

UM POUCO DE DESTRINCHAMENTO NO CAMPO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

A LITTLE UNTANGLING IN THE FIELD OF LEGAL EPISTEMOLOGY

Recebido em 21.05.2026

Aprovado em 23.07.2026

Bjarne Melkevik¹**Tradução: Rafael Tubone Magdaleno²**

RESUMO

O artigo formula quatro teses de epistemologia jurídica com o propósito de traçar uma linha de demarcação crítica entre o campo da "ciência jurídica" contemporânea e seus principais sobreinvestimentos dogmáticos e ideológicos. A primeira tese sustenta que o direito não possui existência empírica ou material no mundo (nem no modo do ser, nem no do ter), recusando as tradições teóricas que postulam o direito como "objeto" apreensível. A segunda afasta qualquer salto argumentativo da faticidade para o direito, retomando a interdição humeana do paralogismo naturalista contra os que confundem ser e dever-ser sob o verniz do positivismo empírico. A terceira rejeita a ideologia do "já-direito", isto é, a crença num direito já constituído e operacional, disponível como imagem especular entre teoria e prática, por ela obstruir o julgamento jurídico adequado e prestar-se a exercícios de poder

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Université de Droit, d'Économie et des Sciences Sociales de Paris II (Panthéon-Assas), mestre em Direito pela Université de Droit, d'Économie et des Sciences Sociales de Paris II (Panthéon-Assas) e graduado em Direito (Cand. jur.) pela Universidade de Oslo. Professor titular da Faculdade de Direito da Université Laval, atuando na área de Filosofia do Direito, Epistemologia Jurídica e Teoria do Direito. E-mail: bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca. ORCID: 0000-0002-4299-546X.

² Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e docente do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da mesma instituição. Coordenador do grupo de pesquisa "Teorias e Teóricos do Pensamento Político-jurídico". Editor da Revista Vertentes do Direito. E-mail: rafael.tubone@uft.edu.br. ORCID: 0000-0001-5362-8633.

...

oligárquico. A quarta condena o conceitualismo jurídico, que semeia conceitos como se deles pudesse brotar direito por encantamento, identificando nessa operação um avatar contemporâneo da Begriffsjurisprudenz oitocentista. Em conjunto, as quatro teses articulam uma proposta de demarcação epistemológica em favor de uma modernidade jurídica que compreende o direito como possibilidade prática, procedimental e argumentativa, e não como existente, fato ou conceito.

Palavras-chave: Conceitualismo jurídico. Dogmática jurídica. Epistemologia jurídica.

ABSTRACT

This article advances four theses in legal epistemology with a view to drawing a critical line of demarcation between contemporary "legal science" and its dominant dogmatic and ideological overinvestments. The first thesis holds that law has no empirical or material existence in the world (neither in the mode of being nor of having) thereby rejecting theoretical traditions that posit law as an apprehensible "object." The second dismisses any argumentative leap from facticity to law, invoking Hume's interdict against the naturalistic paralogism to challenge those who conflate is and ought under the guise of empirical positivism. The third rejects the ideology of "already-law", e. g., the belief in a pre-constituted and operationally available law that mirrors theory onto practice, insofar as it obstructs sound legal judgment and lends itself to oligarchic exercises of power. The fourth condemns legal conceptualism, which sows concepts as if law could spring from them by enchantment, identifying in this operation a contemporary avatar of nineteenth-century Begriffsjurisprudenz. Together, the four theses articulate a proposal for epistemological demarcation in favour of a legal modernity that understands law as a practical, procedural and argumentative possibility, and not as an entity, a fact, or a concept.

Keywords: Conceptualism in law. Epistemology of law. Facticity.

INTRODUÇÃO

É por aí que se deve começar! Por um pouco de destrinchamento no campo da epistemologia jurídica! Há, com efeito, uma necessidade gritante de tal arrumação, ainda que apenas para podar um mundo jurídico que desmorona sob o peso de "tomadas de posição" não assumidas ou de modelos ideológicos pesados e contraproducentes — mas, sobretudo, para trazer uma lufada de ar fresco sobre o dogmatismo que acompanha e que hoje hipoteca pesadamente o que se costuma chamar de "ciência jurídica".

Em consequência, o objetivo que nos propomos é traçar uma linha de demarcação epistemológica face a um sobreinvestimento dogmático no qual se afunda grande parte do pensamento jurídico contemporâneo. Trata-se, em outros

termos, de proceder a um desbaste salutar num campo jurídico que dele carece cruelmente e onde cumpre arrancar as ervas daninhas, as plantas doentes, os brotos sem futuro. Nesse sentido, nossas considerações servem sobretudo de preliminares, de prolegômenos, a um pensamento epistemológico que doravante visa apenas à possibilidade do direito no interior da modernidade jurídica; em suma, uma finalidade profilática acompanha nossas reflexões jurídicas e filosóficas.

A fim de alcançar nosso objetivo, procederemos pela análise de quatro teses de epistemologia jurídica, a saber: (1) que o direito "não existe"; (2) que a "Faticidade" não autoriza nenhum raciocínio sobre o "direito"; (3) que não existe nenhum "já-direito" racionalmente disponível neste mundo; e (4) que é irracional (e ilógico) crer que se semeia conceitos para colher o direito. Se as quatro teses são aqui expostas uma após a outra, cumpre ter em mente que elas se imbricam, se conjugam e se encadeiam racionalmente como bonecas russas para, juntas, se articularem numa série de posicionamentos epistemológicos que valorizam uma compreensão modernista do direito.

1 TESE 1. O DIREITO NÃO EXISTE.

Nossa primeira tese sustenta com firmeza que o direito "não existe"! É preciso aceitar ou admitir que o direito não tem nenhuma "existência" real ou empírica no mundo. O direito não tem existência física ou material no mundo social ou político, e menos ainda existência no modo do existente ou do efetivo, para não falar do ser ou do ter³, e convém, em última instância, agir e pensar em consequência disso. É preciso afastar a inclinação irracional e dogmática de falar do ou sobre o direito como se ele existisse de uma forma ou de outra, já que ele não existe. O modo de um "existente" é inadequado no que diz respeito ao direito.

Não existe, neste sentido, nenhum "objeto" dito "direito" no mundo real, material, factual ou simplesmente "palpável"! O direito não tem nem é um "em si", e não dispomos de nenhum meio científico que nos permita saber a que pode

³Nota de Tradução (N.T.): "Ser" e "ter": o autor estrutura sua análise em torno das categorias ontológicas do *être* (ser) e do *avoir* (ter), mobilizadas como modos de postular a existência do direito. Optou-se pelos equivalentes filosóficos diretos "ser" e "ter" em lugar de circunlóquios, preservando a economia conceitual do original. A tensão entre as duas categorias é deliberada e remete, por vias distintas, a Hegel e à filosofia existencial.

corresponder realmente, efetivamente ou objetivamente essa representação simbólica dita "direito". É, portanto, errôneo escrever e pensar como se o "direito" existisse enquanto "objeto" que se pode apreender! Observamos, no entanto, que diversos teóricos, ou ainda escritores de doutrina e de dogmática dita oportunamente jurídica, escrevem, falam, raciocinam e pretendem que o direito "existe". Eles não se servem literalmente da palavra "existência" (ou "empírica"), mas situam antes a questão do direito no eixo do ser e do ter, para citar apenas este exemplo. Nessa corrente, podem ser facilmente identificadas duas escolas teóricas e dogmáticas que certamente se imbricam uma na outra.

Uma primeira tradição (ou facção) estrutura o falar "direito" no modo do ser e pretende que o direito existe na "realidade", na "sociedade", na "materialidade", nos "fatos" e assim por diante, mobilizando algumas palavras para esse efeito. Para essa tradição, o "direito" existe porque sua materialidade se reflete numa panóplia de conceitos que testemunham fielmente que esse "direito" existe. As palavras habitualmente utilizadas dão a entender que o direito se observa pela existência de "regras de direito", de "normas", de "normatividade", ou ainda por palavras como o "Estado de direito" ou por outros procedimentos linguísticos da mesma ordem. A estratégia discursiva posta em marcha postula, em suma, que o uso dessas palavras confirma sua existência na realidade e o fato de estarem ali autenticamente como "direito".

Uma segunda tradição (ou facção) estrutura o falar "direito" no eixo do ter e pretende que o direito existe porque possuímos "direitos". Na linhagem dessa estratégia discursiva, o mundo está pleno e repleto de "haveres-direitos" distribuídos aos indivíduos, bem como, mais modestamente, às entidades coletivas ou corporativas. Nessa concepção, o direito aparece como um conjunto de chaves que cada indivíduo recebe ao nascer (mas sobretudo não antes!) e que abandonará à sua morte (e ainda assim!). É um mundo do ter, um mundo de consumo, onde o "direito" é pensado como uma mercadoria ou ainda, de modo mais aristocrático, como um estatuto social. No limite, tal outorga de estatuto social (ou político ou, erroneamente, "jurídico") pode servir sobretudo para absorver (e tornar irracional) a

questão do "direito" no interior de conceitos metafísicos como "soberania", "igualdade", "dignidade" e *tutti quanti*.

Reiteremos, pois, que as duas tradições se imbricam uma na outra e que pode até ser difícil encontrá-las no esplendor de suas purezas exclusivas. Assim, um teórico moderno do direito pode facilmente sucumbir ao desejo de escolher livremente em uma ou outra, ou de misturá-las a seu bel-prazer, à medida da extensão de seus investimentos dogmáticos ou ideológicos. Aliás, a mistura do ser e do ter (pressupostos de "direito") presta-se ao jogo da criatividade e da imaginação do alquimista.

O que resulta de tal construção psicológica dita de "direito" pode ser aprofundado no plano epistemológico. Confirmemos primeiro, situando-nos estritamente no nível da "consciência psicológica", que o pesquisador (ou melhor, o ideólogo-jurista) forja desde logo uma imagem psicológica intermediária entre ele mesmo e o "direito". O postulado da existência do direito não serve aqui, ilegitimamente e ideologicamente, senão para construir uma tela intermediária de cientificidade e, mais frequentemente, um recurso a uma construção ideológica (ou mesmo metafísica) que sabe sempre onde o "direito" se aloja na realidade. Trata-se, epistemologicamente falando, de uma tela psicológica intermediária que tranquiliza o pesquisador quanto à existência do "direito" ali onde sua psicologia lhe dita que ele existe ou que se encontra! Resulta, assim, que o "direito" está onde ele deve psicologicamente (ou "empiricamente") existir, precisamente ali onde a concepção psicológica o encontra, a saber, como uma emanção psicológica intermediária que se casa com as formas linguísticas que a confirmam no modo de um existente, do ser e do ter.

Sublinhemos a seguir, situando-nos desta vez no nível da "pseudociência", que se encontrará então a necessidade, para um partidário de um modo existente do "direito", de introduzir a imagem de que o "direito" decorre de um saber, de um conhecimento ou ainda de uma ciência. Trata-se de construir conscienciosamente a imagem-objeto do "direito" como algo que se "descobre", que se "sabe", que se "conhece" ou que se "experimenta cientificamente". Observemos igualmente que o "direito" (ou o ideo-direito que aqui o substitui) decorre de uma positividade (do ser

ou do ter, segundo a escolha) e que é preciso, então, que aquele que "sabe" fale em seu nome. Trata-se, na verdade, de fazer aceitar, ou conceber, que o direito é um domínio de exceção ao qual, concretamente, o homem e a mulher não devem tocar e a respeito do qual devem, menos ainda, ousar tomar a palavra. O direito seria, portanto, um domínio exclusivo das pessoas que sabem, que conhecem e que fazem "ciência".

Quanto ao ancoramento no "real", trata-se, teoricamente, de fazer aliança com um poder organizado ou institucionalizado, ou mais exatamente com um dos centros de poder que gravitam em torno do "direito", ou dito de modo mais lúcido: que faz o "direito" girar sobre si mesmo enquanto emanção da autoridade! Em última instância, trata-se de uma escolha ideológica no sentido preciso de que é necessária eficácia, um momento de materialização de um poder agindo no mundo para assegurar a pertinência do modo de existência preferido. Aquele que, por exemplo, investiu no eixo do "ser" estará inclinado a concretizá-lo no plano dos juízes ou ainda da legislatura, pois isso lhe permitirá afirmar, com prova em mãos, que viu corretamente e que a efetividade dessas instituições confirma sua concepção do direito (ou simplesmente do "ideo-direito" habilmente mobilizado). Aquele que, por sua vez, opta pela imagem do "ter" será atraído pela eficácia do "direito" no plano do sociologismo, do "pluralismo" e de outras construções ideológicas semelhantes, em moda.

Torna-se fácil conceber as razões pelas quais a tese de um direito "existente" colhe tamanho sucesso nos meios jurídicos e compreender tal entusiasmo, pois isso proporciona um conforto psicológico quanto a um direito supostamente imediatamente operacional hic et nunc, e onde já não é necessário fazer o caminho de Canossa para ter a certeza ou ainda para fazer "direito". Essa imagética dita de "direito" é psicologicamente reconfortante; ora, não se trata, na verdade, senão de uma cortina de fumaça onde a sedução, ou mesmo a força ilusória, das palavras acaba substituindo o "real" (compreendido sobriamente, no que nos concerne, como o vivido dos homens e das mulheres deste mundo). É preciso, antes, render-se à evidência de que é, estritamente falando, impossível provar o direito ou a ele ter acesso empregando o modo de um "existente", e que aqueles que se engajam em

tal caminho arriscam tanto sua saúde intelectual quanto o bem-estar de sua consciência.

Estamos de fato errados, terrivelmente errados, em crer na beleza da quimera (ou do ser) do "direito" que imaginamos reger nossas sociedades modernas (retomando o mito pagão de Zeus reinando pelo "direito" tanto sobre o cosmos quanto sobre a sociedade dos seres humanos) e em ignorar as numerosas nações do mundo onde a palavra "direito" brilha, mais ou menos, por sua ausência. Longe das imagens metafísicas de um "direito" reinante, ou de um estado de fato ou de normatividade, trata-se de reconhecer, com lucidez, que o direito não rege nada, que todos os discursos que afirmam que as condutas humanas são regidas pelo direito não são exatos. Afirmemos antes o contrário, a saber, que todas as condutas humanas não são em nada regidas pelo "direito" (pelo "ideo-direito"). Longe de tais imaginários, um pouco de lucidez e de realismo certamente não fará mal e servirá para defender a saúde intelectual do direito!

Insistamos, assim, no fato de que o direito se inscreve unicamente no registro das possibilidades e, sobretudo, como uma possibilidade que se trai e que se obscurece rapidamente se nosso senso de realidade e o do "jurídico" não estiverem alerta. Querer sempre privilegiar uma solução prática do direito, defendê-la ardentemente e trabalhar incansavelmente em favor da saúde intelectual do direito não tem, por isso, nada de fortuito, mas representa, defendamo-lo, o caminho pelo qual é preciso engajar-se sem ilusão, com razões e argumentos. Visto desta forma, o direito se engaja firmemente em favor de uma possibilidade prática e se compreende, portanto, de outro modo que não como um "existente" reconfortante e ideológico.

2 TESE 2: AFASTAR A IDEOLOGIA DO SALTO DOS "DADOS FACTUAIS" PARA O "DIREITO".

Nossa segunda tese defende que uma faticidade (ou um dado factual ou empírico) não permite nenhum raciocínio sobre o "direito". Aqui basta um apelo a David Hume. Convém, todavia, admitir que nossos contemporâneos pouco se

importam com sua condenação de todo "paralogismo naturalista"⁴, a saber, a interdição racional de postular um dever-ser a partir de uma proposição do ser, ou ainda a irracionalidade de fazer um salto do "fato" ao direito. Hoje, semelhante apelo funciona bastante mal, pois, se o direito é igualmente "um fato", esse fato (ou "faticidade") deveria poder autorizar, imagina-se, o "salto" para outro "fato" até finalmente desembocar no "direito"! Um partidário da pesquisa "empírica" sobre o "direito" (ou simplesmente sobre uma concepção do ideo-direito factual) sente-se autorizado a saltar em todas as direções (e a confundir o ser e o dever-ser numa sopa positivista que ele nem suspeita ser irracional) ou ainda a se importar muito pouco com Hume e a saltar do "fato-direito" ao "direito-fato". É imperativo erguer uma barreira e condenar esse novo irracionalismo, em razão dos estragos epistemológicos que dele resultam, para reafirmar, ao contrário, que a "faticidade" não permite nenhum raciocínio (ou salto) em direção ao, sobre o, ou no direito.

Lembremos, pois, que se o direito existe (o que recusamos), ou ainda se o "já-direito" (explicaremos esse conceito mais adiante) está presente na sociedade ou no "direito" (o que igualmente recusamos), seguir-se-ia que existe uma faticidade de direito já existente na sociedade. Um teórico pode, em consequência, ser tentado a tomar um atalho para pretender que o direito está "já-ali" como faticidade que se confirma (ideologicamente, pois nenhuma outra confirmação está

⁴ N.T.: a referência é à célebre passagem do livro III, parte I, seção I, do *Treatise of Human Nature* (1739-1740) de David Hume, na qual o filósofo escocês observa que os autores em matéria de moral costumam raciocinar segundo o modo habitual e, "de repente", surpreendem o leitor ao afirmar proposições com "deve" ou "não deve" onde antes só havia proposições com "é" e "não é". Essa passagem deu origem ao que G. E. Moore, já no século XX, em *Principia Ethica* (1903), batizaria de "falácia naturalista" (naturalistic fallacy), e ao que se tornou conhecido na filosofia analítica anglófona como a "guilhotina de Hume" (*Hume's Guillotine*), em alusão à separação tajante entre proposições descritivas (*is*) e proposições normativas (*ought*). Convém notar que essa mesma cisão constitui um dos, se não o, fundamento metodológico da *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen, para quem a norma jurídica pertence irreduzivelmente à categoria do dever-ser (*Sollen*), nunca à do ser (*Sein*), de sorte que nenhuma descrição do mundo fático, por mais completa que seja, pode jamais fundamentar a validade de uma norma: o dever-ser não pode derivar logicamente do ser, ainda que ambos possam coexistir e mesmo se referir mutuamente, como ocorre na própria noção de eficácia da norma. O autor do presente ensaio mobiliza a distinção humiana para recusar qualquer "salto" do fato social ao dever jurídico, radicalizando, porém, a posição kelseniana num ponto decisivo: enquanto Kelsen admite que o direito, sendo embora norma e não fato, deve manter com a faticidade uma relação mínima de eficácia para ser válido, o autor parece recusar até essa concessão residual ao factual, sustentando que nenhuma faticidade, nem mesmo a eficácia, autoriza qualquer enunciado sobre o que o direito "é".

epistemologicamente disponível nem é válida!) no plano sociológico, político-lógico, etnográfico, antropológico, cultural e assim por diante. Em suma, tal pesquisador pode forjar para si, confortavelmente, uma imagem manejável de um "direito" faticamente presente, e que poderíamos, à força de aceitar tal imagética irracional, retomar e utilizar no plano do "direito" jurídico. Trata-se, na verdade, de "saltar" das faticidades imaginadas para o direito oportunamente dito positivo e "já-ali", ou ainda de introduzir fraudulentamente um "pluralismo do direito" pela manhã, que reencontraremos à noite sob o rótulo, mais sedutor, de "direito plural", e isso sem qualquer esforço intelectual de nossa parte.

Quais serão, então, as estratégias de nossos aprendizes alquimistas para alcançar tal feito? Identificamos três.

A primeira estratégia consiste em renomear! Cuidar-se-á, em seguida, de autoatribuir-se uma posição de autoridade na qual se admitirá que uma palavra substitui outra, ou ainda de fazer aceitar que B é, na verdade, A, ou que Dupont é, na verdade, Dupond. Em outras palavras, trata-se de fazer admitir que o costume é "direito", que os costumes morais são "direito", que os hábitos são "direito", que as obrigações religiosas são "direito" e assim por diante, segundo a enumeração factual que cada um preferir. Retomando faticidades que existem no mundo, pode-se rebatizá-las, categorizá-las, como sendo autenticamente "direito", e isso com o conteúdo que convier à fantasia factual mobilizada para a ocasião. Isso permite sobretudo dispor de tanto "fato-direito" quanto de "direito-fato" e assegurar, ao mesmo tempo, que nunca se pode errar!

A segunda estratégia consiste em afirmar que existe um objeto de pesquisa dito "direito" no mundo e que podemos, graças a ele, fazer "pesquisa em direito". Na verdade, dois caminhos se cruzam aqui: um consiste em afirmar que o objeto dito "direito" existe empiricamente na realidade ou ainda na sociedade e que podemos, em consequência, fazer pesquisa empírica sobre esse mesmo "direito"; o outro consiste em sustentar que é preciso construir um objeto dito "direito" e que, a partir de tal construção, o caminho está livre para fazer pesquisa em "direito". Em suma, segundo essas abordagens, o que é investido na construção é considerado presente na realidade ou na sociedade. Se conseguirmos fazer admitir que existe assim um

"objeto-fato" de direito, podemos, com toda tranquilidade, fazer pesquisa em "direito" nos domínios da sociologia, da ciência política, da antropologia etc., e, inversamente, "fazer pesquisa" em sociologia, em ciência política, em antropologia e, assim, pretender ensinar o "direito".

Por fim, a terceira estratégia consiste em explorar a apreciação psicológica da realidade social ou factual. Trata-se, mais exatamente, de trabalhar a psicologia humana, ou precisamente nossa propensão a crer que o "direito" corresponde à realidade, para assim pretender que situações sociais e factuais (por exemplo, pluralismo ou multiculturalismo) ou ainda palavras em moda (como, uma vez mais, o pluralismo) ou, enfim, a própria dinâmica da evolução factual (resumida em palavras como "reconhecimento", "pluralismo", "multi-" isto ou aquilo, "pós-" isto ou aquilo) englobam a situação do "direito", ou mesmo o estado do direito. Abre-se aqui, na verdade, diante de nossos olhos, uma caverna de Ali Babá em que o habitual "Abre-te, Sésamo!" é substituído pelo "Direito-fato/fato-direito, abre-te!"⁵. Ora, o resultado será o mesmo: uma caverna, ou um "direito", repleta de maravilhas que deslumbram os olhos e fazem a cabeça girar. Como em todo conto de fadas, basta apenas crer!

É, em suma, uma imagem, uma quimera que se cria e que não admite senão a construção de um círculo de "direito a direito", semelhante a um círculo de "fatos a fatos". Em outras palavras, trata-se de uma imagética invertida em que, desde então, o cintilar platônico das ideias será substituído pelo brilho mutável dos "fatos", ou simplesmente pela garantia e confirmação de que o "direito" se reflete no "direito". Toda prática identificável factualmente será assim automaticamente identificável como "direito"; do mesmo modo, os costumes e os hábitos morais, sobretudo se exóticos ou se beneficiarem de uma proteção do tipo "politicamente correto", serão igualmente considerados como "direito". Até mesmo a ética, contanto que seja factual, é "direito". A imagem que resulta disso, a saber, que existe uma

⁵ N.T.: A alusão é feita à fórmula mágica do conto "Ali Babá e os Quarenta Ladrões", integrante da coletânea As Mil e Uma Noites, que abre a caverna onde se escondem os tesouros roubados. O autor inverte ironicamente a fórmula, substituindo "Sésamo" por "Direito-fato/fato-direito", para sugerir que a promessa de acesso fácil e maravilhoso ao "direito" através de raciocínios factuais é, como a caverna de Ali Babá, uma ilusão sedutora que oculta antes um espólio do que uma verdade jurídica

contraparte "direito" para tudo o que ocorre na sociedade, é uma ideia tão sedutora que todo mundo nela crê e a ela se apegando (sobretudo os juristas)!

O partidário dos "saltos do direito" pode, em suma, afirmar com certeza que não exprime desejo, ideal ou utopia algum; com veemência, proclamará que não salta do "ser" ao "dever-ser" (isto é, o "não-se-deve" humano) e, com ardor, clamará que enuncia apenas o resultado último e final do positivismo científico, o estado do mundo ou ainda o estado de um direito (ou o Estado de direito) que supostamente existe e se exprime pelo uso ilimitado do sufixo "direito". Ele afirmará sobretudo, e com convicção, que a imagem factual que forjou do "direito" decorre de um saber, de um conhecimento ou ainda de uma ciência, cuja posse lhe pertence em caráter exclusivo.

Contra os adeptos das "faticidades" de direito ou dos "saltos do fato-direito ao direito-fato", retenhamos dois argumentos.

Primeiramente, sublinhemos que os fatos, ou ainda a "faticidade", são efetivamente nosso quadro de vida. Ora, esse quadro de vida, assim como os acontecimentos que nele se desenrolam, felizes ou infelizes, exige sempre uma interpretação, donde a constatação de que todo "fato" pode ser interpretado de mil maneiras e que não precisamos recorrer a Nietzsche para confirmar que os fatos que nos são apresentados não são senão interpretações que nos impõem aceitar sem protesto possível. Aliás, a linguagem da interpretação, ou ainda da "tradução", não se designa de outro modo senão como uma língua da autoridade e da heteronomia, e sobretudo como um impasse que nos conduz ao antidireito. Abordando a questão pelo ângulo da epistemologia jurídica, sustentamos que a "interpretação" não pode, portanto, ser senão uma posição monológica insuficiente e sempre carente de um esclarecimento argumentativo que a purgue de um antijuridismo congênito. Isso é tanto mais verdadeiro quanto os fatos jamais terão autoridade em "direito"!

Em segundo lugar, prossigamos nossa argumentação, mas voltada agora contra os partidários dos "saltos do direito", recordando que, quando a questão do julgamento se torna tão importante no e para o direito, é porque, em direito, não há "juízo de fato" possível. Os "fatos" não existem em direito e, pior ainda, o direito não

poderia admitir um discurso de "fatos" senão sob o risco de perder, literalmente falando, sua "alma" e sobretudo de degenerar para o seu contrário, a saber, para o não-direito ou simplesmente para a opressão de outrem! Em direito, somente a questão da "prova" conta. As interrogações sobre os "fatos" só têm sentido na medida em que podem ser contestadas e afastadas argumentativamente no quadro de um processo equitativo.

Em suma, é irracional crer que uma problemática jurídica possa ser resolvida no plano factual, ou ainda presumir que uma qualquer faticidade possa permitir um salto em direção ao direito! Trata-se de uma fraude intelectual fazer crer que podemos nomear faticidade de "direito" para considerá-las ideologicamente como tal! Nada de sadio pode decorrer de tal exercício.

3 TESE 3: AFASTAR A IDEOLOGIA DO "JÁ-DIREITO".

Nossa terceira tese defende, em linha direta com a anterior, que é imperativo afastar toda concepção, ideológica ou referencial, de um "já-direito". Isso não existe; não há "já-direito" no mundo ou nas sociedades. Tanto quanto o direito não tem nenhuma existência física, material ou social, também toda imagética de "já-direito" deve ser afastada e rejeitada com vigor para fora de nosso horizonte jurídico. Convém estancar todo traço, toda ideologia, toda crença que postule a existência ou a fenomenalidade de um "já-direito", a saber, a imagem de um "direito" que está ali e supostamente "juridicamente". Para compreender tal tese, é preciso analisar o mecanismo ideológico em ação nessa crença de um "já-direito" e o efeito terrível que provoca quanto à compreensão (e à possibilidade) do direito..

Nosso ponto de partida analítico é dos mais elementares, a saber, que se o direito se faz na prática, ele "se faz na prática", mas a teoria, e tudo o que se pode dizer sobre a prática, é um assunto bem diferente! O direito se constata na prática e em *post festum* por uma jurisprudência escrita no singular, eis tudo! Não há, portanto, nenhuma possibilidade de "já-direito", donde a necessidade, para os partidários do ou de um "já-direito", de fundir prática e teoria para obter um modelo de "já-direito" operacional, que poderão então moldar a seu bel-prazer... .

Por muito tempo os juristas, mesmo os mais experientes entre eles, cultivaram, de fato, uma ideologia da imediatidade entre os dois domínios do pensamento jurídico. A crer neles, é como se um seguisse o outro numa dialética do espelho, ou simplesmente no espelhamento de duas páginas de um livro em que uma das páginas se reflete na outra como equivalência discursiva. É como se a linguagem, ou ainda o grau de "legibilidade", devesse se espelhar da página direita para a página esquerda, ou, compreendamos bem, da página teórica para a página prática: "já-direito" de um lado e "já-direito" do outro.

É efetivamente essa imagética do espelho que é retomada pelos teóricos do "já-direito", pois, se a imagem espelhada está ali, o resultado, segundo eles, é que essa forma de ideologia pode ser imediatamente descontada como uma fusão que exprime, a seu modo, o "já-ali", a saber, o "já-direito". Certamente, exprime-se assim a verdade simples relativa à "traduzibilidade" da prática e da teoria, mas ela descreve, além disso, a imagem de uma tradução já feita, já ali e operacional como tal, e sobretudo a imagem ideológica, em si mais especulativa que irracional, de um "já-direito" que se "espelha" e que está, portanto, sempre supostamente ali, "tanto um quanto o outro": direito de um lado, direito do outro! Em outras palavras, trata-se de uma confusão dos dois e da imagem de um "já-direito" que remete apenas ao "retorno", sempre especular, seja para a teoria da prática, seja para a prática da teoria.

Uma das razões que explicam o sucesso do já-direito no domínio do direito decorre da relação entre prática (isto é, o que concerne aos fatos, à realidade, à ação, a uma maneira de agir racionalmente, à argumentação) e teoria (ou seja, o conjunto dos "conhecimentos", saberes abstratos, especulação intelectual de caráter hipotético) em direito. É fácil imaginar como tal reducionismo, que é em si uma absurdidade epistemológica, tem tudo para seduzir o mundo jurídico. Um teórico, ou ainda um "dogmático" do direito, poderia, com desenvoltura, declarar, ou mais sutilmente deixar crer, que ele "escreve o direito". Poderia até imaginar conceitos como "regra de direito", "norma jurídica", "validade jurídica", "constitucionalidade", "princípios jurídicos", para assim fazer passar a teoria como sendo a prática, ou ainda o "direito". Um conceito teórico advindo de tal fantasia constitui, na verdade,

uma "ponte", ou ainda um tropo de circunstância, antes de se tornar uma linguagem à parte na qual teoria e prática se fundiram na imagem de um "direito já-ali", ou um "ideo-direito" de circunstância! O único ausente nessa dança de tropos, a saber, o conceito de "Estado de direito", deverá em seguida ser convidado a juntar-se à festa para, naturalmente, tornar-se, como um jubileu, o "monumento ideológico" a celebrar como confirmação do "já-direito".

Tais manobras podem servir, no plano de uma ideologia coletiva, para soldar, tanto quanto possível, uma sociedade cada vez mais hedonista e narcisista, em outras palavras pluralista e multicultural, de modo a estabilizar as expectativas dentro de um quadro do a priori. O que se perde, no entanto, é o horizonte do senso prático no interior de nossa modernidade jurídica.

Em consequência, aquele que crê em tal "já-direito", não obstante seu modo de enunciação ou de justificação, corre o risco de nada compreender numa sociedade moderna, nem a realidade contemporânea, nem a exigência jurídica. Quando aceitamos a posição do "já-direito", há perigo na demora, pois essa ideologia se ergue imediatamente como um obstáculo, um muro, uma "legitimidade" ilegítima que impede todo julgamento jurídico adequado sobre os fatos e que, pior ainda, corre o risco de deixar triunfar a força, o poder ou as oligarquias que nos governam tão habilmente. A ameaça que estas últimas fazem pesar sobre toda empreitada jurídica reforça-se, aliás, pela facilidade com que podem servir-se da ideologia do "já-direito", mascarando-a com palavras como "constitucionalismo", ou "doutrina do direito", ou "perícia jurídica", ou qualquer outra fórmula do mesmo naipe, com o fito de fazer dobrar toda objeção, de quebrar toda resistência que deseje um direito moderno.

Apoiemos, pois, com convicção, o argumento segundo o qual nenhuma concepção de "já-direito" deve ser aceita! Convém, antes, sustentar que a questão do direito se resolve na prática, num mundo real, com indivíduos de carne e osso, e que ela só se apresenta, em última análise, como o desfecho de uma controvérsia resolvida de modo processual, discursivo, argumentativo, dialético e por um julgamento judicial apropriado. Se cada jurista ou advogado pode ter suas próprias interpretações a respeito do direito que convém dar a si mesmo, é uma questão bem

diferente forjar argumentos aceitáveis para todos ou juridicamente. O direito se faz, portanto, na prática, e toda crença num "já-direito" carece de objeto; não existe direito bom ou mau, nem "já-direito", mas sim um trabalho interpretativo e argumentativo bem ou mal feito por juristas, advogados, advogadas e juízes. Se fazemos mal o direito, o direito será "mau"; se fazemos bem nosso trabalho de jurista, o direito será "bom".

4 TESE 4: SEMEAR CONCEITOS PARA COLHER (ILUSORIAMENTE) O DIREITO.

Nossa quarta tese rejeita vigorosamente a nova tendência que consiste em semear conceitos para colher o "direito". Ora, quando dizemos "nova tendência", isso não é estritamente exato, pois se trata, antes, de um retorno em força de uma das doenças infantis da teoria e da doutrina do direito, que volta à moda com mais potência e vigor graças à falta de vigilância intelectual e aos anticorpos teóricos dos juristas. Trata-se, portanto, de um avatar de ontem que retorna hoje e contra o qual é preciso insistir naquilo que deveria ser evidente para todos, a saber, que nada se obtém tornando-se proprietário de conceito ou semeando "conceitos" a todo vento, crendo, ou deixando crer, que se semeou "direito".

A estratégia dos semeadores de conceitos e suas táticas para se apropriarem do terreno e do poder no interior da ciência jurídica podem ser exemplificadas pela análise das três etapas discursivas mais frequentemente utilizadas.

A primeira etapa discursiva utilizada pelos semeadores de conceitos consiste em fazer crer que existe um ou vários conceitos jurídicos. Se, portanto, os juristas historicamente recusavam toda existência "jurídica" aos conceitos, é bem diferente para os semeadores de conceitos: segundo eles, é preciso que o conceito tenha uma existência jurídica conforme a sensibilidade do ideo-direito própria a cada partidário. Tão logo se atinja esse resultado, pode-se então crer e fazer crer que se encontrou o direito, justamente onde se semeou o conceito. Se quiserem, podem também crer e fazer crer que palavras como "propriedade", "contrato" etc. já são "jurídicas" e fazem parte do direito. O conceito de "contrato" não é, pois, apenas um "contrato", mas é "jurídico" *in se*! Por tal alquimia (sem esquecer que é a

controvérsia relativa à interpretação prática de um contrato que se diz jurídica, como assinalamento de um modo de resolução dessa mesma controvérsia), a noção, agora "jurídica", começa uma vida própria como noção ideológica autônoma. Uma "vida de conceitos" que não tem estritamente nada de "jurídico" senão pela fantasia conceitual que pode ser nela investida pelo semeador de conceitos! É a autarquia do jurídico.

A segunda etapa discursiva consiste em fazer admitir que certas palavras, conceitos, noções etc. não foram corretamente compreendidos como sendo "direito". É preciso, para quem tem fé num semeador de conceitos, corrigir tal equívoco e aceitar que certos conceitos se tornaram "direito" ou são "jurídicos". Historicamente, conceitos exóticos como "norma", "normatividade", "regra", "regra de direito", "princípio", "soberania", "contrato social", "justiça", "eficácia", e *tutti quanti*, puderam assim se impor com sucesso como sendo magicamente "jurídicos" ou de "direito". Mas um semeador de conceitos pode hoje retomar com elegância e convicção outros conceitos de sua própria lavra, tais como "soberania", "povo", "nação" e assim por diante, como sendo igualmente direito. Pode também buscar com deleite em outras disciplinas universitárias conceitos que possa renomear e renovar como sendo direito.

A terceira etapa discursiva, particularmente apreciada pelos semeadores de conceitos, consiste em crer e fazer crer que outras palavras, conceitos, noções etc. encerram um componente dito, oportunamente, de "direito". Assim, o "desenvolvimento sustentável", o "comércio justo", a "ajuda ao desenvolvimento", a "equidade pesqueira", e assim por diante, já são, por magia, "direito" e são "jurídicos". Se todos esses conceitos colhem hoje muita simpatia num mundo desnorteado, por que não declarar, semeando o conceito, que tudo isso já é o "direito"? Pode-se assim pretender que os conceitos simpáticos se juntam, pela força das coisas, ao "direito" como expressão de seu progressismo e de sua abertura ao mundo. Se as coisas vão mal em algum canto do mundo, por que não semear ali o conceito do "direito" e afirmar que o "direito" não está sendo respeitado!

Como podemos ver, os semeadores de "conceitos" adoram fazer crer que os conceitos já são, por encantamento, "jurídicos" ou ainda "de direito". Já que isso é

reconfortante, por que não crer nisso? Por que não tomar os conceitos, supostamente "de direito", como ponto de partida e construir uma *weltanschauung* (ou seja, uma ideologia do mundo) para os juristas? O fato de isso fornecer precisamente um catálogo de conceitos, todos presumidamente jurídicos, sempre ali para receber uma bênção metafísica (ou doutrinal), procura uma certeza para um semeador de conceitos, uma garantia que lhe permite, estima ele, construir a doutrina ou a ciência do direito.

Resulta disso que tal "ciência jurídica" deveria nos oferecer conceitos, "normas", "regras", "princípios" próprios à doutrina do direito, tal como uma ferragem do bairro nos equipa com ferramentas. Um semeador de conceitos ditos de "direito" pode comparar-se a um gerente de ferragem que mantém um vasto estoque pronto para toda eventualidade e infortúnio do mundo. Ele opera essa ferragem para remendar os velhos conceitos como "direito", para forjar novos, ou ainda para colocar conteúdos novos em conceitos já existentes.

Em última análise, é inelutavelmente a linguagem como "poder" que se confirma, pois, uma vez que a doutrina/dogmática (sempre oportunamente caracterizada como direito) foi posta na sela como senhora das palavras, tudo depende precisamente do conceito escolhido! Aquele que esteve atento ao desenvolvimento da teoria, quanto à escrita da dogmática jurídica, não pode aqui senão tornar-se um pouco incrédulo, pois, se nos lembrarmos da famosa escola da *Begriffsjurisprudenz*⁶ — isto é, a Escola dos Conceitos —, tudo retorna ao ponto de partida: numa idealização dos conceitos que evacua, propriamente dito, toda questão de direito. Se essa escola foi, de fato, considerada o ápice da teoria do direito no século XIX (e mesmo no início do século XX), não é curioso observar a maneira como ela retorna, como uma onda de choque, no século XXI? A primeira vez como comédia, como teria escrito Marx, mas esta vez como tragédia.⁷

⁶N.T.: "*Begriffsjurisprudenz*": o original grafa "*Begriffenjurisprudenz*". Adota-se a grafia *Begriffsjurisprudenz* para que se identifique a referência do autor ao nome da escola pandectista (ou derivada da pandectista) alemã do século XIX, liderada por Puchta e influenciada por Savigny, que, diz-se, fazia derivar todo o direito de um sistema fechado de conceitos.

⁷N.T.: A paráfrase alude à formulação de Marx no início de *O 18 Brumário de Luís Bonaparte* (1852): "Hegel observa em algum lugar que todos os grandes fatos e personagens da história mundial aparecem, por assim dizer, duas vezes. Ele esqueceu de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa." O autor inverte intencionalmente a ordem marxiana (comédia → tragédia),

Haveria certamente mais a dizer sobre a ideologia de "semear conceitos para colher o direito", sobre suas variantes e seus avatares, mas lembremos que, por mais sedutora e reconfortante que possa parecer tal concepção, há razões racionais para rejeitá-la. Tal ideologia absorve ou cristaliza toda questão do direito no interior de uma dogmática (também ela designada erroneamente como "direito") e faz com que essa questão do direito se encontre desqualificada em favor do "conceito" em moda ou que predomina na dogmática, ou ambos ao mesmo tempo. Daí nossa opinião de que essa concepção do ideo-direito tem por efeito nefasto entregar o indivíduo de carne, osso e alma, para não falar de seu posicionamento em direito, a uma concepção doutrinal e dogmática inteiramente limitada e dependente das forças de heterogeneidade que povoam nossa vida em sociedade. Retenhamos, quanto a este último argumento, que a "vida" dos "conceitos", sobretudo numa modernidade em contínuo movimento, escapa rapidamente de seu quadro estritamente doutrinal para se juntar à distribuição desigual do poder que caracteriza tal sociedade, solidificando assim as forças mais obscurantistas e retrógradas.

O que se esconde detrás dessa obsessão de "semear conceitos" e detrás do papel de guardião de conceito que dela resulta, senão esse complexo de inferioridade que corrói a alma dos juristas perante os cientistas, ou ainda seu desejo obcecante de fazer, eles também, "ciência", ainda que apenas pela jogralaria dos conceitos? Parece-nos, com efeito, que esse desejo se resume, em última análise, a essa "lógica de conceito" que simplesmente nada tem a ver com uma cientificidade normalmente compreendida. O semeador de conceitos não percebe que a retomada dos preceitos axiomáticos ou nomotéticos que ele preconiza sob o modo de "conceito de direito" jamais produz "ciência", e sobretudo não em direito. Inelutavelmente, dela resulta apenas um sobreinvestimento dogmático (ou doutrinal) e um cegamento crônico quanto ao sentido a dar à questão do direito numa sociedade democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA SE AFIRMAR DE MODO MAIS REALISTA.

sugerindo que o retorno contemporâneo da *Begriffsjurisprudenz* é ainda mais grave do que sua manifestação original.

Se estamos certos, em todo ou em parte, encontramos então problemas no domínio das ciências jurídicas. Temos problemas:

(1) com uma "cientificidade" que não funciona mais adequadamente e que, sobretudo, não nos protege mais corretamente contra um obscurantismo cada vez mais presente na escrita do direito;

(2) quanto à nossa forma de escrever a doutrina (ou a dogmática) de hoje, na qual se constata uma abdicação intelectual cada vez mais inquietante e ideológica; e

(3) de demarcação epistemológica face aos "Ideo-direitos" e às irracionalidades que se infiltram no direito ou que adoram abusar da palavra "direito" por razões obscuras, ou simplesmente para condimentar um discurso da moda.

Longe de nós a ideia de querer resolver esses problemas no âmbito do presente ensaio. Nosso objetivo é antes criar uma tomada de consciência, abrir o debate para alimentar as reflexões e jamais ceder um palmo de terreno aos jogos de poder de nossos sectários. Nesse sentido, somos, quanto a nós, partidários de uma modernidade jurídica onde valha a pena viver!

DECLARAÇÃO DE USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA

Foi utilizada a ferramenta de Inteligência Artificial Generativa Claude (*Anthropic*) exclusivamente na etapa de formatação do manuscrito, com a finalidade específica de adequar a estrutura e a apresentação do texto às normas e exigências editoriais da revista. A ferramenta não foi empregada nas etapas de concepção, redação, tradução, revisão de literatura ou análise de dados, e os autores permanecem integralmente responsáveis pelo conteúdo final do trabalho.