



O SEGREDO DE KELSEN: RESENHA DE UM LIVRO IMAGINÁRIO SOBRE O FIM DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO BRASILEIRO

THE KELSEN'S SECRET: REVIEW OF AN IMAGINARY BOOK ON THE END OF NEO-CONSTITUTIONALISM IN BRAZILIAN LAW

Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 19/02/2018

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI¹

RESUMO: Esta pesquisa objetiva problematizar o fim do neoconstitucionalismo no Brasil e a instalação de um novo paradigma, qual seja, o paradigma da *différence*, que no direito aparece sob o nome de pluralismo jurídico. Através da relação entre os pensamentos de Hans Kelsen e Kurt Gödel a respeito da incompletude de um sistema simbólico de referência, pretende-se descrever a estrutura lógica do processo de estratificação dos referentes simbólicos do direito no Brasil. A questão central está em observar que, por trás dos discursos neoconstitucionalistas, outro regime de verdade se insinua sobre os espaços de produção de sentido do direito. Para serem alcançados esses resultados, esta pesquisa utiliza, como metodologia, os aportes analíticos da segunda fase do neopositivismo lógico, especialmente a análise da relação entre o teorema da incompletude de Kurt Gödel e o problema da indeterminação da linguagem jurídica em Hans Kelsen, de modo a inscrever no tempo a estrutura correlacionista dos diversos referentes simbólicos do discurso jurídico brasileiro deste início de século. Como resultado, a pesquisa sinaliza o esgotamento do neoconstitucionalismo e o triunfo do pluralismo jurídico, que nada mais é do que a versão jurídica do paradigma da *différence* e seu regime de verdade.

PALAVRAS-CHAVE: Hans Kelsen; Kurt Gödel; Neoconstitucionalismo; paradigma da *différence*; pluralismo jurídico.

ABSTRACT: This research problematize the end of neo-constitutionalism in Brazil and the new paradigm of *différence*, which in law appears like a legal pluralism. Through the relationship between Hans Kelsen's and Kurt Gödel's thoughts about the incompleteness of a symbolic system, this research observes the logical structure of the stratification process in Brazilian referents of law. The central point is the new regime of truth, behind the neo-constitutionalist discourses, on the spaces of production of sense of the law. In order to achieve these results, this research uses as a methodology the analytical contributions of the second phase of logical neopositivism, especially the analysis of the relation between Kurt Gödel's incompleteness theorem and the problem of the indetermination of the legal language in Hans Kelsen. As a result, the research signals the exhaustion of neo-constitutionalism and the triumph of legal pluralism: the juridical version of the paradigm of *différence* and its regime of truth.

KEYWORDS: Hans Kelsen; Kurt Gödel; Neo-constitutionalism; paradigm of *différence*; legal pluralism.

¹ Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Bacharel em Direito pela UCS, Professor do PPGD/FDSM e PPGB/Univás. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva problematizar o fim do paradigma do neoconstitucionalismo no Brasil e a instalação de um novo paradigma, qual seja, o pluralismo jurídico. Este artigo parece uma investigação científica, mas na verdade é uma resenha, ou melhor, um rascunho de anotações sobre um livro que nunca foi escrito. Um livro imaginário, como aqueles dos contos de Borges. Ele trata do fim do neoconstitucionalismo e do início de um novo paradigma que ainda não tem nome, mas que já chegou. Trata também do fim do neopositivismo jurídico e o início do neoconstitucionalismo. E de repente, de súbito, o livro trata dos diversos fins do direito, isto é, da lógica dos escorregamentos epistemológicos do direito. A estrutura da estratificação interna do referente jurídico de cada época e lugar.

Esse livro imaginário, que nunca foi escrito e talvez nunca o será, tem como título a sedutora e provocante enunciação: “o segredo de Kelsen”. O segredo que parece querer ser escrito com S maiúsculo, de nome próprio, de uma identidade historicamente disfarçada pelas máscaras dos diversos fundamentos de validade do direito, em cada época e lugar. Retiremos, então, as máscaras para ver o que acontece e não cai o fundamento de validade: caem apenas as vestes que desnudam o verdadeiro direito e sua frágil corporeidade. Retiremos a máscara da norma hipotética fundamental e veremos o arbitrário, a incompletude, o vazio da permanente ausência de um referente de sentido para o direito.

Kelsen sabia que o direito, como linguagem, sempre possui indeterminações que vão exigir uma referência externa para completar o sentido ausente da referência interna. Mas seu ideal de pureza linguística não podia ser contaminado por essa questão de, segundo sua máscara, “Política Jurídica”. Ele silenciou e guardou esse segredo consigo, escondido atrás de um mitema, que alcunhou de “norma jurídica”.

Somente hoje, depois de décadas de observação de um incrível padrão operativo da prática jurídica, tanto dos tribunais, quanto da academia e das advocacias, tornou-se possível entender a relação secreta que existia, por trás das grandes portas escuras do Círculo de Viena, entre o sistema simbólico do direito – o ordenamento jurídico de Hans Kelsen – e o problema da incompletude dos sistemas simbólicos da matemática, de Kurt Gödel. Esse segredo precisava ser revelado. E o livro imaginário, que este artigo-resenha-rascunho noticia, constitui o rastro pré-histórico de uma obra que revela, como uma dádiva do esclarecimento



científico das Luzes, a razão pela qual permanecem as trevas da distância entre o real e o ideal, a linguagem e o mundo, o ser e o pensamento. A razão pela qual toda fundamentação do direito possui a estranha característica de funcionar por um período de validade determinado, até ter que ser substituída por outra referência de sentido, a qual seguirá o mesmo destino.

O objetivo deste artigo é revelar, nesse sentido figurado, o argumento desse livro surrealista sobre a relação entre os pensamentos de Hans Kelsen e Kurt Gödel a respeito da incompletude de um sistema simbólico de referência, como o direito ou a matemática, para discutir por que a norma fundamental constitui uma máscara antimetafísica que, na realidade, esconde o segredo da eterna necessidade da contingência, isto é, a necessidade de se buscar uma referência externa para completar a incompletude do referente interno do direito.

Para serem alcançados esses resultados, esta pesquisa utiliza os aportes analíticos da segunda fase do neopositivismo lógico do Círculo de Viena (CARNAP, 1958; BARONE, 1986; WARAT, 1983; ROCHA, 2001; SIMIONI, 2011), especialmente a análise da relação entre o teorema da incompletude de Kurt Gödel (1992) e o problema da indeterminação da linguagem jurídica em Hans Kelsen (1985, p. 245), de modo a inscrever no tempo a estrutura correlacionista dos diversos referentes jurídicos de cada época e lugar, em especial, os referentes do discurso jurídico brasileiro, aquele interessante país ex-emergente da América do Sul. De certo modo, isso tem a ver com uma possível releitura da estrutura das transformações paradigmáticas no campo do direito, como um caso especial e diferente da estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn (1996).

O poder de Hans Kelsen sobre a hermenêutica jurídica contemporânea é enorme. Mesmo silenciado pelo seu passamento em 19 de abril de 1973, o modo como ele colocou o problema da interpretação jurídica continua produzindo vinculações discursivas até hoje, não só no Brasil. Kelsen continua controlando o modo como pensamos e discutimos o problema da interpretação jurídica, ou seja, como um problema de indeterminação da linguagem do direito. Até mesmo os discursos neoconstitucionalistas transitam dentro do regime de verdade definido pelo problema da indeterminação da linguagem – só que agora dos princípios – do neopositivismo jurídico. Invocam-se a moralidade política de Ronald Dworkin (2011), a ponderação de Robert Alexy (2002), os discursos sob condições ideais de Jürgen Habermas (2003) e até o Décimo Segundo Camelo de Niklas Luhmann (2004), para completar a sempre renovada incompletude do direito. Mudam-se os referentes, mas o ritmo e a intensidade são

aqueles do problema da indeterminação da linguagem do neopositivismo lógico de Hans Kelsen.

Como nas práticas alquímicas medievais, Hans Kelsen constitui uma figura mitológica do direito moderno, rodeado de feitos históricos épicos, cujas testemunhas relatam, em vários lugares do mundo, a ocorrência real, empírica, concreta daquilo que Kelsen dizia existir apenas como proposição: há relatos de que um grupo de brasileiros viu a norma fundamental consubstanciada na Constituição Federal daquele país tropical; também há registros, comprovados em publicações doutrinárias importantes, de que a pirâmide de Kelsen transcendeu o plano metafórico e foi vista em um lugar pitoresco, embora ela desapareça dos seus textos sempre que se procura uma citação dela. Um fenômeno místico, hologramático, às vezes holístico, que explica como pode a pirâmide estar em tudo, mas ao mesmo tempo em lugar algum. Na Europa há registros também da norma fundamental encontrada nos valores axiológicos do homem médio branco europeu disposto a trabalhar. O Aleph de Borges, no entanto, não a viu.

2 O SISTEMA DE REFERÊNCIA DO DIREITO ANTES DE KELSEN

Antes de Kelsen, o referente interpretativo do direito era esquivo – afirma a obra imaginária em uma passagem do seu primeiro capítulo, fazendo referência a Deleuze e Guattari (2010). A interpretação jurídica se referia aos textos legais ou aos costumes, mas definia o sentido dos textos ou costumes a partir de referentes exteriores a eles mesmos. O texto jurídico era lido com olhares morais, éticos, religiosos, políticos. De um modo a constituir o sentido do texto jurídico não a partir dos seus referentes exclusivos, mas a partir de referentes morais, éticos, religiosos ou políticos (GROSSI, 2003, p. 25).

No século XIX, o positivismo legalista da Escola da Exegese usava as máscaras simbólicas da *voluntas legis* e da *voluntas legislatoris* para esconder o fideísmo na virtude interpretativa do direito. O pandectismo alemão da Escola Histórica preferia o *volksgeist* como o sistema de referência externo para suplantar a incompletude da referência aos costumes. O Movimento do Direito Livre deixava o intérprete livre para escolher a referência que ele achasse adequada para o caso, segundo a sua emocional intuição axiológica do justo –

era necessário supor um alto grau de virtude pessoal do intérprete para aceitar isso. E a jurisprudência dos interesses, já naquela época, ponderava interesses, depois valores, bens e, hoje, com Robert Alexy, princípios: a virtude do intérprete ponderado se transforma na virtude da ponderação interpretada.

Mudam-se os referentes de cada concepção de interpretação jurídica, ou seja, de direito. Mas a lógica permanece a mesma: há um sistema simbólico de referência, que é o direito, e outros sistemas simbólicos implicitamente superiores, que são as transcendências, os suplementos do direito: conjuntos de referências compostos por outras ordens de valores, externos ao direito, que funcionam como fórmulas de completude das ausências de sentido do próprio sistema simbólico do direito. Uma operação misteriosa de preenchimento do vazio simbólico dos signos jurídicos, através de simulacros interpretativos, isto é, através da convocação de outros sistemas simbólicos, igualmente vazios, para preencher o campo de sentido do direito: a vontade geral dos franceses, o espírito do povo alemão, a justiça dos livres, os interesses legítimos etc. Na realidade da prática discursiva, contudo, o sistema funciona independente dessas referências externas.

O sistema trabalha com seus próprios meios, independente dessas construções imaginárias de sentido, institucionalizadas por sistemas de discursividade no nível da episteme do direito. Os recursos materiais são outros. No Brasil, um dos grandes países tropicais importadores de teorias europeias, no lugar da vontade geral, as razões do Estado. No lugar do espírito comunitário do povo, o espírito da casa grande. No lugar da justiça dos livres e dos interesses legítimos, a justiça e os interesses das elites políticas, jurídicas e econômicas. Transcendência seletiva: para o direito das elites, a força da legitimidade do interesse público; para o direito dos pobres e marginalizados, o relativismo dos interesses particulares.

Direito, moral,
política, religião,
costumes,
hábitos,
interesses,
valores

Esses referentes interpretativos do direito apresentavam-se nos discursos jurídicos como critérios de legitimidade, de fundamentação, de justificação das práticas jurídicas de cada época e lugar. Equivalentes funcionais das referências à Vontade de Deus ou à Natureza



das Coisas do mundo pré-crítico ou à vontade do soberano do Estado moderno. Mitologemas da modernidade, cuja função precípua era responder, pré-historicamente, a pergunta pelo fundamento de uma prática jurídica coativa e essencialmente arbitrária.

3 O SISTEMA DE REFERÊNCIA DO DIREITO DEPOIS DE KELSEN

Hans Kelsen (1985) edificou um novo estatuto ontológico para o direito. Renunciou as categorias tradicionais de reconhecimento do direito, que eram as leis, costumes, interesses e justiça e, no lugar dessas categorias, apresentou a proposta de uma nova unidade analítica: a norma jurídica, como um tipo especial de linguagem. Uma categoria linguística de conhecimento: de reconciliação, reconhecimento e unidade. Definiu o conjunto do direito como um ordenamento de proposições normativas composto exclusivamente por normas jurídicas (KELSEN, 1985, p. 143). E definiu norma jurídica como um tipo especial de linguagem normativa (dever ser), diferenciando-as das normas da natureza (ser). Especificou ainda mais as normas jurídicas distinguindo-as de outras normas sociais, como as éticas, morais, políticas, religiosas, conforme a categoria positivista de reconhecimento do caráter jurídico apenas às normas criadas em conformidade com o próprio direito positivo. Para Kelsen, direito é norma jurídica criada por uma autoridade competente com poder de vinculação definido pelo ordenamento jurídico, que é um conjunto formado por normas jurídicas do mesmo tipo.

Assim, Kelsen criou não apenas uma nova categoria de entendimento do que é direito – a norma jurídica – mas também criou um novo conjunto, que inclui determinados tipos de preceitos normativos e exclui outros. Kelsen não fala mais em leis, costumes, interesses ou sentimentos de justiça como referentes interpretativos do direito. Esses referentes são, para ele, contaminações do ideal de pureza epistêmica, isto é, política, da operatividade do direito. A categoria de entendimento que opera o reconhecimento daquilo que é e daquilo que pode vir a ser direito passa a ser, de modo exclusivo, a norma jurídica. Assim, todo direito criado em conformidade com as normas jurídicas precedentes é direito. Outras proposições, criadas em conformidade com valores éticos, convicções morais, crenças religiosas ou ideologias políticas são, segundo sua linguagem, questões de “política jurídica” e não de direito positivo

(KELSEN, 1985, p. 251), isto é, questões exteriores ao direito, problemas relativos a outras categorias de entendimento.

Normas jurídicas

O que separa as normas jurídicas das demais normas sociais é a especificidade da linguagem normativa do direito: uma linguagem que se refere a uma ordem jurídica positiva. Os problemas de contradição, coerência e consistência de uma ordem jurídica são, portanto, problemas de linguagem e não apenas simples questões de dedução silogística (positivismo legalista francês), de compreensão das razões históricas dos costumes e tradições jurídicas da comunidade (pandectismo alemão) ou de uma emocional intuição axiológica do justo (direito livre). O grande fantasma que foi o problema das lacunas do direito se transforma no problema da indeterminação da linguagem do direito.

Depois de Kelsen, não só o referente da interpretação jurídica se desloca para a norma jurídica. Há também uma passagem do problema das lacunas para o problema da indeterminação da linguagem do direito. A questão já não é mais de completude no sentido de previsão completa de todas as situações jurídicas possíveis de uma prática comunitária concreta, mas de determinação do sentido do direito para cada caso concreto. A indeterminação da linguagem, diferente das lacunas, não é uma questão de fissura regulatória, de ausência de normas ou de anomias. O problema da indeterminação da linguagem é uma questão de falta de controle no processo de construção do sentido do direito, desde as normas de escalão superior, como a constituição, até as normas de escalão inferior, como as leis ordinárias, contratos e sentenças.

A indeterminação aparece não apenas quando as palavras da lei são vagas, ambíguas ou semanticamente indeterminadas. Ela aparece, também, no processo de construção interpretativa do direito, que parte das normas superiores até as inferiores. Entre a leitura sintático-formal de um texto legal e a narrativa de um fato, a questão é de subsunção lógica, silogística. Todavia, entre a interpretação de uma norma jurídica no contexto de um ordenamento complexo e multinível, e a narrativa de um fato, a questão já não é mais de subsunção silogística, mas sim de construção do sentido do direito para o caso concreto

dentro de um quadro de possibilidades interpretativas igualmente válidas: a “moldura” interpretativa do direito (KELSEN, 1985, p. 247).

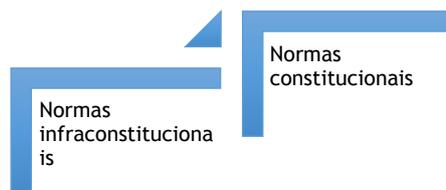
Kelsen descobre o problema da indeterminação da linguagem, cuja resposta foi a metáfora do quadro de possibilidades de interpretação. A escolha de uma, dentre as outras possibilidades, constitui um ato de discricionariedade do agente, cuja validade encontra-se justificada na norma de competência para realizar interpretações jurídicas com caráter vinculante. No processo interpretativo do direito, a passagem do nível superior, como as constituições, para o nível inferior, como as leis ordinárias, gera indeterminações de sentido que, naturalmente, impedem o ideal de uma única resposta correta no direito.

4 O FANTASMA DE GÖDEL

Todavia, Kurt Gödel, que também fazia parte do Círculo Viena, descobriu que um sistema simbólico jamais consegue garantir a sua própria consistência sem estabelecer uma referência externa a si mesmo (GÖDEL, 1982, P. 38; NAGEL & NEWMAN, 2003, p. 74). Em outras palavras, o teorema da incompletude de Gödel nos diz que um sistema simbólico, como a matemática ou o direito, só consegue construir sua completude mediante o estabelecimento de referências simbólicas a outros sistemas simbólicos, que por sua vez também são incompletos.

No campo das matemáticas, Kurt Gödel demonstrou que, mesmo diante da mais perfeita linguagem já inventada pelo ser humano, o cientista precisa tomar decisões conceituais. Precisa buscar referências de sentido em outros sistemas de referência, como é o caso da linguagem da Álgebra para a Aritmética. Se isso acontece no campo da matemática, que é a linguagem mais exata que o homem já inventou, pense-se na linguagem do direito, que é uma linguagem mais próxima à linguagem ordinária.

No campo jurídico, o operador da linguagem das normas jurídicas sempre vai se deparar com problemas de indeterminação na linguagem normativa do direito, diante dos quais precisará recorrer a referências de sentido disponibilizadas por outros sistemas simbólicos. O operador da linguagem das normas jurídicas, inevitavelmente, vai recorrer, quer tenha consciência disso ou não, a relações de poder, a referentes morais, valores éticos e



inclusive convicções religiosas inscritas em sua cultura e história de vida. Mitologemas como neutralidade, imparcialidade, ascetismo político, austeridade libidinal, emoção e tudo aquilo que a ciência moderna procurou isolar da relação entre sujeito e objeto do conhecimento caem por terra. O problema da indeterminação da linguagem desconstruiu a objetividade e revelou outros níveis de arbítrio na prática construtivo-interpretativa do direito.

A solução desse problema de indeterminação da linguagem, de um ponto de vista lógico, veio da matemática dos conjuntos de Bertrand Russell e Alfred North Whitehead (1910): estabelecer um conjunto de elementos que controla a consistência de outro conjunto de elementos. Um conjunto de conjuntos. Um conjunto de segunda ordem, para usar uma expressão contemporânea (FOERSTER, 1981). Mas não ainda um “conjunto hipotético fundamental”, que vai ser outra questão, não de indeterminação, mas de fundamento.

A indeterminação da linguagem normativa no conjunto (sistema simbólico) do direito poderia ser resolvida pela criação de outro conjunto superior (outro sistema simbólico). Como na metáfora do paradoxo dos conjuntos de Russell², o problema da determinação de quem faz a barba dos homens da cidade poderia ser resolvido através da criação de um barbeiro imaginário, isto é, um “barbeiro fundamental” que faz a barba de todos os homens da cidade e que, assim, não deixa cada um fazer a barba como quiser. Trata-se de outro conjunto, outro sistema simbólico de referência, capaz de garantir a unidade, coerência e consistência do sentido do conjunto normativo do direito.

Esse conjunto superior passou a ser designado pela linguagem das normas constitucionais (o equivalente ao barbeiro metafórico dos homens da cidade) e o conjunto, agora inferior, passou a ser designado por todo o restante das normas jurídicas infraconstitucionais (os homens da cidade). Desse modo, a referência às normas constitucionais solucionou o problema da incompletude-indeterminação de sentido das

² O paradoxo do barbeiro é uma metáfora do paradoxo dos conjuntos de Russell: quem faz a barba do barbeiro que faz a barba de todos os homens da cidade que não fazem a própria barba? Trata-se da mesma questão, em termos de lógica formal, da pergunta pelo fundamento de uma constituição federal que fundamenta todo o direito de um país.

normas jurídicas em geral. As indeterminações na linguagem das normas jurídicas em geral podem, a partir de agora, encontrar a unidade de sentido na linguagem das normas constitucionais.

Interpretação à luz da constituição: para o problema da indeterminação da linguagem do direito se pode responder, agora, com interpretações à luz da constituição. Não importa mais se o Código Civil utiliza conceitos indeterminados como boa fé, função social, bem comum etc., porque agora, qualquer linguagem vaga, aberta, lacunosa, ambígua, indeterminada, pode ter o seu sentido suplementado pela referência interpretativa ao sistema simbólico da constituição.

A constituição deixa de ser apenas uma carta política, uma Magna Carta. Ela se torna, agora, norma jurídica em plena operatividade interpretativa. As constituições deixam de ser, como se dizia, “normas programáticas”, isto é, sistemas simbólicos que apenas serviam para balizar a atividade legislativa e política dos Estados. Elas não são mais apenas protocolos de intenção de nível nacional. As constituições, agora, são normas jurídicas e não apenas Cartas Políticas exteriores às referências interpretativas do direito. Em termos de lógica de conjuntos, as constituições deixam de pertencer exclusivamente ao conjunto da política e se tornam, agora, elementos do conjunto do direito. Como na matemática de Russell, o barbeiro não é apenas um operador lógico que faz a barba de todos os homens da cidade. Ele também é um dos homens da cidade.

A constituição tornou-se direito e, ao mesmo tempo, controladora e constituinte do direito. E então surge o paradoxo: a constituição, que controla a consistência de todo o conjunto das normas jurídicas de um ordenamento, controla a consistência também de si mesma? Ou, com Russell, o barbeiro que faz a barba de todos os homens da cidade também faz a sua própria barba? O paradoxo está no fato de que, se o barbeiro é um homem da cidade, então ele não faz a barba de *todos* os homens, porque ele só faz a barba dos homens que não fazem a própria barba. Mas se ele não faz a sua própria barba, então ele não faz a barba de todos os homens da cidade, posto que ele também é um homem da cidade. A única solução para esse paradoxo é criar um “barbeiro hipotético fundamental” que não faça parte do conjunto dos homens da cidade. A norma hipotética fundamental de Kelsen é esse barbeiro que não é nada mais que uma construção hipotética de sentido – um conjunto hipotético fundamental – para resolver o problema do paradoxo do fundamento de uma ordem jurídica



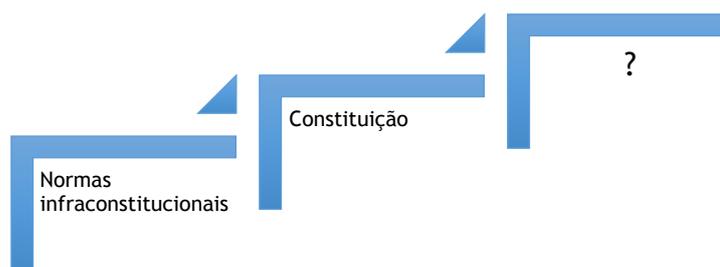
que, se não estivesse fora do sistema de referência, já não seria mais um fundamento, mas uma paradoxal operação do próprio sistema.

A inteligência de Kelsen está no fato dele não cair na tentação de buscar esse fundamento da ordem jurídica em outros conjuntos de valores materiais como justiça, soberania, democracia, povo, comunidade, nação, vontade geral ou outras referências metafísicas medievais ou modernistas. Seguindo a coerência do seu ideal de pureza linguística dos referentes de uma ciência jurídica genuína, Kelsen indicou a norma fundamental, que não possui conteúdo material, justamente para não contaminar o ideal de pureza do direito. A norma fundamental é uma proposição hipotética que, exatamente por não ser nada, pode ser qualquer coisa.

Kelsen tornou possível, assim, a interpretação do direito civil à luz da Constituição. Tornou possível falar em direito penal constitucional, em uma leitura constitucional do direito processual, uma constitucionalização total do direito. Traçando uma nova fronteira entre o que é direito e o que são outros tipos de normas sociais, Kelsen reduziu o referente interpretativo do direito apenas para o conjunto das normas jurídicas, mas aumentou bastante esse conjunto, introduzindo nele a norma constitucional como um referente hierarquicamente superior e garantidor da unidade, coerência ontológica e consistência lógica do sentido das normas de escalão inferior.

Mas o fantasma de Gödel permaneceu: quando Kelsen definiu e isolou o desenho do novo sistema simbólico do direito, ele resolveu o problema da indeterminação da linguagem das normas infraconstitucionais. Todavia, se Gödel tinha razão, todo sistema simbólico possui indeterminações que vão exigir o estabelecimento de novas referências exteriores a si mesmas. E isso significa que, mais cedo ou mais tarde, os profissionais do direito iriam descobrir que também a norma constitucional, como todo sistema simbólico baseado em linguagem, possui indeterminações, isto é, também o sistema simbólico de segunda ordem, formado pela referência ao sistema simbólico da constituição possui indeterminações. As quais, inevitavelmente, vão exigir a convocação de referentes interpretativos exteriores à própria constituição.

A comunidade jurídica continental e seus consumidores – categoria na qual encontrava-se a cultura jurídica brasileira – vai assistir a uma disputa epistêmica por esse



novo referente simbólico do direito na segunda metade do século XX. Mas a partir dos anos sessenta, com maior intensidade nos anos oitenta e noventa, até seu ápice nos primeiros anos do século XXI, o novo referente será definido: nem as perspectivas sociológicas e realistas, tampouco as filosofias da linguagem, o referente que vai prevalecer em nossa cultura jurídica para suplementar o problema da incompletude do sistema constitucional, quer dizer, o problema da indeterminação da linguagem das normas constitucionais, serão os princípios do neoconstitucionalismo ou, o que é o mesmo, a construção neoconstitucionalista do sentido dos princípios jurídicos.

5 OS PRINCÍPIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O que o neoconstitucionalismo tem de diferente do constitucionalismo é precisamente a convicção de que os princípios jurídicos, inscritos nos textos constitucionais ou transconstitucionais de direitos humanos, possuem linguagens indeterminadas e que, por isso, precisam ser interpretados no sentido da sua máxima realização. Uma máxima realização não só na relação vertical entre Estado e cidadãos, como também na relação horizontal entre particulares – a horizontalização dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo, portanto, é um novo sistema de discursividade, um novo referente interpretativo do direito.

Há quem pense que o neoconstitucionalismo está ligado à ideia da primazia do princípio da dignidade humana sobre o sistema do direito ou que tem a ver com os movimentos filosóficos de superação do positivismo jurídico – os pós-positivismos. Todavia, esse emaranhado confuso de coisas demonstra exatamente a função discursiva do neoconstitucionalismo: dizer nada para poder dizer tudo, isto é, manter-se sob uma forma indeterminada de discurso para completar a indeterminação do sentido da constituição. O

neoconstitucionalismo, portanto, nada mais é do que um conjunto de diversas perspectivas teóricas, filosóficas, jurídicas e políticas, absolutamente incongruentes entre si, que possuem em comum apenas a noção de que o constitucionalismo do pós-guerra precisa ser revigorado mediante uma interpretação realizadora dos princípios jurídicos fundamentais-sociais.

O discurso neoconstitucionalista institucionaliza um novo estrato no interior do sistema simbólico do direito. Coloca os princípios como normas paradoxalmente superiores à constituição que os dota de positividade, como forma de se garantir a unidade, coerência e consistência dos processos de construção interpretativa do direito. O discurso do neoconstitucionalismo é uma estratégia de suplementação discursiva da indeterminação da linguagem das normas constitucionais.

Antes do neoconstitucionalismo, os juristas brasileiros tinham à sua disposição interpretativa as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. Diante de eventuais problemas de indeterminação da linguagem das normas infraconstitucionais, a referência a uma leitura constitucional das normas infraconstitucionais garantia a completude do sentido. As normas constitucionais produzem o valor de unidade, coerência e consistência lógica das normas infraconstitucionais, tal como os axiomas da álgebra complementam a incompletude dos axiomas da aritmética (GÖDEL, 1992).

Todavia, as normas constitucionais também são linguagem. Também constituem um sistema simbólico de referência sempre incompleto, sempre indeterminado por si mesmo, o qual, por isso, vai exigir, mais cedo ou mais tarde, a invenção de um novo sistema simbólico superior, um novo barbeiro de Russell, para controlar a consistência, coerência e unidade do referente operativo do direito. Os juristas, mais ou cedo mais tarde, descobririam que a constituição também era um deserto, uma sombra vazia, cuja determinação do sentido depende da referência a outros sistemas simbólicos.





Nesse contexto aparecem os princípios da dignidade humana e da vida como a enésima potência discursiva da ordem jurídica. Para garantir a completude das indeterminações constitucionais, os juristas recorreram à dignidade e à vida como princípios supra e transconstitucionais. Alguns queriam chamar esses princípios de axiomas, cânones, máximas, virtudes, justamente para sinalizar esse nível superior de “principiologia” e de “dinamicidade” – essas eram expressões utilizadas para se referir a qualidades deles. O problema é que a referência à dignidade – como também à vida – é uma referência igualmente indeterminada, que também precisaria, mais cedo ou mais tarde, ser complementada mediante a convocação de outros elementos de sentido, originários de outros sistemas de referência.

Geologia política: estratos, camadas de significação, subconjuntos no interior de um conjunto, cujo sentido depende não das relações entre os signos de cada estrato, mas das correlações entre essas relações e os diferentes estratos. Relações de relações, intertextualidade, complexidade e contingência sufocadas pela unidade de princípios, cujo sentido também não pode estar fixado neles mesmos, mas nas relações contingentes e complexas entre os diferentes estratos que compõe o conjunto geral daquilo que se considera uma ordem jurídica válida.

Kurt Gödel tinha razão. Os juristas começaram a perceber que os diversos conceitos de dignidades empregados não era unívocos: eram, na verdade, tão indeterminados quanto as indeterminações que eles pretendiam solucionar. A diferença entre as noções de dignidade como diferença de valor e preço em Kant, a dignidade como cidadania política em Hannah Arendt ou a dignidade como vida plena e ainda, na perspectiva das sociologias, a dignidade como disposição burguesa ao trabalho, foi uma discussão que logo começou a aparecer nos discursos acadêmicos e, depois, nos discursos dos tribunais. Tentaram harmonizar as referências, as indeterminações entre elas, mas, no fim, Gödel tinha razão. E o neoconstitucionalismo, agora indeterminado, precisou ser suplementado por um novo barbeiro, isto é, por um novo sistema simbólico de referência.

As páginas que se seguem ao livro imaginário, cujos argumentos estamos tentando reproduzir aqui, tornaram-se ilegíveis a partir desse momento. Letras embaralhadas, frases e orações invertidas, parágrafos incoerentes. No final, nem os signos nele empregados são reconhecíveis, embora ainda fizessem algum sentido. Como se uma leitura surrealista pudesse ser o lugar paradoxalmente mais próximo do real. Símbolos que já não controlam mais a

relação semiológica entre significante e significado. Desrelações entre os mundos antropológicos da correlação entre natureza e cultura; entre os mundos sociais da correlação entre Estado e sociedade; entre constitucionalismo e democracia e nenhum indício da correlação entre capitalismo e socialismo. Talvez o mundo tenha acabado, ao menos para nós, daquela parte em diante do livro.

6 APRÈS LE NÉO-CONSTITUTIONNALISME

Se o teorema da incompletude de Gödel tiver mesmo razão, estamos vivendo um tempo no qual o neoconstitucionalismo começa a dar sinais da sua própria incompletude, da sua própria inconsistência. E isso significa, do ponto de vista de uma lógica formal dos conjuntos, a necessidade de se estabelecer uma nova referência simbólica para o direito. Um novo conjunto, diferente e autônomo do neoconstitucionalismo, capaz de garantir a unidade, coerência e consistência lógica do sistema simbólico do direito.

Os tribunais e a doutrina jurídica em geral realizam discursos neoconstitucionalistas. O regime de verdade do direito brasileiro atual é o regime neoconstitucionalista. Experimente-se emitir uma manifestação contra a dignidade e a vida para ver o que acontece. Mesmo sabendo que, historicamente, a honra, lealdade e coragem possuíam valor muito mais importante do que as noções burguesas de vida e dignidade, hoje elas são os dois mitologemas da cultura jurídica do início do século XXI, especialmente no Brasil, aquele pobre país ex-emergente tão carente de dignidade e vida. Como na psicanálise, também no nível das discursividades sociais se procura afirmar exatamente aquilo que mais nos faz falta.

O livro imaginário que estamos rascunhando, contudo, afirma que esse período histórico da dignidade, da vida e do neoconstitucionalismo em geral já se encontrava em vias de ruína. Isso porque, outro paradigma se encontrava desenhando, silenciosamente, as linhas que iriam definir o novo regime de verdades que estaria por vir ou que talvez já se implantara, ainda que silenciosamente, no discurso jurídico daquelas primeiras décadas do século XXI.

Em 2017 o STF daquele país brasileiro decidiu que o ensino religioso nas escolas deveria ser realizado, não de modo a garantir a liberdade de religião, mas de modo a promover a *diversidade* de religiões. No Habeas-Corpus 124.306/RJ, os médicos que



realizaram aborto de feto anterior ao terceiro mês de gestação foram excluídos da prisão preventiva pelo STF, não porque não há direito à vida do feto ou porque a liberdade da mãe possuiria um peso maior, mas sim para garantir a autonomia da vontade da mulher, que é justamente uma questão de *diversidade* e não de unidade cosmológica, entre outros argumentos pragmatistas. No Recurso Extraordinário 778.889/PE, o STF reconheceu o direito de licença-gestante também para o adotante, não com base na igualdade, mas com base na proibição da proteção deficiente da *diversidade* de vínculos familiares. Na ADI 4.815/DF, o STF decidiu que os Editores de livros não precisam de autorização da pessoa biografada para a publicação de biografia, porque a liberdade de expressão é o princípio que melhor realiza a *diversidade* e a riqueza cultural. E inclusive para sustentar argumentos contrários à diversidade, como foi no caso das vaquejadas da ADI 4.983/CE, de 2016, o STF reconheceu que a vaquejada é expressão da *diversidade* cultural, mas nesse caso, ela discrepa do dever constitucional de evitar a crueldade com animais – aliás a questão dos animais é justamente um dos tópicos do discurso pluralista da *différence*.

A prática jurídica brasileira escapou das análises teóricas baseadas nos scripts europeus e norte-americanos. Faltou uma *hermenêutica selvagem* capaz de explicitar não a unidade, a identidade ou o padrão interpretativo do direito brasileiro, mas sim a diversidade, a plurirreferencialidade e a incoerência institucionalmente produzida como sinônimo de progresso na atitude interpretativa dos tribunais brasileiros. Somente uma hermenêutica selvagem poderia explicitar a lógica de presa e predador que caracteriza o imaginário jurídico brasileiro, segundo o qual, a hierarquia institucional corresponde não a uma estrutura burocrática no estilo euro-Max Weber (2002, p. 175), de cadeia de comando, mas a uma cadeia alimentar no estilo selvagem dos níveis tróficos, isto é, uma cadeia de poder.

O neoconstitucionalismo, no Brasil, existiu sob a forma de uma diversidade incongruente de discursos acadêmicos. Na prática jurídica ele foi um discurso seletivo, ligado a um campo simbólico específico das elites jurídicas brasileiras. Princípios fundamentais como deveres de realização material só para os ricos. Porque para os pobres, os mesmos princípios vão estar em colisão, isto é, dependerão de ponderações, de redução do grau de efetividade para conciliá-los em uma perspectiva de repartição de direitos, de otimização de direitos sociais.

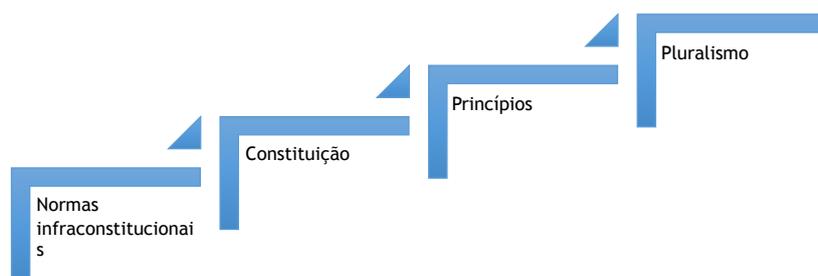
7 PLURALISMO JURÍDICO E O PARADIGMA DA *DIFFÉRENCE*

Como esse livro imaginário foi escrito em um tempo diferente do nosso, sob outras frequências, ele conseguiu dar sinais do que veio depois do fim do discurso neoconstitucionalista. Apenas para resgatar o argumento, como Kurt Gödel demonstrou, *todo* sistema simbólico baseado em axiomas não possui nenhuma possibilidade de garantir a sua própria consistência. Uma hora ou outra ele vai precisar estabelecer uma referência externa, uma referência a outro sistema simbólico.

Isso aconteceu também com o neoconstitucionalismo. Os juristas brasileiros perceberam que a referência aos princípios fundamentais, como modo de completar a indeterminação da linguagem da constituição, que por sua vez foi a solução de Kelsen para completar a indeterminação da linguagem da legislação infraconstitucional, já não estava mais funcionando. Eles se deram conta que a linguagem dos princípios neoconstitucionalistas também era indeterminada. Também possuía um vazio, uma fissura regulatória, uma obscura incompletude.

Os advogados perceberam que seus clientes eram condenados ou absolvidos independente da questão dos princípios da ampla defesa ou da presunção de inocência presentes nos casos. Os tribunais pareciam nem ligar mais para esse estilo positivista de argumentação jurídica. Os argumentos que funcionavam eram outros, obscuramente escondidos atrás de uma máscara de racionalidade que disfarçava valorações com traços selvagens.

Acadêmicos e advogados começaram a se insurgir, nos meios de comunicação de massa, contra essa hermenêutica selvagem dos tribunais, baseada no subjetivismo, decisionismo, solipsismo e arbítrio. Uma hermenêutica de cadeia alimentar, de diferença entre presa e predador. Recursos à Corte Interamericana de Direitos Humanos pareciam querer uma explicação sobre o que estava acontecendo com a interpretação jurídica no Brasil. Palavras como “absurdo” passaram a substituir o lugar das tradicionais referências à “violação”. A questão já não era mais procurar uma instância transnacional para corrigir a violação a direitos humanos no Brasil, mas sim procurar uma resposta para entender o absurdo vazio de sentido da prática dos tribunais superiores brasileiros, quando ruiu o neoconstitucionalismo e



seus arranjos metafísicos. Os recursos já não pugnavam pela proteção dos direitos humanos, mas pela proteção da humanidade dos direitos.

A análise das consequências e dos efeitos colaterais passaram a ocupar o lugar que antes era ocupado pelos princípios jurídicos nas formas de argumentação jurídica. A referência ao direito parecia mais uma referência a um sistema de gestão estratégica de políticas públicas de diversidade do que uma referência a princípios coerentes e consistentes com uma convicção política convincente. Justamente esse sistema ontológico baseado na promoção da diversidade era visto como progressista e toda forma alternativa de ver as coisas parecia ser conservadora. O objetivo de tudo se tornou a afirmação das diferenças, a promoção da diversidade, a realização das desrrelações entre as unidades coerentes de sentido do mundo e sua substituição por unidades divergentes de sentido. *Divirjo, logo existo.*

Várias teorias já estavam presentes recomendando suplementos para essa ausência de sentido da prática jurídica brasileira. Moralidade política, ponderação e o consenso sob condições ideais de discussão foram os suplementos mais festejados e debatidos. Mas a prática interpretativa do direito, como sempre, segue seus próprios caminhos. E o caminho que ela seguiu foi o do paradigma da *différence*, que em sua versão jurídica foi chamado, no livro imaginário que estamos resenhando, de pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico nada mais é que a versão jurídica de um paradigma maior e mais abrangente, que é o paradigma da *différence*. Gestado no âmbito da filosofia pós-estruturalista francesa do 1968, este paradigma rompe com o sistema de pensamento do mundo pré-crítico, que procurava a unidade, a coerência e a convergência do sentido; e o substitui por um sistema de pensamento pós-crítico, que procura entender o sentido das coisas como resultado de uma construção discursiva, baseada em processos de determinação exógena do sentido (CEVOLO, 2016, p. 569)

Pensadores como Michel Foucault, Maurice Blanchot, Gilles Deleuze, Félix Guattari, Jacques Derrida e Pierre Klossowsky constituem o núcleo duro dessa nova forma de pensar, que substitui o esforço pela convergência do sentido em uma identidade coerente, pelo esforço da divergência do sentido em uma identidade incoerente. No lugar da reconciliação, reconhecimento e unidade, valoriza-se, agora, a dispersão, assimetria e a plurirreferencialidade.

Tratam-se de conceitos filosóficos que podem dar sono para indivíduos que não sabem o que eles significam. O livro explica esses conceitos e, confesso, não são fáceis de serem compreendidos por pensamentos situados nesse momento histórico, no qual essas diferenças ainda não fazem sentido em nossa compreensão, embora já façam sentido em outros níveis de significação. Vamos resgatar os exemplos que essa obra trás para ilustrar como o paradigma da *différence* já estava operando e controlando nossos sistemas de discursividade, desde o início do século XXI.

Cultos ecumênicos na religião, desrrelação na sexualidade, éticas dialógicas, colaboradores nas empresas, multi, trans, interdisciplinaridade na ciência, motores híbridos nas tecnologias, multidimensionalidade na pedagogia, multiculturalismo na arte, na música, no cinema, na literatura, pluralismo no direito e na política. O triunfo do paradigma da *différence* pode ser observado em várias áreas da experiência humana. No direito, ele se chama Pluralismo Jurídico.

Experimente-se argumentar, no tribunal, que o cliente é inocente porque o princípio da presunção de inocência proíbe que se possa condenar alguém sem provas concludentes sobre a autoria e materialidade. O cliente será condenado ou absolvido independente dessa discussão neoconstitucionalista. Mas experimente-se argumentar que o princípio da presunção de inocência, no caso, é importante não porque é um princípio, mas porque ele é garantia da *diversidade* de modos de vida plurais em face da vigilância punitiva do Estado. Experimente-se argumentar que a liberdade religiosa é importante porque é um princípio fundamental: isso não importa mais no paradigma da *différence*. Mas experimente-se argumentar que a liberdade religiosa é importante porque ela garante a diversidade e a riqueza de expressões religiosas culturais. O paradigma da *différence*, com efeito, institucionaliza um outro regime de verdade, um outro sistema de discursividade, uma nova episteme do direito.

Nesse regime de verdade da *différence*, uma cláusula pétrea, um direito fundamental, um princípio constitucional de direitos humanos só tem valor na medida em que ele contribui para a afirmação da diversidade de modos de vida, da pluralidade de crenças e ideologias, da garantia do multiculturalismo. Os princípios jurídicos encontram seu valor, nesse paradigma, apenas naquilo que ele for capaz de contribuir para a afirmação da diferença. Os princípios deixam de ser fundamento da unidade do sistema, para ser, agora, fundamento da diversidade do sistema.

Olhando retroativamente para a história do início do século XXI, o livro demonstra como já havia sinais do novo paradigma que estava se implantando. O pluralismo jurídico já estava presente, de modo progressivo, em grande parte das pesquisas acadêmicas do direito. Bastava observar os títulos das teses de doutorado, dos livros, dos artigos publicados em periódicos. Já era visível como a referência ao pluralismo começava a tomar o espaço que, anteriormente, era um espaço da unidade, da coerência e da convergência.

Como o pluralismo da *différence*, todo um regime de verdade se desloca, da unidade, para a diversidade. Alguns cientistas falaram em pós-verdade, em desconstrução, mas na realidade os regimes de verdade apenas se deslocaram para outras formas de sentido, igualmente contingentes ou arbitrárias. A resposta correta é a que promove a diversidade. A validade do direito está na correlação entre pluralidades de fontes ou referentes interpretativos e não mais na unidade coerente de um ordenamento jurídico, seja ele de um Estado ou não.

Os procedimentos continuam legitimando as decisões com base na verdade e na correção. Mas os conceitos de verdade e correção se desconectam das unidades coerentes e se deslocam para outros arranjos, igualmente metafísicos, das unidades incoerentes.

A segurança jurídica também não se perde, apenas se desloca para outro sentido. Ela continua sendo repetição, previsibilidade, não surpresa. Só que, enquanto no regime anterior a segurança estava na previsibilidade da subsunção dos casos à sintaxe dos textos jurídicos, no pluralismo a segurança está na previsibilidade da seleção de referentes interpretativos que vão afirmar ou potencializar a diversidade. Os juristas não terão mais certeza sobre quais normas serão aplicáveis aos casos, mas terão a certeza de que serão aplicadas as normas que justificam a promoção da diversidade. Poderão ter certeza que a decisão jurídica vai afirmar a diversidade. Ganha a causa quem demonstrar que sua conduta é a que melhor realiza a diversidade dos modos de vida, o pluralismo de experiências.

O direito penal, um direito tradicionalmente baseado na segurança da estrita legalidade, continua sendo uma questão de punição de condutas lesivas a bens jurídicos importantes. Mas o conceito do que é um bem jurídico relevante se desloca, dos valores e princípios das comunidades tradicionais, para os valores e princípios do pluralismo: será crime toda conduta que atente gravemente contra a diversidade, contra o pluralismo. Será que um direito à diversidade constituirá uma excludente de ilicitude? Na lógica da *différence*, só não será uma excludente da ilicitude se a diversidade for usada para atentar contra outras formas de diversidade. Como na paradoxal situação em que alguém pretenda afirmar seu direito à diversidade de não cultivar a diversidade. Esse tipo de diversidade, isto é, a divergência a respeito do próprio paradigma da diversidade, não é, contudo, tolerada pelo paradigma.

Em uma releitura de “O Processo” de Kafka, o Sr. K – “K” de *Kalumniator* (AGAMBEN, 2014, p. 37) – se encontra sob a paradoxal situação dele ter cometido um crime de calúnia contra si mesmo. E exatamente ao afirmar que não é verdade que ele praticou calúnia a si mesmo, ele mesmo comprova a tipificação da calúnia, que é, precisamente, o fato de atribuir mentirosamente a prática de um crime a alguém. O Sr. K, ao negar que caluniou, praticou calúnia. Esse é o paradoxo de uma segurança jurídica levada aos extremos. No paradigma da *différence*, o paradoxo está não na segurança da referência inequívoca a um tipo penal descrito em uma norma jurídica, mas sim na segurança da referência inequívoca à promoção da diversidade que nega, contudo, qualquer tentativa *divergente* de afirmação da divergência. A diversidade não tolera algumas formas de diversidade.

Diferentemente de Kelsen, não se precisa guardar este segredo: o paradigma da *différence*, como qualquer outro sistema ontológico de pensamento e de organização construtiva do sentido do mundo, também possui seus problemas de consistência e de indeterminação. Como todos os outros paradigmas antecessores, também ele produzirá seus regimes de verdade por algum tempo, até ser substituído por um novo arranjo metafísico. A *différence* afirma que não há essências e sim construções divergentes de sentido que se inscrevem no mundo como relações de poder. Mas essa afirmação de que não há essências também não é uma essência e sim uma, dentre outras, possibilidades de construção divergente de sentido, igualmente inscritas em relações de poder.

Rompendo com a metafísica grega, o pensamento da *différence* afirma que não há uma natureza das coisas. Mas também não é da natureza das coisas que não haja uma natureza das coisas. Afinal, se tudo é construído, se tudo é construção social, se tudo é resultado de um jogo de poder pelos processos de significação das coisas, então essa afirmação, apresentada, paradoxalmente, como uma natural apresentação de um estado de coisas, também é uma construção, um resultado de jogos de poder que têm, do seu lado, apenas a contingência do seu triunfo na contemporaneidade. Se tudo é construção social, esta afirmação de que tudo é construção social também é uma construção social.

8 A ASSOMBRAÇÃO DE GÖDEL

O paradigma da *différence* em geral e o pluralismo jurídico em especial não são, contudo, apenas mais um sistema de referência exterior ao direito, como foram as demais referências simbólicas do direito na história recente dos séculos XX e XXI. O pluralismo não é apenas mais um sistema simbólico de referência suplantado na forma de um novo estrato de significação dentro do conjunto dos referentes jurídicos e sim um novo arranjo metafísico que transforma o sentido de todo o conjunto dos estratos de significação do direito.

O pluralismo não é apenas uma nova referência para resolver o problema da indeterminação da linguagem normativa dos princípios, das constituições e das legislações infraconstitucionais. Ele transforma o sentido da unidade do problema da indeterminação da linguagem em um problema de plurirreferencialidade. A questão não é mais qual a interpretação adequada do direito, tampouco qual é o argumento mais racional ou bem fundamentado. A questão, no pluralismo, é qual o referente interpretativo que melhor promove a diversidade dos modos de vida, a riqueza das diferenças e a ruptura das hegemonias. Entretanto, como todos os sistemas ontológicos de sentido precedentes, um dia ele também será substituído por um novo, com novos regimes de verdade, correção e sinceridade. Novos regimes de ser, novas formas de existência e de organização dos referentes do pensamento.

O pluralismo jurídico contemporâneo não é apenas mais um estrato de significação dentro do conjunto dos referentes do direito, como foi o neoconstitucionalismo para a indeterminação do constitucionalismo e como foi o constitucionalismo para a indeterminação do direito infraconstitucional. Ele também produzirá seu regime de verdade por algum tempo, até os juristas descobrirem seus problemas de incompletude, de inconsistência. Mas há uma diferença importante aqui. O pluralismo não é apenas mais um sistema de referência que está servindo para suplantar os problemas de inconsistência do discurso neoconstitucionalista. O pluralismo jurídico, como expressão do paradigma da *différence*, modifica o próprio referente do direito. Não se trata apenas de um novo referente para *completar* a incompletude do referente atual do direito. O livro fala do pluralismo como uma nova visão de mundo, que afeta não só o sentido da validade dos direitos fundamentais, mas inclusive aquilo que vale como referente interpretativo do direito.

O pluralismo jurídico, em outras palavras, transforma a noção de fontes do direito em um sentido ambíguo, ambivalente: ele valoriza o que é diferente, mas não fornece um critério para separar, entre tudo o que é diferente, quais diferenças devem prevalecer como direito e quais não merecem reconhecimento jurídico. Na tradição do neoconstitucionalismo, uma parte dos juristas acreditou que a *soft law*, o direito emergente nas redes não oficiais de sistemas de organização, bem como o direito de grupos sociais minoritários, por uma questão de democracia ou de multiculturalismo, mereceriam o reconhecimento e a operatividade do direito oficial do Estado. Outra parte, na contramão do pluralismo jurídico, tentou pensar em um critério estatal – não plural – para distinguir pluralismos jurídicos válidos e inválidos, legítimos e ilegítimos, democráticos e elitistas. Outros importantes colegas pesquisadores invocaram os direitos humanos como referência de fundamento do pluralismo, como se os direitos humanos pudessem garantir o fundamento de unidade coerente da diversidade incoerente do pluralismo.

O problema é que essa discussão foi inócua. Porque o pluralismo jurídico, uma vez institucionalizado, não permite mais que o Estado e seu direito oficial funcione como um critério de racionalidade, de validade ou de legitimidade do direito. No paradigma da *différence*, o critério é o próprio pluralismo: direito válido só é válido enquanto for um direito plural, isto é, não um direito do Estado ou à margem do Estado, mas um direito construído no sentido da afirmação das diversidades e da ruptura com as unidades.



A questão, no pluralismo, não é como conciliar a validade de uma ordem jurídica oficial do Estado com outras ordens jurídicas autônomas, marginais ao Estado e dotadas de igual ou até maiores graus de legitimidade. A questão é deslocar a validade de uma ordem jurídica, da unidade, para a pluralidade; da identidade coerente, para a identidade incoerente.

O paradigma da *différence* subverte a relação entre constitucionalismo e democracia: o constitucionalismo como regra contramajoritária se transforma. Ele deixa de ser uma questão de proteção das minorias em relação às majorias, para se tornar uma questão de diversidade em relação às hegemonias. Minorias e majorias não são mais relações entre quantidades, mas sim entre intensidades. E a democracia, por sua vez, deixa de ser um espaço de deliberação procedimental condicionado às regras do constitucionalismo. Ela se torna um espaço de dissenso, de divergência, de produção da diferença, de construção política de identidades incoerentes.

Mais surreal que a história futura desse livro imaginário é o fato disso já fazer sentido quando observamos a prática jurídica brasileira e seus novos compromissos com a incoerência, divergência e plurirreferencialidade, ao invés da coerência, da unidade e do compromisso com os referentes tradicionais do direito – as normas jurídicas válidas e especialmente a Constituição. A hermenêutica selvagem demonstra isso. O referente interpretativo do direito hoje não é mais o mesmo daquele que constituiu o objeto da hermenêutica civilizada e seu kelseniano problema da indeterminação da linguagem das normas jurídicas.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O segredo de Hans Kelsen é que sua teoria pura já anunciava, sob o problema da indeterminação da linguagem, que aconteceria esse processo de estratificação ou suplementação dos referentes jurídicos. Ele não poderia saber quais seriam os sistemas de referência que os juristas escolheriam para suplantar o sempre presente problema de inconsistência dos sistemas simbólicos em geral, que seu colega do Círculo de Viena, Kurt Gödel, ganhou vários prêmios importantes por demonstrar isso. Não sabia o conteúdo material da referência, mas sabia que a máscara, por ele criada, sob o nome de norma

fundamental, não duraria para sempre e que logo os juristas ingressariam em uma odisseia, uma busca pelo sempre penúltimo referente absoluto do direito.

Kelsen sabia que um sistema simbólico não pode garantir a sua própria consistência, com independência de outro sistema simbólico de segundo nível. Mesmo assim, ele fechou e trancou essa porta crítica do sistema jurídico, escondendo a chave atrás da norma fundamental, que nada mais foi que uma máscara, um conceito hipotético que não significava nada, um conjunto vazio e que, justamente por isso, poderia significar qualquer coisa, poderia ser preenchido com qualquer objeto do mundo, seja ele real, ideal ou impossível.

Importantes colegas da academia viram na norma fundamental o Aleph de Borges (2005, p. 193), isto é, viram nela tudo o que queriam ver: valores, axiologias, princípios materiais, tradições da comunidade. Outros colegas igualmente inteligentes viram na norma fundamental uma metáfora da própria constituição federal. Ambos, sem querer, contaminaram, por assim dizer, a pureza epistêmica do direito. Suplantaram o direito com referências morais, éticas e políticas. Mas ao mesmo tempo demonstraram que a pureza do direito, em Kelsen, não passava de uma máscara conceitual. Um adorno suntuoso, cujo brilho ofuscou o problema da incompletude dos sistemas simbólicos em geral, que Kelsen tratou como o problema da indeterminação da linguagem do direito.

Demonstrando a lógica das suplementações de referentes simbólicos na prática interpretativa do direito, o livro não queria desconstruir o direito. Ele queria mostrar como o direito é frágil sem suas máscaras, sem suas vestes, sem seus mitologemas. Mostrar como precisamos cuidar do direito da nossa comunidade, para que ele não se perca na história dos retrocessos sociais.

Ubi societas, ibi jus, onde existem sociedades, existe direito. O livro fala de um momento na história das civilizações em que não há nenhuma garantia Natural ou Divina de que existam sociedades com direitos. O direito é uma dimensão frágil da experiência civilizacional da humanidade. Se nós não cuidarmos das instituições e da sua autonomia em relação aos demais contextos normativos da sociedade, o direito se perde. Irã, Iraque, Venezuela e Brasil, foram, segundo o livro imaginário, diferentes exemplos de como é fácil acontecerem retrocessos sociais, redução de direitos fundamentais, suspensão de direitos sociais, com ou sem guerras, com ou sem estados de exceção. Retrocessos sociais que muitas

vezes acontecem por trás das máscaras neoconstitucionalistas dos princípios, inclusive, dentre eles, o princípio da proibição do retrocesso social.

Hans Kelsen desenhou um direito válido, eficaz, operativo, forte e bem estruturado tanto na dimensão da estática, quanto na da dinâmica. O seu segredo foi que, por trás dessa aparência poderosa de um direito positivo dotado de autoridade, autonomia e vinculação, subsiste um direito frágil, seletivo, que precisa ser cuidado, cultivado, para não ser devorado pela economia, pela política e pelas ideologias desse país, que a hermenêutica jurídica selvagem – a hermenêutica da presa e do predador – poderá um dia explicar.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Nudez**. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BARONE, Francesco. **Il neopositivismo logico**. Roma: Laterza, 1986.

BORGES, Jorge Luis. **El Aleph**. Buenos Aires: Emecé e La Nación, 2005.

CARNAP, Rudolf. **Introduction to symbolic logic and its applications**. Tradução de William H. Meyer e John Wilkinson. New York: Dover Publications, 1958.

CEVOLO, Vicente Augusto Gabriel Leite. Do corpo subculturado ao sujeito de cultura. In: SILVA, José Vitor da; BRAGA, Cristiane Giffoni. **Cuidados Paliativos na Perspectiva Contemporânea**. Curitiba: Prismas, 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1**. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

FOERSTER, Heinz Von. **Observing systems: selected papers of Heinz von Foerster**. Seaside/CA: Intersystems Publications, 1981.

GÖDEL, Kurt. **On formally undecidable propositions of Principia Mathematica and related systems**. Tradução de B. Meltzer. New York: Dover Publications Inc., 1992.



GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KUHN, Thomas. **The sctructure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Tradução de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 33-107.

NAGEL, Ernest; NEWMAN, James. R. **A prova de Gödel**. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Comentários sobre a Teoria Pura do Direito. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 63-77.

RUSSELL, Bertrand; WHITEHEAD, Alfred North. **Principia mathematica**. Cambridge: Cambridge University Press; London: Fetter Lane, 1910, Vol. 1.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A teoria pura do direito de Kelsen e a sintaxe linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. **Novos Direitos**, v. 2, n. 2, p. 121-146, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Ufsc, 1983.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sciología comprensiva**. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.