

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Graduação em Direito

Luiz Fernando Nantes Braz Riquelme

**O ABANDONO (IN)COMPLETO DOS DIREITOS NATURAIS E A HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL DO DIREITO BRASILEIRO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277: A ANÁLISE DE
UMA CONJUNTURA DE CRISE E DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA.**

Brasília-DF

2025

Luiz Fernando Nantes Braz Riquelme

**O ABANDONO (IN)COMPLETO DOS DIREITOS NATURAIS E A HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL DO DIREITO BRASILEIRO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277: A ANÁLISE DE
UMA CONJUNTURA DE CRISE E DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues.

Brasília-DF

2025

Luiz Fernando Nantes Braz Riquelme

**O ABANDONO (IN)COMPLETO DOS DIREITOS NATURAIS E A HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL DO DIREITO BRASILEIRO NO JULGAMENTO DA ADI 4.277: A ANÁLISE DE
UMA CONJUNTURA DE CRISE E DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues (Orientador)

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Prof. Marcus Vinícius Fernandes Bastos

RESUMO

Este trabalho procura descrever o processo de abandono (in)completo dos direitos naturais e a sua retomada sob a forma reconfigurada de direitos fundamentais. A pesquisa tem como recorte histórico a trajetória dos direitos naturais: o seu nascimento com a emergência do indivíduo no início da modernidade, o seu progressivo abandono por meio da cisão promovida entre o direito e a moral e, por fim, a necessidade de sua retomada e reconfiguração em uma conjuntura contemporânea de crise e de transição paradigmática. Procura-se verificar também como as conclusões obtidas estão contextualizadas no direito brasileiro, em que a Constituição de 1988 surge como um marco simbólico do quadro de transição paradigmática ao consagrar um núcleo rígido de direitos fundamentais e ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Após a análise teórica, procura-se uma aplicação conceitual pela identificação de raízes paradigmáticas nos fundamentos do julgamento da ADI 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, em que a união estável homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar. Portanto, o trabalho possui como justificativa possibilitar uma melhor compreensão dos tempos atuais do direito brasileiro, referenciando-o dentro de um possível estado de crise e de transição paradigmática e de surgimento de novas proposições mais eficazes para a resolução de conflitos.

ABSTRACT

This work seeks to describe the (in)complete process of abandoning natural rights and their reconstitution in the form of fundamental rights. The research focuses on the historical trajectory of natural rights: their emergence with the rise of the individual at the beginning of modernity, their gradual abandonment through the separation between law and morality, and, finally, the need for their revival and reconfiguration in a contemporary context of crisis and paradigmatic transition. The study also aims to examine how the conclusions drawn are contextualized within Brazilian law, where the 1988 Constitution emerges as a symbolic milestone of paradigmatic transition by enshrining a rigid core of fundamental rights and establishing human dignity as the foundation of the Democratic Rule of Law. Following the theoretical analysis, the work seeks to apply these concepts by identifying paradigmatic roots in the reasoning behind the Supreme Federal Court's ruling in ADI 4.277, which recognized

same-sex stable unions as family entities. Therefore, the study is justified by its aim to provide a better understanding of the current state of Brazilian law, situating it within a possible state of crisis and paradigmatic transition, as well as the emergence of new propositions more effective for conflict resolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. DO NASCIMENTO AO INÍCIO DO ABANDONO DOS DIREITOS NATURAIS.....	4
2. O GIRO LINGUÍSTICO E A MODERNIDADE LÍQUIDA: O ABANDONO (IN)COMPLETO DOS DIREITOS NATURAIS	12
3. A CRISE E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A CONJUNTURA PARA O SURGIMENTO DE NOVOS MODELOS.....	21
4. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA E A RETOMADA DOS DIREITOS NATURAIS RECONFIGURADOS SOB A FORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	28
5. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA E OS REFLEXOS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 4.277 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
6. CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	53

INTRODUÇÃO

Ao se deter por um longo período no estudo da história das ciências, Thomas Kuhn passou a identificar paradigmas, modelos gerais de concepção da natureza, que predominam na prática científica durante determinado ciclo histórico e que funcionam como instrumentos centrais para a solução dos problemas enfrentados pela comunidade de cientistas. Os paradigmas permitem aos pesquisadores responderem razoavelmente aos fenômenos observados em seus experimentos, de modo que podem ser articulados para a solução satisfatória dos principais problemas enfrentados pela pesquisa, ainda que não os solucionem de maneira integral (KUHN, 1996).

Para além disso, os paradigmas fornecem as categorias conceituais que permitem a própria identificação dos problemas a serem pesquisados, bem como a formulação do quadro de soluções possíveis a esses problemas. Sem a articulação das categorias próprias do paradigma, não seria possível ao pesquisador classificar os fenômenos observados e muito menos compreendê-los, de modo que os problemas e as soluções revelados pela pesquisa se encontram, na verdade, inscritos previamente na estrutura do próprio paradigma. Portanto, dada a sua razoável capacidade de conformação de complexos fenômenos da natureza e de resolução satisfatória dos problemas enfrentados pela pesquisa, o paradigma adquire, assim, um status de aceitação geral da comunidade científica (KUHN, 1996).

Nesse sentido, tendo como recorte metodológico e conceitual a análise feita por Kuhn com respeito aos paradigmas da ciência, seria possível verificar também, em determinados ciclos históricos, a ocorrência de modelos gerais de formação das práticas jurídica e política de uma comunidade? Seria possível a identificação de modelos paradigmáticos que fornecem categorias conceituais para a solução satisfatória de problemas relevantes na vida social? Isto é, modelos que possam ser articulados para uma melhor conformação das relações dos membros de uma comunidade, para a garantia de uma coesão entre eles e para a pacificação de seus conflitos?

Ainda em uma correlação com o conceito de paradigma da ciência, seria possível verificar, nas práticas sociais, a existência de modelos que exercem papel de influência como pano de fundo compartilhado e implicitamente aceito entre os membros da comunidade? Como critérios de racionalidade não totalmente conscientes e que, portanto, não exigem uma demonstração mais clara ou uma discussão mais aprofundada a respeito de seus pressupostos e de suas articulações com os conflitos?

O presente trabalho procura responder a esses questionamentos por meio da pesquisa bibliográfica de como as práticas jurídica e política foram sendo articuladas a um conteúdo moral ao longo da história. Desse modo, a pesquisa tem como objeto de estudo a identificação de modelos na articulação entre os sistemas do direito, da política e da moral, este último representado inicialmente pela ideia de uma ordem extrínseca ao ordenamento escrito e por meio da qual foi extraída a concepção de direitos naturais (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 18-19). Portanto, o trabalho posiciona o conceito de direitos naturais como referencial para a investigação histórica realizada, de modo que as categorizações e nomenclaturas foram utilizadas com base na forma como esses direitos foram inseridos (ou abandonados) no desenho político-institucional em cada ciclo histórico.

Por essa razão, o trabalho tem como recorte temporal a trajetória dos direitos naturais: o seu nascimento, o seu progressivo abandono por meio da cisão promovida entre o direito e a moral (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 59-60) e, por fim, a necessidade de sua retomada e reconfiguração em uma conjuntura contemporânea de crise e de transição paradigmática. Ao final da pesquisa, será investigado como as conclusões obtidas estão situadas e contextualizadas no cenário do direito brasileiro, principalmente no que se refere ao papel hermenêutico do Supremo Tribunal Federal.

Essa delimitação do recorte metodológico, conceitual e temporal do trabalho, bem como de seu objeto de estudo central, é importante para que se tenha a clareza das limitações da pesquisa realizada e das restrições das conclusões obtidas. Nesse sentido, não há que se falar em uma pretensão universal ou absoluta das categorizações e nomenclaturas utilizadas.

No decorrer do trabalho, serão propostos e explorados quatro paradigmas específicos: o modelo do racionalismo, o modelo do positivismo jurídico, o modelo do subjetivismo-individualista e o modelo do neoconstitucionalismo. Contudo, como dito, essas categorizações se referem tão somente à forma como as práticas jurídica e política foram sendo articuladas a um conteúdo moral ao longo da história.

Com isso, tem-se em mente que existem categorizações distintas e até academicamente mais clássicas no que tange à identificação de paradigmas na história do direito, como a respeitada classificação dos paradigmas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997). Ocorre, porém, que, enquanto estas classificações, grosso modo, possuem mais relação com o liame intersubjetivo formado entre o Estado como prestador de direitos e os indivíduos como receptores desses direitos, as categorias deste trabalho estão mais voltadas para a análise da relação entre os sistemas do direito, da

política e da moral, de modo que não há a pretensão de que excluam as categorizações mais clássicas, e muito menos que de alguma forma sejam superiores a elas ou a quaisquer outras.

Por fim, se bem-sucedido em sua tarefa metodológica de pesquisa bibliográfica e de aplicação conceitual na análise de um julgamento do STF (ADI 4.277), este trabalho possui como justificativa possibilitar uma melhor compreensão dos tempos atuais do direito, referenciando-o dentro de um possível estado de crise e de transição paradigmática e de surgimento de novas proposições mais eficazes para a resolução dos conflitos relevantes da contemporaneidade. Em síntese, o trabalho procurará trazer à superfície o pano de fundo compartilhado e implicitamente aceito dos atuais discursos e práticas jurídicas, buscando compreender em qual conjuntura paradigmática o direito se encontra em relação à sua articulação com o dito conteúdo moral, bem como observar quais são os reflexos dessa conjuntura na hermenêutica constitucional do direito brasileiro.

1. DO NASCIMENTO AO INÍCIO DO ABANDONO DOS DIREITOS NATURAIS

Maurizio Fioravanti, em sua obra “Constitución” (FIORAVANTI, 2001), contesta a ideia comumente difundida de que a constituição medieval se estabelecia por meio de uma realização normativa centralizadora, de caráter essencialmente teocrática e hierarquizada, em que um alto clero ou um soberano ditavam as funções sociais e políticas a serem exercidas por cada estamento, conforme ordens do próprio Deus ou sob a prerrogativa de domínio sagrado sobre todas as coisas. Tal explicação se revela insuficiente e uma distorção dos fatores reais de distribuição do poder no período medieval.

Ao contrário do que se propaga popularmente, os âmbitos de jurisdição comumente designados como domínios soberanos e exclusivos a poucos membros da igreja ou da nobreza – a cobrança de tributos, a proteção armada da comunidade, o exercício da justiça, a nomeação de cargos – extraem suas fontes de legitimação não tanto de um desenho institucional/normativo imposto, mas sobretudo de noções profundamente enraizadas nos costumes do homem comum medieval, isto é, em concepções não totalmente conscientes ou expressas, mas silenciosas e implícitas e, portanto, paradigmáticas (KUHN, 1996).

No contexto da constituição medieval, é a concepção do governo da “Lei da Natureza ou Lei Natural” instituída por Deus que impõe a subdivisão do corpo social em estamentos e, simultaneamente, os organizam, os estabelecem e os congelam por meio da hereditariedade e da atribuição de uma função definida que contribui para a ordem do todo social, como verdadeiros membros de um corpo vivo e orgânico (FIORAVANTI, 2001).

A metáfora organicista é o argumento central para a difusão dos preceitos não só morais, mas também políticos e normativos: a comunidade política medieval é um só organismo e, como um corpo, possui membros com funções específicas e determinadas, que não podem/não devem – existia pouca distinção entre a dimensão descritiva (ser) e a normativa (dever) – agir de maneira isolada ou individualista (FIORAVANTI, 2001).

Nesse sentido, cada estamento, refletido na maior parte do tempo em um rei, uma aristocracia e um povo, está conectado entre si em uma relação de profunda interdependência, de maneira orgânica, na qual todos vivem em função da representação e da harmonia do todo, em que cada parte se encontra em seu determinado lugar. Tal organização se conformava à ordenação divina do próprio “cosmos”, ou seja, a comunidade política estava integrada ao mesmo arranjo da natureza e possuía com ela uma lei fundamental: a Lei Natural (FIORAVANTI, 2001).

As implicações dos elementos da visão de mundo medieval em relação à formação do corpo político se refletem essencialmente na finalidade última de se manter a unidade e a harmonia do todo. Em analogia à concepção de ruína social para os antigos (conforme a expressão “Stásis”), a fragmentação do corpo social em grupos facciosos, em busca de interesses próprios e privilégios, constituía-se na principal ameaça à paz de todos, e até representava, em uma dimensão apocalíptica, o fim da sociedade (FIORAVANTI, 2001).

Adentrada a “Era da Modernidade”, ou a invenção da era moderna feita pelos próprios modernos¹, passa-se à subversão e destruição dos grilhões dos estamentos. A Reforma (reforma do catolicismo romano) e o Renascimento (renascimento da razão humana) se imbuem da missão da libertação e, para isso, assumem o papel de pavimentar o caminho para uma nova visão de mundo dos homens e que, no entanto, se revelará não totalmente nova.

A metáfora organicista, desmantelada pela fragmentação evidente do corpo social, não seria mais suficiente para dar conta da classe burguesa, a qual aparentemente havia se “descongelado”, ascendido e quase totalmente rompido com as amarras dos estamentos. O corpo orgânico e vivo viu seus membros se rebelarem e se auto constituírem corpos em si mesmos, unidades autônomas e independentes, que reclamavam para si a liberdade de fluírem para onde quisessem: nasce o “indivíduo”, e com ele o mecanismo de individualização (BAUMAN, 2001, p. 32-52).

Na esteira do processo de individualização, não havia como se desconectar totalmente ou permanentemente daquilo que estava subscrito profundamente no paradigma anterior, necessitando de uma reconfiguração das categorias pré-existentes (KUHN, 1996). Ainda que aqueles burgueses, em vista do acúmulo de capital e da obtenção de novas relações políticas com a monarquia, tivessem danificado permanentemente a ideia de um corpo social estamental, não o fizeram com o seu fundamento central: a Lei Natural.

A Reforma Protestante implicava, em seus próprios termos, a reforma do pensamento católico romano, não o rompimento completo com o catolicismo, muito menos com a visão de mundo judaico-cristã. Expoentes do Renascimento e, posteriormente, do Iluminismo racionalista não eram o que denominamos hoje por céticos ou ateus. Embora pudessem assim ser chamados pejorativamente em seu tempo em razão de suas ideias disruptivas, ainda assim

¹ A categorização da história em eras é, na verdade, uma forma arbitrária e convencional de classificação realizada pelos próprios modernos, que se viram como mais avançados e, portanto, mais modernos que aqueles que os precederam. (BLUMENBERG e HABERMAS apud CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 18)

eram fundamentalmente religiosos ou cristãos (LOCKE, John; GOUGH, J. W., 1994, p. 24-25).

Portanto, a predominante visão cristianizada do mundo e de seu funcionamento por meio da Lei Natural, o paradigma até então vigente, precisava se conformar aos novos fenômenos que se chocavam contra ele ou que, se não se defrontavam diretamente contra ele, o incomodavam como anomalias² não totalmente assimiladas pelo conjunto de pressupostos aceitos. Vê-se, portanto, diante da necessidade de justificar a libertação dos homens das agruras dos estamentos por meio de descontinuidades e de rupturas com a concepção original da Lei Natural.

A Lei Natural permaneceu sendo uma imposição divina a ser obedecida por todos os homens, contudo, a ruptura interna foi realizada por meio da nova concepção de que a Lei não teria mais como objeto um corpo social e seus membros, mas, de maneira inversa, teria como objeto o novo elemento inventado pela modernidade: o indivíduo.

Como bem demonstrado por Hans Blumenberg, a ideia antiga-medieval de direitos naturais vai ser reocupada pelos modernos de forma a, em diversos aspectos, inverter seu significado. Temos a ruptura de uma ordem objetiva de deveres naturalizados que implicavam privilégios de uma sociedade hierarquizada e a substituição por uma ordem de direitos subjetivos vistos como exigências morais racionais tidas como autoevidentes. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 19)

A síntese teórica dessa reformulação é a de que os homens, dotados de racionalidade como um dom sagrado dado por Deus, que os criou à sua imagem, poderiam por meio da razão descobrir os autoevidentes direitos individuais: liberdade, igualdade e propriedade. Direitos estes que derivam da natureza humana e que, portanto, são naturais e inalienáveis, isto é, ordenados moralmente pelo próprio Deus por meio da Lei Natural (LOCKE, John; GOUGH, J. W., 1994, p.16-17).

É dessa forma que esse novo paradigma racionalista substituiu o antigo modelo medieval e gerou o contexto oportuno para o movimento moderno que buscou a subordinação do direito e da política a um padrão de conteúdo moral, transcendente, universal e – pelo menos naquele momento – fundamentalmente religioso, as primeiras concepções do que veio a ser denominado por direitos naturais:

Para Locke, a característica essencial do estado de natureza era a lei natural. Nisso ele era herdeiro medieval de uma antiga tradição que veio, continuamente modificada

² O conceito de anomalia será mais bem aprofundado e explorado no capítulo 3, ao ser analisada sua utilização por Thomas Kuhn em “A Estrutura das Revoluções Científicas” (KUHN, 1996).

durante o processo, dos estóicos e dos juristas romanos. (...) Na Idade Média, a lei da natureza era comumente identificada com a lei de Deus, e era encarada como uma lei que obriga a todos os homens e a todos os governos, e por isso eram nulos os decretos humanos contrários a ela. (...) Para Locke, a lei da natureza é o desejo de Deus para o gênero humano, mas a faculdade da razão do homem, ela em si um dom de Deus, o capacita para perceber sua retidão. Uma das dificuldades de se aplicar a idéia de uma lei da natureza à prática política é que ou ela permanece vaga e geral, ou, tentando-se dar-lhe uma forma concreta, o resultado é inevitavelmente dogmático. Para muitos escritores europeus da escola da lei natural, seu conteúdo era ainda politicamente real, mas para Locke, assim como para os teólogos ingleses aos quais ele seguia, a lei da natureza era em sua essência mais uma lei moral que uma lei política. Isto, acho eu, é realmente o princípio importante sobre o qual ele estava insistindo contra Hobbes. Para Hobbes, a única lei genuína era o comando de um soberano, e no estado da natureza a força e a fraude eram as virtudes cardeais. Locke insiste na santidade da obrigação moral e julga a política por um padrão moral – para ele fundamentalmente um padrão religioso. (LOCKE, John; GOUGH, J. W., 1994, p. 24-25)

Na experiência prática, a formulação dos direitos naturais na modernidade não foi tão significativa para a autoafirmação material e de fato de todos os indivíduos, mas foi um instrumento útil para que esses fundamentos de natureza moral e transcendente fossem gradativamente inseridos e permeados no desenho político institucional:

A evidência racional dos direitos naturais entendidos como exigências morais universais indisponíveis que expressavam a necessidade do reconhecimento institucional pelo direito de que todos os seres humanos nascem iguais, livres e proprietários, no mínimo de si próprios, era uma crença tão forte que literalmente provou-se capaz de, antes mesmo de haver provocado a eclosão da era das revoluções, já inocular um efeito dissolvente nas próprias bases da sociedade. (...) A evidência desses critérios universais de justiça moral era então vista como devendo reger, de fora, enquanto transcendente, a organização política e jurídica da sociedade. O direito e a política deveriam se submeter à moral, às exigências racionais universalizantes da moral moderna de defesa da subjetividade. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 18-19)

O sucesso da empreitada de reivindicação dos direitos naturais foi tamanho que, a partir das revoluções liberais nos séculos XVIII e XIX, esses direitos que até então eram tidos como transcendentais e metafísicos – e que, portanto, subordinavam o direito apenas de maneira extrínseca a ele – passaram a ser incorporados ao ordenamento positivo nas constituições escritas em uma tentativa de submeter mais efetivamente o direito positivo àquela moral universal. Essa incorporação dos direitos naturais ao ordenamento positivo propiciou, contudo, o surgimento do ambiente favorável para a cisão completa entre o direito e a moral (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 59-60).

A incorporação dos direitos naturais na forma constitucional, impositiva sobre todo o resto do ordenamento e sobre a política, anteviu paradoxalmente a própria dispensabilidade do conteúdo moral desses direitos. Não há mais necessidade de se recorrer a um fundamento de legitimação ético-transcendental quando já se opera de maneira eficiente a proteção

individualista da liberdade e da propriedade pelo ordenamento posto, dada a sua coercibilidade e instrumentalidade:

A vitória institucional da crença nesses ideais traduziu-se em distintas vivências regionais que culminam, por vias diversas, com a adoção dos Estados constitucionais, no final do século XVIII e início do XIX, marcando um ponto de inflexão a partir do qual, paradoxalmente, a filosofia do direito perderá a sua centralidade na reflexão filosófica. A invenção da forma constitucional pelos norte-americanos estabelece a diferença entre o direito constitucional e o restante do direito. É ela que funda agora o direito e a política.

Assim é que, como afirma Niklas Luhmann, a invenção da constituição formal pelos norte-americanos possibilitou que a modernidade se completasse no campo do direito e da política. Até então, o problema do fundamento do direito remetia às exigências de adequação do direito positivo às exigências morais do direito natural moderno, ou seja, o fundamento de legitimidade do direito e da política residia fora deles mesmos. Agora, a distinção entre o direito constitucional e o direito fundado pelo direito constitucional oculta o fato paradoxal de que o direito constitucional é direito e permite a fundamentação autopoietica do próprio direito. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 19-20)

Dessa forma, as constituições escritas dos estados constitucionais passaram a representar a consolidação da cisão entre o direito e a moral religiosa, tendo em vista o fechamento do sistema jurídico como um todo na própria constituição, em uma autopoiese (LUHMANN, 1990). A constituição passa a ser autossuficiente e passa a regular o direito infraconstitucional sem necessidade de apelo a qualquer argumento de ordem transcendental ou metafísica, o que dá início ao abandono do conteúdo moral do direito e, portanto, da concepção de subordinação do direito e da política aos direitos naturais revelados pela razão.

Não somente isso, a constituição autossuficiente passa a operar a distinção entre direito e política e estes, como sistemas distintos, passam a estabelecer uma relação funcional e recíproca entre si, em que o direito fornece as ferramentas necessárias para a coerção e a imperatividade da política, e a política presta ao direito, por meio de sua regulação, a adequação e a legitimidade necessárias frente à sociedade (LUHMANN apud CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 60-61).

Simultaneamente a isso, os avanços da ciência no período tornaram antiquada e ultrapassada a referência a uma ordem transcendental e religiosa para a fundamentação do direito e da política, haja vista a difundida crença de que o método científico poderia explicar suficientemente todos os fenômenos da natureza e que, por isso, a religião deveria ser confinada ao espaço privado e particular de cada pessoa (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020).

É importante notar que a religião já estava sendo gradativamente confinada ao espaço privado da individualidade desde o início da modernidade. A tolerância e o pluralismo religioso, que passaram a ser esboçados desde o iluminismo (LOCKE, John; GOUGH, J. W., 1994, p. 42-

47), foram fatores importantes para a consolidação da forma constitucional de proteção aos direitos individuais, bem como para o estabelecimento da laicidade do Estado e do espaço público, o que intensificou o processo de separação entre o direito e a religião:

A religião passa a ser vista como um direito individual, não mais podendo servir de fundamento absoluto e unitário para a rígida e estática estrutura hierárquica das sociedades tradicionais ou pré-modernas e que, dessa forma, perde a sua força de elemento aglutinador central do amálgama normativo indiferenciado que regia essas sociedades em que a reprodução da ordem de privilégios era assegurada por naturalização divinizada, por seu caráter inquestionável e imutável. A liberdade religiosa e a correlata necessidade de reconhecimento do pluralismo religioso acabaram por contribuir decisivamente para o desencadeamento do Estado constitucional. É no quadro desse processo de diluição dos fundamentos absolutos e unitários das sociedades tradicionais e de afirmação do pluralismo religioso, político e social que se dá a invenção do indivíduo. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 59-60)

A confluência e a intensificação desses fatores – a autopoiese do sistema jurídico, o cientificismo moderno, a separação completa do direito e da religião, entre outros fatores socioeconômicos, como certa homogeneidade cultural e a relativa estabilidade de mercado – possibilitaram, ao final do século XIX e início do século XX, a popularidade das teorias positivistas de afirmação do progresso social e da objetividade científica em diversas áreas da sociedade, inclusive no direito:

O cenário político que privilegiou a afirmação do positivismo tornava plausível a crença dos juristas no poder regulatório de regras racionalmente cunhadas por especialistas. A noção linear de progresso, num contexto de relativa homogeneidade moral e estabilidade de mercado, se comparado com o século XX, tornava possível a percepção do utilitarismo positivista de Bentham como uma força capaz de combater tradições morais reacionárias. Permitir que juízes extraíssem princípios morais, a partir da leitura da tradição jurídica, ressoaria conservadorismo e anticientificidade. As teorias positivistas buscaram estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas como suporte para a legitimidade das normas jurídicas. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 33)

Portanto, a forte crença na validade e na imparcialidade do conhecimento produzido pelos técnicos e especialistas, bem como a tentativa de que o método científico aplicado às disciplinas da natureza fosse ultra expandido para toda e qualquer produção de conhecimento, conduziu às primeiras formulações do que veio a se denominar por positivismo jurídico (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 33-35).

A representação mais evidente desse movimento é a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen (KELSEN, 1998). O autor postula a noção de que o direito positivado no ordenamento permitiria a extração de uma ciência exata (pura) do direito, sem as “contaminações” de

influências políticas, sociológicas ou psicológicas, mas tão somente a sistematização lógica das opções de aplicação permitidas pela norma. Opções estas que poderiam ser aplicadas no caso concreto sem qualquer intervenção interpretativa do aplicador, em uma subsunção mecânica do fato à norma, ainda que assim não fosse feito pelo aplicador na prática, como admitido pelo próprio Kelsen:

No entanto, na edição revista da *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen procede ao famoso *giro decisionista*, alterando o capítulo oitavo da obra dedicado à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação científica da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão somente em razão da pronúncia, como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçado pela doutrina, e responde: azar da ciência do direito, é a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista. Kelsen buscara restringir a natureza aberta dos textos mediante a contribuição de uma ciência neutra, seu fracasso, no entanto, revela a ingenuidade com que buscou enfrentar o problema da linguagem. (...) Tanto em Kelsen quanto em Hart, contudo, a saída termina por ser *decisionista*. A própria ciência do direito, como fica patente na obra revista de Kelsen, pode apenas indicar, mas não assegurar, qualquer *moldura de interpretações* que vincule as autoridades competentes para decidir – capazes de realizar *interpretações autênticas*, pois impositivas –, cujas decisões podem assim ter fundamentos extrajurídicos: “A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN apud CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 35-37)

Desse modo, o positivismo jurídico se depara com a impossibilidade da segurança jurídica desejada e do controle da atividade jurisdicional por meio de uma ciência pura do direito, e enfrenta a crise de que a realidade do discurso não pode ser determinada por uma lógica formal e imutável de reconhecimento de premissas, silogismos e conclusões (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 35-37). O discurso, a partir daqui, passará a ser gradativamente descortinado como prática regulada por regras atribuídas por “jogos de linguagem” e “formações discursivas” em constantes transformações e descontinuidades, e que, por sua dinâmica e fluidez, não podem ser congeladas no tempo (FOUCAULT, 2008, p. 36-37).

Além disso, o reconhecimento da tessitura aberta dos textos normativos e das lacunas legislativas reveladas pelos *hard cases*, em que o caso concreto não está previsto nas opções de aplicação da norma, ou em que o caso concreto gera uma situação de conflito/contradição entre normas válidas, resulta na incapacidade de que o positivismo solucione a dificuldade

permanente da linguagem e, por fim, ocasiona o seu colapso (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 37-38).

2. O GIRO LINGÜÍSTICO E A MODERNIDADE LÍQUIDA: O ABANDONO (IN)COMPLETO DOS DIREITOS NATURAIS

No paradigma racionalista anterior, a linguagem de uma maneira geral era percebida apenas como um instrumento de vocalização do sujeito racional, uma filosofia centralizada no sujeito, por meio da qual se compreendia que os participantes da comunicação se expressavam através de enunciados lógicos e, dessa forma, a linguagem era dominada, determinada e condicionada pelo próprio sujeito e pela sua consciência individual.

Ocorre que a tentativa de traduzir a linguagem por meio da lógica formal, em uma concatenação quase matemática de premissas e silogismos – sendo essa uma das intenções do positivismo: expandir a objetividade científica para “matematizar” a linguagem – tornaram evidentes os problemas gerados pela própria linguagem como um campo semântico aberto, de conceitos abstratos e indeterminados, e que, ao serem articulados, frequentemente resultavam em contradições e em tautologias (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 35-37).

O enfrentamento dessa dificuldade da linguagem passou a ser realizado pela filosofia da linguagem ou filosofia hermenêutica, que tomou sua forma inicial no giro linguístico operado na segunda metade do século XX.

Percebe-se esse enfrentamento durante a vida de Wittgenstein e a transição abrupta de seu pensamento. Em sua primeira obra *“Tractatus Logico-Philosophicus”* de 1921 (WITTGENSTEIN, 1968), o autor formulou um tratado rígido e lógico sobre a compreensão humana da realidade e que, posteriormente, foi contraditado por ele próprio em manuscritos compilados e publicados postumamente na obra *“Investigações Filosóficas”* de 1953 (WITTGENSTEIN, 2000). Esses manuscritos posteriores descreviam que a linguagem é, na verdade, determinada pela intersubjetividade e pelo contexto em que estão inseridos os sujeitos, os participantes da comunicação, de modo que estes são subordinados pelas regras dos “jogos de linguagem”. Nesse sentido, a linguagem passa a ser percebida por Wittgenstein não mais como produto do conhecimento e da consciência dos sujeitos, determinada e condicionada por eles, mas, de maneira inversa, a linguagem é quem os determina e os condiciona, por meio de regras construídas historicamente e socialmente (WITTGENSTEIN, 2000).

Gadamer, em *“Verdade e Método”* (GADAMER, 1997), continua a explorar uma nova filosofia da linguagem e propõe que nem todas as verdades da experiência humana podem ser concebidas por meio do método científico de formulação de hipóteses, experimentações e conclusões. Antes, as verdades no campo da estética, da arte e da linguagem possuem seus próprios meios de concepção e legitimação, não sendo possível que a linguagem fique restrita

à teoria da exegese dos textos, em que se procura extrair a exata intenção que residia na consciência dos sujeitos ao se comunicarem. A comunicação, os sujeitos e os textos (e, portanto, a norma jurídica), possuem horizontes históricos próprios, cada um a seu respectivo modo, e que, no ato de interpretação, se confluem em uma conversação dialética/dialógica, gerando um novo e dinâmico significado, uma permanente fusão de horizontes que é construída pelo conhecimento dos sujeitos e que, simultaneamente, os constrói e os influencia (GADAMER, 1997, p. 18-19).

Dessa forma, para Gadamer, não há como existir uma extração do significado puro do texto ou da norma jurídica por meio de um modo de interpretação metodológico e impessoal, o que vai de encontro à Teoria Pura de Kelsen. Ainda que o intuito da interpretação seja meramente descrever a norma jurídica, o processo de descrição é realizado por meio de pré-concepções e preconceitos que necessariamente influenciam a interpretação e que, portanto, já realizam uma pré-aplicação dessa norma:

Na linguagem usada por mim e justificada pelas investigações da história da palavra, isso significa: A aplicação é um momento do próprio compreender. E se neste contexto, eu colocasse no mesmo nível o historiador jurídico e o jurista prático, junto com isso não se deveria negar que o primeiro tem uma tarefa exclusivamente "contemplativa" e o segundo, exclusivamente prática. Porém, a aplicação está contida em ambos os afazeres. E como poderia também, a compreensão do sentido jurídico de uma lei ser diversa para um ou para outro? Certamente que, por exemplo, o juiz tem a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo também muitas e diversas considerações político-jurídicas, as quais o historiador jurídico, que tem diante de si a mesma lei, não faz. Mas, com isso, o seu entendimento da lei é diverso? A decisão do juiz que "intervém praticamente na vida", pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão. Certamente que o historiador jurídico, além do mais, terá que honrar "historicamente" uma lei compreendida corretamente nesse sentido, e isso significa sempre que ele tem de avaliar a sua significação histórica, e uma vez que ele faz isso, guiado por suas próprias pré-concepções históricas e seus preconceitos vivos, terá de avaliá-la "falsamente". Isso nada mais é do que o fato de que ali dá-se novamente uma mediação de passado e presente, portanto, aplicação. (GADAMER, 1997, p. 20)

Ainda em um enfrentamento dos problemas da linguagem, Foucault, em “Arqueologia do Saber” (FOUCAULT, 2008), propõe a dificuldade de se estabelecer uma unidade lógica e uma evolução linear da linguagem ao longo da história. Em uma tentativa de se identificar uma unidade do discurso por meio de pesquisas realizadas nos campos da medicina, gramática e economia-política, Foucault se deparou com uma transformação constante dos enunciados utilizados em cada um desses campos, vide a forma como o conceito de “loucura” foi sendo transformado na prática médica ao longo do tempo, muitas vezes instrumentalizado conforme demandas e interesses políticos ou sociais. Portanto, Foucault em sua “arqueologia” – conceito

cunhado por ele para identificar o método em que realiza a “escavação” dos profundos níveis do discurso – identifica que, na verdade, os enunciados e os conceitos se encontram dispersos e em contínuas descontinuidades/rupturas discursivas (FOUCAULT, 2008 p. 36-37). A possibilidade de imersão desses enunciados na superfície da comunicação depende de estratégias de linguagem e de rígidas estruturas do discurso que permitem ou não a utilização de determinado enunciado conforme a posição de poder dos sujeitos e o contexto histórico em que estão inseridos:

(...) Ora, logo percebi que a unidade do objeto "loucura" não nos permite individualizar um conjunto de enunciados e estabelecer entre eles uma relação ao mesmo tempo descritível e constante. (...) Mas há mais ainda: esse conjunto de enunciados está longe de se relacionar com um único objeto, formado de maneira definitiva, e de conservá-lo indefinidamente como seu horizonte de idealidade inesgotável; o objeto que é colocado como seu correlato pelos enunciados médicos dos séculos XVII ou XVIII não é idêntico ao objeto que se delineia através das sentenças jurídicas ou das medidas policiais; da mesma forma, todos os objetos do discurso psicopatológico foram modificados desde Pinel ou Esquirol até Bleuler: não se trata das mesmas doenças, não se trata dos mesmos loucos.

Poderíamos, deveríamos talvez, concluir, a partir dessa multiplicidade dos objetos, que não é possível admitir, como uma unidade válida para constituir um conjunto de enunciados, o "discurso referente à loucura". Talvez fosse necessário que nos ativéssemos apenas aos grupos de enunciados que têm um único e mesmo objeto: os discursos sobre a melancolia ou sobre a neurose. Mas logo nos daríamos conta de que cada um desses discursos, por sua vez, constituiu seu objeto e o elaborou até transformá-lo inteiramente. Assim, a questão é saber se a unidade de um discurso é feita pelo espaço onde diversos objetos se perfilam e continuamente se transformam, e não pela permanência e singularidade de um objeto. A relação característica que permitiria individualizar um conjunto de enunciados referentes à loucura não seria, então, a regra de emergência simultânea ou sucessiva dos diversos objetos que aí são nomeados, descritos, analisados, apreciados ou julgados? A unidade dos discursos sobre a loucura não estaria fundada na existência do objeto "loucura", ou na constituição de um único horizonte de objetividade; seria esse o jogo das regras que tornam possível, durante um período dado, o aparecimento dos objetos: objetos que são recortados por medidas de discriminação e de repressão, objetos que se diferenciam na prática cotidiana, na jurisprudência, na casuística religiosa, no diagnóstico dos médicos, objetos que se manifestam em descrições patológicas, objetos que são limitados por códigos ou receitas de medicação, de tratamento, de cuidados. Além disso, a unidade dos discursos sobre a loucura seria o jogo das regras que definem as transformações desses diferentes objetos, sua não-identidade através do tempo, a ruptura que neles se produz, a descontinuidade interna que suspende sua permanência. De modo paradoxal, definir um conjunto de enunciados no que ele tem de individual consistiria em descrever a dispersão desses objetos, apreender todos os interstícios que os separam, medir as distâncias que reinam entre eles - em outras palavras, formular sua lei de repartição. (FOUCAULT, 2008, p. 36-37).

Cumprе salientar que tanto para Wittgenstein, quanto para Gadamer e para Foucault, a linguagem não poderia ser determinada pela subjetividade da consciência individual dos sujeitos da comunicação. Pelo contrário, os autores combateram profundamente essa concepção descrevendo a linguagem como uma estrutura de regras e de níveis discursivos construídos de maneira intersubjetiva e contextualizada, no sentido coletivo e histórico, não individual – o

assujeitamento do discurso (FOUCAULT, 2008). Portanto, no contexto teórico do pensamento, o giro linguístico operou uma ruptura com a objetividade científica no sentido de desvendá-la como também linguística e limitada, também estruturada de maneira discursiva e intersubjetiva, e não que a cientificidade poderia ser determinada e construída subjetivamente, isto é, de maneira relativa aos valores e crenças de cada sujeito.

Contudo, em um recorte sociológico e não teórico, dentro de um contexto de, como se verá, liquefação individualizante na modernidade líquida (BAUMAN, 2001), o giro linguístico tomará a forma do relativismo e do pluralismo, em que a “verdade” como conceito passará a ser compreendida como uma construção relativa à perspectiva de cada indivíduo e, portanto, será destituída de sua autoridade. A descoberta dos limites da razão por meio da linguagem passa a operar, na prática, como instrumento para o sepultamento da verdade e para o nascimento da afirmação subjetivista e individualista do conhecimento.

Zygmunt Bauman, em sua obra “Modernidade Líquida” (BAUMAN, 2001), traz à tona o que pode ser decisivamente reconhecido como o mecanismo central de toda a modernidade. Não há como se falar em um fim da modernidade, ou uma pós-modernidade (ainda que o termo tenha sido cunhado por diversos autores), quando ainda está preservado o *modus operandi* do início da modernidade, ou da modernidade racionalista: a liquefação dos sólidos por meio da individualização.

No contexto da modernidade racionalista (início da modernidade), a liquefação significou o gradativo dismantelamento/desconstrução da sólida estrutura organicista – solidez no sentido de uma concepção estática e conformadora das práticas sociais – que estava sendo mantida pela tradição estamental, religiosa e feudal, para a substituição por novos sólidos advindos da razão, da igualdade e da liberdade dos indivíduos, bem como, posteriormente, pela crença na objetividade científica e no progresso civilizatório do estado constitucional (BAUMAN, 2001, p. 7-8).

O progresso, por si próprio, foi considerado por toda a modernidade como o elemento motivador e a razão de ser da liquefação dos sólidos, que era crida em cada momento de sua operação como o se livrar de crenças e instituições retrógradas, envelhecidas e destituídas de valor ou função, para que fossem substituídas pelas novidades do progresso e da modernidade. Assim foi na passagem do feudalismo medieval para a monarquia absolutista, e quando esta foi substituída pelas monarquias parlamentaristas ou pelas repúblicas liberais, passando a ser considerada o *ancién regime*:

(...) Mas a modernidade não foi um processo de “liquefação” desde o começo? Não foi o “derretimento dos sólidos” seu maior passatempo e principal realização? Em outras palavras, a modernidade não foi “fluida” desde sua concepção?

Essas e outras objeções semelhantes são justificadas, e o parecerão ainda mais se lembrarmos que a famosa frase sobre “derreter os sólidos”, quando cunhada há um século e meio pelos autores do Manifesto comunista, referia-se ao tratamento que o autoconfiante e exuberante espírito moderno dava à sociedade, que considerava estagnada demais para seu gosto e resistente demais para mudar e amoldar-se a suas ambições — porque congelada em seus caminhos habituais. Se o “espírito” era “moderno”, ele o era na medida em que estava determinado que a realidade deveria ser emancipada da “mão morta” de sua própria história — e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (isto é, por definição, dissolvendo o que quer que persistisse no tempo e fosse infenso à sua passagem ou imune a seu fluxo). Essa intenção clamava, por sua vez, pela “profanação do sagrado”: pelo repúdio e destronamento do passado, e, antes e acima de tudo, da “tradição” — isto é, o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à “liquefação”.

Lembremos, no entanto, que tudo isso seria feito não para acabar de uma vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável. Ao ler o *Ancien Régime* de Tocqueville, podemos nos perguntar até que ponto os “sólidos encontrados” não teriam sido desprezados, condenados e destinados à liquefação por já estarem enferrujados, esfarelados, com as costuras abrindo; por não se poder confiar neles. Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável.

Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para poder construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores. “Derreter os sólidos” significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações “irrelevantes” que impediam a via do cálculo racional dos efeitos; como dizia Max Weber, libertar a empresa de negócios dos grilhões dos deveres para com a família e o lar e da densa trama das obrigações éticas; ou, como preferiria Thomas Carlyle, dentre os vários laços subjacentes às responsabilidades humanas mútuas, deixar restar somente o “nexo dinheiro”. Por isso mesmo, essa forma de “derreter os sólidos” deixava toda a complexa rede de relações sociais no ar — nua, desprotegida, desarmada e exposta, impotente para resistir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios, quanto mais para competir efetivamente com eles. (BAUMAN, 2001, p. 7-8)

Ocorre que a liquefação dos sólidos atingiu um novo nível na modernidade por meio da velocidade, instantaneidade e fluidez permitidas pelas novas tecnologias, as quais inevitavelmente ocasionaram o rompimento dos limites que eram impostos pelas dimensões do espaço e do tempo. Possibilitado o movimento instantâneo de um espaço a outro sem custos de tempo ou de esforço e, portanto, retirado do espaço o seu valor, deixa de fazer sentido a ocupação do espaço político ou de exercício do poder por meio de estruturas e instituições

rígidas, inflexíveis e custosas, perfeitamente metaforizadas pelo panóptico de Bentham³, ressignificado por Foucault como a expressão do vigiar e punir (FOUCAULT apud BAUMAN, 2001, p. 14-15).

O panóptico, embora significasse o controle eficaz devido ao movimento do vigia ser muito mais acelerado do que o dos detentos, também gerava ao dono do poder o inconveniente custo de manutenção e, principalmente, de envolvimento ativo na administração da estrutura física do edifício. A demolição/liquefação do panóptico e a substituição pelo controle instantâneo significavam a comodidade e a conveniência do afastamento, isto é, a ausência de envolvimento ativo para a manutenção do poder:

Quando a distância percorrida numa unidade de tempo passou a depender da tecnologia, de meios artificiais de transporte, todos os limites à velocidade do movimento, existentes ou herdados, poderiam, em princípio, ser transgredidos. Apenas o céu (ou, como acabou sendo depois, a velocidade da luz) era agora o limite, e a modernidade era um esforço contínuo, rápido e irrefreável para alcançá-lo. (...) Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço.

Michel Foucault utilizou o projeto do Panóptico de Jeremy Bentham como arquimetáfora do poder moderno. (...) As instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia de sua dominação; dos múltiplos laços de sua subordinação, a “fixação” dos internos ao lugar era o mais seguro e difícil de romper. O domínio do tempo era o segredo do poder dos administradores — e imobilizar os subordinados no espaço, negando-lhes o direito ao movimento e rotinizando o ritmo a que deviam obedecer era a principal estratégia em seu exercício do poder. A pirâmide do poder era feita de velocidade, de acesso aos meios de transporte e da resultante liberdade de movimento.

O Panóptico era um modelo de engajamento e confrontação mútuos entre os dois lados da relação de poder. As estratégias dos administradores, mantendo sua própria volatilidade e rotinizando o fluxo do tempo de seus subordinados, se tornavam uma só. Mas havia tensão entre as duas tarefas. A segunda tarefa punha limites à primeira — prendia os “rotinizadores” ao lugar dentro do qual os objetos da rotinização do tempo estavam confinados. Os rotinizadores não eram verdadeira e inteiramente livres para se mover: a opção “ausente” estava fora de questão em termos práticos.

O Panóptico apresenta também outras desvantagens. É uma estratégia cara: a conquista do espaço e sua manutenção, assim como a manutenção dos internos no espaço vigiado, abarcava ampla gama de tarefas administrativas custosas e complicadas. Havia os edifícios a erigir e manter em bom estado, os vigias profissionais a contratar e remunerar, a sobrevivência e capacidade de trabalho dos internos a ser preservada e cultivada. Finalmente, administrar significa, ainda que a contragosto, responsabilizar-se pelo bem-estar geral do lugar, mesmo que em nome de um interesse pessoal consciente — e a responsabilidade, outra vez, significa estar preso ao lugar. Ela requer presença, e engajamento, pelo menos como uma confrontação e um cabo-de-guerra permanentes.

O que leva tantos a falar do “fim da história”, da pós-modernidade, da “segunda modernidade” e da “sobremodernidade”, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do

³ O panóptico é um conceito arquitetônico e filosófico idealizado por Jeremy Bentham como um projeto de prisão em que vigias, posicionados em uma torre central, poderiam observar os prisioneiros nas celas ao seu redor sem que estes soubessem quando estão sendo observados e sem que pudessem evitar a observação de seus movimentos (MATHIESEN, 1997).

movimento chegou a seu “limite natural”. O poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico — e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade. Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço (o advento do telefone celular serve bem como “golpe de misericórdia” simbólico na dependência em relação ao espaço: o próprio acesso a um ponto telefônico não é mais necessário para que uma ordem seja dada e cumprida. Não importa mais onde está quem dá a ordem — a diferença entre “próximo” e “distante”, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer). Isso dá aos detentores do poder uma oportunidade verdadeiramente sem precedentes: eles podem se livrar dos aspectos irritantes e atrasados da técnica de poder do Panóptico. O que quer que a história da modernidade seja no estágio presente, ela é também, e talvez acima de tudo, pós-Panóptica. O que importava no Panóptico era que os encarregados “estivessem lá”, próximos, na torre de controle. O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento — para a pura inacessibilidade. O fim do Panóptico é o arauto do fim da era do engajamento mútuo: entre supervisores e supervisados, capital e trabalho, líderes e seguidores, exércitos em guerra. As principais técnicas do poder são agora a fuga, a astúcia, o desvio e a evitação, a efetiva rejeição de qualquer confinamento territorial, com os complicados corolários de construção e manutenção da ordem, e com a responsabilidade pelas consequências de tudo, bem como com a necessidade de arcar com os custos. (BAUMAN, 2001. p. 13-15)

Nesse sentido, Bauman argumenta que o nível de liquefação dos sólidos e o nível de distanciamento do controle atingidos pela era pós-panóptica possibilitaram a total transferência das responsabilidades, dos resultados e do referenciamento para a figura tão cara à modernidade: o indivíduo. A miséria e a glória de cada homem passaram a ser ilusoriamente responsabilidades de si mesmos e, portanto, o controle é auto exercido, individualmente, como “donos livres” de seu próprio destino (BAUMAN, 2001, p. 40-41). Percebe-se novamente que o *modus operandi* permanece o mesmo durante toda a modernidade, qual seja, a liquefação operada por meio da individualização, apenas que se tornou gradativamente mais intensa, removendo, a cada etapa, os empecilhos à vontade e à autoafirmação dos indivíduos.

A liquefação das rígidas estruturas de controle significou, portanto, a absoluta e praticamente anárquica liberdade *de jure* do indivíduo, mas não a sua liberdade material e *de facto*. Ainda que a autoafirmação do indivíduo possa ser livremente expressada e, até mesmo, protestada ou criticada por ele, essa expressão não ocasiona mudança significativa prática em sua realidade. É que o fornecimento de condições materiais suficientes de conforto, entretenimento e segurança contra os amedrontáveis riscos da liberdade *de facto* tornaram o processo de libertação real inútil ou até mesmo indesejável pelos indivíduos (BAUMAN, 2001, p. 21-25).

Nesse contexto de anárquica liberdade *de jure* e de individualização, deu-se o inverso do que profetizavam os críticos do século XX, os quais previam uma sociedade homogeneizada

pelo totalitarismo político e pela colonização do espaço privado pelo poder público, quer fosse imaginado um futuro utópico (como em “*Brave New World*”, de Aldous Huxley) ou distópico (como em “*1984*”, de George Orwell) (BAUMAN, 2001, p. 25-32).

Deu-se, na verdade, a colonização do espaço público pelo privado por meio do completo esvaziamento do conteúdo público das práticas políticas: o debate a respeito do exercício da cidadania, a reivindicação de direitos coletivos e difusos e a aplicação de modelos institucionais. Estes foram substituídos pela exposição pública de segredos e intimidades privadas, bem como pelo referenciamento e pela formatação da prática política no “eu” egoisticamente considerado, se tornando um verdadeiro campo de batalha pelas crenças, ideologias e pensamentos subjetivos e particulares dos indivíduos, sem a necessidade de atravessar qualquer crivo de objetividade comum, a qual foi relegada a um verdadeiro esquecimento:

A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da “esfera pública”, soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do “cidadão interessado” e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como um “espaço cósmico”.

Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas. Repetidamente informado de que é o senhor de seu próprio destino, o indivíduo não tem razão de atribuir “relevância tópica” (o termo é de Alfred Schütz) ao que quer que resista a ser engolfado no eu e trabalhado com os recursos do eu; mas ter essa razão e agir sobre ela é precisamente a marca registrada do cidadão.

Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam de suas excursões diárias ao espaço “público” reforçados em sua individualidade *de jure* e tranquilizados de que o modo solitário como levam sua vida é o mesmo de todos os outros “indivíduos como eles”, enquanto — também como eles — dão seus próprios tropeços e sofrem suas (talvez transitórias) derrotas no processo. (BAUMAN, 2001, p. 40-41)

Ao fim desse processo, a transformação do estado sólido para o líquido por meio da individualização moderna revelou-se permanente e quase irrefreável. O conhecimento comum e a prática política — que antes se encontravam estabilizados socialmente pela falsa sensação de segurança causada pelo que se acreditava como a objetividade científica dos especialistas — passam também a ser liquefeitos e individualizados, no sentido de serem traçados seus limites

linguísticos, históricos e sociais e, portanto, um conhecimento subjetivo e delimitado pelos vieses e preconceitos de indivíduos (GADAMER, 1997).

As ciências em geral, tanto as humanidades quanto as ciências da natureza, passam a ser contestadas, questionadas, desconstruídas, relativizadas. A desconstrução é efetuada mais rapidamente e difusamente do que novas estruturas estáveis podem ser construídas. No limite desse intenso processo de liquefação dos sólidos, não há mais quem possa reivindicar para si a autoridade ou a legitimidade do saber e do dever, agora pertencentes ao espaço privado intocável de cada pessoa, em um pluralismo ditado pela expressão “cada um acredita e segue o que quiser”.

Conclui-se do processo de liquefação individualista que o racionalismo do início da modernidade, em que se fundara a concepção de existência de direitos objetivos e universais descobertos pela razão humana, se deparou agora com a descoberta da linguagem e dos limites dessa razão. O paradigma racionalista é, na verdade, linguístico, convencional, determinado pelo contexto histórico e cultural em que se vive (FOUCAULT, 2008). O direito passa a ser visto como culturalmente localizado em uma comunidade e em seus indivíduos, essencialmente fruto de suas crenças, valores e relações de poder, sem a capacidade de que sua normatividade se sobreponha às concepções de outra comunidade, havendo que se falar apenas em uma multiplicidade de contextos normativos, em um pluralismo jurídico.⁴

A ideia de direitos naturais e do conteúdo moral desses direitos é relativizada ao ponto de vista do racionalismo ocidental, tornando ainda mais antiquada a referência a um padrão metafísico e universal para estabelecer uma normatividade comum a todas as comunidades, e finalizando o abandono (in)completo dos direitos naturais⁵ que havia sido iniciado pelo fechamento autopoietico do direito e pelo positivismo jurídico. O conteúdo moral, transcendente e universal do direito perde agora a autoridade e a legitimidade no debate público diante da transferência do referencial para os indivíduos e para a sua subjetividade, sendo relegados a um passado que agora é visto como completamente superado.

⁴ O modelo subjetivista e a concepção de pluralismo jurídico ganharam forma acadêmica notadamente pela corrente do realismo jurídico. Essa escola defende em geral que o direito pode apenas significar os diversos aparatos instituídos por meio das relações sociais e políticas de diferentes comunidades, de modo que a única explicação de sua coercitividade e legitimidade se dá na causalidade de fenômenos sociais, negando a existência de valores morais ou de direitos fundamentais no universo dos fatos (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 46-47, 98-100)

⁵ A expressão “abandono (in)completo dos direitos naturais” é pertinente porque, como se verá no capítulo 4, os direitos naturais são retomados no debate hermenêutico e jusfilosófico, não em sua exata expressão racionalista, como produtos de uma razão objetiva e universal, mas reconfigurados sob a categoria de direitos fundamentais, em uma confluência paradoxal de concepções do racionalismo, do positivismo e do modelo subjetivista-individualista. Tal amálgama foi possível devido à conjuntura de uma transição paradigmática que toma para si a instrumentalidade dos conceitos apesar de possíveis contradições (KUHN, 1996).

3. A CRISE E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A CONJUNTURA PARA O SURGIMENTO DE NOVOS MODELOS

Em síntese, foi proposto até o momento que o paradigma racionalista, em que se fundara a concepção de direitos naturais, se defrontou com seus próprios limites a partir do surgimento do modelo de transferência do referencial para os indivíduos e sua subjetividade, concluindo-se o abandono completo dos direitos naturais que havia sido iniciado pelo positivismo jurídico. Mas será que, enquanto predominantes, o positivismo jurídico e o modelo subjetivista-individualista foram capazes de articular com êxito os relevantes conflitos do século XX e do século XXI? Os eventos mais problemáticos desse período garantiram a estabilidade definitiva desses paradigmas ou, antes, os perturbaram por meio de crises e conflitos não solucionáveis através das categorias conceituais por eles permitidas?

Antes de responder essas questões, será importante aprofundar a discussão de Thomas Khun, em “A estrutura das revoluções científicas” (KUHN, 1996), com relação à estrutura de um paradigma e a forma como ele é alterado ao longo da história por estados de crise e de transição paradigmática. Ainda que Kuhn esteja, em seu trabalho, se referindo estritamente à prática científica, é notável o grau de afinidade que a estrutura paradigmática da ciência guarda com a estrutura paradigmática da sociedade e de seus meios de resolução de conflitos.

As diversas camadas da sociedade e de suas instituições são fortemente influenciadas por modelos gerais de resolução de instabilidades, modelos que não estão voltados, como na prática científica, para a articulação de fenômenos da natureza, mas estão voltados para uma melhor conformação das relações de seus membros, para a garantia de uma coesão entre eles e para a pacificação de seus conflitos.

Nesse sentido, a prática da ciência normal e os seus estados de crise e de transição paradigmática (KUHN, 1996, p. 113-116) serão conceitos úteis para uma melhor compreensão de como o positivismo jurídico e o modelo subjetivista-individualista, os paradigmas até aqui predominantes, articularam os fenômenos da realidade social até o seu limite, ao se depararem com eventos problemáticos e não-solucionáveis por meio das categorias conceituais por eles fornecidas.

Portanto, partindo para a análise de Kuhn, o autor observa como historicamente a pesquisa científica e a comunidade de cientistas produziram continuamente teorias e instrumentos, os quais, contudo, estiveram intimamente ligados a um modelo geral de concepção da natureza e do mundo (um paradigma) que não podia ser abandonado pela produção científica normal. Em um primeiro momento, produzir um conhecimento que

estivesse desconectado do paradigma sequer seria considerado verdadeiramente científico pela comunidade ou, ainda além, não resultaria em nada que realmente pudesse ser compreendido ou assimilado por essa comunidade (KUHN, 1996, p. 35-37).

O paradigma emerge no interior de um estado pré-paradigmático, em que as concepções a respeito de certos fenômenos da natureza são muito diversas e continuamente se confrontam em debates a respeito da definição dos pressupostos e postulados essenciais para a conformação/compreensão desses fenômenos. O estado pré-paradigmático pode ser visualizado no momento histórico em que coexistem diversas escolas de pensamento que reivindicam para si a legitimidade de uma teoria para a explicação dos fenômenos e que, no entanto, não conseguem gerar unanimidade ou estabilidade em seu campo de estudo (KUHN, 1996, p. 37-38).

Essas escolas não geram a estabilidade necessária na comunidade de cientistas porque suas teorias não conseguem dar conta ou articular com sucesso todos os fenômenos observados em uma aplicação prática do teorizado, isto é, em uma conformidade razoável entre o que foi formulado e a complexidade da natureza. Esse estado pré-paradigmático é marcado pela ausência de uma resposta que solucione os problemas levantados pela comunidade e que, portanto, gere um acordo entre a maioria de seus membros (KUHN, 1996 p. 37-38).

Dessa forma, o paradigma emerge justamente quando determinada teoria alcança um status de aceitação ao responder razoavelmente os fenômenos observados, podendo ser aplicada de maneira que solucione satisfatoriamente os principais problemas enfrentados, ainda que não os solucionem integralmente. O paradigma não necessariamente dá conta de toda a complexidade da natureza, visto que continuamente deixa em aberto diversos erros de precisão e inconsistências em seus cálculos ou descrições, lacunas que propositalmente são deixadas de lado pela falta de categorias conceituais para lidar com elas naquele momento e que são retomadas futuramente somente em tentativas de melhor articulação do paradigma realizadas por estudos especializados da ciência normal (a ciência estabilizada pelo paradigma).

Não é de admirar que nos primeiros estágios do desenvolvimento de qualquer ciência, homens diferentes confrontados com a mesma gama de fenômenos — mas em geral não com os mesmos fenômenos particulares — os descrevam e interpretem de maneiras diversas. É surpreendente (e talvez também único, dada a proporção em que ocorrem) que tais divergências iniciais possam em grande parte desaparecer nas áreas que chamamos ciência. As divergências realmente desaparecem em grau considerável e então, aparentemente, de uma vez por todas. Além disso, em geral seu desaparecimento é causado pelo triunfo de uma das escolas pré-paradigmáticas, a qual, devido a suas próprias crenças e preconceitos característicos, enfatizava apenas alguma parte especial do conjunto de informações demasiado numeroso e incoativo. (...)

Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada. (KUHN, 1996, p. 37-38)

O paradigma vigente em uma comunidade científica segue estabilizado por meio da possibilidade de formulação de novos problemas e de busca por soluções que se encontram inscritos internamente na estrutura do próprio paradigma. Estes novos problemas se distanciam em muito daqueles enfrentados pela comunidade pré-paradigmática, visto que agora a formulação dos problemas, isto é, de novas perguntas e desafios, é moldada por regras de seleção, categorização e, até mesmo, de solução desses problemas que são pré-determinadas pelo próprio paradigma (KUHN, 1996 p. 59-60).

Os novos problemas se assemelham a jogos de quebra-cabeça, em que a finalização do jogo com todas as peças encaixadas só pode ser realizada por meio da sequência, do encaixe, da moldura e, portanto, das regras impostas previamente pelo próprio quebra-cabeça. Nesse sentido, o cientista que realiza uma pesquisa normal se encontra continuamente engajado por desafios que estão inscritos na estrutura do paradigma e que só são permitidos devido às suas categorias conceituais, à concepção de mundo em que ele se encontra, de modo que limitam o quadro possível de formulação de perguntas bem como de formulação de respostas a essas perguntas:

Resolver um problema da pesquisa normal é alcançar o antecipado de uma nova maneira. Isso requer a solução de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos. O indivíduo que é bem-sucedido nessa tarefa prova que é um perito na resolução de quebra-cabeças. O desafio apresentado pelo quebra-cabeça constitui uma parte importante da motivação do cientista para o trabalho.

Os termos “quebra-cabeça” e “solucionador de quebra-cabeças” colocam em evidência vários dos temas que adquiriram uma importância crescente nas páginas precedentes. Quebra-cabeça indica, no sentido corriqueiro em que empregamos o termo, aquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas. Os dicionários dão como exemplo de quebra-cabeças as expressões “jogo de quebra-cabeça” e “palavras cruzadas”. Precisamos agora isolar as características que esses exemplos partilham com os problemas da ciência normal. Acabamos de mencionar um desses traços comuns. O critério que estabelece a qualidade de um bom quebra-cabeça nada tem a ver com o fato de seu resultado ser intrinsecamente interessante ou importante. Ao contrário, os problemas realmente importantes em geral não são quebra-cabeças (veja-se o exemplo da cura do câncer ou o estabelecimento de uma paz duradoura), em grande parte porque talvez não tenham nenhuma solução possível. Consideremos um jogo de quebra-cabeças cujas peças são selecionadas ao acaso em duas caixas contendo peças de jogos diferentes. Tal problema provavelmente colocará em xeque (embora isso possa não acontecer) o mais engenhoso dos homens e por isso não pode servir como teste para determinar a habilidade de resolver problemas. Este não é de forma alguma um quebra-cabeças no sentido usual do termo. O valor intrínseco não é critério para um quebra-cabeça. Já a certeza de que este possui uma solução pode ser considerado como tal. (KUHN, 1996, p. 59-60)

Ocorre que todo paradigma está sujeito ao esgotamento de sua funcionalidade, de sua aplicabilidade para a solução de problemas e, por isso, está sujeito a uma crise. A crise paradigmática tem sua origem – dentre outros fatores que estão fora do âmbito científico, como o contexto político ou pressões econômicas – na identificação de uma ou mais anomalias, isto é, fenômenos não previstos e não assimiláveis pelas categorias fornecidas pelo paradigma e que, portanto, geram problemas não solucionáveis pelas regras do “quebra-cabeça” (KUHN, 1996, p. 113-116).

As anomalias constantemente incomodam o campo de pesquisa da ciência normal, contudo, a ausência de categorias conceituais para não só observá-las como também classificá-las e, portanto, compreendê-las, tornam esses fenômenos irrelevantes, sem importância para a prática científica normal, de modo que são correntemente ignoradas e descartadas (KUHN, 1996, p. 77-78).

Quando não totalmente ignoradas, ainda assim há uma resistência da ciência normal em considerá-las como tal, devido ao esforço consciente ou inconsciente em preservar o paradigma. Admitir uma anomalia levaria a uma revisão profunda de pressupostos e postulados essenciais ao paradigma, o que implica em custos que estão fora de questão. Diante desse cenário, a ciência normal procura fornecer apenas estudos especializados que melhor articulem o paradigma em uma readaptação/reconfiguração de suas categorias conceituais, passando a incorporar as anomalias como fenômenos previstos pelo modelo e, assim, mantendo a sua estrutura e seus pressupostos fundamentais:

A ciência normal não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem-sucedida, não as encontra. Entretanto, fenômenos novos e insuspeitados são periodicamente descobertos pela pesquisa científica (...)
A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado. (KUHN, 1996, p. 77-78)

Contudo, conforme um campo de estudo de uma comunidade científica se torna altamente especializado, isto é, investe muito de seu tempo, recursos e instrumentos para a observação de um recorte muito reduzido da natureza, passa também a estar muito mais sensibilizado e suscetível à identificação de uma anomalia:

No desenvolvimento de qualquer ciência, admite-se habitualmente que o primeiro paradigma explica com bastante sucesso a maior parte das observações e experiências facilmente acessíveis aos praticantes daquela ciência. Em consequência, um

desenvolvimento posterior comumente requer a construção de um equipamento elaborado, o desenvolvimento de um vocabulário e técnicas esotéricas, além de um refinamento de conceitos que se assemelham cada vez menos com os protótipos habituais do senso comum. Por um lado, essa profissionalização leva a uma imensa restrição da visão do cientista e a uma resistência considerável à mudança de paradigma. A ciência torna-se sempre mais rígida. Por outro lado, dentro das áreas para as quais o paradigma chama a atenção do grupo, a ciência normal conduz a uma informação detalhada e a uma precisão da integração entre a observação e a teoria que não poderia ser atingida de outra maneira. Além disso, esse detalhamento e precisão da integração possuem um valor que transcende seu interesse intrínseco, nem sempre muito grande. Sem os instrumentos especiais, construídos sobretudo para fins previamente estabelecidos, os resultados que conduzem às novidades poderiam não ocorrer. Mesmo quando os instrumentos especializados existem, a novidade normalmente emerge apenas para aquele que, sabendo com precisão o que deveria esperar, é capaz de reconhecer que algo saiu errado. A anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma. Quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível este será como indicador de anomalias e, consequentemente de uma ocasião para a mudança de paradigma. (KUHN, 1996, p. 91-92)

Nesse sentido, tomada a consciência definitiva da existência de uma anomalia, ainda existem algumas possíveis razões para que um paradigma permaneça sendo preservado e articulado na prática científica normal, mas a mais importante delas é que ele permanecerá sendo preservado enquanto os problemas gerados pelas anomalias forem irrelevantes frente às soluções satisfatórias que o paradigma continua fornecendo para outros problemas considerados mais essenciais. Portanto, uma crise somente se tornará gradativamente escancarada e generalizada quando o paradigma vigente se tornar insatisfatório para conformar e articular as anomalias identificadas e quando, definitivamente, deixar de fornecer soluções razoáveis para problemas relevantes gerados por elas (KUHN, 1996, p. 95, 113-116).

Somente nesse momento é que se tem o contexto oportuno para o surgimento de novas teorias capazes de lidar com as anomalias identificadas e, assim, dar início a uma transição paradigmática, uma revolução científica, que substitui o antigo modelo por um novo paradigma:

A teoria ondulatória que substituiu a newtoniana foi anunciada em meio a uma preocupação cada vez maior com as anomalias presentes na relação entre a teoria de Newton e os efeitos de polarização e refração. A Termodinâmica nasceu da colisão de duas teorias físicas existentes no século XIX e a Mecânica Quântica de diversas dificuldades que rodeavam os calores específicos, o efeito fotoelétrico e a radiação de um corpo negro. Além disso, em todos esses casos, exceto no de Newton, a consciência da anomalia persistira por tanto tempo e penetrara tão profundamente na comunidade científica que é possível descrever os campos por ela afetados como em estado de crise crescente. A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras. (KUHN, 1996, p. 95)

Dessa forma, na esteira de uma transição paradigmática, passam a surgir práticas que vão de encontro às práticas estabelecidas pela pesquisa normal e, por isso, Kuhn as classifica como a conjuntura de uma ciência ou pesquisa extraordinária. Essas práticas geralmente se revelam por meio de experimentações abertas a novos resultados não previstos pelo paradigma anterior e que, portanto, não se adequam ao modelo de “quebra-cabeça”. Isso significa que os resultados da pesquisa extraordinária não estão mais subordinados às regras definidas pelo antigo paradigma, visto que o quadro de soluções possibilitado anteriormente não mais serve para a resolução dos problemas gerados pelas anomalias (KUHN, 1996, p. 113-116).

Além disso, a pesquisa extraordinária se revela também por meio da emergência de novas teorias diversas entre si e que retomam o debate a respeito dos pressupostos e postulados fundamentais daquele campo de estudo, o que havia deixado de ocorrer com a estabilidade conquistada pelo paradigma após a superação do estado pré-paradigmático. Nesse sentido, a transição paradigmática é marcada por circunstâncias muito próximas às do estado pré-paradigmático: há uma proliferação de teorias que reivindicam para si a legitimidade da conformação e articulação dos fenômenos, bem como reivindicam o quadro de soluções adequadas para os novos problemas enfrentados. Por fim, assim como no estado pré-paradigmático, a vitória é atribuída à teoria que responde mais satisfatoriamente aos novos problemas (ainda que não os solucione em sua integralidade) e que, portanto, possui melhores condições de substituir o modelo anterior:

Quando, por essas razões ou outras similares, uma anomalia parece ser algo mais do que um novo quebra-cabeça da ciência normal, é sinal de que se iniciou a transição para a crise e para a ciência extraordinária. A própria anomalia passa a ser mais comumente reconhecida como tal pelos cientistas. Um número cada vez maior de cientistas eminentes do setor passa a dedicar-lhe uma atenção sempre maior. Se a anomalia continua resistindo à análise (o que geralmente não acontece), muitos cientistas podem passar a considerar sua resolução como o objeto de estudo específico de sua disciplina. Para esses investigadores a disciplina não parecerá mais a mesma de antes. Parte dessa aparência resulta pura e simplesmente da nova perspectiva de enfoque adotada pelo escrutínio científico. Uma fonte de mudanças ainda mais importante é a natureza divergente das numerosas soluções parciais que a atenção concentrada tornou disponível. Os primeiros ataques contra o problema não-resolvido seguem bem de perto as regras do paradigma, mas, com a contínua resistência, a solução, os ataques envolverão mais e mais algumas articulações menores do paradigma (ou mesmo algumas não tão inexpressivas). Nenhuma dessas articulações será igual; cada uma delas será bem-sucedida, mas nenhuma tão bem-sucedida que possa ser aceita como paradigma pelo grupo. Através dessa proliferação de articulações divergentes (que serão cada vez mais frequentemente descritas como adaptações ad hoc), as regras da ciência normal tornam-se sempre mais indistintas. A esta altura, embora ainda exista um paradigma, constata-se que poucos cientistas estarão de acordo sobre qual seja ele. Mesmo soluções-padrão de problemas que anteriormente eram aceitas passam a ser questionadas. (...)

Todas as crises iniciam com o obscurecimento de um paradigma e o consequente relaxamento das regras que orientam a pesquisa normal. A esse respeito, a pesquisa dos períodos de crise assemelha-se muito à pesquisa pré-paradigmática, com a diferença de que no primeiro caso o ponto de divergência é menor e menos claramente definido. As crises podem terminar de três maneiras. Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação. (KUHN, 1996, p. 113-116)

A conceituação e a demonstração feitas por Kuhn com relação à estrutura das crises e das transições paradigmáticas se tornam fundamentais para este trabalho porque, por meio desses instrumentos, se torna mais compreensível o que foi exposto até o momento, com relação ao esgotamento do modelo organicista medieval e a sua reformulação pelo paradigma racionalista na concepção dos direitos naturais, bem como o abandono e a substituição dos direitos naturais pelo positivismo jurídico e pelo modelo subjetivista-individualista. Mas, ainda além disso, a partir do empréstimo dos conceitos de crise e de transição paradigmática, se torna viável a argumentação que se seguirá com relação também ao esgotamento do positivismo jurídico e do modelo subjetivista-individualista, ocorrendo um verdadeiro estado de transição paradigmática com o surgimento contemporâneo de novas proposições e novos modelos.

4. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA E A RETOMADA DOS DIREITOS NATURAIS RECONFIGURADOS SOB A FORMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para a análise de um possível estado de crise e de transição paradigmática, é imprescindível retomar e responder os questionamentos feitos anteriormente: enquanto predominantes, o positivismo jurídico e o modelo subjetivista-individualista foram capazes de articular com êxito os relevantes conflitos do século XX e do século XXI? Os eventos mais problemáticos desse período garantiram a estabilidade definitiva desses paradigmas ou, antes, os perturbaram por meio de crises e conflitos não solucionáveis através das categorias conceituais por eles permitidas?

É de se notar que, partindo das categorias conceituais mais caras ao positivismo jurídico e ao modelo subjetivista-individualista, não seria possível responder com facilidade aos eventos contemporâneos que geraram grandes conflitos e instabilidades, como a crise de 1929, a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria, as ditaduras militares, a segregação racial, as lutas pelos direitos civis, e as crises do neoliberalismo econômico.

Com relação a esses eventos em específico, é ainda mais relevante observar que o tipo de resposta geral a eles foi marcada por características avessas aos modelos até então predominantes, como notadamente se pôde verificar no enfoque ao conteúdo moral do direito e no enfoque aos direitos públicos, coletivos, sociais e até universais, realizados pelo Estado de Bem-Estar Social, pelas convenções internacionais de direitos humanos e pela reivindicação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito (ARNAUD; SILVA, 2018).

Em uma análise mais detalhada de alguns desses exemplos, podemos verificar como o positivismo jurídico e o modelo subjetivista-individualista se defrontaram com verdadeiras anomalias e, portanto, com eventos não previstos e não solucionáveis por meio das categorias permitidas, de modo que se viram em premente necessidade de formular novas concepções conformadoras e pacificadoras dos conflitos (KUHN, 1996).

A Segunda Grande Guerra foi uma dessas anomalias e trouxe como um de seus problemas mais chocantes, não só aos olhos do mundo, como também aos modelos paradigmáticos, a possibilidade de que uma estrutura normativa de genocídio étnico fosse quase totalmente sustentada por mecanismos culturais específicos de uma comunidade. O holocausto teve como pano de fundo um ordenamento hierárquico legislativo e militar por meio do qual foi possível ignorar a humanidade e a dignidade de homens, mulheres e crianças judias a pretexto de se estar apenas seguindo ordens (ARNAUD; SILVA, 2018). Ainda além, o estabelecimento desse ordenamento e de sua autoridade (o *Reich*) foi realizado por meio da

instrumentalização de condições culturais específicas que possibilitaram uma legitimação popular do partido nazista, ou a legitimação feita por uma “maioria” – maioria no sentido de sua dominação sobre as relações de poder e de classe.

Nesse sentido, como seria possível responder ao problema em termos positivistas de uma defesa do fechamento do direito, intransponível a uma moralidade extrínseca, quando o governo totalitarista havia invadido o sistema jurídico e o instrumentalizado para a prática de uma moral violenta e supremacista (ARNAUD; SILVA, 2018)? Ainda, como seria possível responder ao problema em termos de se reafirmar os limites e a subjetividade do Direito e, portanto, de relativizá-lo às especificidades culturais e históricas de cada comunidade e de cada indivíduo, quando tal sistema supremacista obtivera sua legitimação interna justamente por meio das especificidades culturais de uma comunidade?

Não por outra razão que a resposta internacionalmente organizada e, dessa forma, mais expressiva em termos de uma análise da crise paradigmática, caminhou na contramão do esperado com relação ao abandono completo que se havia operado aos direitos naturais. Essa resposta se concretizou na Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1946 e, por meio dela, na reivindicação de uma série de direitos concebidos como universais e inalienáveis a todo ser humano, independentemente dos fatores culturais e históricos que os cercam, dada a sua dignidade inerente e, portanto, direitos anteriores e superiores aos ordenamentos de cada nação. Vários desses direitos haviam sido conhecidos anteriormente como direitos naturais e transcendentais aos ordenamentos escritos, revelando que, na verdade, o abandono que se havia operado pelos modelos anteriores foi realizado de maneira parcial ou incompleta, visto a retomada desses direitos agora sob uma nova categoria conceitual, ou melhor, sob a categoria reconfigurada de direitos fundamentais (ARNAUD; SILVA, 2018):

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (TJSP, 2022)

Além do Holocausto na Segunda Guerra Mundial, também é possível tomar a segregação racial nos Estados Unidos da primeira metade do século XX como outro exemplo de anomalia ao positivismo jurídico e ao modelo subjetivista-individualista.

Mesmo que a Constituição dos Estados Unidos reservasse uma proteção específica aos direitos de igualdade entre cidadãos independentemente de sua cor, como a 13ª emenda que abolia a escravidão, a 14ª que garantia igual proteção à lei, e a 15ª que concedia direito ao voto a todo cidadão independentemente de cor, raça ou situação anterior de escravidão, não houve um impedimento real à formação de um aparato jurídico para a segregação racial em vários estados norte-americanos, principalmente os do Sul, o que ficou conhecido como as leis de “*Jim Crow*” (SEPARADOS, 1991).

O fenômeno foi possibilitado por argumentos jurídicos que permeavam as decisões da Suprema Corte Constitucional à época, como: (i) o critério “*Separate but equal*” (Separados, mas iguais) estabelecido no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), que previa que a discriminação de espaços públicos para negros e para brancos não feria o princípio da igualdade, desde que fossem equalizadas a qualidade da prestação dos serviços públicos e as condições materiais dos ambientes discriminados; e (ii) o forte federalismo dos processos legislativos, em que os estados detinham a prerrogativa da criação de normas para sua jurisdição conquanto não ferissem a Constituição, o que permitiu o movimento inicial sulista de segregação das escolas públicas primárias (SEPARADOS, 1991).

Nesse sentido, a separação física entre negros e brancos se tornou não só uma realidade nas praças públicas, ônibus, escolas e universidades, como foi legitimada pelo Direito estadunidense, inclusive como constitucional, ou como não incompatível com as intenções dos legisladores constituintes. A orientação normativa-formalista do positivismo jurídico, em que a atividade decisória do juiz se restringia à observância daquilo que já havia sido estabelecido pela Suprema Corte, no sentido de se manter a decisão, “*Stare decisis*”, garantia que o critério “*Separate but equal*” se tornasse precedente vinculante de julgamentos subsequentes, permitindo, assim, a manutenção jurídica da segregação racial por décadas (SEPARADOS, 1991).

Novamente, como seria possível responder ao problema em termos de uma defesa do fechamento do direito, intransponível a uma moralidade extrínseca, quando o ordenamento jurídico e o sistema de precedentes haviam sido instrumentalizados para a manutenção da segregação racial? Ainda, como seria possível responder ao problema em termos de se reafirmar os limites e a subjetividade do Direito e, portanto, de relativizá-lo às especificidades culturais e históricas de cada comunidade e de cada indivíduo, quando o sistema de segregação racial obtivera legitimação interna por meio de especificidades locais que conduziram representantes legislativos e judiciais a apoiá-la (SEPARADOS, 1991)?

Não por outra razão que as contestações judiciais à segregação racial, como nos marcantes casos *Briggs v. Elliott* (1952) e *Brown v. Board of Education* (1954), foram realizadas em termos de se demonstrar o efetivo prejuízo à condição humana dos discriminados, tanto em sua dimensão material quanto psicológica e moral, apesar de não se encontrar fundamento em lei ou em precedente para o combate à essa discriminação. De fato, não era ilegal e, portanto, necessitou que a declaração de sua inconstitucionalidade fosse feita não com base em uma hierarquia de normas ou em um sistema de precedentes, mas com base em um conteúdo moral extrínseco ao ordenamento positivo, por princípios fundados na dignidade da pessoa humana e em sua igualdade inerente (SEPARADOS, 1991), novamente em uma retomada da ideia de direitos naturais, contudo, reconfigurados sob a nova categoria de direitos fundamentais.

Aqui se tem uma concretização mais clara de como no âmbito sociológico e jurídico é possível verificar a ocorrência do que Kuhn descreveu na prática científica como a identificação de uma anomalia e o surgimento de uma crise paradigmática, em que o paradigma predominante não é capaz de fornecer uma solução satisfatória para o conflito emergente e então passa-se à formulação de novas concepções capazes de lidar satisfatoriamente com o problema (KUHN, 1996).

Ocorre que, devido às nuances específicas dos comportamentos sociais, não necessariamente as categorias dos paradigmas anteriores são totalmente abandonadas para dar lugar a novas, em uma oposição completa aos antigos modelos, como acontece na prática científica. Pelo contrário, pela desnecessidade de que o modelo social se adeque a fenômenos físicos e observáveis da natureza, e pela necessidade de que apenas seja suficientemente útil para permitir a pacificação dos conflitos e a retomada da coesão social, é possível que determinadas categorias conceituais emergjam novamente e sejam apenas reconfiguradas para conviver em artificial harmonia com antigas categorias, ainda que contraditórias e paradoxais. Portanto, no recorte deste trabalho, procura-se admitir que as transições tomam para si a instrumentalidade dos conceitos apesar de possíveis contradições.

É possível perceber como a confluência e a reconfiguração de categorias conceituais herdadas dos modelos anteriores, o que foi possibilitado por um estado de transição paradigmática, foram absorvidas no campo hermenêutico do direito por um novo modelo cunhado doutrinariamente como neoconstitucionalismo, o qual é caracterizado especialmente:

(i) pelo fechamento do direito como um sistema próprio e autônomo em relação à política e à moral, ainda que permaneça conectado a elas em uma relação de complementariedade (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 98-100), bem como pela concepção da constituição e dos direitos fundamentais como normas cogentes e hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais – categorias herdadas e reconfiguradas do positivismo jurídico;

(ii) pelo reconhecimento dos limites e da subjetividade linguística do direito, tornando-o aberto às especificidades culturais e históricas de determinada comunidade, bem como às especificidades de cada caso concreto trazido ao judiciário, permitindo uma construção interpretativa e subjetiva do aplicador da norma, embora balizada e fundamentada pelos princípios extraídos da constituição (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 49-53) – categorias herdadas e reconfiguradas do giro linguístico e do modelo subjetivista-individualista;

(iii) pela concepção da constituição como uma comunidade de princípios de conteúdo axiológico e moral incorporados ao ordenamento sob a forma de direitos fundamentais reconhecidamente inalienáveis, universais e inerentes à dignidade da pessoa humana, bem como pela reivindicação desses direitos como formas de proteção à igualdade e à liberdade dos indivíduos para a construção de suas identidades e de seus projetos pessoais de vida. Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser utilizados em oposição às violações perpetradas por outros indivíduos ou pelo ente público, ainda que representados por uma maioria, funcionando como verdadeiras barreiras contramajoritárias de proteção às minorias (BARROSO, 2013, p.

131-135) – categorias herdadas e reconfiguradas dos direitos naturais concebidos no paradigma racionalista.

Um dos expoentes mais notáveis desse novo modelo hermenêutico foi Ronald Dworkin, por meio de suas contribuições à organização conceitual do neoconstitucionalismo a partir da década de 1970. Dworkin formulou algumas das primeiras concepções do neoconstitucionalismo e, portanto, exerceu papel de peso para a consolidação desse novo paradigma na doutrina e na prática do direito:

Ronald Dworkin, ao suceder Hart na cátedra de Teoria do Direito em Oxford, retoma a questão da interpretação precisamente ali onde Kelsen termina, mas da perspectiva oposta. A sua afirmação de uma única decisão correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso. Ressalta aqui a complexidade do modelo de um ordenamento de princípios (mesmo as regras aqui devem ser principiologicamente lidas), que se apresenta por inteiro e, a um só tempo, composto por princípios opostos em produtiva tensão reciprocamente constitutiva e igualmente válidos que dependem do caso concreto para que seja possível discernir a pretensão abusiva da correta que com base neles são levantadas. Por isso mesmo, o caso em sua concretude e irrepetibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico. Essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, de um novo pano de fundo para a comunicação social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que respeita ao projeto de reencantamento com o direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. É esse novo paradigma que tem sido denominado pela doutrina “Estado Democrático de Direito” e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado. (...)

A profunda revisão doutrinária que tem conduzido à constituição desse novo paradigma possibilita e exige a recunhagem do próprio estatuto da ciência ou teoria geral do direito, redefine e amplia suas fronteiras, seus conceitos básicos e seu próprio papel, bem como o papel, as tarefas e a responsabilidade do profissional do direito, sobretudo, do Judiciário em sua relação cotidiana com a efetividade dos ideais constitucionais como implementação, concretização e efetivação da justiça e da cidadania. O que responde às alterações ocorridas na segunda metade do século XX em todos os âmbitos da vida humana, resultantes da nova estrutura societária pluralista e hipercomplexa das denominadas sociedades pós-industriais, da crítica aos excessos da razão iluminista acolhida pela modernidade tardia no âmago do próprio conceito de ciência, do advento de novas tecnologias e saberes, da exigência de se rever a relação puramente predatória com a natureza, do impacto institucional e político das lutas por reconhecimento, do advento dos direitos de 3ª geração e do esgotamento do paradigma do Estado Social. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 24-26)

Em uma análise do pensamento e das formulações de Dworkin, é possível verificar como suas concepções em parte reagem ao modelo subjetivista-individualista e em parte reagem ao positivismo jurídico, modelos que, como visto, haviam invadido o direito e o levado ao limite em suas articulações com os conflitos sociais, até ao ponto de não mais conseguir

solucioná-los. Como mencionado, com relação ao modelo subjetivista-individualista, este havia tomado sua forma no direito por meio da escola do realismo jurídico, a qual defendia, entre outras concepções, que o direito e a norma jurídica não poderiam significar outra coisa que não fosse a realidade das relações sociais e históricas que os cercam, de modo que a única explicação de sua coercitividade e legitimidade se dá na causalidade de fenômenos sociais, negando a existência de valores morais ou de direitos fundamentais no universo dos fatos (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 46-47, 98-100).

Ocorre que, como explicitado por meio dos exemplos do Holocausto na Segunda Guerra e da segregação racial nos EUA, o realismo jurídico não poderia fornecer categorias conceituais suficientes pelas quais fosse possível solucionar ou pelo menos alterar o rumo de conflitos que colocavam em questão, de um lado, a tradição cultural e local de uma determinada comunidade e, do outro, a formação de um aparato jurídico violento ou opressor de uma minoria pelas especificidades dessa comunidade. O realismo jurídico se propõe a uma descrição das relações que possibilitaram determinado contexto jurídico, sem possuir, contudo, a pretensão de formular uma normatividade específica para esse contexto. Com isso, defende a existência de um pluralismo jurídico em oposição à existência de princípios universais, de modo que cada comunidade desenvolve sua normatividade com base em suas crenças e valores (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020 p. 46-47, 98-100).

A partir do debate com Richard Posner, expoente do realismo jurídico, é possível verificar que Ronald Dworkin definitivamente se opõe a essa escola ao aproximar suas categorias do realismo moral (a defesa da existência objetiva de uma moral universal e de direitos fundamentais), contudo, sem se ligar a esse pensamento de maneira integral, isto é, sem deixar de também reconfigurá-lo sob as perspectivas herdadas do giro-linguístico e do subjetivismo, tendo ele próprio rejeitado o realismo moral ao considerar que juízos normativos não podem derivar de fatos (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 47-49)

Retomar os textos resultantes da discussão entre Ronald Dworkin e Richard Posner permite-nos aprofundar na complexa relação complementar que, na visão do primeiro autor, entre si guardam a moral, o Direito e a política. Essa complementaridade é básica para que possamos efetivamente compreender todo o potencial reconstrutivo, inclusivo e democrático, da doutrina de Dworkin, que, no Brasil, é recorrentemente mal compreendida em razão, inclusive, de traduções pouco cuidadosas.

Para Richard Posner não seria possível falar de uma moral que transcendesse a moral individual nem de princípios morais universais. A moral seria, portanto, particular, local. Ela dependeria das tradições, de uma cultura específica, não sendo assim possível um denominador moral comum. Não seria possível, por total ausência de critérios unânimes, julgar imoral, por exemplo, a discriminação dos judeus, dos comunistas ou dos portadores de sofrimento mental pelos nazistas. Quando reprovamos atitudes como essas, o faríamos apenas a partir de nosso próprio ponto de vista. Para ele, no contexto das sociedades modernas só se poderia falar em pluralismo

moral. Portanto, analisar o direito à luz da moral não seria possível, pois os juízes não podem decidir com base em suas crenças morais e nem poderiam, dado o pluralismo intrínseco à sociedade moderna. Posner posiciona-se, assim, frontalmente contra o que ele denomina moralismo acadêmico, ou seja, a defesa da existência de uma moral universal. Dentre os autores que Posner designa moralistas acadêmicos ele inclui com destaque Ronald Dworkin, com a sua teoria da única resposta correta. (...) (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 98)

Valendo-se de uma linguagem própria da tradição filosófica do *realismo moral*, Dworkin pode afirmar que tais direitos humanos (*moral rights*) “existem”, isso é, seu conteúdo pode ser considerado “verdadeiro” – o que para a teoria de Habermas só pode ser lido como expressão da “validade” e da “legitimidade” de tais direitos, já que normas se situam primordialmente no plano da *validade*, e não da *facticidade* (...)

Para ambos os autores, portanto, a *razão prática* implica a possibilidade de um ponto de vista moral, universalista e deontológico, indicador da prevalência normativa do *justo* sobre o *bom*, a exigir que a sociedade – por meio de suas instituições, no caso do direito – trate todos os seus membros como merecedores de *igual respeito e consideração*.

A teoria dos direitos de Dworkin exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido. Dworkin interpreta o *princípio hermenêutico* de modo construtivista.

Como podemos perceber, se levarmos em conta as distintas tradições e escolas teóricas, o debate sobre a relação entre direito e moral de Habermas e Dworkin redundaria, no fim das contas, essencialmente terminológico.

Para ambos os autores, portanto, é o conteúdo moral *traduzido* para o código especificamente jurídico que confere aos direitos fundamentais o *status* de incondicionalidade em face dos demais bens ou valores sociais. Da incondicionalidade dos *direitos* resulta seu funcionamento como *trunfos* em face de possíveis abusos justificados com base em *políticas* de maximização de finalidades coletivas. (...) (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 47-48)

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não é *extrajurídica* na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como integrados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento. Além disso, deve-se ressaltar que o fato de Dworkin entender os direitos humanos como princípios universais, dotados de conteúdo moral, não significa que a interpretação e densificação dada a eles pelas diversas ordens jurídicas não possa legitimamente variar. Para o autor torna-se relevante a distinção entre interpretações de boa-fé e de má-fé atribuídas pelos governos aos direitos e às ações justificadas por eles; o compromisso, ao menos em princípio, com o respeito pelos direitos humanos demonstrado por um governo ou instituição mostra-se relevante para a interpretação de seus atos. O direito humano fundamental é, para Dworkin, o de ser tratado pelas instituições detentoras de autoridade com certa atitude ou postura, qual seja, a que reflita o igual respeito e consideração pela dignidade de cada um. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 49)

Dworkin entende que a constituição deve ser enxergada como uma comunidade de princípios dotados de conteúdo moral e universal e que, contudo, tais princípios são abstratos e indeterminados, adquirindo densidade apenas na forma dos direitos fundamentais positivados. Dessa forma, ainda que haja uma objetividade do conteúdo moral dos princípios, estes não podem ser lidos na forma de um moralismo estático baseado em regras, mas devem ser aplicados pelo intérprete de maneira criativa e construtiva, levando em consideração as especificidades de cada caso concreto, bem como a história institucional e o pano de fundo

compartilhado da comunidade em que estão inscritos. Assim, a tradição local não deve ser recepcionada de forma acrítica para a solução do caso, mas a decisão deve ser fundamentada racionalmente e construtivamente com base nos direitos fundamentais, os quais funcionam como crivos de validade e, portanto, conduzem à única decisão correta, funcionando também como proteção contramajoritária de minorias em face de eventuais violações perpetradas pelos valores de uma maioria (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 46, 65 e 99).

Nesse sentido, Dworkin adota a tese da interpretação construtiva, a qual costura conceitos do giro-linguístico (a noção de limites linguísticos da razão) às concepções de objetividade dos princípios e de imperatividade dos direitos fundamentais, de maneira que gera uma simbiose entre categorias do positivismo jurídico, do subjetivismo e do paradigma racionalista, este último pela concepção de existência de um conteúdo moral universal incorporado ao direito pelos princípios da constituição.⁶

Portanto, o recorte deste trabalho procurou até aqui desvendar o cenário em que possivelmente se encontra o direito atualmente: um quadro de crise dos modelos anteriores e de transição paradigmática com o surgimento de novas proposições, tendo notadamente o neoconstitucionalismo como teoria emergente e que busca responder mais satisfatoriamente as anomalias identificadas nos eventos problemáticos do séc. XX e do séc. XXI.

Contudo, como o direito brasileiro tem se relacionado com esse retrato de crise e de transição paradigmática? Como conflitos relevantes levados ao judiciário brasileiro, especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF) – como guardião e intérprete da Constituição Federal e, portanto, imbuído de uma função hermenêutica – têm provocado respostas que possivelmente se utilizam de categorias conceituais próprias dos modelos paradigmáticos descritos? Como o STF articula a concepção de direitos fundamentais tendo em vista as tentativas de esvaziamento do conteúdo moral do direito que foram realizadas pelo positivismo jurídico e pelo modelo subjetivista-individualista?

⁶ Aqui é importante ressaltar mais uma vez que as categorias não são retomadas na exata expressão em que foram originalmente concebidas, como a ideia de direitos naturais revelados pela razão objetiva, mas são reconfiguradas para melhor se adequarem ao novo paradigma e, nesse caso, os direitos naturais tomam a forma de direitos fundamentais que são dotados de conteúdo moral, mas não podem ser subordinados à moralidade, estabelecendo com ela apenas uma relação de complementariedade (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 98-100).

5. A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA E OS REFLEXOS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 4.277 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pode-se dizer que o marco brasileiro mais expressivo com relação ao retrato de crise paradigmática e de transição para novos modelos se deu no período de redemocratização e de inauguração da Constituição Federal de 1988. A ditadura militar que perdurou nas duas décadas antecedentes se tornou gradativamente marcada por sérios conflitos que diziam respeito à censura de liberdades, à desconsideração do devido processo legal e à violação de direitos humanos, ao ponto que, após o seu fim, a reação do congresso brasileiro foi a instituição de uma assembleia constituinte que, embora permeada por discussões que abarcavam uma série de diferentes interesses, tinha como ponto comum entre eles o estabelecimento de um núcleo rígido de direitos fundamentais (NEGRÃO; TEREZO RIBEIRO, 2022).

Vê-se novamente, agora no cenário brasileiro, a impossibilidade de solução dos conflitos por meio das categorias conceituais fornecidas pelo positivismo jurídico e pelo modelo subjetivista-individualista, constatando-se a premente necessidade de reconfiguração das categorias para a retomada do conteúdo moral do direito na forma de direitos fundamentais. A concretização desse movimento de transição paradigmática brasileira foi essencialmente revelada no preâmbulo e nos artigos 1º ao 5º da Constituição Federal (NEGRÃO; TEREZO RIBEIRO, 2022):

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)
(BRASIL, 2024).

É notável o grau de afinidade que diversos conceitos utilizados nesses capítulos – como o de liberdade, igualdade, justiça, pluralidade, dignidade da pessoa humana – guardam com a concepção do paradigma racionalista de existência moral de direitos individuais derivados da natureza humana e, portanto, universais e inalienáveis, e que foram retomados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo esta adquirido influência gradativa e permanente sobre a ordem jurídica internacional após a sua promulgação em 1948, inclusive no cenário brasileiro (NEGRÃO; TEREZO RIBEIRO, 2022).

A formulação de um novo modelo em meio ao cenário de crise pôde garantir mais efetivamente a resolução dos eventos problemáticos e dos conflitos gerados por eles, de modo que adquiriu um status de aceitação cada vez maior entre os membros da comunidade internacional, até ao ponto de substituir ou reconfigurar os modelos anteriores (KUHN, 1996).

No direito brasileiro, a retomada do conteúdo moral do direito sob a forma constitucional de direitos fundamentais representou – dada a sua rigidez como cláusulas pétreas

não suscetíveis de abolição por emenda constitucional (Art. 60, § 4º, CF) e a sua imperatividade sob o restante do ordenamento – o que a doutrina captou como a repersonalização do direito privado e, conseqüentemente, do direito de família e da concepção de entidade familiar (LÔBO, 2018, p. 16-20), o que interessa à análise que se fará com relação ao julgamento da ADI 4.277.

A Constituição, primária hierarquicamente sobre as normas infraconstitucionais – categoria herdada da pirâmide de Kelsen (KELSEN, 1998) – passa a ter normatividade sobre a tutela das entidades familiares, que não estão mais relegadas a uma absoluta autonomia do direito privado, como na antiga independência normativa do Código Civil. Nesse sentido, o direito de família passa a ser fundamentalmente constitucionalizado, o que significou a repersonalização do cerne jurídico do ordenamento civil, não mais redutível ao patrimônio dos indivíduos como único bem jurídico tutelado (LÔBO, 2018, p. 16-20).

A normatividade do direito de família substitui o foco voltado sempre para as hipóteses de relações patrimoniais, como questões de herança, partilha, divórcio, legitimidade de filiação, entre outros, para se ter como centro de suas destinações os direitos fundamentais e as garantias afetivas e existenciais dos indivíduos, como destaca Paulo Lôbo:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento de suas antigas funções para o espaço preferencial de realização dos projetos existenciais das pessoas. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o locus por excelência da repersonalização do direito civil.

(...) A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações empodera as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos. (LÔBO, 2018, p. 16-19)

Além de uma repersonalização do direito civil, adquire proeminência o papel contramajoritário da constitucionalização do direito de família, função que, como visto, é parte essencial da categoria conceitual de direitos fundamentais proposta pelo emergente neoconstitucionalismo. Os direitos fundamentais, como núcleo sólido e intocável da Constituição, são barreiras de proteção aos indivíduos e aos grupos minoritários quando se deparam com uma posição majoritária contraposta à sua existência ou às suas garantias. Maioria esta que teria poder político, mesmo pela via democrática, para fazer valer suas vontades e seus

valores caso não existissem trunfos contramajoritários e blindados como cláusulas pétreas (BARROSO, 2013, p. 131-135).

Dessa maneira, no que tange ao direito de família, a constitucionalização dos direitos fundamentais possibilita a resolução dos conflitos por meio da proteção aos interesses afetivos e existenciais das entidades familiares, de modo que indivíduos e minorias são protegidos pela densificação do conteúdo moral do direito na forma de princípios constitucionais de liberdade de escolha, de afetividade, de realização existencial, de dignidade humana e de vedação à discriminação e ao preconceito.

No entanto, ainda que diante do cenário de imperatividade dos direitos fundamentais e de repersonalização do direito de família, está posta uma dificuldade interpretativa geradora de um conflito relevante no texto da própria Constituição, qual seja, a constitucionalidade do reconhecimento da união estável homoafetiva em contraste com a literalidade do art. 226, § 3º da Constituição, que reconhece a união estável apenas à entidade familiar formada entre homem e mulher:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2024).

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre esse conflito foi proferida no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. O relator do acórdão, o Ministro Ayres Britto, utiliza-se do que conceitua como “interpretação conforme à Constituição”, para rejeitar qualquer vertente interpretativa que tenha por objetivo excluir determinado grupo do âmbito de proteção do Estado, a partir de uma interpretação inclusiva e expansiva do conceito de família.

Um dos argumentos do Ministro é que o conceito de família não foi definido pelo constituinte e, portanto, seu significado varia conforme a cultura e o período histórico, tendo apenas como significado essencial uma estrutura em que indivíduos se relacionam uns com os outros para a realização de seus projetos existenciais e afetivos. Ademais, a orientação sexual dos indivíduos não pode restringir seu acesso a direitos, tendo em vista a proibição expressa feita pela própria Constituição com relação ao preconceito de qualquer natureza, e a proteção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e do direito à intimidade. Logo, para o Ministro, a interpretação literal de “homem e mulher” (do art. 226, §3º, CF) enquanto único modelo familiar protegido pela Constituição deve ser superada e a

paridade de tratamento jurídico entre os casais heteroafetivos e homoafetivos deve ser reconhecida:

Em resumo, o ministro Ayres Britto, deriva o seu voto das três incidências do vocábulo “sexo” no texto constitucional que, segundo o argumento, tem o sentido interpretativo de diferenciação “anatômico-fisiológica” entre indivíduos (CF/88, art. 3º, IV, art. 5º, XLVIII e 7º, XXX), e que essa diferenciação simplesmente orgânica não pode servir como plataforma de distanciamento jurídico entre pessoas em um ambiente normativo que ele chama de “Constitucionalismo fraternal”. (...)

Assim a proteção da dignidade do indivíduo pela impossibilidade do preconceito sexual abarca, também, o uso que ele faz de sua sexualidade. Faz parte da busca pela identidade e pela autodeterminação. Tratar-se-ia, então, de uma liberdade fundamental protegida como cláusula pétrea, pela identificação com conteúdo jurídico abrangido pelo art. 60, § 4º, IV da CF/88.

Quanto à questão específica se haveria vedação constitucional expressa à extensão dessa liberdade de orientação sexual (reconhecida em termos de norma geral negativa) à possibilidade de formação e de solidificação dessa liberdade na forma de unidades familiares, tal como protegidas pela Constituição, o ministro começa enfatizando a especial proteção estatal conferida à família em sua acepção histórico-cultural, pouco importando questões biológicas e sem impor condições formais específicas, como limitações cartorárias ou proibições religiosas, por se tratar de estrutura de base em que indivíduos se relacionam uns com os outros no nível mais íntimo para construção de uma vida, de um projeto existencial.

Conforme o seu entendimento, é a esse conceito culturalmente e espiritualmente constitutivo de família que os artigos subsequentes do capítulo VII devem fazer referência e não o contrário. Conceitos como união estável, por exemplo, só possuem densidade quando refletem o conteúdo filosófico e jurídico da família em suas bases constitucionalizadas, ou seja, reveladoras da liberdade, da igualdade e da dignidade das pessoas.

Assim, a entidade familiar descrita pela união estável não é um subconceito da família do caput do art. 226 da Constituição Federal, ou um tipo subsidiário ou inferior. Pelo contrário, a entidade constituída pela união estável é a própria família do caput, mas que é constituída sem a formalidade do casamento. A norma, então, não estaria a instituir um tipo novo de família, até porque o conceito de família não é técnico-jurídico, mas cultural, como relembra o relator. O conceito jurídico é a união estável, que se distingue do casamento, mas que regulamenta da mesma forma esse outro conceito mais amplo, cultural e histórico que é a família concreta.

Daí não fazer sentido, para o relator, pensar que a inclusão da expressão “homem e mulher” no art. 226, § 3º da Constituição Federal (reproduzida pelo art. 1.723 do Código Civil) possa significar uma vinculação exclusivista dessa forma de regulamentação da entidade familiar a certo tipo concreto de conformação afetiva.

Por fim, assevera que a interpretação do dispositivo legal que veda a união estável homoafetiva seria ilógica ante a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. A opção sexual na formação da entidade familiar é um campo de igualdade total. Reconhece o ministro, dessa maneira, a identidade entre família e entidade familiar e confere aos casais homoafetivos as mesmas proteções concedidas às uniões estáveis entre casais heteroafetivos, em interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil que implica a impossibilidade de distinção na atribuição de direitos pelo uso dado à sexualidade (BARROSO, 2013, p. 99-101).

A decisão foi unânime, admitindo-se o reconhecimento da união estável homoafetiva como constitucional, contudo, foi tomada divergência de fundo pelos votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Pelluso, sedimentada no item 5 do acórdão:

(...) 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. (...) (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011)

Desse modo, o Ministro Lewandowski, seguido por Gilmar Mendes e Cezar Pelluso, tomou a posição, a partir de uma busca histórica, que, ao definir a união estável como tipo de entidade familiar formada por gêneros sexuais distintos, o legislador constituinte não tinha em mente a possibilidade de inclusão e reconhecimento de qualquer outra forma de concretização desse instituto e, pelo contrário, tinha o propósito declarado de exclusão da união estável homoafetiva. Diante disso, o Ministro se utiliza da doutrina de Paulo Lôbo, pela qual elenca os tipos de entidades familiares do art. 226 da Constituição como parte de um rol exemplificativo, abrindo margem para a inclusão de tipos familiares implícitos, reconhecidos pelos critérios da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, e, assim, permitindo o reconhecimento de um novo tipo familiar, a união estável homoafetiva:

Também recorre o ministro ao histórico dos debates parlamentares no âmbito do poder constituinte original para concluir pela posição “insofismável” de que, à época da discussão sobre o texto final do art. 226 da Constituição, limitou-se o conceito às uniões de sexos distintos com o propósito declarado de exclusão dos casais homoafetivos. Para o ministro há limites objetivos do direito posto à criatividade judicial nesse ponto, embora reconheça que os magistrados não sejam a mera boca da lei. Sua visão da interpretação correta para o caso, de todo modo, é a de que os juízes devem se valer de todas as técnicas hermenêuticas possíveis, a fim de se aproximarem cada vez mais da vontade do legislador original. Lançando-se nessa missão arqueológica, busca o ministro configurar um quarto tipo de entidade familiar, não expresso na Constituição, que abarcaria a união homoafetiva e que se faria possível pela concretização de princípios básicos da igualdade, da dignidade humana e da intimidade. Por essa via argumentativa, reconhece que o conteúdo material e finalístico dessas duas uniões (a afetividade, a publicidade e a estabilidade) seriam idênticos, mas distinguir-se-iam unicamente pela questão do sexo, daí se tratarem de entidades diferenciadas. Nas palavras do Ministro:

“A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.”

Seria o caso, em seu entendimento, do uso da técnica interpretativa da integração analógica, a partir da concepção de lacuna normativa, em que a questão jurídica merece proteção constitucional, mas não está regulamentada e não pode ser defendida corretamente por interpretação extensiva. Citando Paulo Lôbo, quando esse autor trata das demais entidades familiares não expressamente indicadas no art. 226 da Constituição Federal como “tipos implícitos”, o Ministro desenvolve a sugestão de que o STF estaria julgando, naquele caso, a possibilidade de uma união homoafetiva

estável e não de união estável homoafetiva, estabelecendo, assim, essa criação tipológica como proposta de fechamento do suposto “vácuo normativo”. Seu voto, por fim, é o de equiparação da união homoafetiva à união estável naquilo em que é comum, ficando afastadas outras prerrogativas típicas das uniões heterossexuais, cuja forma específica de proteção deverá ser objeto de legislação posterior, se for o caso. (BARROSO, 2013, p. 103-104)

Em uma análise do pano de fundo e dos pressupostos contidos na fundamentação dos ministros, é possível perceber que existe uma articulação implícita de categorias de modelos paradigmáticos:

- (i) o relativismo histórico-cultural do giro linguístico e do modelo subjetivista, utilizado pelo Min. Ayres Britto para a abertura interpretativa do conceito de família;
- (ii) e a exegese da intenção da norma, típica do formalismo/positivismo jurídico e utilizada pelo Min. Lewandowski para a busca da intenção do constituinte.

O impacto desses modelos no desenvolvimento da interpretação jurídica ao longo dos últimos séculos é significativo o suficiente para que os ministros estejam imersos nessas categorias conceituais como pano de fundo compartilhado e implicitamente aceito de maneira paradigmática, isto é, como critérios de racionalidade não totalmente conscientes, derivados de regras de linguagem e, portanto, sem a necessidade de que se exija uma demonstração mais clara ou uma discussão mais aprofundada a respeito de seus pressupostos essenciais e de sua articulação com o conflito (KUHN, 1996).

É nesse sentido que se torna pouco perceptível a eles que esses modelos se deparam com uma possível anomalia no caso em questão: o conflito entre o texto da Constituição e o reconhecimento da união estável homoafetiva dificilmente poderá ser resolvido mediante a articulação das categorias conceituais do subjetivismo e do positivismo jurídico.

Como argumentado nos capítulos anteriores, o modelo subjetivista-individualista, representado na doutrina do direito por meio do realismo jurídico, procura fornecer uma descrição das relações que possibilitaram determinado contexto jurídico, sem possuir, contudo, a pretensão de formular uma normatividade específica para esse contexto. Com isso, defende a existência de um pluralismo jurídico em oposição à existência de princípios universais, de modo que cada comunidade desenvolve sua normatividade com base em suas crenças e valores (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020, p. 46-47, 98-100).

Portanto, a concepção de entidade familiar descrita na Constituição como “entre o homem e a mulher” pode apenas significar, para o realismo jurídico, o resultado das crenças e

dos valores legitimados internamente em uma comunidade por suas especificidades locais e/ou por sua maioria. A alteração dessas crenças e valores na realidade local será eventualmente realizada por meio de relações de causalidade levadas a cabo pela própria comunidade ou por sua maioria, sem que se possa exigir deontologicamente a sua alteração para a melhor proteção de minorias não incluídas, isto é, pela reivindicação de direitos fundamentais, universais e contramajoritários, que são inexistentes para a perspectiva subjetivista (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020).

Além disso, admitir uma interpretação expansiva dos conceitos utilizados na Constituição com base no pressuposto de que o significado dos textos são abertos e devem ser utilizados conforme a cultura e a história local, seria também possibilitar que o aplicador da norma se utilizasse do significado que mais fosse conveniente a si mesmo ou a uma maioria, conforme os valores e as crenças predominantes no contexto, visto que, inclusive, esses vieses e preconceitos são indissociáveis da linguagem e da interpretação do sujeito, conforme revelado pelo giro linguístico (GADAMER, 1997). Desse modo, a abertura do conceito de família poderia resultar, em determinado período, no reconhecimento da união estável homoafetiva e, em um outro período, a depender dos valores e crenças que permeiam o contexto, na impossibilidade desse mesmo reconhecimento.

Portanto, ao reivindicar os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e de vedação à discriminação da orientação sexual de indivíduos e de minorias com base na abertura cultural do conceito de família, o Min. Ayres Britto realiza uma certa confusão com premissas que não seriam admitidas pelo modelo subjetivista. Para o realismo jurídico, o conceito de família seria interpretado somente com base nos valores e crenças legitimados pela comunidade ou por uma maioria local, sem qualquer referência a direitos fundamentais que supostamente deveriam ser protegidos prioritariamente aos valores culturais ou tradicionais da comunidade (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020).

O ministro realiza mais uma instrumentalização necessária dos direitos fundamentais para solucionar o impasse interpretativo e para pacificar o conflito relevante trazido ao judiciário do que um posicionamento coerente com a defesa de uma interpretação expansiva e aberta dos conceitos com base na cultura e na história da comunidade local, visto que a concepção de que o conceito de família é culturalmente relativo seria, por si só, insuficiente para resolver o problema (BARROSO, 2013).

Cabe mencionar que o ministro precisa dar conta de fundamentar sua decisão com vistas à pacificação do conflito, pois o Supremo Tribunal Federal, como guardião e intérprete da Constituição, não pode deixar de decidir sobre a questão hermenêutica – pelo princípio da

inafastabilidade da tutela jurisdicional do art. 5º, inciso XXXV, da CF – de modo que o voto, em um salto argumentativo, passa da abertura interpretativa do conceito de família para outras categorias mais eficientes para a resolução do problema: a reivindicação de direitos fundamentais que funcionam como trunfos contramajoritários frente à possível violação perpetrada contra a liberdade e a igualdade de uma minoria (BARROSO, 2013).

Análise semelhante é aplicável aos fundamentos do voto do Min. Lewandowski. Em um primeiro momento, o ministro se utiliza do método exegético para a busca histórica da intenção do legislador constituinte, categoria conceitual formulada pelo formalismo, uma das escolas que representam o positivismo jurídico, e pela qual se busca interpretar apenas as aplicações permitidas pela norma jurídica positivada. Contudo, ao se deparar com a impossibilidade de resolução do conflito mediante as categorias permitidas pelo formalismo, visto que, conforme admitido pelo próprio ministro, o legislador constituinte não tinha em mente a possibilidade de inclusão de outra forma de concretização da entidade familiar e, pelo contrário, tinha o propósito declarado de exclusão da união homoafetiva, assim também se vê em necessidade de recorrer a novas formulações não admitidas pelo positivismo jurídico (BARROSO, 2013).

Sob a perspectiva formalista, a atribuição de um rol exemplificativo ao art. 226 da Constituição para a inclusão de tipos familiares implícitos teria sido feita de maneira arbitrária pelo aplicador, em uma interpretação não permitida nem pela intenção do legislador constituinte, nem expressamente no texto da norma, visto que não há nenhum elemento no texto do artigo que indique se tratar de um rol exemplificativo. Dessa forma, o ministro também recorre a categorias de um modelo mais eficiente para a resolução do problema, reivindicando critérios gerais de afetividade, estabilidade e ostensibilidade da entidade familiar que só podem ser extraídos dos demais princípios constitucionais de proteção à família. Novamente, há um salto argumentativo para a reivindicação de direitos fundamentais que funcionam como trunfos contramajoritários frente à possível violação perpetrada contra os direitos de uma minoria, no caso, a liberdade dos indivíduos para a construção de suas identidades familiares e de seus projetos existenciais e afetivos (BARROSO, 2013).

Nesse sentido, cumpre mencionar a análise feita por Ramiro Barroso com relação ao julgamento em questão, em que o pesquisador toma como perspectiva a integridade e a coerência da Constituição como uma comunidade de princípios para tecer críticas aos fundamentos dos votos dos ministros. Conforme Ramiro Barroso (BARROSO, 2013), a “tecnologia hermenêutica” utilizada pelos ministros em uma tentativa de conciliação extrema dos propósitos do legislador constituinte com uma estrutura principiológica inclusiva da

Constituição é contraditória em seus próprios termos e deixa de tomar uma decisão jurisprudencial importante acerca dos limites da hermenêutica constitucional.

Para descrever melhor o problema, Barroso se utiliza de uma hipótese ilustrativa, em que um parágrafo imaginário esteja inserido no art. 226 e encerra de forma definitiva o rol elencado dos tipos de entidade familiar como exaustivo. Nesse caso, o reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar seria de fato vedado pela Constituição?

A resposta do autor é que, mesmo com uma vedação expressa em uma norma constitucional, ainda assim seria possível a utilização de um princípio geral de inclusão para o caso. O autor adota a postura condizente com a comunidade de princípios constitucional, a qual possui uma estrutura de coerência lógico-normativa, e a escolha política – ainda que operada pelo legislador constituinte – de uma norma que viole essa integridade é uma mera expressão dos preconceitos e das limitações de tal legislador, o que sequer atingiria natureza jurídica válida:

Como se sabe, Paulo Lôbo tem defendido que o reconhecimento da união homoafetiva deriva de uma interpretação analógica dos tipos familiares descritos no art. 226 da Constituição Federal, sem recurso à identidade dos tipos. Sua posição se sustenta no reconhecimento do direito material de constituição da família como pressuposto da formação da personalidade humana, mas sem usurpar o sentido normativo específico colocado pelo legislador na conformação das entidades familiares expressas (união estável, família monoparental e o casamento). Daí o seu enquadramento como tipo implícito, a partir de uma interpretação sistemática das disposições constitucionais. Da forma como interpretamos essa construção teórica, o fundamento do rol exemplificativo, que tanto apareceu na divergência de fundamentos levantada pelos ministros Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Pelluso, funciona apenas como complemento argumentativo, sendo o núcleo do raciocínio o fato de que a Constituição Federal de 1988 não permite a caracterização da família em termos estritamente seletivos e patrimoniais, colocando no centro da proteção jurídica o elemento dinâmico do afeto e da dignidade humana. Sendo esses elementos concretos o próprio fundamento da entidade familiar, preservadas todas as demais disposições constitucionais vigentes, uma eventual inserção normativa, ainda que injetada no próprio texto constitucional, como a avançada no exercício teórico acima, não poderia verticalizar uma exclusão de tal ordem que fosse capaz de criar uma esfera de exclusão contrária aos próprios princípios de direito material que orientam o instituto jurídico em questão, sob pena de se perder a sustentabilidade lógica do sistema. (...) (BARROSO, 2013, p. 110)

Ocorre que existe, também, um controle lógico-principiológico das disposições normativas que incide no recanto mais íntimo da interpretação jurídica. Não nos parece correto supor – e acreditamos que este trabalho tenha permitido embasar essa proposição – que o legislador (mesmo o constituinte) pode verticalizar qualquer conteúdo regulatório e exigir a sua efetivação em casos concretos, ainda mais quando essa comunicação implique um sentido diretamente contrário à própria inteligibilidade do sistema jurídico. Esse parece ser o caso.

A partir do próprio raciocínio de Paulo Lôbo, seria impossível defender que as entidades familiares descritas no art. 226 da Constituição Federal compõem um rol exaustivo, ainda que essa fosse a expressa indicação do legislador constitucional. Essa limitação não vem de uma construção sociológica extralegal, mas da própria

Constituição como um arranjo jurídico consistente e que efetivamente constitui uma sociedade composta por membros livres e iguais. (...) (BARROSO, 2013, p. 111-112)

Se os princípios constitucionais orientadores são a afetividade, a igualdade e a realização existencial da pessoa humana, como reconhece o autor, como poderia uma disposição particular subverter toda essa ordem de sentidos por mera estipulação? Como negar reconhecimento jurídico-constitucional ao afeto real se o fundamento jurídicoconstitucional do reconhecimento familiar é o próprio afeto? Como dizer que há direito constitucional à igualdade das entidades familiares quando se nega tutela jurídica a algumas delas, que também possuem, fática-juridicamente, afetividade, estabilidade e ostentabilidade? Como haverá possibilidade constitucional de realização existencial da pessoa na formação da família quando a própria Constituição nega, seletivamente, essa possibilidade?

Pelo grau de emancipação das nossas instituições jurídicas, tendo por base a vocação inclusiva da nossa Constituição, que tem a pessoa humana concreta no centro das suas proteções normativas, a hipótese de existir uma disposição como a descrita na situação hipotética do tópico anterior apenas revelaria um momento inexpressivo de preconceito do constituinte originário. E o preconceito não é, obviamente, uma categoria jurídica, não podendo alçar-se ao nível normativo do constitucional (BARROSO, 2013, p. 112-113).

Portanto, Barroso compreende que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à hermenêutica constitucional não deve ser nem um positivismo mecânico, nem um decisionismo baseado em uma interpretação aberta e expansiva dos conceitos, mas deve funcionar como uma barreira contramajoritária em defesa da efetivação dos direitos fundamentais e materiais dos indivíduos elencados pela Constituição (BARROSO, 2013, p. 131-135).

A interpretação expansiva da Constituição busca se constituir em uma interpretação adequada, ou adequável, à realidade momentânea posta ao Poder Judiciário, com seus reclamos por justiça, igualdade e tutela jurídica em virtude de uma omissão legislativa lesiva aos direitos dos jurisdicionados. Ocorre, no entanto, que, para o autor, quando se trata da normatividade da Constituição, a escolha por um marco interpretativo sobremaneira aberto à realidade prática, ainda que em busca de uma justiça social, acaba por, contraditoriamente, desvirtuar todos os seus mecanismos de integridade e, por conseguinte, esvaziar a própria justiça que visa garantir (BARROSO, 2013).

Conforme Barroso, a interpretação expansiva levada ao extremo abre mão de qualquer estabilidade e expectativa sobre a aplicação das normas e princípios constitucionais, incorrendo em insegurança jurídica e em “absoluto instrumentalismo do funcionalismo, que coloniza o judiciário como *longa manus* do político” (BARROSO, 2013, p. 105). Diante disso, não é possível que os princípios e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito estejam relegados ao decisionismo judicial, com seus inevitáveis preconceitos, preferências e vontades pessoais ou políticas, sem que viole seus próprios fundamentos de rigidez, segurança e proteção aos indivíduos.

Não menos adversa seria a escolha pela leitura restrita da Constituição como um sistema de regras, que busca uma subsunção mecânica dos fatos às hipóteses normativas, assim como sugerido pelo positivismo jurídico. A postura seria impraticável diante de uma série de princípios previstos na Constituição como comandos preponderantemente abstratos, finalísticos e valorativos, nos quais não são descritas condutas ou hipóteses concretas (BARROSO, 2013).

Aqui é realizada a distinção entre princípios e regras, clássica ao neoconstitucionalismo. Conforme Humberto Ávila (ÁVILA, 1999), a distinção é feita pela intensidade de determinação de cada norma, por um lado, quanto à realização de seus fins e, por outro, quanto à prescrição de condutas. Para isso, é preciso compreender que “fins” são estados, contextos de justiça e de sociedade, almejados pela norma jurídica, e “prescrição de conduta” é a descrição normativa de um comportamento ou hipótese sobre os quais incide uma consequência concreta.

Nesse sentido, os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estão preponderantemente relacionados aos estados almejados pela norma, e dependem, assim, mais intensamente da relação com outras normas para a concretização do comportamento devido. Já as regras são normas mediatemente finalísticas e dependem menos intensamente da relação com outras normas para a concretização do comportamento devido, visto que estão preponderantemente relacionadas à prescrição de condutas concretas (ÁVILA, 1999). Portanto, a Constituição, como uma comunidade de princípios, possui uma estrutura normativa essencialmente mandamental, fundada, principalmente, na busca da concretização de fins e na realização de contextos de justiça social.

Percebe-se, assim, que o projeto teórico do neoconstitucionalismo é a manutenção de uma tensão paradoxal entre justiça e segurança, de conservação tanto de uma previsibilidade jurídica quanto de abertura ao contrafactual, por meio de uma estrutura de princípios. Trata-se o núcleo da Constituição de um conjunto de normas pétreas e rígidas, mas que ao mesmo tempo estão abertas à aplicação dentro das particularidades do caso concreto pela relação coerente com outros princípios pertencentes ao mesmo sistema. Portanto, Barroso reivindica o princípio geral de inclusão como fruto de uma interpretação construtiva da Constituição, baseada em sua integridade como comunidade de princípios, sem que se recorra às categorias conceituais de uma hermenêutica ultra expansiva da Constituição ou de uma hermenêutica positivista e excessivamente formalista (BARROSO, 2013, p. 131-135).

Com todo o exposto, conclui-se da análise crítica de Ramiro Barroso sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal que a perspectiva teórica do neoconstitucionalismo não necessariamente é articulada na prática da forma como é concebida doutrinariamente. Como argumentado, o impacto dos modelos anteriores (positivismo e subjetivismo) no

desenvolvimento da interpretação jurídica ao longo dos últimos séculos é significativo o suficiente para que os ministros do Supremo estejam imersos nessas categorias conceituais como pano de fundo compartilhado e implicitamente aceito, sem a necessidade de que se exija uma demonstração mais clara ou uma discussão mais aprofundada a respeito dos pressupostos essenciais utilizados em seus votos e de suas articulações com o conflito em questão (KUHN, 1996).

Assim, na prática da hermenêutica constitucional do direito brasileiro, antigas concepções do positivismo jurídico e do modelo subjetivista são utilizadas em conjunto com novas formulações do neoconstitucionalismo sem uma necessária reconfiguração ou readaptação das categorias para que sejam articuladas de maneira mais coerente e consistente com a ideia de uma comunidade de princípios (BARROSO, 2013). Ainda que contraditórios e paradoxais entre si, os conceitos são utilizados em conjunto, em saltos argumentativos que não seriam admitidos doutrinariamente, apenas para que se cumpra o papel da corte constitucional de decidir e de pacificar o conflito.

Esse amálgama de categorias conceituais extraídas simultaneamente do positivismo jurídico, do modelo subjetivista e do neoconstitucionalismo, sem qualquer reconfiguração, somente é possível, como visto, devido à conjuntura de uma crise e de uma transição paradigmática, em que se é tomada a instrumentalidade dos conceitos para a solução prática de problemas relevantes, ainda que mediante possíveis contradições teóricas (KUHN, 1996), como perceptível na fundamentação dos votos dos ministros do STF no julgamento da ADI 4.277.

6. CONCLUSÃO

Como delineado na introdução deste trabalho, seu principal objetivo foi a busca por modelos paradigmáticos de formação das práticas jurídica e política no decorrer de cada ciclo histórico. Modelos que, assim como nos paradigmas da ciência revelados por Kuhn (KUHN, 1996), possuem a finalidade de serem instrumentalizados para a resolução de problemas relevantes da complexa vida social. Dessa forma, a pesquisa bibliográfica sobre a história da articulação entre os sistemas do direito e da política com a ideia de um conteúdo moral universal mostra que esses modelos paradigmáticos podem sim ser encontrados, como pôde ser revelado na trajetória da concepção dos direitos naturais e de sua reivindicação (ou abandono) para lidar com os conflitos específicos de cada contexto, desde sua gênese no início da modernidade até a sua reconfiguração contemporânea sob a forma de direitos fundamentais.

A análise bibliográfica realizada também possibilitou verificar que os modelos paradigmáticos não se estabilizam historicamente de maneira linear e completa, mas seguem-se de profundos estados de crise e de transição paradigmática, marcados não só por rupturas e descontinuidades, mas também pela confluência paradoxal de conceitos e pela reconfiguração de categorias de modelos anteriores, em um permanente quadro de contradições. A integridade dos pressupostos do modelo e a preservação de uma coerência interna entre eles são deixadas de lado para que suas categorias sejam apenas suficientemente úteis para lidar com as anomalias descobertas e com os novos conflitos da realidade social (KUHN, 1996).

Nesse sentido, o abandono dos direitos naturais, iniciado no fechamento do direito e no positivismo jurídico e completado pelo giro linguístico e pela modernidade líquida, revelou-se na verdade em um abandono incompleto. De um lado, o positivismo jurídico, com sua pretensão de cientificidade e neutralidade, mostrou-se insuficiente para lidar com os conflitos sociais e políticos do século XX, especialmente diante de eventos como o Holocausto e a segregação racial, que expuseram as limitações de um direito fechado em si mesmo, intransponível a um conteúdo moral (ARNAUD; SILVA, 2018). Por outro lado, o modelo subjetivista-individualista, ao buscar relativizar o direito às especificidades culturais e históricas de cada comunidade e indivíduo, também se mostrou incapaz de oferecer respostas satisfatórias para esses eventos. Assim, os modelos até então predominantes se viram em uma conjuntura de crise, em premente necessidade de que fossem formuladas novas concepções capazes de lidar com as anomalias descobertas, conduzindo ao contexto oportuno para a emergência do neoconstitucionalismo, o novo paradigma que procura conciliar a rigidez e a estabilidade da

Constituição com a incorporação do conteúdo moral dos princípios e com a abertura ao contrafactual dos direitos fundamentais (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2020).

No caso brasileiro, após as violações perpetradas por um longo período de ditadura militar, a Constituição de 1988 surge como um marco simbólico do quadro de transição paradigmática ao consagrar um núcleo rígido de direitos fundamentais e ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A proteção de direitos inalienáveis e universais dos indivíduos como cláusulas pétreas, também sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a expansão desses direitos para todo o restante do ordenamento e para o direito de família, isto é, a retomada dos direitos naturais sob a categoria reconfigurada de direitos fundamentais, representa em grande medida a reconfiguração de categorias conceituais de modelos anteriores devido a um quadro de transição para novos modelos (NEGRÃO; TEREZO RIBEIRO, 2022).

Em uma investigação de como essas conclusões estão situadas e contextualizadas no cenário do direito brasileiro, principalmente no que se refere ao papel hermenêutico do Supremo Tribunal Federal, descobriu-se como a corte constitucional, ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar no julgamento da ADI 4.277, articulou categorias conceituais dos paradigmas anteriores (positivismo e subjetivismo) com novas formulações mais eficazes para a resolução do conflito interpretativo presente no texto constitucional. Nesse sentido, ao explorar as raízes paradigmáticas das fundamentações dos votos dos ministros, verificou-se que as categorias utilizadas foram articuladas – ainda que de maneira não totalmente consciente, dada a influência implícita e silenciosa dos paradigmas – de modo paradoxal e contraditório, em uma instrumentalidade que visa apenas cumprir tarefa paradigmática do judiciário de decidir e de pacificar o conflito.

Como destacado pela crítica de Ramiro Barroso, a “tecnologia hermenêutica” dos ministros não se deu de forma coerente e consistente com a concepção da Constituição como uma comunidade de princípios. A decisão, ao mesmo tempo em que se utilizou dos direitos fundamentais como trunfos contramajoritários, procurou conciliá-los com uma interpretação excessivamente expansiva (no voto do relator) ou excessivamente formalista (na divergência de fundo do acórdão) da Constituição, o que é evidentemente contraditório e inconsistente. Trata-se a Constituição de um conjunto de normas fundamentais que devem ser interpretadas pela relação coerente com outros princípios pertencentes ao mesmo sistema, sob pena de se perder a sua própria racionalidade. Portanto, Barroso reivindica o princípio geral de inclusão como fruto da integridade da Constituição como uma comunidade de princípios (BARROSO, 2013, p. 131-135).

Conclui-se da análise sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal que a perspectiva teórica do neoconstitucionalismo não necessariamente é articulada na prática da forma como é concebida doutrinariamente. O impacto dos modelos anteriores (positivismo e subjetivismo) é significativo o suficiente para que os ministros do Supremo estejam imersos nessas categorias conceituais como pano de fundo compartilhado e implicitamente aceito. Assim, na prática da hermenêutica constitucional do direito brasileiro, antigas concepções são utilizadas em conjunto com novas formulações sem uma necessária reconfiguração ou readaptação das categorias. Esse amálgama de categorias conceituais extraídas simultaneamente do positivismo jurídico, do modelo subjetivista e do neoconstitucionalismo, sem qualquer reconfiguração, somente é possível, como visto, devido a uma conjuntura de crise e de transição paradigmática, em que se é tomada a instrumentalidade dos conceitos apesar de possíveis contradições (KUHN, 1996).

Por fim, conclui-se de todo o trabalho, que o direito, longe de ser um sistema congelado ou estático, vê-se em constantes transformações, refletindo as crises e as transições paradigmáticas de cada ciclo histórico. O abandono incompleto dos direitos naturais e a retomada de seu conteúdo moral sob a forma de direitos fundamentais evidenciam que o direito, devido a um estado de crise, encontra-se atualmente em premente necessidade de retorno a um fundamento ético, ainda que esse fundamento tenha sido reconfigurado e reinterpretado para a solução mais eficiente dos novos conflitos.

Assim, a análise realizada neste trabalho procura não apenas contribuir para a compreensão da trajetória histórica dos direitos naturais e dos direitos fundamentais, mas também lança luz para as possibilidades que se apresentam ao direito no contexto de uma modernidade hiper complexa. A transição paradigmática em curso no direito, marcada pela crise de modelos anteriores e pelo surgimento de novas proposições, aponta para o desafio ou, até mesmo, para a impossibilidade de se encontrar um ponto de estabilidade definitiva para determinado paradigma, assim como demonstrado por Kuhn na estrutura das revoluções das ciências da natureza (KUHN, 1996). Ao contrário do que se espera, o direito possivelmente continuará sendo um campo de tensões e de contradições, em que a busca pelo cumprimento da justiça e pela resolução dos conflitos da complexa realidade social permanecerá sempre como um projeto inacabado e em constante transformação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADI 4277, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011, DJe de 14/10/2011.

ARNAUD, Núbia Athenas Santos; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *Os caminhos do jusnaturalismo no século XXI*. Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica, Florianópolis, Brasil, v. 4, n. 2, p. 40–58, 2018. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0103/2018.v4i2.4803. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4803>. Acesso em: 26 jan. 2025.

BARROSO, Ramiro Freitas de Alencar. *O princípio geral de inclusão como fundamento ontológico para a união entre pessoas do mesmo sexo: crítica ao acórdão do Supremo Tribunal Federal*. 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Capítulo 3 e Conclusão. Disponível em: < <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/14491?locale=es> > Acesso em 01 de jan. de 2025.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLUMENBERG, H. *The legitimacy of modern age*. Cambridge: MIT Press, 1985.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de jan. de 2025.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. Tradução de Manuel Martínez Neira. EDITORIAL TROTTA. 2001.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade*. 1. ed. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: famílias*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOCKE, John; GOUGH, J. W. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LUHMANN, N. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, N. *Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*, v. IX, p. 176-220, 1990.

MATHIESEN, Thomas. “*The viewer society: Michel Foucault’s ‘Panopticon’ revisited*”. Theoretical Criminology, 1997.

MÜLLER, F. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEGRÃO, Sofia Sewnarine; TEREZO RIBEIRO, Cristina Figueiredo. *A incorporação de direitos e garantias individuais: uma análise da assembleia nacional constituinte à luz do direito internacional dos direitos humanos*. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Florianópolis, Brasil, v. 7, n. 2, p. 92–108, 2022. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0197/2021.v7i2.8293. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/8293>. Acesso em: 26 jan. 2025.

RORTY, Richard. *Contingência, Ironia e Solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. SEPARADOS, mas iguais; Direção: George Stevens Jr. Estados Unidos: New Liberty Films Republic Pictures. 1991. 1 DVD.

TJSP. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Publicado em: 1 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Neddif/AtosNormativos/DeclaracaoUniversalDireitosHumanos.pdf>. Acesso em: 29 de dez. de 2024.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.