

**AUTONOMIA RELATIVA DO DIREITO EM PIERRE  
BOURDIEU E O NORMATIVISMO:  
DA CRÍTICA SOCIOLÓGICA À LÓGICA PRÓPRIA DO DIREITO**

**LAW'S RELATIVE AUTONOMY IN PIERRE  
BOURDIEU AND NORMATIVISM:  
FROM THE SOCIOLOGICAL CRITIC TO LAW'S OWN LOGIC**

*Robert Steven Vieira Taves\**

**RESUMO**

A relação de dominação e emancipação no direito está diretamente vinculada ao grau de autonomia do discurso jurídico. De um lado, a crítica sociológica do século XIX e do início do século XX desmascarou o caráter ideológico do direito que reproduziria discursos hegemônicos ou relações sociais de dominação. Por outro, é manifesto que o discurso jurídico possui certas particularidades e que seus agentes se movem por razões próprias no campo social. Pierre Bourdieu, a partir dessas duas correntes de pensamento, atribui uma relativa autonomia ao discurso jurídico, cujo cerne seria a lógica própria do direito. Este trabalho discute a dominação e a emancipação no direito, bem como sua autonomia, aproximando a lógica própria do direito ao discurso normativista que teve seu ápice no positivismo relativista, mas que subsiste mitigado nas versões mais atuais da teoria jurídica.

**Palavras-chave:** Sociologia; Direito; Autonomia relativa; Normativismo; Positivismo.

**ABSTRACT**

The relation between domination and emancipation in Law is directly linked to the degree of autonomy of legal speeches. On one hand, the sociological critique of the nineteenth and early twentieth century unmasked Law's ideological character to reproduce hegemonic speeches or social relations of domination. On other hand, it is clear that the legal discourse has certain peculiarities and their agents move in the social

\* Mestrando em Hermenêutica Jurídica e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Analista Jurídico, Assessor de Gabinete de Procurador Regional da República no Ministério Público Federal. Endereço físico: Rua Washington, 605, apto 701, bairro Sion, Belo Horizonte/MG, CEP 30315-540, e-mail: roberttavess@gmail.com.

Robert Steven Vieira Taves

field for their own reasons. From these two lines of thought, Bourdieu assigns to legal discourse a relative autonomy, whose core would be law's own logic. This paper discuss the domination and emancipation in law as well as its autonomy, approaching law's own logic to the normative speech that peaked during relativistic positivism and yet remains, even though mitigated by legal theory in its most current versions.

**Keywords:** Sociology; Law; Relative autonomy; Normativism; Positivism.

## INTROITO

O discurso jurídico científico, se pretende alguma legitimidade, não pode desconsiderar a crítica sociológica. Fazê-lo seria deixar de adotar uma postura reflexiva sobre a relação do Direito com o poder ou, mais claramente, com o estado das relações de força na sociedade; seria uma irresponsável mudez sobre a dominação e emancipação pelo direito.

## PERSPECTIVA EXTERNALISTA

A perspectiva da crítica da economia política de inspiração marxista compreendeu o fenômeno social do direito como um discurso de dominação que, quando muito, refletia o verdadeiro fundamento da integração social, qual seja, as relações de produção:

Com tal mudança de perspectivas, levada a cabo pela economia política e pela crítica da economia política, a categoria do direito perde sua posição-chave na estratégia teórica. Parece que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do direito racional: E se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza não normativa. A anatomia da sociedade burguesa, vertida em conceitos da economia política, possui um efeito desmascarador; revela que o esqueleto que mantém coeso o organismo social não é mais o conjunto das relações de direito, e, sim, o das relações de produção.<sup>1</sup>

Nessa primeira manifestação da crítica sociológica, que Habermas denomina funcionalista, o direito e seu discurso são reduzidos à superestrutura da base econômica de uma sociedade ao assegurar a disposição social dos meios de produção.<sup>2</sup> Essa concepção ainda pressupõe um conceito de totalidade de sociedade que apenas substitui o Estado, protagonista dessa unidade em Hegel, pela

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 68-69.

<sup>2</sup> HABERMAS, 2012, p. 69.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

economia.<sup>3</sup> A totalidade, porém, não resiste ao aprofundamento do historicismo, com sua crítica aos princípios teleológicos que a inspiraram,<sup>4</sup> tampouco persiste ao crescente pluralismo axiológico nas sociedades.

O funcionalismo, em sua perspectiva objetivadora, ainda assim, assume outras manifestações mais elaboradas, de Levi-Strauss até Althusser e Foucault, denominadas funcionalistas por Habermas; bem como a Teoria dos Sistemas de Luhmann, em que as relações sociais do sistema jurídico das quais o direito seria mecanismo são destacadas da sociedade com um todo.<sup>5</sup> Essas novas elaborações funcionalistas não reduzem o direito apenas a um discurso reprodutor das relações sociais hegemônicas. Contudo, continuam concebendo as relações jurídicas discursivas como mera expressão de um sistema próprio de interações sociais, mais ou menos, autônomas.

A perspectiva que Habermas denomina funcionalista pode ser tomada, sem maiores perdas, pela compreensão sociológica externalista ou instrumental que Bourdieu denuncia. Essa visão concebe o direito como mero reflexo ou um utensílio a serviço dos dominantes.<sup>6</sup> Nas palavras do sociólogo francês, nela se vê:<sup>7</sup>

[...] no direito e na jurisprudência um *reflexo directo* das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação, como bem o diz a linguagem do Aparelho, reactivada por Louis Althusser.

155

Trata-se de uma compreensão parcial do fenômeno do direito que subestima o papel integrador do discurso jurídico, à qual duas críticas inter-relacionadas são feitas. A primeira fora formulada por Bourdieu, segundo a qual os defensores da visão externalista “[...] ignoram paradoxalmente a *estrutura* dos sistemas simbólicos e, neste caso particular, a *forma* específica do discurso jurídico”.<sup>8</sup> Por mais que se confie na força da ideologia, a prática jurídica revela a particularidade das relações sociais entre seus agentes, bem como o esforço e a vinculação de seus participantes a razões propriamente jurídicas. Constata-se que há uma interação entre os agentes jurídicos, mais ou menos distanciada de outros âmbitos de relações sociais. E não só isso, mas essa interação fundamenta um discurso jurídico que apresenta uma forma específica. De acordo com Bourdieu:

<sup>3</sup> HABERMAS, 2012, p. 69.

<sup>4</sup> Ibid., p. 70.

<sup>5</sup> Ibid., p. 71.

<sup>6</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 209.

<sup>7</sup> BOURDIEU, 2010, p. 210.

<sup>8</sup> Ibid., p. 210.

Isto porque, tendo reiterado a afirmação ritual da autonomia relativa das “ideologias”, eles passaram em claro a questão dos fundamentos sociais desta autonomia, quer dizer, mais precisamente, a questão das condições históricas que se devem verificar para poder emergir, mediante lutas no seio do campo do poder, um universo social autônomo, capaz de produzir e de reproduzir, pela lógica do seu funcionamento específico, um *corpus* jurídico relativamente independente dos constrangimentos externos. Desse modo, abstiveram-se de determinar a contribuição específica que, pela própria eficácia da sua forma, o direito pode dar ao cumprimento das suas presumidas funções.<sup>9</sup>

A perspectiva funcionalista desprestigia o discurso de validade jurídica e desconsidera a imperatividade dos enunciados normativos e as expectativas normativas de comportamento. Essas expectativas e imperatividade fazem com que o discurso jurídico não seja uma mera expressão de relações sociais de um âmbito específico, o jurídico, mas que determine, crie, elimine e modifique essas relações. Os efeitos do discurso, na perspectiva de Habermas,<sup>10</sup> consubstanciam-se na própria intersubjetividade linguística, e não pela conformação às relações sociais.

A segunda consequência que nos interessa é a extinção de todos os vestígios que a autocompreensão normativa do sistema jurídico deixara para trás nas teorias clássicas da sociedade. A própria reinterpretação das expectativas normativas de comportamento, que passam a ser expectativas cognitivas mantidas contrafactualmente, tal como se dá na teoria da aprendizagem, apaga a dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, o sentido ilocucionário de mandamentos e normas de ação.<sup>11</sup>

Essa colocação habermasiana, levada a sério, conduz a outra crítica.

A segunda crítica à visão externalista da sociologia jurídica não fora destacada expressamente por Bourdieu como um argumento próprio, mas está clara no conjunto de sua análise do que denomina campo jurídico. Nesse sentido, por se relacionar estreitamente com a primeira crítica, pode-se concordá-la com a teoria do sociólogo francês.

<sup>9</sup> BOURDIEU, 2010, p. 210.

<sup>10</sup> Não se ignora a importante divergência entre as abordagens de Jürgen Habermas e Pierre Bourdieu. Percebe-se que, para Habermas, as relações sociais nada mais são do que relações discursivas e intersubjetividade e, para Bourdieu, as relações discursivas ao mesmo tempo refletem e alteram (estrutura-estruturante) as relações sociais simbólicas e sua objetividade de inspiração fenomenológica, sem confundi-las. Essa divergência, no entanto, não parece ser insuprimível estritamente no que tange às críticas dos autores à perspectiva funcionalista ou externalista da sociologia sobre o direito.

<sup>11</sup> HABERMAS, 2012, p. 74.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A visão externalista concebe o direito como mero reflexo das relações sociais ou das relações próprias do sistema jurídico, o qual se distancia e apenas concorre com os demais sistemas. Essa visão negligencia as alterações que o próprio discurso jurídico promove nas relações sociais e nos demais sistemas. O instrumentalismo se foca na influência das relações sociais sobre o direito e subestima o fluxo inverso, a influência do direito nas relações sociais, a qual é reduzida a mera retroalimentação, que apenas consolida os valores, posições ou simbolismos já presentes nas relações sociais.

Ronald Dworkin, que adota uma postura oposta à crítica sociológica, que, a seguir, será denominada internalista, faz duras críticas à redução do direito a um mero reflexo das relações sociais.<sup>12</sup> A partir da perspectiva daqueles que fazem reivindicações jurídicas, Dworkin destaca que o resultado da argumentação realizada nos âmbitos discursivos particulares do direito determina as ações e relações desses agentes no âmbito jurídico:

O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações. [...] Essas pessoas não querem que se especule sobre as reivindicações jurídicas que farão, mas sim demonstrações sobre quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê; querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham.<sup>13</sup>

157

Habermas se refere a essa consequência da perspectiva funcionalista ao criticar a Teoria dos Sistemas de Luhmann, afirmando que, segundo ela, o direito se torna desprovido das funções de orientação da sociedade como um todo, isto é, de sua capacidade de efetivamente influir no mundo de forma regulatória, não metaforicamente.<sup>14</sup> Bourdieu, por sua vez, não situa a teoria de Luhmann dentro da crítica sociológica externalista ao direito, mas a aproxima da resposta do pensamento jurídico a essa crítica. Ainda assim, o sociólogo francês formula contra ela a mesma objeção de ausência de interpenetração entre os sistemas e entre o discurso e as relações sociais.<sup>15</sup>

### PERSPECTIVA INTERNALISTA

A contrapartida do pensamento jurídico a essa visão externalista ou funcionalista não é menos parcial e ingênua, pois se fecha na normatividade do di-

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17-18.

<sup>13</sup> DWORKIN, 2007, p. 18.

<sup>14</sup> HABERMAS, 2012, p. 73.

<sup>15</sup> BOURDIEU, 2010, p. 211-212.

Robert Steven Vieira Taves

reito racional. Trata-se de um tênue traço teórico comum que, por curioso que seja, está presente tanto na jurisprudência dos conceitos quanto no positivismo crítico do século XX, com Hans Kelsen e Herbert Hart, e até mesmo na concepção de justiça de John Rawls. São teorias que concebem os institutos jurídicos e as decisões como frutos de uma forma própria de raciocínio jurídico que, em si mesmo, não é mero reflexo das relações sociais.

A crítica a essa resposta dada pelo pensamento jurídico se apresenta em Habermas como uma crítica particular a Rawls:<sup>16</sup>

A partir dos anos 70, o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional desencadeou uma reação surpreendente. E a filosofia do direito, seguindo a esteira da reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, deu uma guinada, passando a revalorizar, de uma forma por demais direta, a tradição do direito racional. Quando surgiu a “Teoria da Justiça”, de John Rawls (1971), o pêndulo oscilou para o outro lado. Entre os filósofos e juristas, inclusive entre economistas, introduziu-se um discurso ingênuo que retoma teoremas do século XVII e XVIII, como se não fosse preciso tomar ciência do desencantamento do direito, levado a cabo pelas ciências sociais.

158

Bourdieu, por sua vez, volta suas reflexões àquela que talvez tenha sido a grande manifestação do que Habermas denomina normativismo do direito racional: a Teoria Pura do Direito.<sup>17</sup> Por mais que o normativismo kelseniano fosse criticado, não se pode ignorar que cunhou o raciocínio normativista próprio, que mesmo os pós-positivistas não abandonaram completamente. Identifica-se nesse momento a originária e autêntica manifestação enquanto tal daquilo que Bourdieu conceituaria como a lógica específica do direito. O sociólogo francês denomina essa perspectiva de internalista ou formalismo jurídico e sobre ela esclarece que:

A “ciência jurídica” tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito com um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua “dinâmica interna”.<sup>18</sup>

A crítica a essas construções teóricas, já antecipada acima, não exige hodiernamente grande fôlego argumentativo, pois o discurso jurídico não pode ser isolado do complexo de relações sociais, da história, do horizonte linguístico

<sup>16</sup> HABERMAS, 2012, p. 83.

<sup>17</sup> BOURDIEU, 2010, p. 209.

<sup>18</sup> BOURDIEU, op. cit., p. 209.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

mais amplo da sociedade em que se insere e no qual seus agentes estão imersos. A ilusão da independência do direito não se sustenta nem mesmo no normativismo positivista relativista. Hart reconhece a textura aberta do direito<sup>19</sup> e Kelsen usa a metáfora da moldura para a indeterminação da aplicação de normas gerais a casos concretos,<sup>20</sup> encerrando no âmago de suas teorias a semente do que as corroeria.

### AUTONOMIA RELATIVA

A partir da dicotomia entre as perspectivas externalista e internalista, pode-se concluir com Bourdieu que o direito é um campo de relativa autonomia em relação aos demais. Os outros campos sociais, ainda que distintos do campo jurídico, preenchem o direito de significado e o influenciam ao mesmo tempo que sofrem seu influxo semântico e sua regulamentação. Essa interpenetração discursiva reflete uma interação social entre os campos de igual independência relativa:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.<sup>21</sup>

159

A compreensão dessa autonomia relativa exige primordialmente o entendimento de três conceitos, *habitus* jurídico, campo jurídico e lógica específica do direito. São conceitos densos, originais e cuja análise acurada tomaria um vasto tempo e muitas folhas de que este estudo não dispõe, além de desviar do objeto que aqui se pretende tratar. Dessa forma, serão sintetizados aqui apenas no que são imprescindíveis para a compreensão da autonomia relativa do direito.

O *habitus* pode ser entendido como as disposições internalizadas pelo agente com certa permanência não só em sua mente e seu discurso, mas em seu corpo como um todo, incluindo seu consciente, inconsciente, raciocínio, seu arranjo anatômico e gestual.<sup>22</sup> Ele sedimenta o sujeito em sua individualidade e envolvimento social pelo acúmulo contínuo de vivências, no sentido mais amplo

<sup>19</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2007. p. 141.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

<sup>21</sup> BOURDIEU, 2010, p. 211.

<sup>22</sup> BOURDIEU, op. cit., p. 61.

do termo. O *habitus* seria mesmo a história em estado incorporado.<sup>23</sup> Aproxima-se das virtudes práticas aristotélicas e sua *hexis*, bem como do primado da razão prática de Fichte,<sup>24</sup> também formando o senso moral do sujeito, mas sem possuir em si mesmo qualquer conotação de qualidade ou defeito, bem ou mal. O *habitus* apenas expõe o que há das condições sociais na formação do sujeito, em toda a sua arbitrariedade e historicidade.

Por essa razão, o *habitus* e seus efeitos se apresentam para o sujeito como naturalizados, embora ele tenha sido construído historicamente e estar em constante renovação gradual e resistente.<sup>25</sup>

O conceito permitia a Bourdieu fugir do estruturalismo sem cair na ultrapassada filosofia da consciência,<sup>26</sup> aliando a isso, ainda, as condições sociais de produção da subjetividade, sem se reduzir a um determinismo social:

*O habitus*, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. [...] é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós “reproduzamos” as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.<sup>27</sup>

160

Nesse sentido, as várias competências e habilidades que qualificam um sujeito para ser um agente jurídico e, mais do que isso, a visão de mundo, a disposição corporal, a linguagem, a carga de simbolismos e tudo o mais que caracterizar os incluídos no campo do direito, comporiam o *habitus* jurídico.

O conjunto de disposições pessoais criadas já na graduação em Direito, muitas vezes já preparado por uma trajetória de vida ligada às carreiras jurídicas de familiares, e completada nos primeiros anos da carreira, leva os juristas a desenvolver profundamente um “*habitus*” judicial que envolve toda uma visão do mundo através de categorias jurídicas, criando um universo autônomo fechado às pressões externas, e imune a tais questionamentos, que eles têm como ilegítimos, por virem de fora do campo jurídico, originando-se nos interesses e lógicas próprios aos demais campos.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> BOURDIEU, 2010, p. 82.

<sup>24</sup> BOURDIEU, op. cit., p. 61.

<sup>25</sup> ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. *Estudos Jurídicos*, v. 38, n. 1, p. 46-53, jan./abr. 2005. p. 47.

<sup>26</sup> BOURDIEU, 2010, p. 61.

<sup>27</sup> BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 105.

<sup>28</sup> ROCHA, 2005, p. 48.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

O *habitus* forma e é formado, simbioticamente, pelo campo que lhe é respectivo. Pode-se afirmar que campo é o complexo de relações sociais distinto por objetos de disputa e interesses próprios, integrado por valores e disposições mentais específicas forjados no respectivo *habitus*.

Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses implica a indiferença em relação a outros interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem o conhecimento e o reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc.<sup>29</sup>

A homologia entre os campos permitiu a Bourdieu desenvolver o que denominou de Teoria Geral dos Campos, identificando em todos eles elementos análogos.<sup>30</sup> Esses elementos correspondem a conceitos inicialmente apropriados pela economia, mas que a ela não pertencem privativamente, como capital, oferta, demanda, monopólio e outros, em que os valores financeiros referidos são substituídos pelo valor simbólico.<sup>31</sup>

Assim, as posições dos agentes no interior de cada campo dependerão de seu capital simbólico, o poder simbólico que a ele se atribui, ou melhor, que é reconhecido como legítimo pelos demais agentes do campo, que desconhecem sua arbitrariedade. Nesse sentido, “[...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.<sup>32</sup>

Em última instância, todo poder simbólico é um poder linguístico, o qual consiste no reconhecimento pelos demais da capacidade de um agente nomear o mundo para um dado campo, isto é, aptidão atribuída para produzir representações simbólicas, como se as tivesse apenas revelando ou descobrindo.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder

<sup>29</sup> BOURDIEU, 1983, p. 89-94.

<sup>30</sup> BOURDIEU, 2010, p. 66-67.

<sup>31</sup> Ibid., 2010, p. 68.

<sup>32</sup> Ibid., p. 7-8.

Robert Steven Vieira Taves

quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.<sup>33</sup>

A linguagem, segundo Bourdieu, possui uma função comunicativa, de criar consensos linguísticos ao nomear e permitir a comunicação, interação e integração social. Porém, ela também tem uma função de divisão, ao cunhar uma dada forma de nomear as coisas, uma visão de mundo, e relegar o inominado ao esquecimento e os dissensos à marginalização.<sup>34</sup> Igualmente, o poder simbólico distribuído dentro de um determinado campo se põe a definir ao distinguir. Separa, de um lado, o que se insere no campo e possui algum poder e, de outro, aquilo que está excluído, o profano, desprovido de poder. Ademais, a desigualdade da distribuição do poder simbólico hierarquiza os agentes inseridos no campo entre os poderosos dominantes e os dominados de menor poder.

Para romper com essa filosofia social é preciso mostrar que, embora seja legítimo tratar as relações sociais – as próprias relações de dominação – como interações simbólicas, isto é, como relações de comunicação que implicam o conhecimento e o reconhecimento, não se deve esquecer que as trocas linguísticas – relações de comunicação por excelência – são também relações de poder simbólico onde se atualizam as relações de força entre os locutores ou seus respectivos grupos.<sup>35</sup>

162

Dessa forma, a dinâmica da relação entre os agentes de determinado campo é regida por um jogo de linguagem, em alusão a Wittgenstein, no qual está em disputa o poder simbólico de ser o portador do discurso legítimo tão arbitrário quanto são as regras do jogo.<sup>36</sup> A postura conservadora dos detentores de posições dominantes no campo (ortodoxia) combate a postura herética dos inferiormente posicionados (heterodoxia). Porém, ambos concordam e não põem em questão as regras do confronto, do jogo linguístico que constitui o campo.<sup>37</sup>

Aplicada ao direito, a noção cunhada por Bourdieu permite propor a compreensão de um campo jurídico, assim definido pelo próprio sociólogo francês:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reco-

<sup>33</sup> BOURDIEU, 2010, p. 14.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>35</sup> BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2008. p. 23-24.

<sup>36</sup> BOURDIEU, 2010, p. 69.

<sup>37</sup> BOURDIEU, 2008, p. 122.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

nhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.<sup>38</sup>

Apenas os incluídos no campo jurídico dominam a linguagem de nomeação jurídica, é dizer, somente os agentes jurídicos ofertam produtos jurídicos e, dentro de seu campo, lutam por maior poder nesse monopólio.<sup>39</sup> É justamente a maior ou menor capacidade interpretativa incorporada pelos agentes em seu *habitus* jurídico que os inclui no campo como iniciados e, ao mesmo tempo, contribui para sua hierarquização no interior do campo.

O conceito de campo busca fugir da dicotomia da interpretação interna, em seu formalismo tendente a uma falsa noção de autonomia, e da explicação externa reducionista a formas sociais.<sup>40</sup> Não se nega, porém, a inter-relação entre os campos, que terão maior ou menor autonomia, da mesma forma que vários *habitus* específicos se imbricam para formar o *habitus* individual de um sujeito.

A compreensão da autonomia relativa do direito, pela perspectiva de Bourdieu, pressupõe a ideia de campo em substituição a uma apreensão vaga de sociedade:

A noção de campo substitui a de sociedade, pois, para ele, uma sociedade diferenciada não se encontra plenamente integrada por funções sistêmicas, mas, ao contrário, é constituída por um conjunto de microcosmos sociais dotados de autonomia relativa, com lógicas e possibilidades próprias, específicas, com interesses e disputas irredutíveis ao funcionamento de outros campos.<sup>41</sup>

### LÓGICA ESPECÍFICA DO DIREITO

Essa capacidade interpretativa inculcada pelos agentes em seu *habitus*, que os qualifica como pertencentes ao campo jurídico, define tal campo e lhe confere relativa autonomia, reside na sua lógica específica, a qual seria duplamente determinada:

<sup>38</sup> BOURDIEU, 2010, p. 212.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>41</sup> CATANI, Afrânio Mendes. As possibilidades analíticas da noção de campo social. *Educação e Sociedade*, v. 32, n. 114, p. 189-202, mar. 2011. Disponível em: <[http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2J\\_FPV4T4J3T4DL\\_CHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set\\_number=009897&set\\_entry=000024&format=999](http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2J_FPV4T4J3T4DL_CHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000024&format=999)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

Robert Steven Vieira Taves

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas, que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.<sup>42</sup>

### Relações de força específicas no interior do campo jurídico

O primeiro elemento determinante da lógica específica do campo jurídico são as relações de força específicas que nele se desenvolvem e lhe dão estrutura. Sobre essa questão, Bourdieu destaca dois grandes polos:<sup>43</sup>

As diferentes categorias de intérpretes autorizados tendem sempre a distribuir-se entre dois polos extremos: de um lado, a doutrina, monopólio dos professores que estão encarregados de ensinar, em forma normalizada e formalizada, as regras em vigor; do outro lado, a interpretação voltada para a avaliação prática de um caso particular, apanágio de magistrados que realizam actos de jurisprudência e que podem, deste modo – pelo menos alguns deles – contribuir também para a construção jurídica.

164

As relações académicas de direito, que muito participam da incorporação do *habitus* jurídico pelos pretendentes a juristas, funcionam como um verdadeiro rito de instituição.<sup>44</sup> No Brasil, elas passam pela laboriosa aprovação no vestibular para faculdades de direito melhor ou pior posicionadas na hierarquia do campo e culminam com a obtenção do título de bacharel e, em regra, com a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Destaque-se que essa prova foi unanimemente respaldada pelos mais incluídos quando questionada judicialmente.<sup>45</sup> Nesse complexo de relações, detém destaque a posição dos professores que se voltam para a sintaxe do direito, na coerência e harmonia do ordenamento jurídico como unidade sistemática de normas,<sup>46</sup> até mesmo pela facilitação didática.

Por sua vez, há os magistrados cuja posição de destaque no campo jurídico é assegurada até mesmo por força da lei, ou melhor, do art. 5º, XXXV, e 95 da

<sup>42</sup> BOURDIEU, 2010, p. 211.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>44</sup> BOURDIEU, 2008, p. 97.

<sup>45</sup> Confira: STF, RE 603.583/RS, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 26.10.2011.

<sup>46</sup> BOURDIEU, *op. cit.*, p. 218.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

Constituição, que lhes atribui a atividade jurisdicional da qual nem mesmo podem se furtar ou ser afastados. No Brasil, essa posição privilegiada na hierarquia social do campo também é respaldada por um rito de instituição que inclui a aprovação em dificultado concurso de provas e títulos, também exigido juridicamente pela Constituição em seu art. 93, I. Aos juízes é própria uma abordagem pragmática do ordenamento jurídico, voltada para a solução de casos concretos e solução de problemas práticos, casos limites.<sup>47</sup>

As características próprias dos discursos jurídicos surgem da concorrência interna em cada um desses polos, entre aqueles que ocupam posições dominantes e os demais agentes jurídicos, como advogados, notários e outros.<sup>48</sup> Ao mesmo tempo em que concorrentes, essas posições interpretativas, no conjunto do campo, complementam-se na formação do discurso jurídico, segundo Bourdieu, na forma de uma divisão do trabalho de dominação.<sup>49</sup>

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competências ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo.<sup>50</sup>

A concorrência entre os intérpretes, portanto, é limitada pelas regras desse embate, a lógica jurídica, que distingue os produtos interpretativos de meros atos políticos à medida que são concebidos como “[...] resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos [...]”.<sup>51</sup> Os agentes, por mais divergentes que sejam, não estão completamente dispostos a renunciar a essas restrições,<sup>52</sup> ou mesmo são incapazes de fazê-lo sem um esforço reflexivo particularmente difícil.

Justamente o que não é tão disputado no discurso, ou seja, as regras do combate no nível das relações sociais, é que constitui a lógica específica do direito, distinguindo as enunciações e os participantes habilitados dos afastados.

### Lógica interna das obras jurídicas

O segundo elemento determinante da lógica específica do campo jurídico é a lógica interna das obras jurídicas.<sup>53</sup> Esse é o elemento que atua no nível dis-

<sup>47</sup> BOURDIEU, 2010, p. 218.

<sup>48</sup> Ibid., p. 216-218.

<sup>49</sup> Ibid., p. 219.

<sup>50</sup> Ibid., p. 217.

<sup>51</sup> Ibid., p. 214.

<sup>52</sup> Ibid., p. 214.

<sup>53</sup> Ibid., p. 211.

cursivo, consubstanciando o discurso jurídico, cerne deste estudo. Por essa razão, a ele será dado aqui maior destaque na composição da lógica própria do direito.

A descrição que Bourdieu faz da lógica interna das obras jurídicas permite firmar basicamente três características dessa forma de pensar e discursar o direito. Antes de tudo, é preciso compreender que elas não se referem apenas à exteriorização das falas jurídicas, em um sentido expositivo de racionalização, mas, assumindo o caráter linguístico de todo o pensamento, cunham o interior do próprio raciocínio dos agentes jurídicos, no sentido intelectual de racionalização. O duplo sentido dessa racionalização, em alusão a Freud e Weber, dá-se por meio da incorporação desse discurso pelos agentes em seu *habitus* jurídico.<sup>54</sup>

A primeira característica da lógica das obras jurídicas é o emprego da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, marcada por construções passivas, conjugações no indicativo, verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado<sup>55</sup> ou, como é comum no português, emprego de sujeito oculto. Essas construções gramaticais formam um interlocutor impessoal, afastado e neutro, capaz de renegar à própria subjetividade em benefício da revelação imparcial do sentido da lei.<sup>56</sup>

Sua segunda característica é retirada do fato de que a interpretação jurídica sempre se volta para uma finalidade prática, a solução do caso concreto, e, para isso, encontra limites graves.<sup>57</sup> Cumpre aos juristas conformar princípios e regras em uma unidade sistemática de normas, o ordenamento jurídico, organizadas de forma coerente. Afasta-se de antemão qualquer possibilidade de antinomias ou lacunas que não sejam apenas aparentes ou sanáveis com recurso ao próprio ordenamento.<sup>58</sup> Nas palavras de Bourdieu:<sup>59</sup>

Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o *pôr-em-forma* dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas, elaborando um corpo sistemático de regras assente em princípios racionais e destinado a ter uma aplicação universal. Participando ao mesmo tempo de um modo de pensamento teológico – pois procuram a revelação do justo na letra da lei – e do modo de pensamento lógico – pois pretendem pôr em prática o método dedutivo para produzirem as aplicações da lei ao caso particular –, [...] eles praticam uma exegese que tem por fim racional-

<sup>54</sup> BOURDIEU, 2010, p. 216.

<sup>55</sup> Ibid., p. 215-216.

<sup>56</sup> Ibid., p. 215-216.

<sup>57</sup> Ibid., p. 213.

<sup>58</sup> Ibid., p. 213.

<sup>59</sup> Ibid., p. 221.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

zar o direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações consequências não previstas, preenchendo assim as famosas “lacunas” do direito.

A terceira característica é o cânone jurídico, a necessária referência feita nas proposições jurídicas a disposições normativas que recorrem à autoridade de outras normas até a Constituição ou a uma norma fundamental, convencidos “[...] de que o direito tem o seu fundamento nele próprio [...]”.<sup>60</sup> Essa referência se dá ainda à unidade sistemática de normas referida na característica anterior da lógica das obras jurídicas e à sua construção teórica<sup>61</sup> pelos teóricos constitucionais e teóricos puros.<sup>62</sup> Essa remissão representa um “[...] reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares”,<sup>63</sup> dela decorrendo dedutivamente, “[...] uma *cadeia de legitimidade* que subtrai os seus actos ao estatuto de violência arbitrária”.<sup>64</sup>

As três características acima destacadas da obra de Bourdieu compõem a lógica específica do direito, ou melhor, do discurso jurídico, cerne do que possui de autonomia e da *ilusão* de que essa autonomia é absoluta.<sup>65</sup>

Aprofundando essas considerações no âmbito da prática discursiva do direito é possível identificar essa lógica específica do direito com o aspecto normativo da argumentação jurídica, isto é, o discurso normativista de inspiração positivista. O próprio Bourdieu já insinua essa identidade ao posicionar no cerne da concepção do direito enquanto um sistema fechado e autônomo a iniciativa kelseniana de formular uma Teoria Pura do Direito.<sup>66</sup>

167

### DISCURSO NORMATIVISTA E LÓGICA ESPECÍFICA DO DIREITO

As três características da lógica das obras jurídicas apontadas por Bourdieu são facilmente identificadas no interior do discurso jurídico contemporâneo, em sua parte que bem poderia ser denominada subdiscurso normativista.

Não seria possível nestas breves páginas realizar uma reconstrução histórica socioconceitual do normativismo, o que também incidiria em grave desvio do objeto deste estudo. Basta situá-lo dentro da proposta de uma fundamentação

<sup>60</sup> BOURDIEU, 2010, p. 214.

<sup>61</sup> Ibid., p. 219.

<sup>62</sup> Ibid., p. 220.

<sup>63</sup> Ibid., p. 219.

<sup>64</sup> Ibid., p. 220.

<sup>65</sup> Ibid., p. 222.

<sup>66</sup> Ibid., p. 209.

formal do direito, inaugurada pelo legalismo do século XIX e, após, com o positivismo relativista do século XX.<sup>67</sup>

O legalismo restringia a interpretação quase a um processo autômato de desvelar um significado objetivo inculcado na letra da lei. É o que preconizava a Escola da Exegese de Demolombe, a doutrina analítica de Austin e a teoria da *Herrschaft* de Jellinek. Professavam obstinados a autoridade do Estado e a discricionariedade daquele que formula leis, em especial a última corrente.<sup>68</sup> A autoridade do Estado e do legislador democrático, como fundamento de validade do direito, não resistiram à crítica sociológica exposta no início deste estudo. O direito, o próprio Estado e até o legislador foram reduzidos às relações sociais e não possuíam em si mesmos qualquer fundamento próprio de validade, nem mesmo formal.

Conforme já visto, a resposta do pensamento jurídico a essa visão externalista ou funcionalista da crítica sociológica já clássica foi se fechar na crença na racionalidade do direito. A pretensão mais ou menos consciente era de voltar para a normatividade do direito racional e nela buscar uma metodologia jurídica própria,<sup>69</sup> que lhe proporcionasse um critério de validade formal independente.

A manifestação mais acabada dessa metodologia seria a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen na tradição jurídica romano-germânica, como Bourdieu acusa,<sup>70</sup> e na tradição anglo-americana, na qual concorre com a teoria de Herbert Hart. São sistemas teóricos complexos e extensos que descrevem a atividade jurídica como um silogismo da norma ao fato e tomam por critério o ordenamento jurídico objetivamente positivado. A validade reside no sentido objetivo dos atos e das normas efetivamente postas que culminam em uma norma fundamental<sup>71</sup> ou na existência fáticas das regras em geral e da própria regra de reconhecimento,<sup>72</sup> e não tanto na autoridade do Estado ou do legislador e sua subjetividade arbitrária redutível a relações sociais.<sup>73</sup> Ao esboçar essas teorias aqui, apenas serão reconstruídos seus postulados mais fundamentais, os quais permanecem transmutados no subdiscurso normativista, apesar das inúmeras críticas e refutações sofridas pelo positivismo.

<sup>67</sup> TRAVESSONI GOMES, Alexandre. Fundamentação do direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. MORGADINHO, Nuno Manuel (Org.). In: *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. p. 295-302.

<sup>68</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Beliner, revisão Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 73-74.

<sup>69</sup> KELSEN, 1998, p. 1-2.

<sup>70</sup> BOURDIEU, 2010, p. 209.

<sup>71</sup> KELSEN, op. cit., p. 3 e 9.

<sup>72</sup> HART, 2007, p. 111, 114.

<sup>73</sup> KELSEN, op. cit., p. 215-217; HART, op. cit., p. 122.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A primeira característica da lógica das obras jurídicas é o emprego da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade. Kelsen não faz em sua obra *Teoria pura do direito* uma apologia expressa ao uso de construções passivas, conjugações no indicativo, verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado, tampouco de qualquer outra forma discursiva. No entanto, utiliza em todo o texto essa retórica da neutralidade, permitindo-se mitigá-la muito pouco com o uso esporádico do plural majestático.

Ademais, ainda que considere a produção normativa um ato de vontade, Kelsen distingue a norma posta do ato que a põe e do qual ela seria apenas o sentido objetivo, diferença que corresponderia ao sentido de “ser” em contraposição ao de “dever-ser”.<sup>74</sup> O jurista austríaco também distingue a norma prescrita da proposição jurídica que a expressa<sup>75</sup> e, ao fazer ambas as distinções, constata como as normas são descritas em palavras pelo emprego da retórica da neutralidade:

Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos. A norma segundo a qual o furto deve ser punido é frequentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais.<sup>76</sup>

169

Kelsen descreve a preferência da tradição jurídica pela retórica da neutralidade e, reproduzindo-a, assim descreve a forma das proposições jurídicas ao abordar o princípio da imputação:

Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido.<sup>77</sup>

Hart também utiliza em sua obra *O conceito de direito* essa retórica da neutralidade, apesar de mitigá-la mais com o uso frequente do plural majestático.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> KELSEN, 1998, p. 5-10.

<sup>75</sup> Ibid., p. 83-84

<sup>76</sup> Ibid., p. 81.

<sup>77</sup> Ibid., p. 86.

<sup>78</sup> HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Robert Steven Vieira Taves

O autor inglês também realiza uma distinção entre a perspectiva externa e a interna de abordagem teórica do direito, próxima daquela acima exposta e de que se valem Bourdieu e Habermas. A visão externalista percebe o fenômeno jurídico de fora do sistema jurídico, ao reduzir as regras a meras regularidades comportamentais observadas empiricamente de forma a permitir certo grau de previsibilidade de uma reação hostil ao seu descumprimento.<sup>79</sup> Por sua vez, a visão internalista é a que possui a maioria da sociedade enquanto cidadãos sujeitos ao direito ou a seus aplicadores.<sup>80</sup> Esses sujeitos não constatarem uma simples regularidade ou previsibilidade de hostilidade, mas tomam a própria regra como razão para a própria reação hostil,<sup>81</sup> ou seja, “[...] como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros”.<sup>82</sup> A cada uma das perspectivas corresponderia um vocabulário próprio.<sup>83</sup> Embora se utilizem de recursos estilísticos próximos, a afirmação externa se caracteriza por não incorporar os pressupostos do discurso jurídico, já a afirmação interna pressupõe a adoção da regra de reconhecimento, a autoridade e, de certa forma, a objetividade do direito.<sup>84</sup> Ao distinguir e exemplificar os dois vocabulários, Hart procede como Kelsen e acaba reproduzindo a retórica da neutralidade ao reconhecê-la presente no discurso jurídico também:<sup>85</sup>

170

Talvez a mais simples destas expressões seja “O direito dispõe que...” que podemos ouvir da boca não só dos juízes, mas até de homens comuns vivendo sob o domínio dum sistema jurídico, quando identificam uma dada regra do sistema. [...] Esta atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contraposta à de um observador que registra *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras, mas ele próprio não as aceita. A expressão natural deste ponto de vista externo não é “O direito dispõe que...”, mas “Na Inglaterra reconhecem como direito... tudo que a Rainha no Parlamento aprova...”. À primeira destas formas de expressão chamaremos uma afirmação interna, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos afirmação externa, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que,

<sup>79</sup> HART, 2007, p. 99-100.

<sup>80</sup> Ibid., p. 100.

<sup>81</sup> Ibid., p. 100.

<sup>82</sup> Ibid., p. 108.

<sup>83</sup> Ibid., p. 113.

<sup>84</sup> Ibid., p. 114.

<sup>85</sup> Ibid., p. 100.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 153-188, jan./jun. 2012*

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam.<sup>86</sup>

Pertinente se faz observar que o próprio Hart chama a atenção para o carácter naturalizado dessas expressões e, portanto, da retórica da neutralidade no discurso jurídico, o que em Bourdieu se justifica pelo desconhecimento de sua arbitrariedade e sua incorporação pelos agentes.

Este estudo mesmo compartilha dessa naturalização da retórica da neutralidade, característica do discurso jurídico e também do discurso científico, ao optar pela voz passiva, pelo sujeito oculo e por verbos atestivos no indicativo.

A segunda característica da lógica das obras jurídicas é conformar princípios e regras em uma unidade sistemática de normas, o ordenamento jurídico, afastando antinomias ou lacunas que limitam a solução do caso concreto.

Nesse ponto, Kelsen é claro e categórico ao conceber o ordenamento jurídico como uma unidade sistemática. Essa unidade consiste na reunião das normas de uma ordem sob o império de determinada norma fundamental e haverá tantos ordenamentos quanto forem tais normas fundamentais.<sup>87</sup> Essa unidade, no que é mais relevante para essa segunda característica da lógica jurídica, “[...] também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem”.<sup>88</sup>

Outro aspecto importante dessa sistematicidade é a compreensão do ordenamento jurídico como um todo de normas escalonadas, em que as inferiores têm por fundamentos de validade normas superiores e, portanto, aquelas a estas se submetem hierarquicamente até o ápice da pirâmide do ordenamento, a norma fundamental.<sup>89</sup> Imediatamente inferior à norma fundamental e dela derivando sua validade estaria a Constituição; abaixo desta, as normas gerais que seriam as leis e, submetidos a estas, as normas administrativas; então, viriam os atos e negócios jurídicos; e, por fim, as decisões judiciais que, para Kelsen, são normas individuais.<sup>90</sup> Para o jurista austríaco, os precedentes e a doutrina, por não serem vinculantes por força de norma, por sua vez, não consubstanciam dever-ser e, pois, não seriam normas e tampouco fontes do direito em sentido jurídico puro.<sup>91</sup>

Kelsen afasta os possíveis conflitos de normas pela interpretação e divide os casos de antinomia em dois grupos: os conflitos entre normas de mesma posição hierárquica; e os conflitos entre decisões judiciais.

<sup>86</sup> HART, 2007, p. 114.

<sup>87</sup> KELSEN, 1998, p. 217.

<sup>88</sup> Ibid., p. 228.

<sup>89</sup> Ibid., p. 215-217.

<sup>90</sup> Ibid., p. 259.

<sup>91</sup> Ibid., p. 259.

O conflito entre normas gerais de mesma hierarquia pode ser solucionado de duas formas. Primeiro, aplicar-se-ia o critério expresso no brocardo *lex posterior derogat priori*, de forma que a norma mais antiga deve ser considerada revogada pela mais recente.<sup>92</sup> Caso as normas tenham sido positivadas pelo mesmo ato, deve-se compreender que as normas conflitantes, na verdade, indicam que ao juiz é dado optar entre as duas ou, se a contradição não é total, que uma deve ser exceção à outra.<sup>93</sup> Se nenhuma dessas duas compreensões for possível, não haverá solução; mas, também, não haverá conflito, pois, se as proposições jurídicas não fazem sentido e a norma é o sentido objetivo de tais proposições, logo, não há norma.<sup>94</sup>

Importante se faz notar que, para Kelsen, na verdade não há conflito se as normas forem de escalões diferentes, pois se a norma inferior não condiz com a superior, na verdade, aquela nem mesmo existiria, pois não seria válida, e apenas esta regularia o fato.<sup>95</sup>

O segundo grupo de conflito, referente a decisões judiciais que seriam normas individuais, segundo Kelsen, também se subdivide. Se as decisões emanarem de tribunais diferentes, prevalecerá a que não permanecer eficaz, pois, se não tiver eficácia, não tem validade, de acordo com a norma fundamental.<sup>96</sup> Se prolatadas pelo mesmo órgão julgador, também aqui se estará diante de um ato sem sentido e, se a norma é o sentido objetivo, então, não há norma individual.<sup>97</sup>

O jurista austríaco também refuta qualquer possibilidade de lacuna no ordenamento jurídico, ao afirmar que, quando não há uma norma geral que regule de modo positivo uma conduta, esta conduta estaria regulada de modo negativo, sendo permitida.<sup>98</sup> Nesse sentido, não se estaria aplicando ao fato nada que não fosse o próprio ordenamento, pois:

[...] quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída.<sup>99</sup>

<sup>92</sup> KELSEN, 1998, p. 230.

<sup>93</sup> Ibid., p. 230-231.

<sup>94</sup> Ibid., p. 231.

<sup>95</sup> Ibid., p. 232, 295-305.

<sup>96</sup> Ibid., p. 231-232.

<sup>97</sup> Ibid., p. 232.

<sup>98</sup> Ibid., p. 273.

<sup>99</sup> Ibid., p. 273.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

Kelsen, porém, não ignora as dificuldades hermenêuticas inerentes à pluri-  
vocidade dos termos jurídicos, admitindo certa discricionariedade do magistra-  
do quando da aplicação da norma ao caso concreto.<sup>100</sup> Dentro da estrutura do  
ordenamento, uma norma superior não determina ou vincula completamente o  
conteúdo ou a forma da norma inferior, seja ela uma norma geral ou uma norma  
individual, isto é, uma sentença na aplicação do direito.<sup>101</sup> No entanto, para sus-  
tentar que a norma serve de fundamento formal objetivo para o direito e toda a  
estrutura escalonada da ordem jurídica, é preciso que em alguma medida a  
norma superior limite a norma inferior ou a interpretação na aplicação da lei. O  
célebre positivista, então, apega-se à semântica e à constatação de que, se a ex-  
pressão verbal da norma veicula várias significações, outras tantas não são por  
ela veiculadas, não fariam sentido e não seriam possíveis.<sup>102</sup> A norma é, assim,  
concebida como uma moldura dentro da qual significados em um número amplo,  
mas passível de delimitação, são possíveis e juridicamente válidos:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura den-  
tro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é con-  
forme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou  
moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

[...]

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente con-  
duzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possibil-  
mente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas  
pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se  
torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do  
tribunal, especialmente.<sup>103</sup>

173

Embora Hart seja menos analítico com relação à solução de antinomias e à  
integração do ordenamento jurídico, não é menos categórico ao afirmar o caráter  
sistemático do direito.<sup>104</sup> Segundo o jurista britânico, o ordenamento é compos-  
to de normas primárias que prescrevem condutas e normas secundárias que  
regulam a determinação, criação, eliminação e alteração de normas primárias.<sup>105</sup>  
As regras secundárias se subdividem em regras de alteração, de julgamento e,  
com destaque, de reconhecimento, a qual é referida por todas as demais e deter-  
mina o que é tido por direito e faz parte do sistema e o que não é (fls. 107, 104-  
106). Nesse sentido, as regras primárias se subordinam às regras secundárias e,

<sup>100</sup> KELSEN, 1998, p. 388-390.

<sup>101</sup> Ibid., p. 388.

<sup>102</sup> Ibid., p. 390.

<sup>103</sup> Igualmente KELSEN, op. cit., p. 390.

<sup>104</sup> HART, 2007, p. 112.

<sup>105</sup> HART, op. cit., p. 91, 104.

em última instância, à regra de reconhecimento, em um silogismo normativo escalonado.<sup>106</sup> A regra de reconhecimento é a regra última que, reunindo todas as outras sobre seus critérios de admissão, confere unidade e, pois, sistematicidade ao ordenamento.<sup>107</sup> Dentro dessa estrutura, as categorias de regras do *common law* se organizam hierarquicamente a partir da constituição e, seguindo abaixo sucessivamente, leis, decretos, regras incorporadas em precedentes e convenções.<sup>108</sup>

No cerne do sistema jurídico proposto por Hart, estão duas condições necessárias e suficientes. Uma exige que as regras primárias válidas devem ser geralmente obedecidas pelos cidadãos. A outra demanda que as regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento social pelos seus aplicadores.<sup>109</sup>

Hart também não ignora as dificuldades hermenêuticas inerentes à pluri-  
174 vidade dos termos jurídicos e, assim como Kelsen, admite certa discricionariedade do magistrado quando da aplicação da norma ao caso concreto.<sup>110</sup> Igualmente, o britânico recorre então a um núcleo de certeza definido em casos familiares em que o significado dos termos se apresenta inequívoco.<sup>111</sup> Esse núcleo de significado estabelecido sustenta a ideia de sistema jurídico ao possibilitar a subsunção, o silogismo normativo e certa vinculação dos magistrados a regras.<sup>112</sup> No entanto, periféricamente a esse núcleo de casos familiares, outras questões fatalmente surgem nas fronteiras dos termos e as opções de interpretação dentro dessas franjas se apresentam igualmente válidas juridicamente.<sup>113</sup> Essa “textura aberta” é uma condição da própria linguagem empregada em termos gerais nas regras jurídicas e não só é inevitável, como também é útil, pois permite contornar as limitações de conhecimento de fato e finalidade na capacidade de previsão do Legislador.<sup>114</sup> Essa abertura e espaço de escolha, porém, pressupõem a existência de uma regra que não deixa de influenciar a decisão, na medida em que é o seu termo que está sendo aplicado e essa escolha do intérprete ocorre apenas nos casos ou pontos fronteiros de seu sentido.<sup>115</sup>

A terceira característica da lógica das obras jurídicas é o cânone jurídico, talvez o aspecto em que a influência positivista na construção do discurso normativista foi mais duramente criticada e mitigada.

<sup>106</sup> HART, 2007, p. 104-105, 111.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 134, 140, 149.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 134, 139-140.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 149, 157-158.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 139-141.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 149, 151-152, 159-160.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

A Teoria Pura do Direito preceitua que toda a validade do direito reside nas normas; a validade das normas inferiores, nas normas superiores; até o ápice da pirâmide do ordenamento, a norma fundamental.<sup>116</sup> Esse normativismo chega ao ponto de ser excludente à medida que, para o jurista austríaco, os precedentes e a doutrina não serviriam de fundamento de validade ao direito. A jurisprudência, as considerações doutrinárias e qualquer outra proposição, por não derivarem de uma norma positiva superior, não são, por si mesmas, normas e, portanto, não vinculam.<sup>117</sup> Segundo essa concepção, a referência a proposições jurídicas não só é necessária, mas é suficiente e excludente na fundamentação da validade do direito.

Em última instância, em Kelsen, toda essa validade decorre da norma fundamental. Essa norma, vértice máximo da pirâmide representativa de todo um ordenamento jurídico, seria a única dessa ordem que não teria sido positivada ou posta, mas seria pressuposta.<sup>118</sup> Para ater-se ao tema deste estudo, não se engendrará a ardorosa discussão doutrinária sobre o caráter suposto ou pressuposto da norma fundamental, mas o que é claro é sua relação intrínseca com a norma positiva inaugural de um ordenamento, no estágio atual do direito ocidental, a Constituição.<sup>119</sup> Ela é condição lógica e interpretativa de se atribuir validade à Constituição e não possui a capacidade de dotar o ordenamento positivo de qualquer valor transcendente.<sup>120</sup> Se descrita em uma proposição, seu conteúdo seria: “[...] devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”.<sup>121</sup>

A tematização da norma fundamental de certa forma já escapa à ciência jurídica.<sup>122</sup> O próprio reconhecimento da norma fundamental enquanto tal, para utilizar termos de Bourdieu, implica exatamente sua não problematização, o desconhecimento de sua arbitrariedade, o que em Kelsen já se insinua:

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa

<sup>116</sup> KELSEN, 1998, p. 3, 9, 215-217.

<sup>117</sup> Ibid., p. 259.

<sup>118</sup> Ibid., p. 226.

<sup>119</sup> Ibid., p. 224-225.

<sup>120</sup> Ibid., p. 225.

<sup>121</sup> Ibid., p. 225.

<sup>122</sup> Ibid., p. 227-228.

já não é possível como premissa menor de um silogismo. É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como autoridade mais alta, v.g., se esta pessoa é Deus. Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade.<sup>123</sup>

As graves críticas sofridas pela Teoria Pura do Direito talvez derivem justamente disso, pois, somente após sua elaboração, foi possível pôr em discussão o que Kelsen já tinha por algo próximo a um acordo tácito entre os incluídos no campo jurídico:

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supraordenada à autoridade jurídica –; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo.<sup>124</sup>

176

A obra de Hart, por sua vez, defende que toda a validade das regras decorre do implemento de todas as exigências da regra de reconhecimento e que, somente assim, farão parte do sistema jurídico.<sup>125</sup> Trata-se do fundamento do sistema jurídico, a regra secundária aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação.<sup>126</sup> Ela necessariamente existe implícita onde quer que exista um ordenamento jurídico, aceita, ainda que tacitamente, por aqueles submetidos à ordem e pelos que a aplicam.<sup>127</sup> Nesse sentido, a regra de reconhecimento é o fundamento de toda positividade normativa e ela própria dispensa ser expressa em um diploma legislativo, pois é a própria sustentação de qualquer norma.<sup>128</sup>

Duas das características inter-relacionadas, e que até certo ponto se confundem, da regra de reconhecimento são destacadas por Hart. A primeira é ser o

<sup>123</sup> KELSEN, 1998, p. 226.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>125</sup> HART, 2007, p. 105.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 113-114.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 115, 122-123.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

critério supremo, referência máxima que dá a palavra final na atribuição de validade jurídica a uma regra.<sup>129</sup> A segunda é ser a regra última, porquanto ocupa a posição mais alta possível no silogismo normativo de justificação das demais regras, de forma que ela própria não recorre a nenhum outro critério.<sup>130</sup> A validade da regra de reconhecimento decorre de sua própria existência dúbia: possui caráter fático, pois pressuposta na prática jurídica em que tem eficácia o ordenamento jurídico que instaura; e também caráter normativo, porquanto é regra definidora de um sistema jurídico.<sup>131</sup> Nesse ponto, embora existam controvérsias doutrinárias, a norma de reconhecimento se diferencia da norma fundamental de Kelsen, pois não pode assumir caráter suposto e não se coloca além do direito positivo, mas seria ela própria parte integrante do ordenamento e pressuposta por existir com dupla natureza.

Mais importante para este estudo, no entanto, é a semelhança entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental, na medida em que a primeira também é admitida, ainda que tacitamente, por aqueles incluídos no discurso jurídico, ou melhor, na perspectiva interna, segundo Hart:

O uso pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas para identificar as regras concretas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam deste modo manifestam através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação e, relativamente a esta atitude, está associado um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo.<sup>132</sup>

177

Essa passagem demonstra que a regra de reconhecimento ou, em geral, o reconhecimento da autoridade à referência normativa jurídica tem sua arbitrariedade desconhecida pelos agentes incluídos no campo jurídico que a incorporam com um discurso próprio que a eles se apresenta naturalizado. A referência normativa própria do discurso jurídico é tão natural para os incluídos que, assim como em Kelsen, discutir o fundamento último dessa remissão não seria possível ou fugiria ao que seria uma discussão propriamente jurídica:

Identicamente, quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida à afirmação de que a regra de reconhecimento do sistema é excelente e o sistema nela baseado merece ser apoiado, passamos de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> HART, 2007, p. 117.

<sup>130</sup> Ibid., p. 117-118.

<sup>131</sup> Ibid., p. 117-118.

<sup>132</sup> Ibid., p. 113-114.

<sup>133</sup> Ibid., p. 119.

## NORMATIVISMO REMANESCENTE

Não há dúvidas, hoje em dia, de que é insustentável a posição positivista de um fundamento formal para o direito, que se apoia na existência fática das normas positivadas ou em um sentido objetivo.<sup>134</sup> Em seu lugar, tenta-se atualmente um fundamento procedimental que justifica o direito como produto de procedimentos argumentativos racionais, os quais se ancoram nas condições comunicativas da Teoria do Discurso.<sup>135</sup> A Teoria do Discurso, fundada na ideia de ação comunicativa, concebe e analisa o discurso prático, do qual decorrem de forma distinta e complementar a moral e o direito, como uma construção histórica. Contudo, reduz essa construção ao que de tal forma é partilhado pelos homens, em razão da necessidade de interação social comunicativa, que se apresenta a eles de modo universal. Dessa forma, somente a busca pela maximização das condições ideais de universalidade no discurso de produção e aplicação do direito poderia fundamentá-lo.

Insere-se na tentativa de uma fundamentação procedimental a Teoria da Argumentação Jurídica de matriz Europeia. A perspectiva de uma justificação do direito como resultado de uma argumentação, geralmente, atribui-se a Theodor Viehweg.<sup>136</sup> O autor partiu da constatação de que as decisões judiciais, antes de serem uma demonstração ou revelação de um sentido objetivo de forma axiomático-dogmática, são frutos de convencimento obtido mediante argumentação jurídica que, na sua obra, segue o método da tópica. Posteriormente, essa perspectiva foi incrementada por autores como Toulmin, Perelman, MacCormick até tomar forma como Teoria da Argumentação Jurídica. A obra de Alexy com esse título (*Theorie der Juristischen Argumentation* – 1978) propõe que a fundamentação do direito está no procedimento argumentativo racional, isto é, que observe ao máximo as condições ideais de discurso e a racionalidade comunicativa da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas.<sup>137</sup>

Paralelamente ao desenvolvimento da Teoria da Argumentação na Europa, principalmente na continental, a doutrina jurídica norte-americana tentava superar a estagnação causada pelo embate duradouro entre interpretativistas e não interpretativistas. Alguns autores, então, “incorporando conquistas evolu-

<sup>134</sup> HART, 2007, p. 111, 114; KELSEN, 1998, p. 3, 9.

<sup>135</sup> HABERMAS, 2012, p. 345, 351-352, 354.

<sup>136</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 57; GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. *Interpretação e argumentação jurídica: uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 2009. p. 27.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

tivas do movimento do giro linguístico” e “se lançando para análises mais complexas, como a questão da legitimidade do direito e das decisões judiciais”, vão além dessa oposição.<sup>138</sup> Ronald Dworkin desenvolve uma teoria da interpretação construtiva, a qual é sistemática, coerente com o passado e aberta ao futuro,<sup>139</sup> bem como socialmente contextualizada em uma comunidade de princípios.<sup>140</sup> Abandonada a crença em um sentido objetivo normativo, ainda que relativo, a subsunção e o silogismo normativo devem tomar os princípios intersubjetivamente compartilhados na sociedade jurídica, o paradigma, como gabarito para decisões judiciais, propiciando alcançar a única decisão correta para o caso.<sup>141</sup> Essa interpretação construtiva consubstancia o que para o autor seria o direito como integridade (*integrity*).<sup>142</sup>

John Hart Ely escreveu *Democracy and distrust: a theory of judicial review* (1980), nos Estados Unidos, concomitantemente à teorização fulcral de Dworkin em *Taking rights seriously* (1978) e *Law's empire* (1986). Nessa obra, Ely elabora talvez a primeira perspectiva a se autointitular procedimentalista e que, definitivamente, cunhou o termo. O autor norte-americano sustenta que os direitos fundamentais, cerne da Constituição e de todo direito, não têm um conteúdo tão substancial, mas um eminente procedimental que reflete, acima de tudo, a aspiração por representação política e igualitarismo. Dessa forma, a justificativa de todo direito, em última instância, deve ser promover a inclusão e igual participação do maior número possível de pessoas no processo político em que são identificados, ponderados e proporcionados os valores.<sup>143</sup> Também a perspectiva de Ely foi incorporada por Habermas em sua teoria,<sup>144</sup> a qual na obra *Faktizität und Geltung* (1992), entre outros grandes méritos, consolida a perspectiva procedimentalista de fundamentação do direito e aproxima seu desenvolvimento anglo-americano à Teoria da Argumentação Jurídica.

A obra *Faktizität und Geltung* (1992), de Jürgen Habermas, entre outros grandes méritos, tem a pretensão de consolidar a perspectiva procedimentalista de fundamentação do direito e aproximar seu desenvolvimento anglo-americano à Teoria da Argumentação Jurídica de matriz europeia.

Apesar de toda essa mudança de fundo na teoria jurídica, o aspecto central de cada uma das três características da lógica própria do direito, cujo ápice ocorreu no positivismo relativista, permanecem latentes no discurso jurídico até hoje.

<sup>138</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171.

<sup>139</sup> DWORKIN, 2007, p. 273-274.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 306, 314.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 272-274.

<sup>143</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 98-102.

<sup>144</sup> HABERMAS, 2012, p. 326.

A retórica da neutralidade não se verifica apenas nas obras doutrinárias de direito, mas também se faz presente na formulação de diplomas legais e documentos oficiais, sendo que tais aspectos estilísticos são exigidos pelo Manual de Redação Oficial da Presidência da República.<sup>145</sup> Verifica-se também essa retórica nas súmulas da jurisprudência dos tribunais e, o que é mais significativo, nas ementas das decisões judiciais. Tais fatos são notórios e demonstram que o raciocínio jurídico ainda está marcado pelo distanciamento e pela pretensão de revelação de um significado normativo, mesmo que esse significado seja apenas o resultado de um acordo linguístico intersubjetivo.

Ainda que seja no discurso jurídico que se consubstanciam a neutralidade e o distanciamento de sua retórica e de seus agentes, o caráter relativo de sua autonomia também deve ser ressaltado. É o discurso comum às demais práticas sociais que fixam o ponto do qual os agentes jurídicos devem se distanciar ou não, sem o qual não há referência para uma suposta neutralidade. A própria neutralidade, portanto, é socialmente constituída e não se trata propriamente de uma postura neutra, mas de uma postura imparcial, na medida em que não está isenta da contingência histórico-social, e sim busca se distanciar dos posicionamentos já reconhecidos como parciais.

180

A conformação das normas na unidade sistemática do ordenamento jurídico, afastando antinomias ou lacunas que limitam a solução do caso concreto, também continua presente. As antinomias, seja entre regras ou entre princípios, continuam sendo consideradas apenas aparentes. A solução do conflito entre regras, na verdade, foi incrementada, consolidando-se não só o critério temporal, mas também o hierárquico e o da especialidade.<sup>146</sup> A colisão entre princípios ganhou na máxima da ponderação um procedimento de solução.<sup>147</sup> As lacunas são inadmissíveis e o magistrado continua obrigado a pressupor que o direito regula todos os fatos, ainda que seja apenas para permiti-los, sendo obrigatória e inafastável a jurisdição, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição.

A subsunção da norma aos fatos e o silogismo normativo, que hoje devem se remeter à constituição com toda a autoridade que o constitucionalismo lhes atribui, de uma forma ou de outra, continuam sendo o cerne do discurso jurídico. Assim permanece a lógica jurídica, ainda que a esse discurso de justificação interna das decisões e postulações jurídicas a argumentação jurídica pós-positi-

<sup>145</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/manual/index.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/index.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

<sup>146</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92-96.

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120, 164-167.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

vista acrescente uma justificação externa que exige adequação para a subsunção e validade para além do ordenamento.<sup>148</sup>

Do ponto de vista hermenêutico, essa necessidade de complementação do discurso jurídico por outros discursos manifesta-se na plurivocidade dos termos jurídicos. A significação jurídica dos termos empregados nas normas, precedentes e demais fontes do direito nunca é suficiente para estreitar e preencher sua abertura semântica. Aquilo que Kelsen identificou como a moldura e Hart como a textura aberta do direito, expressão perfeitamente falha de seus sistemas: o discurso jurídico não é suficiente, mas apenas relativamente autônomo. O conteúdo da moldura e as zonas de interseção da textura exigem a complementação pelo recurso às significações que a linguagem em geral oferece, pois o discurso jurídico é insuficiente. E as próprias delimitações da moldura ou textura, vale ressaltar, são históricas e contingenciais na medida em que conseguem alguma definição estável apenas por meio da reiteração dos usos linguísticos jurídicos que estabelecem consensos intersubjetivos relativamente estáveis e sempre históricos.

Nesse ponto, evidencia-se, contudo, que também na segunda característica da lógica própria do direito, o caráter relativo da autonomia se manifesta. É na busca por adequação e pela validade para além do ordenamento que argumentos e significações construídos em outros campos penetram no discurso jurídico como um recurso inevitável e mesmo benéfico para alcançar alguma legitimidade.

O cânone jurídico é a terceira característica da lógica das obras jurídicas e talvez o ponto de maior crítica ao positivismo. O discurso hegemônico hoje, definitivamente, não considera suficiente para a justificação do direito o recurso à objetividade de uma norma posta até que alcance a autoridade de uma norma fundamental ou mesmo de uma regra de reconhecimento. No entanto, embora muito mitigado e desprovido de qualquer pretensão de fundamentação, o recurso às normas e ao silogismo normativo do ordenamento pela argumentação e interpretação jurídicas permanece como cânone. Ainda que essa vinculação ao ordenamento seja apenas parte da justificação do direito e se ampare em uma utilidade quase meramente funcional.

Conforme visto no início desta seção, a fundamentação procedimentalista se caracteriza por continuar a abdicar de uma referência material para a fundamentação do direito, não se ancorando em qualquer ponto de vista moral específico para atribuir sentido às proposições jurídicas e instruir as decisões judiciais. Contudo, também não se apoia em uma fundamentação supostamente formal, baseada na existência de sentidos normativos objetivos ainda que relativamente indeterminados. O procedimentalismo se apoia apenas no convencimento argumentativo racional tanto sobre o sentido das normas quanto sobre seu conteúdo

<sup>148</sup> HABERMAS, 2012, p. 246-247, 270-272.

Robert Steven Vieira Taves

e validade pragmáticos, para o que não basta a subsunção e o silogismo normativo do formalismo positivista. É preciso, para assegurar a racionalidade e o caráter efetivamente argumentativo do convencimento, a adoção de um procedimento discursivo, o que pressupõe pretensões de universalidade e coerência dos argumentos.

Contudo, conforme adiantado dois parágrafos acima, em certa medida bem mitigado, o cânone jurídico subsiste. Os autores contemporâneos de maior aceitação sobre a hegemônica concepção procedimentalista continuam a apresentar como traço distintivo do discurso jurídico sua vinculação ao direito vigente, concebido doutrinariamente como um ordenamento em unidade sistemática. Essa característica é proposta por Jürgen Habermas<sup>149</sup> e pelos principais expoentes da Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy<sup>150</sup> e Klaus Günther.<sup>151</sup> Tais juristas, conquanto diverjam sobre a fundamentação do Direito,<sup>152</sup> concordam que a vinculação ao direito vigente é o fato que permite à argumentação jurídica decidir o caso concreto nos limites de tempo e espaço impostos pela prática.

As limitações de tempo e espaço à ampla participação de todos os envolvidos na argumentação que decide um conflito jurídico evidenciam a importância da vinculação ao ordenamento na qualidade de proposições previamente acordadas. Primeiro, porque um sistema de normas postas é referência para a solução de litígios, enriquecendo o debate com as experiências e reflexões daqueles que estipularam os comandos normativos. Segundo, pois a pressuposição de certos postulados delimita a discussão, evitando que se retome sem boas razões debates em que já se alcançou um acordo.

Nesse sentido, Luiz Moreira identifica em Habermas três características que capacitam o Direito para solucionar conflitos sociais dentro dos limites impostos pela prática:<sup>153</sup> ferramentas institucionais que auxiliam a concretização de regras

182

<sup>149</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 56.

<sup>150</sup> ALEXY, 2005, p. 274-275.

<sup>151</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 366-367.

<sup>152</sup> As obras *Theorie der Juristischen Argumentation* (Teoria da argumentação jurídica), de Alexy, e *Der Sinn Für Angemessenheit* (Teoria da argumentação no direito e na moral), publicada por Günther em 1988, foram editadas originalmente em 1978 e em 1988, respectivamente. São trabalhos anteriores à concepção de Habermas da co-originalidade entre Direito e moral, tratada em *Faktizität und Geltung* (Direito e Democracia, entre facticidade e validade) de 1992. Assim, a distinção entre o discurso jurídico e a moral e sua derivação de uma discursividade deontologicamente neutra não está tão bem trabalhada nos dois primeiros juristas quanto está no último, embora em todos eles seja clara a complementaridade funcional entre os referidos discursos.

<sup>153</sup> MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 152.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

aos casos;<sup>154</sup> coerção que garante a obediência às normas;<sup>155</sup> e, em especial, a organização de um ordenamento sistemático e de instituições que estabelecem normas.<sup>156</sup>

Por esse prisma, apresenta-se imprescindível que a prestação jurisdicional se embase diretamente no ordenamento jurídico que a inspira e limita simultaneamente.

Essa talvez seja a principal regra do jogo, ou do discurso próprio do campo jurídico, que seus agentes não estão dispostos a problematizar. Nesse ponto, é preciso fazer uma concessão a Kelsen e Hart pela precisão de sua leitura da prática jurídica ao afirmar que a autoridade do discurso normativo, do recurso às regras positivadas, muito raramente é questionada. Justamente por não ser problematizado, o cânone jurídico, ainda que tenha sido muito mitigado, permanece como aspecto central da lógica jurídica, nos termos de Bourdieu, desconhecido em sua arbitrariedade. Segundo o sociólogo francês, o reconhecimento se funda no “desconhecimento”, “[...] princípio de toda e qualquer autoridade”.<sup>157</sup> Quer isso dizer que o desconhecimento e a autoridade que dele deriva se fundam no reconhecimento do locutor como autoridade e no ignorar do receptor, que se sujeita, de forma que a “pessoa-alvo [...] esquece de si mesma”.<sup>158</sup>

Não se pretende aqui desconstruir tal cânone. Ao contrário, endossando os argumentos apresentados nos parágrafos acima pela imprescindibilidade da vinculação ao ordenamento para solucionar casos concretos e apontando sua não tematização na prática jurídica, apenas se reforça seu caráter fulcral na constituição da lógica jurídica como tal.

Assim, por maiores e mais significativas que sejam as críticas ao positivismo e as diferenças da teoria jurídica hodierna para a positivista, ainda persiste no discurso jurídico uma fração eminentemente normativista. Esse subdiscurso normativista é a manifestação argumentativa da lógica própria do discurso jurídico, elemento que lhe concede toda sua autonomia – muito embora essa autonomia seja apenas relativa e talvez até menor do que os agentes mais inseridos no campo jurídico e imersos na prática judicial sejam capazes de admitir. Os agentes do campo jurídico, prendendo-se à autonomia de seu discurso, isto é, à lógica desenvolvida no discurso normativista, vislumbram a autoridade desse discurso como a razão:

Quanto maior for a autonomia de um campo erudito, mais ele se aproxima deste último modelo, mais a força da argumentação racional é capaz de se impor ante “tudo que possa haver nele de arbitrário” [Bourdieu,

<sup>154</sup> MOREIRA, 2002, p. 153-155.

<sup>155</sup> Ibid., p. 155-156.

<sup>156</sup> Ibid., p. 156-157.

<sup>157</sup> BOURDIEU, 2008, p. 91.

<sup>158</sup> Ibid., p. 95.

2001, p. 41]. As lutas em seu interior passariam, então, a se desenvolver “sob controle das normas constitutivas do campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas, fazendo com que [...] as proposições mobilizadas nessa luta se reconheçam de maneira tácita ou explícita como passíveis da prova da coerência e do veredicto da experiência”.<sup>159</sup>

## CONCLUSÃO

O entendimento do direito nunca será completo e eficaz se, conforme pretendia a crítica de uma sociologia ultrapassada, for reduzido a relações sociais ou a regularidades estabelecidas em interações sociais, tampouco se não considerar as especificidades de seu discurso. Por sua vez, será igualmente ineficaz e ainda menos emancipador se simplesmente ignorar o desmascaramento feito por essa crítica. Não se pode ignorar que o discurso hegemônico em outros âmbitos sociais influencia o direito, não só na delimitação da textura aberta ou moldura normativa, mas também em seu preenchimento. Da mesma forma, é preciso ter em mente as particularidades do discurso jurídico consubstanciadas em uma lógica própria, isto é, as regras particulares do jogo no campo jurídico.

184

A lógica própria do direito, enquanto tal nos dias de hoje, manifesta-se em três elementos: retórica da neutralidade; unidade sistemática do ordenamento; e o cânone jurídico. Todos esses elementos encontraram o ápice de seu desenvolvimento e de sua importância dentro do campo jurídico no discurso positivista relativista do século XX, mas, ainda que mitigados, subsistem nas mais atuais teorias jurídicas na forma de um subdiscurso normativista.

A eficácia social de um discurso dentro do campo jurídico, como em qualquer outro campo, é o exercício do poder simbólico de nomear. Trata-se de um “ato de autoridade”, cujo êxito “[...] está subordinado à confluência de um conjunto sistemático de condições interdependentes que compõem os rituais sociais”.<sup>160</sup> A “eficácia simbólica” pressupõe a relação entre “[...] as propriedades do discurso, as propriedades daquele que o enuncia e as propriedades da instituição que o autoriza a pronunciá-lo”.<sup>161</sup>

Ainda segundo Bourdieu, o discurso de autoridade que tem a pretensão, ainda que inconsciente, de ser hegemônico em seu campo, caso contrário nem mesmo seria enunciado, deve ser “compreendido” e “reconhecido”. A compreensão pressupõe o compartilhamento de referências simbólicas na intersubjetivi-

<sup>159</sup> BUENO, Arthur Oliveira. Filosofia negativa? Bourdieu e os fundamentos da razão. *Tempo Social*, v. 23, n. 1, p. 179-197, 2011. Disponível em: <[http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set\\_number=009897&set\\_entry=000023&format=999](http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000023&format=999)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

<sup>160</sup> BOURDIEU, 2008, p. 89.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 89.

### Autonomia relativa do direito em Pierre Bourdieu e o normativismo

dade de uma linguagem específica. O reconhecimento pressupõe três exigências também interdependentes. Aquele que enuncia deve ser considerado pelos receptores da mensagem como uma “pessoa autorizada”, que tenha as habilidades e as aptidões valorizadas naquele dado campo. Deve-se considerar a “situação legítima”, se a localização da enunciação lhe abre para os “receptores legítimos”. Por fim, exigem-se “formas legítimas”, cujo elemento mais visível são as “condições litúrgicas”.<sup>162</sup>

Nesse sentido, aquele que enuncia um discurso jurídico será considerado apto se possuir a formação considerada específica e apropriada para ter domínio e, principalmente, incorporar a retórica da neutralidade, a unidade sistemática do ordenamento e o cânone jurídico que compõem a lógica própria do direito. A situação será legítima se predispor os receptores a admitir, quanto mais subliminarmente melhor, os componentes da lógica jurídica. A seu turno, a forma será legítima se o discurso assumir a neutralidade retórica e se for proposto como adequado à unidade sistemática do ordenamento e ao cânone jurídico. Embora importante para a forma, será mais determinante a incorporação da lógica própria do campo do que o meio de exteriorização ou registro do discurso.

Justamente pela importância da incorporação da lógica própria que discursos não dominantes nos demais campos sociais, mas adequados às particularidades da linguagem jurídica, podem se tornar hegemônicos no direito. Exemplos recentes disso são as decisões do STF sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva<sup>163</sup> e da procrastinação da eficácia da Lei de Ficha Limpa – Lei Complementar n. 135/2010.<sup>164</sup> Conquanto essas decisões tão importantes para a construção do pensamento jurídico brasileiro mereçam uma análise mais acurada e específica, não é possível fazê-lo nos limites deste trabalho. Para os fins aqui propostos, basta apontar que, em ambas, o tribunal de maior hierarquia no campo jurídico nacional decidiu, com fortes argumentos amparados nos três aspectos da lógica própria do direito, contra a posição que se imaginava dominante no mais amplo âmbito social. Com isso, o direito tem por inerente à sua constituição também um potencial emancipador, na medida em que discursos minoritários em outros campos podem no direito ser tutelados se melhor incorporarem a lógica própria do direito em face dos abusos dos dominantes.

Em momento algum, porém, pode-se olvidar que o direito também está sujeito à influência dos outros campos e, por isso, em sua pretensão de segurança, também reside um impulso de dominação. Os agentes do campo jurídico, no desconhecimento da lógica própria de seu campo e seus limites, tendem a superestimar a autonomia de seu discurso. A retórica da neutralidade, o cânone ju-

<sup>162</sup> BOURDIEU, 2008, p. 91.

<sup>163</sup> Vide: STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011; e STF, ADI 4.277/DF, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011.

<sup>164</sup> Vide: STF, RE 633.703/MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 18.11.2011.

Robert Steven Vieira Taves

rídico e a unidade sistemática do ordenamento servem de máscara para o caráter autoral das decisões e postulações, ocultando sua responsabilidade pessoal sobre eles. Com isso, os argumentos amparados na lógica de outro campo são desvalorizados quando tematizados, o que aumenta sua influência não tematizada e, portanto, não sujeita à discussão democrática. Ademais, a soberba da autonomia pode levar os agentes do campo jurídico a não considerar com a devida atenção as consequências de suas decisões para os outros campos sociais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direito fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalianas*. Tradução de Sérgio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BUENO, Arthur Oliveira. Filosofia negativa? Bourdieu e os fundamentos da razão. *Tempo Social*, v. 23, n. 1, p. 179-197, 2011. Disponível em: <[http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set\\_number=009897&set\\_entry=000023&format=999](http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11589?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000023&format=999)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

CATANI, Afrânio Mendes. As possibilidades analíticas da noção de campo social. *Educação e Sociedade*, v. 32, n. 114, p. 189-202, mar. 2011. Disponível em: <[http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set\\_number=009897&set\\_entry=000024&format=999](http://buscador.periodicos.capes.gov.br/V/JDEMHKC8SPSM6QDM48Y5HKSM2JFPVT4J3T4DLCHDUF8UNT7HJY-11599?func=meta-3&short-format=002&set_number=009897&set_entry=000024&format=999)>. Acesso em: 3 jan. 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 153-188, jan./jun. 2012*

