem competir delimitar o sentido de um dispositivo constitucional. A sociedade muda, sua história determina a alteração de hábitos e, principalmente, a língua, em seu vocabulário, recebe constantes alterações “informais” devido às ressignificações constantes das palavras em seu uso corrente. A constituição, assim, precisaria acompanhar estas mudanças. E o faria, através da interpretação que observaria estas alterações da realidade social e da norma constitucional.

Como já explicado, a descrição do processo de interpretação pelas teorias do direito não é objeto desta dissertação, por transbordar do aspecto epistemológico que aqui se quis dar ênfase. As metodologias criadas, portanto, não receberão maiores atenções. A análise da hermenêutica filosófica e seus horizontes não podem oferecer mais que a elucidação da origem de um aspecto de discursos jurídicos brasileiros reproduzidos na doutrina e na jurisprudência.

Observar que a Constituição é colocada como horizonte abstrato (mas preservando o caráter lógico-formal) é imprescindível para nota-la como polo do dualismo corpo(realidade)-espírito(constituição) legado pela matriz do pensamento ocidental.

¹¹⁷ Karl Loewenstein, pretendendo investigar ontologicamente a constituição, categoriza seus modos de ser como: normativa (em que seus postulados são verificáveis na realidade), semântica (são criadas apenas para dissimular a arbitrariedade do grupo que conduz o Estado; é apenas “fachada”) e nominal (são feitas para o “futuro”; não representam a realidade, mas se pretendem enquanto ideal a ser atingido). BULOS, Uadi Lammêgo. *Op Cit.* p. 100.

Este dualismo, absorvido pelas ideias jurídicas no Brasil, transparece, como acentuado, em alguns conceitos da doutrina constitucionalista, a exemplo dos que aqui se tratará. Do três exemplos que esta pesquisa utiliza, o da mutação constitucional é o que melhor demonstra a busca por uma síntese entre o normativo-abstrato (espírito) e o fático-concreto (corpo), merecendo uma análise um pouco mais detida ao final.

Quanto à ideia de constituição aberta e poder constituinte originário-permanente, fica presente a nítida noção do dualismo, já pressuposto para viabilização destes conceitos. O primeiro pressupõe um sistema lógico-formal que pode ser "alimentado" com informações que exsurjam da facticidade – mas que acabam por receber uma “tradução” para entrarem efetivamente no ordenamento. Já o segundo parece ser o próprio “espírito”, “sopro de vida”, que instaura o ordenamento constitucional, que é um produto seu e *permanece* sob sua presença, que não se esvai no momento de sua feitura justamente em razão de seu caráter “permanente”.

Os constitucionalistas brasileiros assumem como trivial a existência destes conceitos; faz parte de sua dogmática e estão intrinsecamente relacionados a todo o constitucionalismo contemporâneo (ou neoconstitucionalismo, como preferem alguns). Chega-se a afirmar, inclusive, que a abertura da constituição (e no capítulo precedente viu-se porquê) é “preocupação central do constitucionalismo contemporâneo”, por representar justamente a possibilidade da Constituição absorver qualquer questão ou conflito, já que pode “se abrir” por meio da interpretação.

A concepção de constituição aberta é próxima da de mutação constitucional, mas parece possuir uma função mais estrutural, pois serviria para absorver as “mutações da sociedade”.¹¹⁸ A ideia de mutação constitucional por interpretação, utilizada como expediente jurisprudencial para resolver casos, tem grande importância nesta estrutura, portanto.

A “abertura” da constituição seria possibilitada justamente pela ciência de que se trata de produto da cultura, sujeita a uma abordagem multidisciplinar em virtude

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. *A Constituição Aberta*: elementos de uma hermenêutica constitucional. In: AGRA, Walber de M.(coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

do plural e do contingente presentes na cultura e expostos a uma permanente reconstrução e revisão. Mas é precisamente esta característica que é colocada como condição de possibilidade da “conjugação entre o real e o normativo”.¹¹⁹

Esta estrutura conceitual permite admitir a existência de um elo entre os dois mundos criados, numa tentativa de superação do abismo entre o abstrato e o concreto, criando uma síntese. A consequência disto, já se viu, é a preservação de objetos abstratos ou espirituais que acabam por determinar consequências práticas a conflitos sociais judicializados.

O dualismo causa permanentemente esta tensão entre os “horizontes” (planos, dimensões, realidades), e os modos de síntese, assumidos por estes três conceitos, são tentativas de superar esta tensão. Curiosamente, como se demonstra nos dois outros conceitos a serem explorados, estes modos de síntese, embora resguardem (ainda que residualmente) o caráter “abstrato” e “concreto” dos polos do dualismo, parecem resolver a tensão tornando o plano abstrato mais “real”.

Posições de constitucionalistas atuais que identificam uma Constituição como um “organismo vivo” parecem, justamente, querer evitar o isolamento no plano lógico-formal, que representaria o consequente “distanciamento” dos postulados da carta política da vida da sociedade.¹²⁰

É neste ponto que a teoria de Hesse se torna tão atrativa, por representar uma proposta de uma “ordem material e aberta da comunidade”,¹²¹ a qual permitiria

¹¹⁹ *Ibidem*. p.7.

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 254. Esta concepção é muito difundida nos discursos brasileiros, vendo-se a todo momento referências à Constituição enquanto organismo vivo. Tentam imaginar a Constituição como algo vivo para superar o abismo e a mutação constitucional é colocada como fenômeno real para assegurar esta ideia de vida. É coisa invisível (espírito), que, no entanto, repercute no mundo físico, porquanto “vivo”: “As constituições, como *organismos vivos* que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e no sentido de seus dispositivos.” BULOS, Uadi L. *Op. Cit.* p.146. “(...) as Constituições são realidades vivas; somente quando de sua promulgação é que se refletem em parte na realidade. Por essa razão, são necessários instrumentos de atualização para mantê-las amoldadas a uma realidade cambiante.” DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 161.

¹²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.* p.98.

uma síntese entre constituição real (“realidade constitucional”, ou seja, real constituição que determinaria a interação social) e constituição normativa.¹²²

Poder Constituinte “permanente” e mutação constitucional são conceitos, portanto, que são delineados dentro desta perspectiva, guardando íntima relação entre si e com o conceito de Constituição aberta justamente por serem oriundas de um projeto de síntese de um dualismo que não se conseguiu superar, seja por que razão for – mesmo as de boa intenção, que pretendem elevar tanto a Constituição a fim de que passe ela a representar um signo de identidade política, como brevemente referenciado anteriormente.

Poder constituinte originário, em seu exercício permanente, é chamado pela doutrina de poder constituinte “difuso”. Seria um poder de fato que, por meio – interessantemente – da mutação constitucional, promoveria alterações em “preceitos” da constituição a fim de adequá-la à realidade.¹²³ Seria uma “entidade” ou “força”, portanto, que garantiria a ausência de abismo entre o concreto e o abstrato, pois se trata de algo que efetivamente “existe” e determinaria, por mutação constitucional, uma nova leitura da Constituição normativa quando necessário.

A mutação constitucional, pode-se ver, é um conceito que toma grande projeção neste arcabouço conceitual, sendo colocado por alguns constitucionalistas como “fenômeno” necessário para manter uma constituição como um organismo vivo.¹²⁴ Sem a mutação, uma constituição perderia seu contato com a realidade – de acordo com a doutrina.

A relação da Constituição com a realidade é, portanto, fundamental para a Teoria do Direito – por sua conexão com a jurisdição constitucional e o papel político da Constituição, como visto. A realidade seria muito cambiante e a Constituição,

¹²² “(...) a força normativa da Constituição tenta harmonizar – na linha helleriana –, a meu juízo, a normalidade com a normatividade, a realidade constitucional com a normatividade constitucional, apesar de colocar mais o acento na normatividade (...)” p. 244. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento Constitucional**. Aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹²³ “(...) enquanto o poder originário é a potência que faz a constituição, e o poder derivado, a competência que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer.” *Ibidem*. p. 145.

¹²⁴ FERRAZ, Anna C. da C. **Processos informais de mudança na constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 130.

enquanto corpo de normas supremas, não conseguiria, pelos mecanismos formais de reforma, acompanhar a realidade social mutante.

O “fenômeno” ocorreria do seguinte modo: separa-se a norma de seu texto normativo, afirma-se que a norma muda em seu sentido e alcance, acompanhando a sociedade, enquanto o texto permanece inalterado.¹²⁵

Para ficar explícito nos termos propagados pela doutrina, mutação constitucional significa: “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.¹²⁶

A mutação constitucional tornou-se instrumento que possibilita ao jurista praticante – e, especialmente, aos juízes que são instados a encontrar soluções aos problemas que lhes são trazidos – argumentar que o conteúdo da norma foi alterado e por isto o texto deve ser entendido de tal ou qual jeito.

A norma, apartada do texto – excedendo-lhe –, passa também a ser vista como algo “vivo”, assim como a Constituição. Isto é uma decorrência natural, inclusive: sendo a Constituição um organismo e sendo ela composta por normas, estas passam também a ser “vivas”. Em um sentido espiritual, no entanto; como coisas do espírito, ou da cultural (*Volksgeist*).

O caráter “vital” da norma e a referência a uma realidade constitucional, somam-se a concepção do juiz como mediador de dois horizontes de compreensão – pretendendo evocar toda a construção da hermenêutica filosófica –, em uma estrutura teórica que pretende “superar” a subsunção positivista – que conceberia tão somente

¹²⁵ A separação entre norma e texto normativo tem fundamento na metódica estruturante de Friedrich Müller, e encontra ampla aderência na doutrina pátria. Cf.: “Segundo o método concretista de interpretação da Constituição de Friedrich Müller, há uma superação da tensão dialética entre conservação da constituição formal e mutação, não havendo identidade entre a norma e o texto da norma” PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2005. p. 161.; RAMOS, Carlos Henrique. *A Mutação Constitucional. Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 155- 165.; MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e Realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2011. p. 98.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 1228.

o lado formal – e a análise sociologizante – atenta apenas ao “real” –, produzindo uma síntese que não abandona o dualismo e pretende resolver seu abismo.

A mudança na “realidade constitucional”, no entanto, precisaria ser captada pelo juiz, mediador entre os horizontes, através da interpretação das normas constitucionais, conforme a evolução da sociedade e os objetivos destacados pela constituição.

A mutação constitucional não é tema recente, estando presente há muito nos discursos de direito público alemães, tendo em Hsü Dau-Lin uma tese, orientada por Rudolf Smend e publicada em 1932 o seu ponto mais reconhecido – embora o tema tenha sido tratado no século XVIII por teóricos famosos.¹²⁷ De modo sucinto, a explicação de Dau-Lin:

Si consideramos, desde un punto de vista de la realidad jurídica, una norma jurídica carente por completo de validez social, que no tiene existencia material, con la pérdida de su validez social, desaparece, también, su contenido de valor y sentido. (...) La existencia formal sola nunca constituye una proposición jurídica real.¹²⁸

Em Dau-Lin já se percebe a presença do antiformalismo, que remonta também a Smend que muito o influenciou, ambos cultivando uma concepção “material” do direito, em oposição à análises formalistas. Todavia, a doutrina brasileira atual recebeu uma nova perspectiva ofertada pelo paradigma epistemológico da hermenêutica para construir uma concepção diferente de linguagem, interpretação e relação constituição-realidade, como se viu.¹²⁹

¹²⁷ É o caso de G. Jellinek, Paul Laband, Hermann Heller e, inclusive, R. Smend. KUBLISCKAS, W. M. *Emendas e Mutações Constitucionais*. Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2009. p.75.

¹²⁸ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de La Constitución*. Oñati: IVAP – Henri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. p. 70.

¹²⁹ Kubliskas, por exemplo, entende que o constitucionalismo brasileiro, apoiado em autores como Hesse e Müller, evoluiu da concepção moldada por Dau-Lin e seus predecessores para uma noção de mutação limitada aos contornos e exigências do constitucionalismo contemporâneo. KUBLISCKAS, W. M. *Op. Cit.* p.76-78.

Em consonância com todo o arcabouço teórico descrito neste capítulo, a definição mais acurada do conceito de mutação é:

Considerando que a normatividade só surge no processo de concretização ('não existem normas jurídicas, mas apenas normas jurídicas interpretadas'), do qual fazem parte as estruturas materiais submetidas ao fluxo histórico constante, a mutação passa a ser vista apenas como uma dimensão da necessária realização (interpretativa, processual, aberta) da norma. Em outras palavras, toda norma seria essencialmente mutante.¹³⁰

Just procura nesta passagem explicitar a utilização de teorias como a de Müller e Häberle para fundamentar o conceito teórico da mutação constitucional, demonstrando o quanto esta concepção está alicerçada na estrutura teórica que neste capítulo se buscou explicitar.

Toda a construção teórica destas sínteses dentro do constitucionalismo contemporâneo que parte da base epistemológica que se explicitou parece ser fundada precisamente no dualismo, reproduzindo a lição da hermenêutica filosófica sobre a "fusão" entre os horizontes do intérprete e da tradição, transformados em horizontes da norma abstrata e da situação fática posta em litígio.

Embora não seja a hermenêutica filosófica gadameriana o foco desta pesquisa, é imprescindível ressaltar que – além da tensão causada pelo projeto da Jurisprudência Hermenêutica de controlar a interpretação em descompasso com sua filiação filosófica antirracionalista, como se viu com Just – a fusão de horizontes em Gadamer não é síntese de dois mundos diversos, tampouco de duas realidades temporais independentes (o passado e o presente seriam "dados" do projetar-se ao futuro do *Dasein*, ser-ai), mas sim um exercício de análise "desmembrada" da compreensão:

¹³⁰ JUST, Gustavo. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 81.

Tal fusão (que não é propriamente fusão, porquanto não existem dois H.[horizontes] distintos, mas um *único* e grande H. “dentro do qual a vida humana vive, H. que a define como provir e transmitir-se”, *ibid.*, p. 355) implica que o dado hermenêutico é estrado e familiar ao tempo mesmo. Estranho porque irredutivelmente *outro* em relação ao intérprete. Familiar porque pertencente à *tradição*, que funciona como ponte ou cordão umbilical entre os dois termos da relação hermenêutica.¹³¹

O que de principal fica desta análise para os propósitos desta pesquisa, portanto, é a constatação de que o dualismo epistemológico mente(espírito)-corpo está presente no discurso teórico da filosofia do direito e que as tensões por ele causadas – adiantadas desde o primeiro capítulo – são “resolvidas” por uma síntese de seus polos (baseada em Gadamer, embora sua filosofia da finitude repudie este dualismo), e não por uma revisão na origem de sua noção epistemológica.¹³²

No capítulo que se segue, o caso analisado será “traduzido” a partir das duas perspectivas epistemológicas aqui trabalhadas: a de Dewey, com seu empirismo naturalista, e a dos discursos teóricos aqui apresentados, com seu dualismo e síntese. Não será o resultado propriamente que as diferenciara, mas o caminho escolhido para obtê-lo.

¹³¹ ABBAGNANO, Nicola. *Op. Cit.* p. 601. É perceptível a viabilidade de um diálogo entre Dewey e a hermenêutica, principalmente na crítica de ambos à metafísica moderna (dualista), tema muito bem explorado em BERNSTEIN, Richard J.. *Pragmatism and Hermenutics*. In.: FAIRFIELD, Paul (ed.). *John Dewey and Continental Philosophy*. Illianois: Southern Illianois University, 2010. p. 148-160.

¹³² De modo recorrente, os discursos de teoria do direito e da constituição identificam os projetos de Müller, Hesse e Häberle como estando condicionados pela busca da síntese: “A metodologia hermenêutica-concretizadora de Konrad Hesse e a teoria estruturante de Friedrich Müller ganham especial relevo quando da busca de limites às mutações [constitucionais], tendo em vista que os referidos autores, por influência de Smend, planejam operar a convergência entre Constituição normativa e Constituição sociológica.” p. 155; “A proposta de Müller é a de construir uma teoria da norma jurídica pensada a partir da relação norma-realidade, ou seja, aberta a uma teoria de concretização do direito.” p. 161; “Diante da necessária relação dialética entre Constituição e realidade, Häberle se preocupa em oferecer instrumental teórico que dê conta de legitimar a atividade de interpretação da Constituição.” p. 167. RAMOS, Carlos Henrique. *Op Cit.*

Capítulo 3

DECISÃO JUDICIAL E DUALISMO

3.1 ADI 3.510/DF: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

Publicada em 28 de maio de 2010, a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, representa um excelente caso exemplificador da questão discutida ao longo desta dissertação. Trata-se de ação que pretendia declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que autoriza a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Em princípio, cabe delinear os contornos deste caso através da explanação das teses contrárias postas em juízo, focando-se aos aspectos mais pertinentes à análise proposta por esta pesquisa. Ao fim deste item, deve estar claro o pano de fundo da discussão para que a estrutura conceitual utilizada seja evidenciada.

Após este primeiro momento, a decisão judicial mesma será objeto de análise, na qual se buscará, a partir dos fundamentos encetados no acórdão da referida decisão,¹³³ extrair a vinculação à noção epistemológica exposta do dualismo.

No item final, a noção epistemológica deweyana será utilizada a fim de propor uma nova estrutura conceitual como plataforma comum para discutir os argumentos defendidos por cada tese, sem, no entanto, apontar qualquer das opções como sendo “a certa”, porquanto tal objetivo não seria coerente com a proposta deweyana.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança, como já se disse, disciplina a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica. A tese jurídica que afirmava sua inconstitucionalidade sustentava, fundamentalmente, que o dispositivo legal violava o direito à vida, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição

¹³³ Versão integral disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>

brasileira, e o princípio da dignidade da pessoa humana, depreendido do artigo 1º, III, da mesma constituição.

A fundamentação desta tese girou em torno, especialmente, de dois argumentos principais, reforçados por outros menores que não receberão análise minuciosa devido à pouca pertinência para os fins aqui perseguidos. O primeiro argumento, e principal, diz respeito ao início da vida humana com base no parâmetro (horizonte) da constituição, colocando as células-tronco embrionárias como “seres humanos embrionários”. Enquanto o segundo argumento sustentava que células-tronco adultas serviriam melhor aos propósitos científicos que as células-tronco embrionárias. Assim, o artigo 5º da Lei de Biossegurança violaria tanto a vida humana, quanto a sua dignidade, “objetos” do horizonte abstrato da Constituição.

A tese da constitucionalidade da lei questionada se contrapôs ao argumento do ser humano embrionário com a ideia de embrião humano, com potencial para tornar-se pessoa humana, sendo o nascimento o início da vida propriamente humana ¹³⁴ – embora seja esta a principal questão, não foi a de maior peso para a decisão.

E, como fundamento mais contundente – como ficou evidente ao fim do julgamento – trouxe-se o argumento de que estas células-tronco embrionárias, por não terem a perspectiva de se tornarem fetos (seja por inviabilidade intrínseca ou decisão dos progenitores de não as utilizarem), seriam, fatalmente, descartadas. Isto significaria que ao invés de servirem às pesquisas científicas com potencial para desenvolver tratamentos que poderiam salvar vidas e dariam mais dignidade a condições de enfermidade, os embriões não utilizados seriam “jogados fora”. Como parâmetro constitucional, fundamentou-se o direito à saúde, à paternidade responsável e planejamento familiar (já que os progenitores escolhem o destino dos embriões), e direito à liberdade da pesquisa científica.

Uma teoria muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal é a da ponderação de valores desenvolvida por Robert Alexy, havendo quem sustente que

¹³⁴ Os detalhes sobre o desenvolvimento de cada corrente teórica acerca do início da vida não vêm ao caso, pois não se trata a presente pesquisa de uma investigação de qual seria a “correta”.

deveria ter sido esta a teoria utilizada no caso,¹³⁵ já que valores constitucionais foram postos em teses contrárias; de um lado havendo o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e do outro o direito à saúde e à liberdade científica.

No entanto, não fora esta a perspectiva do STF, como se verá, já que o problema das células-tronco embrionárias serem ou não vida humana repercute no valor da dignidade e da vida reservados no “plano” constitucional ao ser humano. Não sendo o embrião pré-implantação (enquanto amontoado de células) ser humano, não haveria valores a serem ponderados, inexistindo atrito ou oposição.

Embora seja esta questão o centro da construção teórica que fundamentou a decisão, o argumento que parece ter sido decisivo – como se fez bastante perceptível – foi o da alternativa à pesquisa científica com potencial de salvar e melhorar vidas humanas ser o do descarte das células-tronco embrionárias.¹³⁶

Este fundamento utilitarista – encoberto pela ideia de “constitucionalismo fraternal”, na qual se afirma a solidariedade como valor do horizonte constitucional: não seria sacrifício do embrião, mas sim busca pela dignidade dos seres humanos enfermos – só é possível, no entanto, a partir de uma estruturação dualista que resolve o problema do início da vida humana no plano (horizonte) abstrato. É a partir da sedimentação da noção de vida humana enquanto “objeto” do horizonte abstrato que a questão do que é mais “útil” à sociedade pode ser resolvida.

O ponto central desta decisão judicial para a análise desta pesquisa consiste, portanto, na fundamentação da célula-tronco embrionária extra-uterina (*in vitro*) ser ou não vida humana baseada na estrutura abstrata da Constituição,

¹³⁵ Leonardo Martins sustenta que as teses utilizadas no caso sofrem de precariedade jurídico-dogmática, estando ausente a ponderação e a proporcionalidade que julga imprescindíveis ao caso. MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à Luz da Liberdade Científica**. Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 120-121.

¹³⁶ Para Rebeca Dias, que corrobora este fator como decisivo, a discussão foi feita no STF de modo bastante atrasado, já que desde a questão da possibilidade da reprodução assistida o problema dos embriões ditos excendatários deveria ter sido discutido e resolvido, restando esta análise utilitarista fruto de uma omissão. DIAS, Rebeca F.. **Pensamento Jurídico Moderno e seus desencontros com a biotecnologia**. Curitiba: UFPR, 2012. p. 233.

interpretada por um intérprete que jazeria no centro do dualismo (mediador entre horizontes).

Neste processo houve a presença de *amicus curiae*, que seria a participação de setores da sociedade civil com interesse na temática discutida, instituto sustentado pela teoria de Häberle a partir de sua obra sobre a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Segundo o ministro relator, a possibilidade da sociedade participar do processo “(...) contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão (...)”.¹³⁷ Legitimidade no sentido de abertura da interpretação à sociedade, a fim de alcançar o “real” sentido dos mandamentos constitucionais a serem “concretizados”.

Para integrar norma e realidade, Häberle entende que é necessário estender o processo interpretativo a todos, pois “a ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação”;¹³⁸ esta necessidade advém da noção de que “colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger)”.¹³⁹

Em Häberle, encontra-se a concepção de que quem é atingido pela norma, inevitavelmente, interpreta-a: “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” e que “Essa complexa participação do intérprete (...) realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada (...)”.¹⁴⁰

Estas premissas deduzem a sua tese de que deve existir uma “sociedade aberta dos intérpretes”, na qual a interpretação constitucional figura como um elemento, devendo possuir critérios abertos na proporção do grau de pluralismo existente nesta sociedade. Para o autor todos os cidadãos e grupos inseridos e

¹³⁷ **Relatório** do ministro relator, p. 4.

¹³⁸ HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 30.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 15-17.

abrangidos por uma Constituição são potenciais intérpretes das suas normas, vez que são afetados por elas.

A presença de *amicus curiae* no processo e, ainda, de audiência pública, visava precisamente ampliar o espaço de discussões para a sociedade civil, a fim de conceder maior “legitimidade” ao processo, já que a interpretação a que se chegaria seria também produto da contribuição da sociedade. Isto, em si, não é algo negativo, nem apresenta de modo inexorável o dualismo.

A Constituição enquanto produto cultural não significa diretamente um pensamento dualista, mas a tendência a reputar este produto cultural enquanto fenômeno espiritual é recorrente, isolando-o da realidade, e buscando uma síntese que lhe preserve a sua distinta “substância” espiritual. No item final esta questão será explorada de modo completo, mas a identificação do dualismo não é na teoria em si, mas em alguns aspectos seus e, principalmente, no modo como seus fundamentos são utilizados.

Embora tênue, existe uma nítida distinção entre o pensamento que coloca a Constituição enquanto parte da cultura (tradição) que se reflete no cotidiano coletivo e a concepção que a coloca como plano espiritual a conformar – embora interagindo com a realidade, substancialmente distinta desta – as condutas da coletividade. Esta distinção será melhor explicitada no fim deste capítulo, quando a base epistemológica do pragmatismo e do instrumentalismo deweyano for utilizada.

3.2 O DUALISMO NO ATO DECISÓRIO

O aspecto da decisão em análise escolhido para servir à investigação e explicitação do dualismo é a questão de se o embrião pré-implantação é ou não vida humana de acordo com o horizonte da Constituição.

O embasamento da recusa ao embrião do *status* de vida humana foi sedimentado ao longo da decisão de modo articulado. A princípio definiu-se as células-tronco embrionárias biologicamente, acentuando-se com ênfase a distinção entre a produção laboratorial “*in vitro*” do embrião gerado “*in vida*”.¹⁴¹

Encetando a noção de “constitucionalismo fraternal”, com o propósito de “enobrecer” o ato visto por alguns como violador da vida humana, se pretendeu colocar a utilização das células-tronco embrionárias não como um sacrifício, mas como um ato de “celebração solidária da vida”,¹⁴² porquanto representaria benefícios à saúde de seres humanos.

Para viabilizar esta perspectiva se fez necessário negar a hipótese de vida humana, opção fundamentada justamente na interpretação do horizonte da Constituição, que “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa”.¹⁴³

A vida humana, enquanto objeto do horizonte abstrato, foi tida como pertencente ao conceito de “indivíduo-pessoa”, aquele que nasceu com vida. No entanto, esta concepção parece considerar o ser humano não de um aspecto biológico, mas de um subjetivismo que distinguiria o ser humano enquanto identidade (embora não se possa sustentar que isto ocorra a um recém-nascido).

Fundamentou-se que o silêncio da Constituição quanto ao início da vida humana seria significativo para se interpretar que o embrião *in vitro* não estaria inserido na concepção de vida humana. É conceito existente no horizonte abstrato, mas que

¹⁴¹ *Acórdão*, p. 2.

¹⁴² *Acórdão*, p. 3.

¹⁴³ *Acórdão*, p. 3.

possui seu limite na faticidade (biologia). Se o horizonte abstrato indicaria que ser humano é o indivíduo-pessoa (interpretação do ministro relator do processo), então como estabelecer este limite no nascimento? Chega a sustentar a decisão judicial que deve ser “uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição” ¹⁴⁴

Existe na fundamentação da interpretação do horizonte da Constituição, portanto, o reconhecimento de que não existe explicitamente escrito nada com relação à questão, e que esta própria ausência significa que a Constituição considera pessoa só o “indivíduo-pessoa” no “sentido biográfico”.

Ora, é interessante fazer notar que à época da promulgação desta constituição brasileira (1988), nem o projeto genôma humano havia ainda começado, sendo improvável que nas discussões parlamentares, que resultaram nesta constituição, o problema das pesquisas com células-tronco embrionárias e seu *status* ou não de vida humana não poderiam estar presentes no texto constitucional.

É imprescindível notar, para os fins desta pesquisa, que, a despeito desta incoerência lógica, a Constituição, a partir destes fundamentos da decisão, é vista como horizonte distinto em que o intérprete vai buscar conhecer a verdade sobre um objeto. Neste horizonte, seria o objeto “vida humana” abarcador de quais situações na faticidade? Enquanto mediadores entre horizontes (*Zwischenträger*), os ministros interpretaram que apenas à situação do “indivíduo-pessoa” no “sentido biográfico”.

Algo bastante evidenciador da presença aterradora do dualismo espírito-corpo na mentalidade do ministro relator deste processo é a explícita referência à Descartes e seu cogito e à concepção de alma, para fundamentar (em seu voto) a não existência de vida humana em células-tronco embrionárias:

E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se

¹⁴⁴ *Acórdão*, p. 4.

presumir que sem ele , aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano.¹⁴⁵

É impressionante a “fusão”, a síntese, que se pretendeu entre o elemento físico (aparato neural) e espiritual (alma). Embora o uso deste dualismo não signifique cabalmente o uso do dualismo constituição-realidade, é evidência palpável da noção epistemológica presente na crença de quem decidiu, sendo sugestivo e relevante para o modo como concebe a interação do ser humano com o mundo (enquanto ambiente).

Especificamente quanto ao uso do dualismo constituição-realidade, sua presença, nos moldes delineados nesta pesquisa, parece bastante evidente a partir da noção de que a partir de um horizonte abstrato apartado – embora interagindo com – da realidade se pode decidir uma situação concreta afirmando a existência de uma resposta prévia para algo que é inédito.

Na própria dogmática, que, como se viu, enxerga a constituição como sistema, o tema da constitucionalidade tem por cerne a noção de pertencimento ou não de uma norma ao ordenamento (sistema) constitucional. A questão aqui é que para se poder afirmar que o art. 5º da lei de Biossegurança pertence a este sistema, é necessário saber se um objeto (vida humana) inserido na Constituição significa (ou abarca) determinada coisa.

Se a Constituição for concebida como um horizonte autônomo que o intérprete acessa a fim de ter respostas seguras sobre o que está ou não correto, pois cristalizado em um objeto cultural da tradição numa esfera espiritual (constituição), então a base epistemológica dualista parece estar presente. Não é uma crítica direta à teoria do direito em seu viés hermenêutico como um todo, mas a uma forma de interpretar a hermenêutica filosófica nela, presente de modo exacerbado nos discursos teóricos. A concepção básica da Constituição como presença nos agir humano (Hesse) e como cultura (Häberle) não é em si criticada, mas sim quando utilizada enquanto esfera à parte, traduzível apenas em termos “espirituais”.

¹⁴⁵ **Voto** do ministro relator, p. 46.

Esta pesquisa não pretendeu igualar a teoria do direito de viés hermenêutico às concepções que promovem a separação total entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), reconhecendo que a busca pela síntese é indicativa da crítica à separação. Muito menos se pretendeu identificar o discurso hermenêutico no direito com a metafísica moderna e sua dicotomia sujeito-objeto. No entanto, mesmo com a refutação destas perspectivas dualista, a partir, inclusive, da teorização da linguagem, o dualismo parece persistir. A linguagem se tornou o tema central, como se viu, mas parece ter assumido a posição que antes cabia à subjetividade (compartilhada):

Perceba-se que eu sou o outro e o outro sou eu quando se faz da linguagem o acervo das experiências comuns humanas. O entendimento e a compreensão, independentemente de meu contato com o outro, se realizam por meio da linguagem; não sei quem é o outro, mas já sei o que quer dizer; estar na linguagem é estar em terreno seguro para o exercício da compreensão. Deste modo, compreender é participar da linguagem, em que moram as experiências humanas e os depósitos seculares da tradição.¹⁴⁶

A linguagem se tornou plataforma comum em que todos se encontrariam e se compreenderiam. É muito impactante a frase de que “(...) eu sou o outro e o outro sou eu quando se faz da linguagem o acervo das experiências comuns humanas”. Observar que, nestes termos, a Constituição, como objeto cultural, é vista como linguagem, que conforma um horizonte particular acessível e compreensível a todos, é constatar que se acredita existir uma dimensão em que determinada situação pode ser identificada de modo uniforme por quem quer que a analise.

Uma leitura compatível com as teorias de Hesse e Häberle. Quando Hesse fala em “vontade de constituição”, que deve estar presente em quem se submete à ela, e no processo de abertura de sua interpretação à toda a sociedade em Häberle, o que se pode depreender é a noção de que em assim acontecendo, a constituição

¹⁴⁶ BITTAR, Eduardo. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos (org.); RODRIGUEZ, José (org.). *Hermenêutica Plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 189.

se tornará como que uma plataforma similar a esta descrita na citação anterior, em que todos os cidadãos seriam a um só tempo *ego* e *alteridade*, pois compartilhariam a mesma “compreensão”. É a esta leitura que a presente pesquisa pretende criticar e identificar como desdobramento ou remanescência do dualismo corpo-espírito; onde a Constituição é vista como espírito coletivo.

A linguagem em Dewey não é uma plataforma comum em que se é possível acessar e compreender exatamente o mesmo que o outro compreende. O compreender está atrelado ao agir; a crença é regra de ação, é um hábito que se pratica de modo natural. Isto foi visto na introdução e no primeiro capítulo desta dissertação, quando se explicou que o pensamento seria um movimento de resolução de uma dúvida genuína para reestabelecer o estado de crença; ou seja, o estado de agir por hábito. Mas, nesta reformulação de uma crença (agir por hábito), ocorrida por ensejo de uma situação indeterminada, a nova regra de ação que exsurje pertence a quem experienciou esta dúvida genuína.

A revisão da crença se dá em nível pessoal, mesmo que a investigação de uma situação indeterminada seja realizada por muitas pessoas. Isto implica que as experiências atingem as pessoas de modo diverso, produzindo revisões diversas para seus modos de agir. A linguagem seria o modo de compreender as experiências, mas nunca se dissociaria delas – ou das pessoas que experienciaram. A linguagem vista como plataforma autônoma (reino, dimensão, à parte) é considerada, por Dewey, a responsável pela divisão real-ideal:

Ability to respond to meanings and to employ them, instead of reacting merely to physical contacts, makes the difference between man and other animals; it is the agency for elevating man into the realm of what is usually called the ideal and spiritual. In other words, the social participation affected by communication, through language and other tools, is the naturalistic link which does away with the often alleged necessity of dividing the objects of experience into two worlds, one physical and one ideal.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Tradução livre: Habilidade para responder a significados e empregá-los, ao invés de simplesmente reagir à contatos físicos, faz a diferença entre o homem e outros animais; é a agência de elevar o homem ao reino do que

Movimentar-se e compreender o mundo na e pela linguagem não significa, no entanto, estar fadado – pela alegada necessidade (alleged necessity) – à dividir a experiência em dois mundos. O instrumentalismo deweyano é eficaz em propor outra perspectiva, como se viu.

Não obstante, não são todos os discursos que falam da Constituição como produto cultural que são dualistas, nem, muito menos, os que falam da linguagem, mas a nota evidenciadora do dualismo é justamente esta tendência à isolar em um plano com caráter singular (substância) objetos distintos da realidade físico-biológica.

A decisão judicial em análise utiliza-se, portanto, do dualismo, na medida em que pressupõe a Constituição como um horizonte de sentidos que permite, autonomamente, a resolução de conflitos da faticidade. Ao resolver que neste horizonte de sentidos não há a noção de vida humana estendida à células-tronco embrionárias, houve a projeção de uma “realidade” suprasensível sobre a realidade.

A principal dificuldade disto é a – inclusive óbvia – relatividade do que se afirma enquanto verdade. Esta decisão judicial, bem já se disse em tantos outros trabalhos a respeito de tantas outras decisões, poderia ter sido o inverso do que foi, mas sem alterar nada de sua fundamentação. Do mesmo modo que no horizonte suprasensível se vislumbrou que não há vida humana em embriões extra-uterinos baseado no “silêncio” constitucional e na noção de que se fala de indivíduo-pessoa em sentido biográfico, bem se podia dizer (como se disse) que a vida humana não pode se restringir a estágios pois, precisamente, não há menção nenhuma na Constituição a respeito, sendo o caso de respeitar a vida sem distinção, já que a própria Constituição não o fez. Como o “silêncio” pode ser interpretado em qualquer sentido, se já se disse que ele era inexorável, em razão do limitado conhecimento científico à época disponível?

usualmente chamado ideal e espiritual. Em outras palavras, a participação social afetada pela comunicação, através da linguagem e outras ferramentas, é o elo naturalístico que vai com a alegada necessidade de dividir os objetos da experiência em dois mundos, um físico e outro ideal. DEWEY, J. *Experience and Nature*. *Op. Cit.* p. xiii.

Qual é a prejudicialidade de decisões assim e como é possível que haja uma decisão assim? Bem, uma vez que se conceba que as interações sociais são o corpo e a Constituição é a mente, que evolui – não se olvide a mutação constitucional e o poder constituinte difuso –, é natural que os afetados se convençam de que o que há na mente deve ser reproduzido no corpo e que quem foi designado a dizer o que há na mente o faça com precisão, afim de movimentar o corpo com justeza.

Essa metáfora talvez pareça simplificar muito um contexto histórico-social muito complexo, mas o que se pretendeu foi ir à raiz da noção epistemológica presente no discurso inserido nesta decisão e a leitura aqui feita parece identificar o problema da relatividade neste julgado que pretende dar segurança a partir de sua fundamentação, mas não tem sucesso.

Esta noção epistemológica depreendida é incompatível com as lições de John Dewey e falha justamente aonde os ensinamentos deste filósofo são mais úteis. A dificuldade principal parece residir na aceitação da incerteza do futuro – toda esta problemática é interpretada pela doutrina como mutabilidade social e estabilidade constitucional. As experiências não são tomadas pelo caráter observado por Dewey, mas como um universo de situações determinadas por situações controláveis a partir de princípios que pairam acima da natureza, determinando-a, sendo uma questão de compreendê-los; daí tantas obras e referências ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 CONSTITUIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PRAGMATISMO DE JOHN DEWEY

Descritas as noções sobre constituição e decisão judicial a partir da teoria do direito em seu viés hermenêutico e de como isto esteve presente na decisão judicial

do caso analisado, para depreender a presença do dualismo investigado, faz-se necessário agora utilizar o instrumentalismo deweyano para demonstrar de que modo a conjectura destas teorias poderia refutar este dualismo.

Pretendeu-se que a utilidade desta pesquisa para a investigação do fenômeno jurídico estivesse sempre presente, buscando-se relacionar sempre que possível a filosofia deweyana a questões próprias da filosofia do direito, e não de modo tangencial. Por se tratar da base epistemológica que jaz no pensamento jurídico em correspondência com a filosofia, essa tarefa foi atendida. Inclusive pela utilização também de trabalhos específicos de John Dewey sobre direito, como o “*Logical Method and Law*”.

Valendo a lembrança, portanto, da distinção feita nesta obra por Dewey de dois tipos de decisão humana, uma que se dá por hábito (quando a crença não foi abalada por qualquer dúvida e a regra de ação é cumprida de modo instintivo) e aquela que obedece à uma escolha de considerações geradas por uma lógica experimental própria para a situação indeterminada, de dúvida.¹⁴⁸

Na decisão judicial discutida, o segundo tipo foi o utilizado, e os procedimentos lógicos presentes a fim de estruturar a decisão e escolher dentre suas alternativas foram talhados a partir da experiência de um modo que se identificou a presença do dualismo constituição-realidade.

A pretensão primeira desta pesquisa é demonstrar que outra noção epistemológica oferecida pelo instrumentalismo deweyano – também, por coerência, advinda da experiência e sujeita às suas contingências – poderia ser melhor para fundamentar a decisão de um modo menos relativo, por justamente admitir a incerteza e, principalmente, desenvolver sua lógica experimental a partir do empirismo naturalista deweyano.

Não obstante acreditar-se que a ponte entre a filosofia de Dewey e a investigação proposta do fenômeno jurídico tenha sido bem construída nesta dissertação, julgou-se ser útil o diálogo realizado pelo filósofo do pragmatismo jurídico Frederik Kellogg entre John Dewey e Oliver W. Holmes Jr., por ter sido este último

¹⁴⁸ DEWEY, J. *Logical Method and law*. Op. Cit.

grande expoente da filosofia do direito, dispensando apresentações. Esta aproximação deve, espera-se, tornar mais sólida e compreensível a ponte de que se falava.

Para Frederic Kellogg, baseado em Dewey e em Holmes – teóricos, segundo ele, com objetivos similares, dirigindo-se o primeiro à filosofia e o segundo ao direito –, o direito é uma prática de investigação (assim como a ciência) que se apresenta como um mecanismo de assimilação de situações conflituosas que são inerentes à vida em coletividade. É isto que se pode depreender do seu artigo “Hobbes, Holmes and Dewey: pragmatism and the problem of order”,¹⁴⁹ no qual desenvolve uma visão calcada em Holmes do “que é direito” e de como se dá sua ordem.

Isto importa na medida em que identificar e criticar a Constituição enquanto realidade abstrata pelo discurso teórico e nos tribunais, configurando assim a perpetuação do dualismo, é também problematizar o que é a constituição (direito). Enquanto uma prática de investigação, o direito não se configura na resolução de casos a partir de postulados gerais incursos em uma constituição.¹⁵⁰

Com isto, Kellogg defende que a concepção de ordem no pragmatismo possui um caráter dinâmico e se funda na ideia de transição, refutando a noção de estrutura fixa, estável.

O conflito e a mudança serem regras não é uma ideia incomum, pelo contrário, os discursos jurídicos incursos no paradigma hermenêutico, principalmente dentro do constitucionalismo, propagam a constante mutação social a que se sujeita a coletividade, e defendem uma estabilidade constitucinal a partir da “abertura” da constituição “viva” à sociedade, como se viu.

O caráter distintivo da concepção pragmatista é que este conflito é tido não apenas como inexorável, mas como necessário. Tentar eliminá-lo além de ser algo

¹⁴⁹ Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1655307.

¹⁵⁰ Citando Holmes, Kellogg: “general propositions do not decide concrete cases”. *Op. Cit.* p. 2.

impraticável, não contribui à melhor forma de acomodá-lo no entremeio das interações sociais.

No pragmatismo, a solução para o conflito é difusa, imputando a cada instância de investigação e ajustamento de conduta presente nas inter-relações a responsabilidade de absorver através de um procedimento institucionalizado pelo estado (aspecto formal) o impacto do conflito e a oportunidade para solvê-lo. O conflito surge e demanda que as condutas se reajustem, mas não conforme uma ordem abstrata, este reajustamento pode e deve se dar por soluções novas.

O conflito e a instabilidade é algo pressuposto no Pragmatismo, e quem pretende estudá-lo no âmbito do direito deve ter presente que se lida sempre com a incerteza – por isto a presença do falibilismo pragmático. Incerteza não significa, de maneira alguma, indeterminação, pois esta pretende conceder certeza no que for “determinado” e resolver o que for “indeterminado” por outro meio, que após isto será determinado; como a divisão entre casos fáceis e difíceis.

Esta é a questão central em Kellogg, em sua leitura de Holmes e Dewey. Ele demonstra que diferente das discussões voltadas a preservar ontologicamente o direito (e a constituição, portanto), enquanto espaço distinto de outros (embora admita-se interação), a visão pragmatista não erige “*boundaries*” (barreiras, limites) – não se distingue horizontes.

O direito representa uma atividade (de investigação) que se destina a promover “*inquiry and adjustment of practices*” (investigação e ajustamento de práticas/condutas) a fim de resolver tensões geradas pelo convívio coletivo.

É precisamente isto: mecanismos para manter a comunidade integrada (“*hang together*”). Esta é a leitura que faz Kellogg do contributo de Holmes, cujo objetivo no direito seria similar ao de Dewey na filosofia: criticar, a partir de um “*radical pragmatic naturalism*” (naturalismo pragmático radical), o pensamento filosófico e jurídico calcado na busca de estabilidade e certeza (determinação, segurança “jurídica”).

A resposta dada por alguns discursos à incerteza (muitas vezes tomada como indeterminação) é a tentativa de solucionar o problema do conflito permanente

na sociedade de modo a propor um modelo de direito que neutraliza, a partir de uma axiologia renovada, os problemas sociais.

Partindo de outra perspectiva, no Pragmatismo, haveria o posicionamento da questão do conflito como algo essencial à ordem: “For Holmes, litigation, seen all around us, is a key part of the process of social ordering”.¹⁵¹

A razão para isto, pode-se concluir, é a visão de que é a partir do conflito que a investigação e o ajustamento das condutas em sociedade se tornam possíveis e é isto, precisamente, que a faz evoluir positivamente em suas estruturas.

O diálogo que Kellogg estabelece entre Dewey e Holmes (embora este não seja diretamente utilizado nesta pesquisa), possibilita a esta dissertação o uso de suas conclusões, para admitir como compatível a postura de ambos teóricos e utilizar para esta investigação a contribuição de ambos – no particular investigado por Kellogg – como um conjunto.

A questão central aqui, para a configuração da estrutura conceitual dualista ou da deweyana diz respeito a como se encara ontologicamente a constituição. Na concepção dualista, embora o projeto genoma humano e as pesquisas com células-tronco sejam posteriores à promulgação da constituição brasileira, são “objetos” que se movimentam na dimensão (horizonte) abstrato da Constituição, podendo-se dar resposta a qualquer questão que cinja a estes objetos por meio deste horizonte.

Na visão epistemológica deweyana, a Constituição seria “meramente” um repositório de ideias instrumentais advindas da experiência (histórica), não podendo conter respostas para algo não experienciado.

Ao admitir-se o instrumentalismo deweyano, cada decisão é um novo conjunto de ideias instrumentais, de soluções para uma situação indeterminada específica e irrepetível (embora tenha outras por referência e sirva eventualmente a outras como referência), servindo para ajustar as condutas sociais – precisamente dentro da noção deweyana de interação entre os seres vivos e o meio, a continuidade

¹⁵¹ Tradução livre: Para Holmes, litígio, visto em todo nosos redor, é uma parte essencial do processo de ordenamento social. KELLOGG, F. *Op. Cit.* p. 8.

entre os eventos do mundo e a não vinculação a regras abstratas/espirituais. A Constituição, e qualquer lei, é tão somente arquivo instrumental ligado a experiências específicas.

A força normativa da constituição de Hesse, baseada na “Vontade de Constituição”, pressupõe um estado psicológico generalizado, mas analisado sob o ponto de vista do instrumentalismo deweyano é dizer que todos devem possuir ideias instrumentais iguais e agir com base nelas, mas não porque exista uma ordem abstrata a ser concretizada, trataria-se de uma crença individual que se pretenderia generalizar ao coletivo.

O problema é que ninguém está sujeito às mesmas situações de todos, havendo uma diversidade grande de crenças, ou regras de agir (na estrutura peirce-deweyana). A vontade de constituição é, ao fim, uma forma de legitimar as decisões baseadas numa constituição que todos reputeem concretizar normativamente o “real” sentido da Constituição que todos aceitam. Isto é complicado.

As situações indeterminadas são múltiplas e não seguem regras universais, embora conectadas pelo princípio da continuidade. Cada pessoa possui seu próprio rol de experiências, embora muitas delas sejam compartilhadas e gerem um repertório coletivo de ideias instrumentais.

Mas a aplicação destas ideias é singular e uma mesma pessoa não pode aplicar da mesma forma um ideia instrumental, pois cada interação é única, gerando contextos distintos, mesmo que todos identifiquem como sendo a mesma ideia.

A crítica, portanto, não jaz na Constituição enquanto arquivo de ideias instrumentais, experiências testadas em situações reais e tidas por mais adequadas, mas sim à existência autônoma de um horizonte abstrato, que entifica a Constituição e faz os discursos constitucionais perpetuarem metáforas que parecem acreditar serem reais, como a “Constituição Viva”.

Uma situação indeterminada eclode e gera um conflito na sociedade, é assimilada por um processo formal que coloca o Estado no seio do conflito e de sua resolução.

A investigação empreendida a partir daí vai gerar uma regra de ação para o caso específico, que pode (e deve, inclusive) ter referência no arquivo de ideias instrumentais da sociedade, do qual as ideias mais bem vistas são as inseridas na Constituição. A constituição resumir-se-ia a isto, sendo a extrapolação destes termos a saída da estrutura pragmática de Dewey e Holmes e, possivelmente, a utilização do dualismo.

Não se quis dizer que Hesse ou Häberle (ou mesmo Müller, embora não se tenha diretamente analisado sua teoria) possuem teorias dualistas, mas que, vistas sob um certo ângulo, oferecem leituras baseadas no dualismo.

Já a decisão judicial analisada, para se distanciar do dualismo, precisaria adotar uma perspectiva epistemológica (como a de Dewey e Holmes) que assumisse a impossibilidade de esperar que a Constituição dê respostas aos conflitos sociais.

No caso específico da ação analisada, esta estrutura determinaria o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal de que as ideias presentes na Constituição não oferecem uma resposta “certa”, trata-se de uma situação nova em que uma solução nova precisa ser dada.

Os valores presentes na Constituição que deveriam guiar a atividade hermenêutica dos ministros, como “dignidade da pessoa humana”, são, enquanto ideias, noções que se conectam às experiências pessoais dos ministros, estando fundadas na fórmula crença-dúvida peirceana.

A dúvida sobre a condição humana ou não de embriões extra-uterinos determinou o questionamento da crença dos ministros sobre o que é vida humana; que na posição deles significa também questionar a crença coletiva, que supostamente cristalizou-se na Constituição como “aquisição civilizatória”.

O fato é que a situação indeterminada parece ter chegado antes no Supremo do que no público em geral, cuja situação primeira a causar conflito ético deveria ter sido o fato já bem consolidado a esta altura (sendo fundamento da decisão) de que embriões excedentários são uma realidade há muito tempo.

Este conflito parece não ter eclodido em grande escala na coletividade, cujos indivíduos seguiram suas vidas sem se questionarem sobre esta dúvida, mantendo o hábito que sempre tiveram a este respeito: ignorar.

Alguns argumentam, em um raciocínio que talvez tangencie este, que o Judiciário não seria o local adequado para resolver esta questão, mas o Legislativo, pois a crença na democracia representativa indicaria que uma vez estabelecida a crença do Congresso Nacional, pacificada estaria a questão na sociedade, por uma questão de consenso majoritário – exceto se posteriormente se questiona a pertinência deste ato através do controle de constitucionalidade.

Mas esta é uma outra discussão, sendo relevante para esta pesquisa apontar que a escolha de um ministro se funda na sua crença, que está baseada na sua experiência (pré-compreensão) e no esforço intelectual para compreender de que modo a situação indeterminada está conectada com o repertório de ideias instrumentais que ele julga compartilhar com a coletividade (tradição); buscando traçar e desvelar o fio de continuidade que une os eventos que ele pode compreender como influentes na situação, o magistrado deveria explicitá-lo e reconhecer que se trata de algo novo.

Enquanto um repertório de ideias vinculadas às situações que as gestaram, a Constituição pode tão somente oferecer o exemplo da experiência, devendo as decisões do STF se basearem na experiência a que tiverem acesso – especialmente as mais “felizes” – mas denotarem a consciência de que todo caso é um conflito atual que demanda reajustamento de condutas que serão em alguma porção determinadas pela escolha feita na decisão, mas que todas estarão sujeitas à incerteza, já que submetidas ao permanente teste da experiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa, guiada por uma problemática de investigação do fenômeno jurídico, se pautou na contribuição de John Dewey em sua crítica ao dualismo presente no cerne do pensamento ocidental, o qual esta pesquisa tentou identificar como também estando presente no discurso jurídico teórico e jurisprudencial.

O Instrumentalismo deweyano foi explicado com base em sua perspectiva epistemológica denominada empirismo naturalista, cuja teoria do conhecimento está fundada em uma recusa a qualquer tipo de dualismo em virtude da compreensão de que possui um princípio de conexão e continuidade entre os eventos do mundo que determina o movimento dos objetos da experiência.

Este problema pode ser investigado através do que Dewey chama de método empírico, cuja pedra de toque é a atenção dada à experiência que é não apenas meio para o conhecimento, mas também sua finalidade, a saber: conduzir o pensamento à criação de experiências mais ricas.

A filosofia da experiência de Dewey e seu método empírico (ou científico) não se identifica completamente com o empirismo clássico, como se viu, sendo construída de modo único por um pensador que percebe como ponto crucial para teoria do conhecimento uma noção relacional baseada na interação entre os seres e o seu meio ambiente.

Esta interação, que, em última análise, está na base dos eventos do mundo, se dá de modo espontâneo, não sendo determinada por leis universais, pois Dewey sustenta o permanente movimento, transição e inconstância dos objetos no curso da experiência.

Os eventos se repetem em virtude das conexões e da continuidade, mas nada pode dar segurança de que continuarão rotineiramente a se repetir; o ser humano deve se preparar para encarar os riscos que a aventura da vida apresenta numa tentativa de prever ou antecipar consequências e efeitos decorrentes das situações problemáticas com as quais se defronta. Estabilidade e certeza são ilusões que mascaram a incerteza, mas, por outro lado, são extremamente danosas para solução de situações indeterminadas decorrentes de uma ordem instável.

O propósito da teoria e da filosofia do direito apoia-se na busca de suposta estabilidade espelhada nos mandamentos constitucionais de natureza abstrata; promover – ainda que a partir de uma renovada axiologia e estrutura flexível baseada na hermenêutica – a estabilidade, a concretização dos mandamentos de uma Constituição abstrata cuja força normativa seria capaz de ordenar a realidade e concretiza-la com seus princípios transcendentais.

A jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, embora ainda afeita também a esta perspectiva – embora tenha, todavia, demonstrado certa flexibilização –, parece se dirigir pela crença de que neste horizonte abstrato existem respostas para qualquer problema que surja, bastando interpretar, sob a luz de sua axiologia, os elementos abstratos e concretos do caso.

Esta suposta estabilidade pressupõe uma segurança e uma certeza que atribuem à epistemologia jurídica uma precisão impecável. Esta visão é completamente distinta do que ora se apresentou respaldada no pensamento de Dewey.

A pretensão última, portanto, desta pesquisa, fora constatar estas duas perspectivas epistemológicas a fim de elucidar em alguma medida suas origens e demonstrar suas consequências práticas.

O caso judicial discutido no capítulo final teve por finalidade ultimar este contraste, no qual se buscou delinear as perspectivas contrapostas. Por se tratar de investigação do fenômeno jurídico, buscou-se auxílio no estudo feito pelo professor americano Frederic Kellogg que identifica as propostas de Dewey e Oliver W. Holmes Jr. como sendo compatíveis.

A análise do Prof. Kellogg no referido ensaio é então interpretada como um mecanismo de resolução de conflitos, sendo difusa e não possuindo um lugar apartado da realidade; ela acontece no investigar e se exaure nele.

A Constituição, enquanto objeto cultural, completamente subordinada à dimensão humana da linguagem, nesta perspectiva pragmatista, deixa de ser vista como um polo que cria uma tensão com a realidade para conformá-la.

Neste sentido, passa a ser vista como um repositório de ideias instrumentais que servem como modelo experimental para resolução das situações indeterminadas que surgem, inexoravelmente, da convivência social.

A concepção da constituição, por conseguinte, não deve se apoiar numa estrutura abstrata; como sistema abstrato, um horizonte, ou ordem que goze de estabilidade e exige concretização. Não se trata aqui de uma plataforma previamente concedida.

O ordenamento social se dá em razão do conflito, que significa atritos na interação dos seres e seu ambiente. O conflito não é neutralizado, é assimilado, pois promove o ajustamento das condutas.

As decisões judiciais passam, então, a serem vistas como um momento desse ajustamento, em que a investigação dos participantes deve, com base nas experiências passadas, resultar em um agir humano cujas decisões se apoiam numa lógica experimental que permite estabelecer um procedimento de escolha para as alternativas que hipoteticamente vislumbrou e sua respectivamente pertinência com o caso em análise.

Ao revés, quando o decidir é facilitado pela semelhança com uma experiência prévia, a crença, enquanto regra de ação, torna o agir um hábito, o que seria erroneamente interpretado como uma decisão judicial fácil (*ease case*), quando na verdade o que houve foi o agir rotineiro, guiado por uma crença que não enfrentou uma dúvida genuína.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João M. (org.); BITTAR, Eduardo C. B (org.). **Filosofia e Teoria do Direito**. Homenagem ao professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Editora Quartier, 2011.

AGRA, Walber de M. (coord.). 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.

AUBENQUE, Pierre. **Desconstruir a Metafísica?**. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUCAULT, Carlos (org.); RODRIGUEZ, José (org.). **Hermenêutica Plural**. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

BULOS, Uadi L. **Direito Constitucional para Todos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomás da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial**. A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BRANDÃO, Cláudio (org.); CAVALCANTI, Francisco (org.); ADEODATO, J. Maurício (org.). **Princípio da Legalidade**. Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____ (org.); SALDANHA, Nelson (org.); FREITAS, Ricardo (org.). **História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2011.

DAU-LIN, Hsü. ***Mutación de La Constitución***. Oñati: IVAP – Henri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.

DESCARTES, R. ***Meditações sobre Filosofia*** Primeira. Edição bilíngue. São Paulo: Editora Unicamp, 2008.

DEWEY, John. ***Experience and Nature***. New York: Dover Publications, Inc, 1958.

_____. DEWEY, J. ***Experience and Education***. p. 6. Acessível em:

<http://ruby.fgcu.edu/courses/ndemers/colloquium/experiencededucationdewey.pdf>

_____. ***The Influence of Darwin on Philosophy and other essays***. Ney York: Prometheus Books. 1997.

_____. ***Reconstrução em Filosofia***. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. ***Logical Method and Law***. Acessível em:

<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1225&context=clr>.

_____. ***Minha Filosofia do Direito***. In.: MORRIS, Clarence. ***Grandes Filósofos do Direito***. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Rebeca F.. ***Pensamento Jurídico Moderno e seus desencontros com a biotecnologia***. Curitiba: UFPR, 2012.

DILTHEY, Wilhelm. ***Introdução às Ciências Humanas***. Tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DUARTE NETO, José. ***Rigidez e Estabilidade Constitucional***. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FAIRFIELD, Paul (ed.). ***John Dewey and Continental Philosophy***. Illianois: Southern Illianois University, 2010.

FERRAZ, Anna C. da C. ***Processos Informais de Mudança na Constituição***. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FOUREZ, Gerard. **A Construção das Ciências**. Introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: UNESP, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos de Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HUME, D. **A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects**. Disponível em: http://michaeljohnsonphilosophy.com/wp-content/uploads/2012/01/5010_Hume_Treatise_Human_Nature.pdf

HUNNEX, Hilton. **Filósofos e Correntes Filosóficas**. Em gráficos e diagramas. São Paulo: Editora Vida Acadêmica, 2003.

JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JUST, Gustavo. **Interpretando as Teorias da Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (org.); REIS, Isaac (org.). **Teoria Hermenêutica do Direito**. Autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

KELLOGG, Frederik. **Hobbes, Holmes and Dewey: pragmatism and the problem of order**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1655307.

KUBLISCKAS, W. M. **Emendas e Mutações Constitucionais**. Análise dos mecanismos de alteração formal e informal da constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Campinas: Servanda, 2010.

LUÑO, Antonio E. P. **Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARTINS, André (org.); SANTIAGO, Homero (org.); OLIVA, Luís César (org.). **As ilusões do eu**. Spinoza e Nietzsche. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2011.

MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à Luz da Liberdade Científica**. Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e Realidade**: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo A.. **Antropologia Filosófica Contemporânea**. Subjetividade e inversão teórica. São Paulo: Paulus, 2012.

_____. **Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva**. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2005.

PEIRCE, Charles S. ***How to make our ideas clear***. Acessível em: <http://courses.media.mit.edu/2004spring/mas966/Peirce%201878%20Make%20Ideas%20Clear.pdf>.

RAMOS, Carlos Henrique. ***A Mutação Constitucional***. Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. ***História da Filosofia***: Do romantismo até nossos dias. V. 3. São Paulo: Paulus, 1991.

RITCHIE, Jack. ***Naturalismo***. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

SALDANHA, Nelson. ***Da teologia à metodologia***. Secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. ***Teoria do Direito e Crítica Histórica***. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SANTOS, Frederik Moreira dos. ***John Dewey e os conceitos de crença e conhecimento***. Acessível em: http://sif2013.org/encontros/17/trabalhos/244%20-%20pt_br%20-%20John%20Dewey%20e%20os%20conceitos%20de%20Crenca%20e%20Conhecimento_port_Santos.pdf

SHUSTERMAN, Richard. ***Consciência Corporal***. São Paulo: Realizações, 2012.

SILVA, Jairo José da. ***Filosofias da matemática***. São Paulo: UNESP, 2007.

THAYER, H. S.. ***Meaning and Action: A Critical History of Pragmatism***. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1968.

VERDÚ, Pablo Lucas. ***O sentimento Constitucional***. Aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAAL, Cornelis de. ***Sobre Pragmatismo***. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Albert Einstein, 21, 22.

Antonio E. P. Luño, 45.

Charles Darwin, 21.

Charles Sanders Pierce, 11, 12, 13, 29, 90.

Cornelis de Waal, 11, 13.

Dario Antiseri, 25.

David Hume, 15.

Descartes, 10, 76.

Edgar Morin, 48, 49.

Eduardo Bittar, 78.

Ferdinand Lassale, 19, 54, 55, 56, 58.

Frederik Kellogg, 83, 84, 85, 90.

Friedrich Müller, 67, 87.

George Browne, 10, 23.

Gianluigi Palombella, 46, 47.

Giovanni Reale, 25.

Gustavo Just, 43, 44, 45, 46, 53, 67, 68.

Hans-Georg Gadamer, 44, 45, 49, 50, 53.

H. S. Thayer, 21.

Hilton Hunnux, 17, 22, 24, 33.

Hsü Dau-Lin, 66, 67.

John Dewey, 9, 10, 12-17, 20-41, 46, 47, 49, 51, 52, 60, 68, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 90.

Johannes Hessen, 27.

Josaf Esser, 56.

Karl Loewenstein, 61.

Konrad Hesse, 18, 19, 44, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 77, 78, 86, 87.

Manfredo Oliveira, 14.

Marco Casanova, 49.

Nelson Saldanha 43, 45, 53, 60.

Nicola Abbagnano, 22, 48, 68.

Noberto Bobbio, 43, 53.

Oliver W. Holmes Jr., 83, 84, 85, 87, 89, 90.

Pablo Lucas Verdú, 64.

Peter Häberle, 18, 19, 59, 60, 67, 73, 77, 78, 87.

Richard J. Bernstein, 68.

Robert Alexy, 71.

Rudolf Smend, 66, 67.

Simone Goyard-Fabre, 45, 54.

Theodor Viehweg, 44.

Wilhelm Dilthey, 47, 49, 50.

William James, 16.