

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
PROJETO DE TRABALHO DE CURSO I

**O DIREITO COMO UM FATO SOCIAL: REINTRODUZINDO A ESCOLA
SOCIOLOGICA NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

ORIENTANDO: NILTON NETO COSTA LIMA
ORIENTADORA – PROF^a DR^a. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

GOIÂNIA-GO

2021

NILTON NETO COSTA LIMA

**O DIREITO COMO UM FATO SOCIAL: REINTRODUZINDO A ESCOLA
SOCIOLOGICA NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Monografia Jurídica apresentado à
disciplina Trabalho de Curso II, da Escola
de Direito e Relações Internacionais, Curso
de Direito, da Pontificia Universidade
Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof.^a Orientadora – Dra. Fernanda de
Paula Ferreira Moi

GOIÂNIA-GO

2021

NILTON NETO COSTA LIMA

**O DIREITO COMO UM FATO SOCIAL: REINTRODUZINDO A ESCOLA
SOCIOLOGICA NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Data da defesa: ___ de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador(a): Prof. Dra. Fernanda Ferreira de Paula Mói

Nota: _____

Orientador(a): Prof. Dr. Rodrigo de Oliveira Caldas

Nota: _____

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha família, meu pai, Nilton, minha mãe, Daniela, e meu irmão , Gabriel, pela ajuda durante a pandemia. Aos meus professores, principalmente os com quem debati fervorosamente os temas (Fernanda Mói, Rodrigo Caldas, Maria Nívia, Larissa Elias, Eliana Curado, Millene Braga, Larissa Castro, Sérgio Luiz, dentre outros) pelo apoio e ajuda nos questionamentos mais essenciais. Aos meus amigos que conheci na faculdade e a quem dedico grande estima: Ana Luiza, Angelo, Gyovanna, Johann, Natália, Thiago e Victor. Ao meu ex-chefe e amigo o Procurador Flávio Xavier, a quem agradeço a eterna boa-vontade e paciência durante meu período de estágio.

SUMÁRIO

RESUMO	05
ABSTRACT	06
INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I - OS FATOS SOCIAIS COMO INSTITUTOS JURÍDICOS	10
1.1 OS FATOS SOCIAIS NO DIREITO	10
1.2 O QUESITO DA EXTERIORIDADE AQUÉM DAS CRÍTICAS.....	13
1.3. OS FATOS SOCIAIS NA DIVISÃO MODERNA DE DIREITO: REGRAS E PRINCÍPIOS	15
CAPÍTULO II - O SOCIOLOGISMO JURÍDICO	21
2.1 O SOCIOLOGISMO JURÍDICO CLÁSSICO DE LEÓN DUGUIT.....	22
2.2 CRITICAS À TEORIA DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO	26
CAPÍTULO III - A APLICABILIDADE DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO EM UMA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	42
3.1 O USO DO TERMO “CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO”.....	43
3.2 O PROBLEMA DA EXTRAPOLAÇÃO DAS DECISÕES MORAIS NA TOMADA DE DECISÕES.....	46
3.3 O SOCIOLOGISMO JURÍDICO COMO COMPLEMENTO NO DIREITO	48
3.4 A MORALIDADE DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO COMO MOLDE DE CONTROLE DE EVENTUAIS ATIVISMOS JURÍDICOS	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERENCIAL TEÓRICO	58

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo descrever o fenômeno do sociologismo jurídico bem como a perspectiva de aplicação deste método de entendimento do Direito na solução das discricioniedades e arbitrariedades por parte do agir do jurista. O sociologismo jurídico consiste no entendimento de que o Direito apenas adquire a eficácia a ele inerente quando está em conformidade com os dizeres do meio social em que está inserido. Neste sentido, tem-se os textos de Émile Durkheim e León Duguit para propor reformulações nesta teoria. Para a congruência deste objetivo utiliza-se do método hermenêutico partindo-se da leitura e interpretação dos textos bem como da metodologia bibliográfica consistindo na leitura e descrição dos textos. Deste modo, almeja-se a consagração de uma moralidade capaz de evitar decisionismos arbitrários por parte do julgador.

PALAVRAS-CHAVES: Direito. Moral. Sociologismo jurídico. Hermenêutica jurídica. Ativismo jurídico.

ABSTRACT

The present work aims to describe the phenomenon of legal sociology as well as the perspective of applying this method of understanding the Law in the solution of the discretion and arbitrariness on the part of the jurist. Legal sociology consists in the understanding that the Law acquires its inherent effectiveness only when it is in accordance with the words of the social environment in which it is inserted. In this sense, we have the texts of Émile Durkheim and León Duguit to propose reformulations in this theory. For the congruence of this objective, the hermeneutic method is used, starting from the reading and interpretation of the texts as well as the bibliographic methodology consisting of reading and describing the texts. In this way, the aim is to enshrine a morality capable of avoiding arbitrary decision-making on the part of the judge.

KEYWORDS: Law. Moral. Legal sociology. Legal hermeneutics. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como escopo a reformulação da teoria do sociologismo jurídico, a qual surgiu das obras de Émile Durkheim, para que esta se apresente nos moldes contemporâneos do neoconstitucionalismo, de forma a se mostrar apta, atualizada e capaz de se espelhar na realidade jurídica.

Inicialmente, devemos conceber um dos princípios mais básicos a ser trabalhado no presente trabalho: o fato social. Conforme o sociólogo Émile Durkheim (2014), “consistem em modos de agir, pensar e sentir externos ao indivíduo, que são investidos com um poder coercivo capaz de exercer um controle sobre ele”. Deste modo, os fatos sociais são aqueles que se destinam a coagir os indivíduos para que estes se mantenham obrigados a seguir estes padrões sociais.

Além disso, os fatos sociais possuem três características principais, os quais devem ser analisados para que se possa conceber a noção de um fato social: a sua generalidade, a sua exterioridade e a sua coercitividade.

A generalidade consiste no fato de que este fato social pode ser analisado, em uma certa perspectiva, em todas as sociedades humanas, ou seja, trata-se de uma coisa (pois devem ser analisadas como tal) que age e influencia os indivíduos em todas as mais distintas sociedades, como o é a religião.

A exterioridade demonstra que o fato social ultrapassa os limites do indivíduo, ou seja, age de forma independente deste, influenciando os demais mas não podendo ser formulado por apenas um indivíduo. Este tópico será de extrema importância na reformulação do sociologismo jurídico, pois não podemos admitir autoritarismos utilizando-se desta tese, conforme trabalharemos em tópico específico.

A coercitividade se mostra uma das características mais essenciais dos fatos sociais, isso porque, sem esta, jamais seriam tratados como coisas. A coercitividade consiste em uma espécie de força que vincula e obriga as pessoas de determinada sociedade a obedecerem os costumes e padrões destas sociedades.

Como objetivo, pode-se destacar a descoberta de pontos convergentes entre a teoria clássica e o processo constitucionalista moderno, de modo que se possa denotar parâmetros

próprios desta teoria para a resolução de problemas hodiernos do mundo jurídico, dentre eles o ativismo judicial.

Dito isto, vale ressaltar as críticas impostas pela doutrina aos fatos sociais no contexto contemporâneo do Direito e como superariamos as críticas fundamentadas sobre esta, principalmente elaboradas por parte de Reale (2002). Apenas discorrendo sobre as críticas e admitindo as impropriedades, em uma espécie de dialética hegeliana, que se poderia fundamentar adequadamente a teoria.

Inicialmente, pretendemos destacar como o Direito é dotado das características de um fato social, ou seja, como ele é geral (pois o Direito está presente, mesmo que minimamente, nas distintas sociedades contemporâneas), exterior (pois o Direito, como uma realidade jurídico-social, não pode ser tido como fruto de um indivíduo) e coercitiva (a qual consta, inclusive, no cerne do Direito, tendo em vista seu caráter para coagir as pessoas a tomarem determinada conduta).

Posteriormente, e destacando a ramificação elaborada por León Duguit (2009) e as críticas recorrentes de Reale (2002), que se poderia elaborar uma proposta compatível do estudo social do mundo jurídico.

Por fim, há de se realizar uma comparação direta entre a partir dos moldes estabelecidos de um neoconstitucionalismo, ou, como se pretende chamar neste trabalho, do Constitucionalismo Contemporâneo. Apenas então a teoria do sociologismo jurídico poderia representar uma solução para o problema do ativismo judicial e da discricionariedade exacerbada.

Logo, devemos analisar o Direito a partir de um ponto de vista social, mas não podemos esquecer que este possui, principalmente nas relações de coercitividade e exterioridade, um caráter próprio, ampliado na perspectiva jurídica, de forma que este caráter denota sua essência enquanto ciência.

Ora, a sociedade se firma com base em interesses e vontades parecidos da população, se determinado grupo passa a ser perseguido por seus ideais, não poderá mais ser tido como parte dessa sociedade, não devendo por isso perder seus direitos, mas ser tutelada e fazer parte de outra sociedade que defenda seus interesses ou mesmo criar uma própria, desde que não o faça de forma anômala.

O Direito infere seus princípios na sociedade e a sociedade fomenta o que se fará do Direito. Não podemos destacar uma da outra, mas ambas caminham juntas. O que devemos contrariar, portanto, seria uma perspectiva fixa em qualquer um dos tópicos, ou seja,

centralizada em quaisquer dos dois objetos ignorando os demais, mas sem perder a nova perspectiva do sociologismo.

Afinal, o que marca o neoconstitucionalismo seria a integração entre o Direito positivo (que já entendemos como fato social) e a utilização axiológica dos princípios jurídicos (aos quais nos resta provar, nesta obra, se tratarem de fatos sociais). É por meio dos princípios que pretendemos aplicar uma nova perspectiva do sociologismo jurídico para o Constitucionalismo Contemporâneo.

A utilização para tanto, de obras como a de Bobbio (2014), Kelsen (2003, 1986 e 1999), de Duguit (2009), Streck (2017) e de Alexy (2017) se torna imprescindível, sendo por meio destes que avaliaremos a tese de Durkheim para sua aplicabilidade no cerne das Constituições contemporâneas.

Neste sentido, e tendo em vista a pluralidade de obras à disposição, requer-se uma análise pautada no método hermenêutico e uma metodologia pautada no modo bibliográfico, tudo de forma a condicionar aquilo que se pretende no bojo do trabalho aos autores vinculados na (re)criação desta tese jurídica.

Apesar de alguns artigos tentarem defender a teoria sociologista jurídica, estas não aplicam, em si, uma tentativa de explicar os princípios desta forma frente aos padrões do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual se tornará o pressuposto desta obra para que possamos reformular seu entendimento e aplicabilidade.

CAPÍTULO I. OS FATOS SOCIAIS COMO INSTITUTOS JURÍDICOS

1.1 OS FATOS SOCIAIS NO DIREITO

Os fatos sociais, notáveis no decorrer cotidiano em nossa sociedade, são fatores que, investidos de um pensamento coletivo ou social, regem nossas relações, presentes e exteriores ao indivíduo e, neste quesito, como poderíamos não encaixá-los com o Direito?

Inicialmente, destacamos que os fatos sociais são um molde dos institutos que avaliamos corriqueiramente. A cultura, a religião, a moral, avaliadas cada uma de forma independente, são todas fatos sociais que regem, mesmo que implicitamente, no campo da psicologia, as nossas relações e atitudes do dia-a-dia.

O Direito, ao mesmo tempo, apresenta todas as características de um fato social: É geral, por estar presente na sociedade; exterior, por ser independente dos indivíduos e; coercitivo, pois apenas o direito tem legitimidade para impor os âmbitos de proteção ou incidência contra ou a favor de direitos individuais, seja regulando as normas contratuais, seja punindo as atitudes tidas como delituosas¹.

Contudo, com o decorrer dos anos e o desenvolvimento das teses jurídicas, muitas críticas surgiram à conceituação do Direito como realidade social, tendo em vista que trabalhar esta perspectiva por um viés meramente social e esquecer-se do seu viés jurídico seria um erro que envolve dimensionar o direito de forma radical.

Acerca deste ponto deve-se esclarecer que o Direito antes é e depois deve ser, inclusive sendo esta a modalidade que se discute sobre a teoria, conforme se extrai da tese elaborada por José Carlos Vieira (1988, p. 49): “Como fato social, o direito está no mundo do real, ou seja, no mundo do **ser**, enquanto que do ponto de vista da ciência jurídica, o direito é norma, ou seja, **dever ser**” (grifo do autor).

Deste modo, o Direito inicialmente surge por meio dos anseios sociais, inclusive, o que seria uma Constituinte senão o almejo maior de uma dada população em alterar completamente o seu ordenamento jurídico. Utiliza-se a expressão “alterar” pois se deseja em determinado local e determinado tempo que o Direito da sociedade reflita aquilo que a sociedade almeje. “Completamente” porque entende-se, modernamente, que apenas uma completa inversão do sistema jurídico legitimaria uma alteração de Constituições, pois outras alterações podem ser

¹ e aqui não desejamos abranger toda a teoria acerca da normalidade do crime, tendo em vista que o próprio Émile Durkheim (2014) expõe sua tese de forma clara e consistente em sua obra

feitas por meio de Emendas, sob pena de se rebaixar a Carta Magna ao nível de mera Carta política à disposição daqueles no Poder².

Tem-se, portanto, que o Direito, antes de norma, surge como um fenômeno social, que, por vezes, pode ser deturpado pelos interesses daqueles que detêm o poder legiferante ou estatal. Mesmo assim, surge, *ab initio*, de uma ideia ou concepção inicial que extrapola o pensamento individual e parte da coletividade.

Portanto, antes de se avaliar o Direito como norma, há de se ter noção de sua função como expressão da sociedade ou realidade social, não por se tratar de uma forma unicamente de expressão social, negando seu plano jurídico, mas como uma essência para sua origem³.

Surge, ou exsurge, como uma realidade social e, portanto, como um reflexo do pensamento coletivo de determinada sociedade concentrada em determinado local e em determinado tempo. A complexa relação de inúmeras Constituições e mesmo do número infindo de emendas à da atual Carta Magna brasileira mostra esta alteração temporal do pensamento da coletividade.

Mas este pensamento pode trazer uma tese não tão apropriada, qual seja a da possibilidade de uma mesma Constituição permanecer imutável durante um longo lapso temporal. Neste caso, os Estados Unidos da América seriam uma prova desta teoria, pois quase não alteram sua vetusta Constituição. Ora, esta imutabilidade constitucional nada mais representa do que uma expressão de que a coletividade imperialista e em busca da liberdade dos estadunidenses não se mudou substancialmente com o passar do tempo. O espírito dos grandes federalistas: Jay, Madison e Hamilton continua vivo e forte no pensamento contemporâneo. E mesmo com isso, pequenas alterações foram sendo realizadas, mesmo que

² As críticas do entendimento de uma possibilidade ampla para a criação de novas Constituições foram bem fundamentadas nos seguintes textos: TEMER, Michel. *Nova Constituição?. Matéria pública no jornal Estadão*. Disponível em: <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,nova-constituicao,70003496454>>. Acessado em 06 de novembro de 2020, às 11:05); STRECK, Lenio Luiz. *NANCO — A Nova Assembleia Constituinte e a profissão de carrasco!*. Publicado pela CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-29/senso-incomum-nanco-assembleia-constituente-profissao-carrasco>>. Acessado em 06 de novembro de 2020, às 11:07.

³ Neste sentido, tensa seria a relação de apropriação ou antropofagismo (para remeter aos estudos da Escola de Belas Artes e célebre fase de Oswald de Andrade em seu Manifesto antropofágico) de normas ou Constituições vigentes de outro país sem adequá-las à realidade social do Estado em que se pretende importá-la: ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropófago. In: TELES, Gilberto Mendonça. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas*. 3a ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. Disponível em <<https://www.ufrgs.br/cdrom/oandrade/oandrade.pdf>>. Acessado em 06 de novembro de 2020, às 11:13. Nesta obra, em síntese, o autor traz a noção de que os brasileiros são uma espécie de antropófagos (pessoas que praticam o canibalismo) culturais, ou seja, devoram, mastigam a cultura de outros países para absorvê-la e torná-la sua. O tropicalismo, que viria a se consumir anos depois, é um reflexo direto deste pensamento.

não alterando o núcleo essencial. A tutela do Estado e a sua segurança jurídica são mais importantes para eles do que qualquer vitória política⁴.

Ora, trata-se de estudar o Direito não como uma mera realidade social, mas sim como uma realidade social que imprime, posteriormente, uma realidade jurídica. Mas não é por vir primeiro que a realidade social poderá sempre alterar a realidade jurídica. Esta apenas poderá ser legítima quando a força social e a unificação do pensamento coletivo for tamanho para a consumação de um novo ordenamento que possa suplantar os limites temporais impostos, pelo pensamento social anterior, para as alterações das balizas normativas.

Tem-se então o Direito como um fato social, exercendo sobre a sociedade toda a coerção, generalidade e exterioridade a ele implícitas, para, apenas então, se consumir no plano jurídico e, a partir deste, ser executado. O juiz, neste ambiente, possui duas vertentes: pode julgar conforme a norma ou pode julgar conforme a realidade social. No primeiro caso, não se cria um Direito, mas sim o consoma, pois este é antecedente. No segundo, cria-se um direito pela interpretação social, hermenêutica ou sistemática do ordenamento, momento no qual surgem os princípios como instrumentos deste entendimento, geralmente possibilitado por uma lacuna na norma.

Há, todavia, outro problema que surge deste entendimento. O juiz, ao interpretar a norma, poderia ultrapassar o entendimento plausível e passar a aplicar um ativismo judicial. Este, sob pretexto de “garantia da ordem pública”, “manutenção de uma sociedade saudável”; “combate à corrupção por vontade do povo” são todas expressões individuais que se colocam como coletivas. Ora, o meio pelo qual a realidade social altera o Direito é pela formulação de novos ordenamentos e não pela boca de um magistrado que apenas foi aprovado pela Lei para julgar os casos. Não cabe, aqui, idealizações jurídicas de grandeza e de superação do poder legiferante, a criação de um 4º (Quarto) Poder, mas sim de uma análise sistêmica e a utilização dos meios necessários de expressão social.

Imprime-se, portanto, a noção de que o Direito se faz como fato social, mas apenas pela sua sistematização se faz, enfim, uma realidade jurídica aplicável. A confusão das duas apenas

⁴ Emblemático o caso envolvendo as eleições de 2000 nos Estados Unidos, entre os então candidatos Al Gore pelos democratas e George Bush pelos republicanos. Ocorre que o candidato Al Gore ingressou na justiça para que fossem recontados os votos do pleito daquele ano, os quais apontavam o Bush como vencedor das eleições. Contudo, a Supreme Court abandonou a recontagem pelo fato de ter se encerrado o prazo do pedido. Em solidarismo à decisão, o candidato se manifestou afirmando que era apenas em face da supremacia do país e da inviabilidade de se perder a confiança nas suas instituições que não iria recorrer da decisão, acatando-a. Para mais informações, a seguinte reportagem: GUTIERREZ, Felipe. *Como George W. Bush chegou ao poder em 2000 após disputa na Suprema Corte*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2020/noticia/2020/10/29/como-george-w-bush-chegou-ao-poder-em-2000-apos-disputa-na-suprema-corte.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2020

ocorre caso a própria moral seja implementada de forma infundada, sem ser distinguida, conforme Durkheim (2014) se propôs a fazer, erro em que cremos ter incorrido León Duguit (2009) durante a criação do sociologismo jurídico clássico, mas o qual será abordado em momento oportuno.

A partir deste momento, analisa-se as críticas à teoria do fato social frente à concepção da exterioridade dos fatos sociais, exigindo-se uma análise sistemática do princípio.

1.2. O QUESITO DA EXTERIORIDADE AQUÉM DAS CRÍTICAS

Antes de conseguirmos transplantar a noção do sociologismo jurídico como um sistema válido, necessário se faz a superação de uma crítica muito presente ao positivismo jurídico como forma geral, pautado na crítica às possibilidades de governos totalitários e autoritários usando-se das normas como meio para tal objetivo.

Ora, trata-se daqueles governos no qual os governantes, déspotas completamente esclarecidos, ao tomar o poder, tornam legítimas condutas completamente contrárias aos direitos individuais e coletivos, usando, para tanto, das normas em vigor para “legitimar” suas condutas. Parte-se, então, como fórmula contrária à esta concepção, de duas premissas: seriam estes casos realmente casos de exterioridade do fato social? Além disso, seriam legítimas tais condutas tendo em vista o Direito Internacional?

Acerca da exterioridade, um dos pontos basilares dos fatos sociais na teoria de Émile Durkheim (2014), junto da generalidade e da coercitividade, esta se expressa da seguinte maneira: o fato social não irradia nem mesmo gera efeitos de pequenas expressões individuais, mas sim de grandes porções da sociedade em uma vontade unificada e exterior aos indivíduos. Trata-se, portanto, de um pressuposto que não pode e nem deveria ser moldado pelas vontades individuais ou absurdas. Torna-se um Estado anêmico ou patológico, completamente alheio ao que realmente deveria representar no campo dos fatos sociais. É dizer, pode usar do sistema normativo para se tornar legítimo, mas jamais o será do campo de vista sociológico.

Um cuidado que deve ser tomado seria em relação a expressão social enorme de fatos completamente incondizentes com um mínimo de dignidade humana. Cita-se aqui, o caso do próprio nazismo. Ora, na época dos fatos, teria sido uma expressão social de proporções tão gigantescas que viria a ser transplantada num dos regimes mais autoritários e desumanos vivenciados na face da Terra.

Contudo, o que muito se esquece, é que as atrocidades cometidas foram realizadas sobre um véu disfarçado, um manto de sombras que, apesar de matar, diariamente, milhares de judeus, homossexuais, deficientes e outros julgados impuros pelo regime, afirmava-se tratar de um simples campo de trabalho para os alemães que viviam nas grandes metrópoles. As atrocidades eram um pensamento exclusivo daqueles no poder e suas mentalidades perversas, tendo de disfarçar tudo o que acontecia nos campos de concentração para não perder seu apoio popular. Torna-se, portanto, um uso indevido da exterioridade, que não se faz por meio de um pensamento coletivo, mas de uma construção a partir de um indivíduo ou déspota, que, ludibriando a população por meio da propaganda⁵, encaminhou o mundo a uma das guerras mais sangrentas já travadas.

Deste modo, não temos na figura de Hitler e seus Ministros (Speer, Goebbels, Göring, dentre outros), qualquer expressão exterior, mas sim um conluio de indivíduos que, disfarçando suas intenções, impõem ao povo alemão uma ideia completamente distorcida, moldando os fatos sociais pouco a pouco para que estes se tornassem desumanos. Destaca-se dois pontos a partir deste instante: não são legítimos ordenamentos que menosprezam direitos humanos e, neste ponto, não podemos deixar de tornar ilegítimos, do ponto de vista sociológico, os governos expansionistas europeus do século XV ao XX, mesmo sob risco de anacronismo, mas analisando unicamente pelo viés do fato social e; não se podem impor governos por pequenos grupos que moldem o ideário da comunidade em prol de fins torpes.

Disposto sobre o princípio da exterioridade e, tendo em vista a nova dinâmica da contemporaneidade, dispõe-se sobre o Direito Internacional. Durante seus estudos, Durkheim (2014) não conseguiu se expressar sobre um Direito Internacional como vimos no pós-Guerra. O mais próximo de algo do gênero foi a coalizão nomeada “Santa Aliança”, utilizada como meio para derrotar Napoleão (apesar de esta ter sido vista como unicamente do ponto de vista militar). Contudo, com o pós-Guerras, surgem mecanismos internacionais, mesmo que polarizados, para exercer um controle internacional aos fatores dinâmicos da sociedade que afetam os direitos humanos.

Pois bem, frente a estes novos mecanismos, obviamente que a exterioridade adota novos moldes, inclusive, em conformidade com o que defendia o sociólogo francês de que sua teoria deveria se moldar frente ao avanço da sociedade (DURKHEIM, 2014). Logo, o que temos hoje,

⁵ Esta noção da propaganda é bem trabalhada na obra de John Boyne (*O menino do pijama listrado*. trad. Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Companhia das Letras, 2007), na qual detalha a falta de entendimento, inclusive da mãe de Bruno (o personagem principal) sobre as atrocidades cometidas contra as pessoas presas nos campos de concentração.

seria a expressão deste direito alienígena ou das gentes como uma expressão ainda maior da exterioridade, extrapolando os limites da soberania de um Estado, na qual um déspota poderia agir de forma mais facilitada, para se fundar em um direito dos Estados (o qual apenas é possível pelo fato de as maiores potências se submeterem a tal, afinal, se as maiores potências o negassem, seria difícil conceber este direito internacional com a mesma força que vemos hoje), no qual, comparando o fato social, mais difícil fica a legitimidade destas condutas frente ao fator social do Direito.

Logo, assim se expressa a exterioridade como pressuposto dos meios para que um governo se torne legítimo, extrapolando a vontade eloquente das pessoas no governo para garantir, de forma mais ampla, os direitos individuais e coletivos.

Resta, no enquadramento dos fatos sociais dentro do universo do Direito, distinguir seu funcionamento entre as normas e princípios, outra concepção que fugia à realidade em que foi analisado o sociologismo jurídico clássico.

1.3. OS FATOS SOCIAIS NA DIVISÃO MODERNA DE DIREITO: REGRAS E PRINCÍPIOS

Discutidas e expostas as teses acerca do fato social e enfrentada suas críticas em relação a um de seus fundamentos basilares, o da exterioridade, consigna-se em discutir como seriam postos os fatos sociais dentro da realidade na distinção entre regras e princípios. Neste ponto, cabe, inicialmente, distinguir os dois institutos jurídicos para apenas então discutir-se sobre suas propriedades.

Vale destacar, *ab initio*, que ambos regras e princípios são parte do que se pode considerar de normas. As normas, cuja própria essência envolve determinado grau de subjetividade, foram analisadas pelos mais diversos autores no decorrer da história, tendo sido sua nomenclatura dada de forma geral (e, no mais das vezes, de forma incompleta) ou de forma específica, distinguindo tipos de normas. Este passa a ser o primeiro pressuposto a ser superado.

O primeiro autor a ser discutido traz uma forma geral das normas. Em sua obra, Humberto Ávila (2019, p. 50), traz um conceito simples e geral de norma: “**Normas** não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (Grifo do autor). Deste modo, traz à tona as normas

como aquilo que se depreende ou se compreende a partir da leitura dos textos normativos, sejam eles constitucionais ou não.

Utiliza-se, desta ponderação, para afirmar que a norma independe de dispositivo e vice-versa. Ora, não há dispositivo que certifique um princípio da segurança jurídica, mas não há norma que valide a existência da “proteção de Deus” invocada no preâmbulo de nossa Constituição⁶. Aquém disso, utiliza-se o autor, por relação semântica, do termo “reconstrução”. Mas porque o intérprete reconstruiria a norma ao invés de criá-la? Não seria livre em sua interpretação? Pois bem, não se pode conceber uma liberdade infinita de interpretação àquele a quem cabe dispor dos detalhes da norma. Esta deverá e será limitada pelos próprios dispositivos constitucionais (2019, p. 54-55), de forma a não possibilitar a extrapolação do liame de entendimento da norma, adequando regras e princípios à conformidade constitucional.

Outros autores, tais como Kant, tentaram reverter conceitos que envolviam o tema da norma jurídica. Neste sentido, o filósofo alemão descreve as normas jurídicas como juízos hipotéticos, ou seja, são meios para a produção de um determinado fim, constituindo uma forma de se aplicar, posteriormente, efeitos desejados, sejam estes sancionatórios, positivos ou negativos (KANT, 2017).

Esta tese foi rememorada por Hans Kelsen (1986), o qual adota este pressuposto, mas chega à conclusão da aplicação das normas apenas em seu caráter sancionatório, sendo determinado, dentro de sua teoria, que qualquer outra norma que não possua este caráter tenderia a um conceito novo, o de “fragmento de norma”.

A teoria mais aproximada ao conceito de norma jurídica seria aquela apresentada por G. H. von Wright (1963), na qual não se tem um conceito uniforme envolvendo o instituto da norma jurídica, mas sim diversas espécies, cada qual correspondendo a um pressuposto da norma. Nesta seara, seis seriam as espécies de norma, conforme destaca-se a seguir:

a) **Normas definitórias ou determinadas:** Estas seriam as regras de um jogo, ou seja, são pressupostos de como funciona e como deve funcionar. Caso sejam desobedecidos, prevalece a vontade de que o “jogo” não está sendo “jogado” de maneira adequada, ou seja, não prevalece o disposto na norma.

b) **Normas técnicas ou diretivas:** Estas são as normas no conceito *strictu sensu* de Kant. Deste modo, configuram os meios para se obter determinado fim ou efeito.

⁶ Cita-se a excelente decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2.076), da qual pode-se extrair o seguinte trecho: “(O preâmbulo) não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é o que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta”.

c) **Normas prescritivas:** definem determinada conduta a ser seguida pelo sujeito das normas, ou seja, impõe-se uma perspectiva de superioridade da norma em relação ao sujeito.

d) **Normas ideais:** Estas configuram uma espécie de modelo para os sujeitos da norma, ou seja, constituem diretrizes ou padrões (e não normas), para que possam ser transfiguradas em ações não pela sua característica de norma, mas pela sua impressão no agir do sujeito.

e) **Normas costumes:** Os costumes, de forma distinta dos hábitos, constituem uma forma habitual ou reiterada de expressão coletiva de dada comunidade e não meras impressões individuais dependentes da *psiche* isolada de cada qual.

f) **Normas morais:** Podem ser consideradas normas *sui generis*, principalmente por serem difíceis de se conceituar. Podem se dar tanto pela expressão divina como pela busca da felicidade ou do bem-estar, estando sujeitas a uma análise mais autônoma, não objeto da presente análise.

Distinguidas as normas, cabe, neste dado momento, diferenciar regras e princípios. Inicialmente, destaca-se ambas dentro do pressuposto das normas, assunto pelo qual cita-se Mendes e Branco (2018, p. 72):

Em geral, tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de categorias deontológicas comuns às normas —o mandado (determina-se algo), a permissão (faculta-se algo) e a proibição (veda-se algo)

Desta forma, destaca o autor que, apesar de ambas possuírem diferenças (ainda não trabalhadas), estas possuem suas semelhanças enquanto normas, nas áreas determinantes, permissivas e proibitivas.

Mas, ainda partindo para a diferenciação entre ambos, os princípios possuem virtudes, de forma distinta das regras, possuindo uma função muito mais argumentativa e abstrata, representando ideários de justiça e de dignidade, podendo, inclusive, serem utilizados como a razão para a existência de outros princípios ou mesmo das regras. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 72)

A palavra princípio é proveniente do latim *principiu* o qual se refere à essência, fundamento ou início de determinado fenômeno. Logo, se exprime de forma abstrata um fundamento da norma, seja esta regra ou um princípio inferior ou menos abrangente.

Já a palavra regra, oriunda do latim *regula*⁷, pelo qual se abstrai o sentido de comando e, ao mesmo tempo, de medida, constitui em uma espécie de *regula juris*, no entendimento de Reale (2002, p. 489). Neste sentido, o autor ainda descreve: “O princípio diretor do jurista, segundo os romanos, é a *ratio juris*, cabendo-lhe indagar de cada circunstância a sua *ratio*, a fim de estabelecer sua medida, sua *regula*: — a *ratio juris* determina a *regula juris*” (p. 489).

Na fórmula de Dworkin (1978 *apud* MENDES, 2018), utiliza-se da expressão do tudo ou nada em relação às regras, ou seja, abstrai-se de determinado caso concreto a aplicabilidade de determinada regra. Se esta for aplicável, utilizar-se-á desta mesma, enquanto, se restar inaplicável, não se aplica minimamente os pressupostos da regra.

Já em relação aos princípios, não existe uma aplicação imediata ou inaplicabilidade imediata. A própria essência destes envolve o debate público e o entrave de ideias. Não resta saber qual o princípio aplicável, mas sim o grau de aplicabilidade de cada princípio, de forma que aquele que for mais “pesado” na hora da decisão deve ser o utilizado na fundamentação. Ou seja, não possuem, os princípios, força normativa quando extraídos de forma abstrata, mas sim na ponderação e na comparação dos lados de determinado caso concreto.

Já para Alexy (1993 *apud* MENDES, 2018), apesar de o conflito de princípios também possuir o peso a ser analisado no caso concreto, estes se tornam “comandos de otimização” de forma que a sua atuação depende tanto dos demais princípios e regras opostas quanto o da situação fática na qual se opera este princípio⁸.

Mas como se pode operar os fatos sociais dentro destas realidades?

Inicialmente, acerca das regras, já fora disposto, anteriormente, que, em se tratando dos fatos sociais, estes foram a base fundante das regras, sendo que o ordenamento jurídico apenas foi elaborado nos moldes em que a sociedade se originou. Neste modelo, a expressão do legislador ao tempo da edição da norma, consignada na forma do poder legiferante originário, garante a edição das normas posteriores e a recepção das normas anteriores, nos moldes das necessidades sociais em determinado local e em determinado lapso temporal.

Em relação à formulação dos princípios, destaca-se que estes nada mais são do que uma expressão ainda mais forte dos anseios sociais do que as regras, ou seja, mesmo que não deixem

⁷ O conceito de *regula* expressa não apenas duas palavras distintas (ambas distinções provenientes da mesma origem) quais sejam “regra” e “régua” mas unifica uma propriedade de ambos, de forma que se passa pela ideia de uma medida de comando ou concreção de comando. Esta, contudo, é objeto de análise nas doutrinas de Introdução ao Estudo do Direito, que poderão ter espaço para abranger de forma mais significativa o assunto.

⁸ Trata-se de uma possibilidade jurídica e uma possibilidade real dos princípios. Deste feitio, os princípios dependem tanto de sua validade no próprio ordenamento, em coadunação com as regras e os princípios do mesmo ordenamento jurídico e de mesmo grau hierárquico, quanto da realidade fática sobre a qual se pondera estes princípios.

de ser fatos jurídicos, tornam-se fatos sociais de forma mais clara do que a essência das regras. Neste quesito, questiona-se se este pressuposto social poderia superar um princípio. Ora, nada mais absurdo, pois, conforme destacamos antes, a interação da vontade social por meio dos fatos sociais se dá no momento da consecução da norma máxima, e não de forma posterior pelos simples anseios populares.

Deste modo, os princípios, mesmo que dependam do anseio popular e da ponderação no momento de sua averiguação, não se podem deixar de ser jurídicos, ou seja, deixar de ser um *dever-ser* para se tornarem um *ser* social. Serão influenciados, mas não se deve abstrair a leitura hermenêutica necessária à sua essência. Logo, os princípios são jurídicos e apenas em pequenas partes serão influenciados por fenômenos sociais, não podendo ser confundidos com fenômenos sociais influenciados por dispositivos ou normas jurídicas. Esta inversão, tipicamente ativista, contraria a própria essência do estudo do Direito.

Logo, observa-se a presença dos fatos sociais dentro dos termos ajustados da contemporaneidade. Resta, portanto, observar qual caminho, dentro dos pressupostos tomados, levou o sociologismo jurídico de León Duguit e porque tais pressupostos se tornaram objeto de análises críticas por parte da doutrina contemporânea.

CAPÍTULO II. O SOCIOLOGISMO JURÍDICO

O sociologismo jurídico traduz uma exacerbação ou exagero da Sociologia Jurídica, pois esta, quando se contém em seus justos limites, não pretende explicar todo o mundo jurídico através de seus esquemas e leis, até ao ponto de negar autonomia à Jurisprudência, reduzindo-a a uma arte de bem decidir com base nos conhecimentos fornecidos pelos estudiosos da realidade coletiva. (REALE, 2002, p. 421)

Cabe destacar, *a priori*, como se originou o sociologismo jurídico e as bases históricas que colaboraram para a sua origem, bem como alguns indícios de seu surgimento séculos anteriores à teoria elaborada por Durkheim e Fauconnet.

Neste sentido, pode se denotar, para uma origem mais concreta do sociologismo jurídico, os escritos elaborados pelo Barão de Montesquieu, principalmente em seu livro “O Espírito das Leis”. Em sua obra, o autor conseguiu retratar como fenômenos naturais tendo como exemplos a topografia, o clima, dentre outros, afetaram as sociedades ou comunidades ali adjacentes. É neste momento que o autor, preterindo aquilo que está escrito no título de seu livro, compara estas características naturais com as leis de determinada comunidade, baseando-se, portanto, que a partir destas características, distinto será o Direito nos mais distintos agrupamentos sociais.

Foi com essa base, assim como a da Escola Histórica e dos sofistas gregos, que os autores Émile Durkheim e Paul Fauconnet (MACHADO NETO, 1987, p. 105-111) conseguiram descrever efetivamente a sua teoria do sociologismo, percorrendo campos como a solidariedade, o fato social e a responsabilidade. Com isso, se destacavam as bases para a origem de um sociologismo jurídico, ou seja, a aplicação desta mesma teoria social dentro da realidade jurídica.

Contudo, o que se viu, posteriormente, foi uma remodelagem dos conceitos clássicos reformulados pelos autores, passando a uma noção completamente anômala do que inicialmente foi projetados pelos inventores clássicos do sociologismo. Esta é oriunda de León Duguit (2009), o qual, reformulando os conceitos próprios dos autores, deixa de aplicá-los definitivamente conforme o que era concebido na ideia inicial. Nesta perspectiva, almeja-se a substituição de conceitos inapropriados pro universo jurídico bem como diferenciar aqueles que podem ser aproveitados durante a análise posterior de solução dos problemas contemporâneos enfrentados pela hermenêutica jurídica.

Oportunamente, cabe ressaltar algumas outras críticas elaboradas pela doutrina em relação ao sociologismo jurídico tanto no modelo de Duguit (2009) como na sua formulação mais geral.

Por fim, cabe ressaltar a necessidade de se amparar a teoria do sociologismo dentro da realidade factual da contemporaneidade, mormente o qual estabelece-se regras hermenêuticas pautadas na filosofia do Direito e na moralidade sociológica.

2.1 O SOCIOLOGISMO JURÍDICO CLÁSSICO DE LEÓN DUGUIT

toda atividade cujo cumprimento deva ser assegurado, regulamentado e controlado pelos governantes, porque o cumprimento desta atividade é indispensável para a realização e para o desenvolvimento da solidariedade social, e porque ela tem uma natureza tal, que só pode se realizar completamente pela intervenção da força governante. (DUGUIT, 2005, p. 67, tradução livre)

Pierre Marie Nicolás León Duguit, nascido em 4 de fevereiro do ano de 1859, na cidade francesa de Libourne e falecido em 19 de dezembro de 1928, foi aprovado como professor titular das faculdades de Caen e Bordeaux, tendo sido professor e diretor da última até o ano de 1919. Se mostrava uma pessoa proativa em sua sociedade, principalmente em busca de direitos sociais, fomentando uma igualdade mais próxima entre os indivíduos. Considerava-se um estudioso em busca de uma resposta técnica para o que significa o Direito. E, para além disso, foi influenciado pelos pensamentos de Émile Durkheim para a formulação de uma teoria jurídica que preponderasse os elementos sociais (ROSSETI, 2012, p. 1).

Foi por meio desta influência que o jurista francês decidiu elaborar sua obra com base na sociologia francesa. Iniciou, portanto, um movimento denominado sociologismo jurídico, destacando a importância da solidariedade como fruto essencial em face do conceito de soberania (ROSSETI, 2012, p. 1).

Em suas obras, o autor, vivendo um momento conturbado de transformações sociais e políticas, descreve com afinco a necessidade de se reformular as teorias do Estado de Direito. Para o jurista, tanto a teoria de Stahl sobre um Estado limitado e formal, quanto a teoria revolucionária de divisão de poderes, quanto a de Carré de Malberg, que colocava no poder legiferante a soberania, correspondiam ao novo modelo dali oriundo. Neste sentido, defendia o estudioso que a soberania, em uma espécie de pressuposto de Ihering, deveria se manter intocada, conquanto o Estado, por meio do solidarismo social, elaboraria normas que em suma

não pudessem ser destruídas pelo individualismo, mantendo-se como núcleo essencial soberano (ROSSETI, 2012, p. 1).

Elabora-se uma teoria do Estado que pretende dissoluir a tese kelseniana de que este e o Direito se tornam uno, de modo a alavancar uma existência contínua e congruente. Passa a descrever, portanto, que o Estado também se submete ao Direito, tanto como o indivíduo, mormente o qual o Direito, como exterior a este (sendo um fato social) não poderia deixar de se aplicar ao Estado, substituindo a sua soberania por uma espécie de solidarismo do tempo, ou seja, o Estado, em determinado período histórico, possui como pressuposto os objetivos de consecução estatal (ROSSETI, 2012, p. 2), confundindo-se o que seriam as pautas de governo ou os objetivos fundamentais do Estado como se estes fossem capazes de suportarem um ente estatal por si só e diferenciá-lo dos demais.

Logo, o que se tem aqui, é que esta noção de solidariedade como substituta do conceito de soberania estatal nada mais faz do que alterar a diferenciação de um governo para o outro ou de um Estado para o outro, mas não consegue demarcar a essência de um conceito mais geral de Estado que seja aplicável às mais diversas sociedades.

Ocorre que, ao elaborar esta tese, encontra-se de frente com um dos pressupostos da teoria durkheimiana, qual seja a da momentaneidade das relações jurídicas. Para o sociólogo francês, as relações jurídicas, analisadas por um prisma social, dependem não apenas do local onde se produzem, mas também do tempo ao qual estão atreladas. Ou seja, as normas jurídicas são fruto do espaço físico em determinado período histórico.

Nesta seara, como seria possível que o Estado não mantivesse a sua soberania frente ao Direito, não podendo alterar este núcleo fundamental? Se as normas jurídicas, para o sociologismo clássico, se mantêm pela sua modificação frente a realidades sociais distintas, como poderia uma norma manter a organização independentemente da forma do Estado e de sua comunidade. Esta, deveria, portanto, estar atrelada a estas modificações, não se manter fixa como uma forma solidária de uma comunidade precedente.

O jurista francês pretendeu ainda, à luz da solidariedade, substituir o conceito de poder público por algo aproximado do serviço público, o qual consistiria, em síntese, na reformulação de uma base epistemológica do poder para que este fosse aproximado em direitos e deveres tanto dos governantes como dos governados, alterando, portanto, a ordem do jogo de poderes para que ambos contribuíssem no solidarismo social (ROSSETI, 2012, p. 3).

Por meio desta seara, pretendia-se uma alteração na atuação do Poder Legislativo, de forma que este “[...] outra coisa não deveriam fazer senão acompanhar o processo social espontâneo, rejeitando ou acolhendo o que fosse verificado cientificamente na vida de um povo

como ‘exigência da solidariedade’, através de uma rede de *serviços públicos*” (REALE, 2002, p. 434).

Quebra, portanto, com um paradigma contratualista, propondo que o Estado não mais poderia ser legitimado pela sua origem simbólica, mas sim pelo exercício de sua função e a relação desta com a conformidade de um direito social adjacente, mantendo-se a necessidade da contribuição de um serviço público essencial. O Estado passa, portanto, a se conceber como um fato⁹, elaborado quando um grupo ou indivíduo obtém um poder legítimo, mas que não por isso passarão a poder comandar. Neste sentido:

O Estado não mais é uma pessoa jurídica investida de direito subjetivo de comandar e os governantes não tem mais nenhum direito. Eles exercem, simplesmente, uma função na sociedade, sendo submetidos a uma regra de direito, devendo aplicar a força que dispõem para assegurar essas regras de direito. Ou seja, eles são limitados pelo direito, pelas regras da solidariedade social, e assim devem intervir na sociedade para implantá-la. O Estado tem de ter condições de implantar a solidariedade social, que é um dever seu, exequível não somente por uma abstenção, mas por ações concretas. (ROSSETI, 2012, p. 2)

Ademais: “Nossa doutrina, nesse sentido, é ‘realista’ e ‘positiva’, pois nela o Estado apresenta-se como fato. A concepção de Estado-fato deve substituir a concepção Estado-pessoa, do mesmo modo que Estado-pessoa substituiu Estado-patrimônio” (DUGUIT, 2009, p. 92).

Neste momento, relembra-se ainda a crítica elaborada pelo professor Eros Roberto Grau, o qual, tendo em vista os conceitos próprios de Leon Duguit, destacou, assim como afirmamos sobre o conceito de soberania, se tratarem de uma modalidade “temporal”, baseada unicamente no momento vivido sem a tentativa de explicar os acontecimentos pretéritos dentro desta teoria geral do Estado, conforme o seguinte trecho:

Analisando a diferença entre noção e conceito o professor Eros Grau explica que o conceito é atemporal, tendo a possibilidade de se engendrar uns aos outros no interior de categorias determinadas. Ele ainda afirma que a história e o tempo não tem como ser objeto, consequentemente de um conceito. [...]. Com base nisto este autor trata o serviço público como noção, evitando a sua conceituação. (ROSSETI, 2012, p. 2)

Talvez reze maior ironia o fato de que a instituição finalística criada por Duguit para servir como parâmetro de um Estado mais solidário, apesar de plenamente ainda aplicável na sociedade contemporânea, foi o fato de que a sua noção de serviço público perdeu espaço pelas

⁹ O jurista Norberto Bobbio propõe uma solução para a vista do Estado como um fato: “E como pode um mero fato produzir direito? A pergunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também, a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas” (2014, p. 163).

mudanças sofridas, com o tempo, pela instituição do serviço público, aprofundando-se ainda mais em diferentes características, tornando antiquada a teoria finalística. Logo, a sua colocação temporal do Estado provocou, inclusive, a derrocada de sua teoria frente à análise contemporânea do instituto (ROSSETI, 2012, p. 2).

Em sua obra, o autor propõe, ainda uma quebra paradigmática com um dos pressupostos da Revolução Francesa, o da igualdade formal entre todos os homens. Decide destacar que o Direito, sendo individual, mas coagindo a todos conforme a sociedade, atua efetivando direitos a todos igualmente, mas aplicando deveres diferentes de acordo com a potência de cada qual, ou seja, da capacidade de cada cidadão para contribuir com o Estado. Nisto retiramos, *in litteris*:

Individual, a regra de direito constitui-se diversa, exatamente por isso. Sendo a regra de direito similar para todos os homens, considerando que impõe a todos a cooperação na solidariedade social, estabelece, contudo, para cada um, deveres diferentes, porque a tendência e o potencial, em cada homem, são diferentes e por isso mesmo devem cooperar de maneira diferente na solidariedade social. Essa proposição invalida o conceito tão disseminado, principalmente na França revolucionária, da igualdade absoluta de todos os homens. (DUGUIT, 2009, p. 46)

Tem-se, portanto, as bases de um sociologismo jurídico fundado na conceituação sociológica do autor francês, por meio da qual viremos a sustentar as críticas elaboradas pela doutrina ao modelo, principalmente por autores como Reale (2002) e Streck (2017).

2.2 CRÍTICAS À TEORIA DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO

Observadas as raízes e supedâneos que fundamentam o sociologismo jurídico por parte de Duguit (2009), cabe discernir as críticas elaboradas pela doutrina posteriormente à sua tese, de forma a se proceder, neste momento, ao encontro de um substrato teórico que seja factível de convergência com os ideais contemporâneos do Direito, de forma a ser proposta uma via para a solução de alguns pontos críticos para a estabilidade de uma teoria jurídica acerca do ativismo judicial.

Destaca-se, inicialmente, que ao sociologismo jurídico e, em particular, à sociologia de forma geral, aplica-se uma teoria com prevalência do caráter social na análise de seu objeto. É dizer, tem-se os fatores (ou fatos) sociais como principais objetos da análise e estudos por parte dos adeptos da teoria. Adquiri-se, portanto, uma espécie de foco majoritário e que, por muitas vezes, pode acabar se tornando o único objeto do estudo.

Este foi o caso do sociologismo jurídico. Apesar de alguns posicionamentos, principalmente por parte de Durkheim (2014), sobre a necessidade da ciência avançar e nem

sempre poder-se-ia dizer sobre uma preponderância dos fatos sociais, alguns teóricos da teoria preferiram adaptar a tese da solidariedade para que se encaixe em toda a gama de explanação sobre as relações sociais, políticas e jurídicas a seu tempo (isso, sem contar as econômicas, as quais, também, foram influenciadas por esse pensamento).

Esta forma de se imaginar um objeto totalitário como resposta, como foi visto pela tentativa dos gregos pré-socráticos¹⁰, não pode se tornar uma verdade absoluta ou inabalável. Afinal de contas, a sociedade, bem como a vida, surge de um pluralismo de acontecimentos distintos, todos pautados em fenômenos naturais não correspondentes entre si. Logo, como se poderia almejar explicar tudo por meio de um único fenômeno? Esta, inclusive, é a ponderação realizada por Reale (2002, p. 421):

Não é aceitável, em verdade, qualquer explicação monística dos fatos que governam o mundo jurídico. Há doutrinas que exageram certos fatores sociais, atribuindo-lhes a primazia, quando não a exclusividade na produção do fenômeno político e jurídico. Quase se pode dizer que existe hoje acordo no reconhecimento de que tais explicações redutivistas mutilam a verdadeira natureza da sociedade e do Estado.

Logo, conforme se destaca do pensamento do autor, este reducionismo implica danos graves ao estudo da sociedade e do Estado. Reduzir ambos a apenas uma pequena parte de seu alcance nada mais faz do que limitá-lo ao substrato de sua essência, prejudicando o seu entendimento e obscurecendo eventuais respostas que viriam a fugir deste centro de massa pulsante da teoria única.

Reale, expressando-se sobre o pluralismo de causas, origens e fenômenos na sociedade, expressa, definitivamente, que o erro de boa parte das teorias seria dar uma espécie de “relevo excepcional” acerca de determinado fator, expressando toda a sua contingência social por meio do mesmo assunto, sem pensar nas demais circunstâncias causas oriundas de demais fatores, conforme trazemos *in litteris*:

O certo é que a vida jurídica está sempre na dependência de múltiplos fatores sociais, como fenômeno cultural que é, tão complexo e multifário como o homem mesmo. O erro consiste, pois, em atribuir a qualquer dos fatos sociais um relevo excepcional e desmedido. (REALE, 2002, p. 422)

¹⁰ Citam-se, neste contexto de preponderar um elemento sob os demais, as escolas de Tales de Mileto (para quem tudo era água); Anaximandro de Mileto (baseado no conceito de “*apeirón*”); Anaxímenes de Mileto (baseava-se na ideia de que tudo era ar); Heráclito de Éfeso (imaginava ser tudo composto de fogo e, por isso, nada permaneceria a mesma coisa por muito tempo); Pitágoras de Samos (para quem os números compunham os seres); Parmênides de Eléia (Contrário a Heráclito, defendia a permanência do ser e da matéria), dentre outros.

O que se obtém, desta síntese, seria o pressuposto de que um dos maiores erros do positivismo (em forma geral), bem como do sociologismo jurídico, foi a concentração de seu objeto em um núcleo essencial monístico, ou seja, incapaz de se expressar sobre todos os acontecimentos por pontos de vista distintos. Este é, inclusive, o posicionamento de Streck (2017, p. 48):

Assim, o positivismo conceitual sofre de uma espécie de ‘cegueira analítica’: perde-se na superfície dos elementos empíricos de justificação e se esquece que a compreensão das formas jurídicas acontece em um nível muito mais profundo, mais além de um mero discurso sobre fontes ou autoridades de instituição.

Ora, o que se pode observar é que esta teoria, tentando se pautar única e exclusivamente em uma fonte social e defendendo um avanço científico acima dos demais fatores, acaba por provocar uma espécie de “cegueira” no desenvolvimento científico, ou, em outros termos, uma espécie de redução da própria visão, tendo em vista que abandona o avanço científico do reconhecimento estatal em outros campos de estudo para conceber apenas uma visão monística social da origem deste.

Esta forma de pensar, acerca da evolução do pensar humano à luz de seu tempo, ou seja, da razão humana se desenvolver conquanto o momento histórico, não pode ser segurada pelo pressuposto de uma tradição fixada no pensamento coletivo ou individual. Não se pode cercear o desenvolvimento da razão humana por fatores como a tradição, mas, ao mesmo tempo, não cabe à razão destruir a tradição para promover um ambiente de puro desenvolvimento racionalizado. Ambos precisam saber conviver entre si para que se possa desfrutar de uma sociedade pluralística. Ambas são tratadas por Streck (2017, p. 107): “A tradição e a razão devem estar em sintonia, é dizer, **a tradição como sendo um momento de liberdade e de história, e a razão como sendo uma conservação que representa uma conduta tão livre como a transformação e a inovação** (Grifo do autor)”.

É neste sentido que o autor pressupõe o perigo desta aproximação e dominação de uma sobre a outra, colocando como pressuposto que a tradição (ou “*habitus*”) demonstra um caminho mal-dirigido, formado por um mal-entendido no encaminhamento das relações teóricas e possibilitando interpretações incondizentes com o Estado Democrático de Direito, conforme continua:

Por isso, é possível dizer que os pré-juízos considerados como inautênticos aproximam-se daquilo que aqui denominamos de sentido comum teórico dos juristas (*habitus*), pois ambos existem pela autoridade e ambos nos levam a mal-entendidos, isto é, interpretações descontextualizadas do sentido da história, desbordantes do

Estado Democrático de Direito e de tudo o que este representa no processo histórico (tradição). (STRECK, 2017, p. 107)

De forma mais concisa, pode se destacar do texto de León Duguit este caráter estritamente social, ou seja, que pretende colocar no âmbito da sociedade as explicações por todos os fenômenos jurídicos, o que, por sua vez, demonstra uma clara análise voltada para um único enfoque da pluralidade das relações políticas e jurídicas do Direito. Neste sentido, destaca Reale (2002, p. 423):

Nem faltam exemplos, e o de Duguit é bastante significativo, de nos oferecerem os empiristas sistemas que, abstração feita do especial sentido que emprestam às normas jurídicas, apresentam salientes pontos de contato com concepções de reconhecido cunho lógico-normativo.

Este cunho relativista da teoria observa parâmetros absurdos, em alguns exemplos, sendo pressuposto que as normas deveriam ser relativizadas sobre um ponto de vista social e não de cunho jurídico. Ora, dizer isso seria nada mais do que substituir a aplicabilidade do Direito pelos pressupostos científicos da sociologia, devendo o juiz ser um estudioso dos pressupostos sociais de determinado indivíduo para que, por esses motivos, pronunciasse a sua decisão, e não tendo em vista o cunho normativo do Direito.

Logo, abriria-se espaço para mais um espaço de arbitrariedade¹¹, sendo facultado ao juiz, por meio de seus conhecimentos científicos da sociologia (e aqui possuímos uma mistura que pode abarcar conceitos morais, o que é expressamente criticado pela teoria) pronunciar-se criando lei sobre o caso, remontando a uma Jurisprudência de Valores sob penalização da eficácia do Direito (STRECK, 2017). Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho:

Os sociologistas do Direito, *in genere*, levam muito longe a natureza meramente indicativa dos preceitos legais, chegando ao extremo de dizer que o juiz deve ser posto em face de um fato econômico-social com a liberdade de discipliná-lo 'cientificamente', ficando-lhe assegurada a faculdade de 'criar' a norma jurídica exigida pelo caso concreto, desde que forrado de conhecimentos sociológicos. (REALE, 2002, p. 423)

O ato de criar a norma com base em conhecimentos prévios sociológicos poderia acarretar uma teoria muito perigosa que, durante muito tempo, foi (e continua) influenciando

¹¹ Nesta seara, recomenda-se a leitura do livro *Verdade e Consenso* do autor Lênio Streck, na qual o autor remonta todo o conceito da arbitrariedade e da discricionariedade em torno das decisões judiciais como um pressuposto do positivismo jurídico que continua vigente na sociedade de um Constitucionalismo Contemporâneo, sendo que a sua adoção pelas chamadas correntes 'pós-positivistas' nada mais é do que uma remodelagem do modelo kelseniano.

juristas na aplicação do Direito na realidade social: a teoria (penal) do inimigo. Com esta, baseia-se em critérios pré-definidos de uma análise científica-social da realidade social dos indivíduos como único e mero indício de culpabilidade. É dizer, a possibilidade (muitas vezes ultrapassa a seara da possibilidade para se tornar uma certeza de culpa) de se culpar o indivíduo é pautada unicamente na reestruturação pretérita de sua convivência social bem como de seus aspectos físicos ou fisionômicos. Com isto, se abarca a possibilidade de julgamentos pautados unicamente em pensamentos racistas ou segregacionistas, o que poderia afetar profundamente os direitos fundamentais da contemporaneidade¹².

Contudo, mesmo que o relativismo exacerbado por parte desta corrente doutrinária possa trazer seus prejuízos para a racionalização do Direito, cabe destacar suas vantagens. Dentre estas, cabe destacar a origem dos direitos sociais e a interpretação de uma solidariedade para com o indivíduo por parte dos juízes e intérpretes. Ora, torna-se mais coesa e coerente a produção de normas e decisões tendo em mente as condições sociais, mas não as tendo como objeto único da análise. Estas condições ou fatos sociais devem ser tidas juntamente com a análise normativa e jurídica dos casos concretos, de modo a possibilitar uma decisão mais coerente com os princípios e normas do Direito. É como pensa Reale (2002, p. 425): “Ninguém mais do que ele contribuiu para convencer os juristas de França de que o Direito é uma força social, e que o princípio da socialidade do Direito deve ser levado em conta tanto pelo legislador como pelo intérprete da lei”.

Desta forma, apesar da análise completa do Direito sobre o prisma sociológico abarcar sérios problemas para a racionalidade do Direito, implica, ao mesmo tempo, quando se torna uma das bases (das diversas que colaboram com o desenvolvimento de uma teoria pluralista do Direito), um desenvolvimento mais humano da aplicabilidade no caso concreto conquanto garantia dos direitos individuais e coletivos.

Cabe destacar, no mais, que León Duguit, apesar de ter muitos pontos de convergência com a teoria proposta por Durkheim, apresenta, também, as suas divergências em relação a este. Uma das mais clássicas, e que veio a fomentar sua teoria, foi o repúdio à noção de consciência coletiva expressa pelo sociólogo francês. Para Durkheim, os indivíduos existiam separados mas produziam, de forma unificada, uma expressão clara e distinta de sua vida social, como uma espécie de pensar coletivo ou agir coletivo. Esta força unificante, que era estabelecida como

¹² Tanto a análise do racismo estrutural como do Direito Penal do inimigo não são o objeto desta pesquisa, mas, para fins de leitura, recomenda-se os seguintes livros: CARMICHAEL, Stokely; TURU, Kwame; HAMILTON, Charles. *Black Power: Politics of Liberation in America*. New York: Vintage, 1967 e; LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

molde de um pensamento próximo e que tornava as pessoas mais próximas entre si (ao menos em um grau coletivo) fora denominado de “consciência coletiva” (DURKHEIM, 2014).

Contudo, Duguit discordava deste pensamento. Acreditava o jurista francês que um conceito de consciência coletiva não poderia ser trabalhado de forma apropriada por se tratar de um conceito “metafísico”, ou seja, inerte ao mundo sensível. Logo, não se tornaria prático tentar provar a existência de uma consciência coletiva, ainda mais se considerando as relações dos pensamentos individuais não como uma soma a uma coletividade com um resultado fixo, mas sim como a relação entre as diversas consciências de cada um destes membros da sociedade. Ou seja, não seria cada uma dessas consciências que, unificadas, formaria uma coletividade, mas sim a expressão individual que colaboraria para a organização destes membros na dada comunidade:

A teoria de consciência coletiva de Émile Durkheim levar-nos-ia, assevera Duguit, a uma concepção de Estado absorvente, por ser fonte de socialidade excessiva, com olvido de que a sociedade é formada de indivíduos e de que só estes possuem realidade concreta, em razão de cujas existências a coletividade se organiza (REALE, 2002, p. 426)

Mas como o autor iria propor a existência dessa realidade concreta organizada pela coletividade? É neste conceito que ele lança mão de outro termo cunhado pelo sociólogo francês: o de solidariedade¹³. O termo, ao ver de Miguel Reale (2002, p. 426), consiste em uma espécie de “*deus ex machina*”, uma resposta pronta, durante aquele período da história, para todos os problemas da sociedade. Uma resposta universal. Uma palavra que abarcava mais do que significava. Uma expressão universal que demarcava entre os teóricos um ponto fulcral de convergência. Um *top trend* da sociedade francesa pós-revolucionária. É dizer, na sociedade francesa do século XIX, a resposta para os anseios sociais encontrava uma única resposta nas teorias sociológicas: o de solidariedade.

Ocorre que, por meio deste termo, a vida em sociedade seria regida por uma série de fins específicos, com os quais os indivíduos se comportariam. Ou seja, enquanto os indivíduos tivessem o mesmo fim, existiria uma relação de solidariedade entre eles. E não apenas isto, a solidariedade, como uma expressão da força maior social (fundada no determinismo social), poderia exercer coerção sobre os indivíduos, tendo em vista que se tratava de um fato social.

¹³ Durkheim destaca duas espécies de solidariedade social: a mecânica (a qual consiste no ato de duas ou mais pessoas, tendo uma mesma finalidade, praticam atos idênticos) e a orgânica (consiste em um mesmo objetivo, contudo, os indivíduos empregam atitudes distintas mas complementares para que, juntos, alcancem este fim). (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999)

Mas vale ressaltar uma ponderação de Reale (2002, p. 438) a respeito do assunto: Como poderia ser a solidariedade uma diretiva de comportamento individual ou coletivo. Se a solidariedade era um fato, ou seja, um *sein* (ser), como se poderia concebê-la como uma forma de obrigar a população a seguir seus moldes, ou seja, a agir como um *sollen* (dever-ser)? Não seria isto um reducionismo da própria concepção social à apenas a sua causa e não às suas consequências? Ora:

Traz à tona que Duguit confunde o ser e o dever ser, deixando de aplicá-lo propriamente: “O fato, por si só, não obriga. A solidariedade é um fato e, como fato, não envolve direções de comportamento. No fundo, Duguit reduz o mundo dos valores ao mundo do ser, ao fato da solidariedade que realizaria imanentemente todos os valores sociais, como se de um *ser* pudesse resultar um *dever ser* (REALE, 2002, p. 438).

Apesar disto, deve-se ter à parte os pensamentos. Afinal, a própria relação de fato social, como descrito no livro de Durkheim, envolve uma questão finalística da relação *ser* e *dever-ser* dos fatos. Os fatos sociais foram lidos como disseminadas por instituições sociais, sendo estas as que abarcariam o significado do ser, conquanto aos fatos sociais (por vezes, pode-se ter o nome escolhido pelo jurista como impróprio para abarcar este pensamento) seriam a relação de dever-ser. Logo, a crítica realizada pelo autor deve ser mantida a um nível semântico, mas não em relação à seu caráter teórico¹⁴.

É por meio deste conceito (o de solidariedade), de que as pessoas ou indivíduos possuem os mesmos fins, que Duguit situa a atividade estatal não mais como um poder público maior, mas como uma congruência destes pensamentos individuais, tendo um fim semelhante. Logo, parte-se para uma teoria não mais de um poder (é forte a influência de Revolução Francesa nesta seara, uma vez que abrangia-se uma dissolução do Poder arbitrário da monarquia), mas sim de um serviço essencial na consecução deste mesmo fim. Uma vez que este serviço é realizado pelo Estado e não pela iniciativa particular, tem-se que se trata de um ato público. Logo, surge na aceção do jurista francês a noção de “*serviço público*”:

Ora, a *divisão do trabalho social* tem como consequência a *solidariedade social*, como exigência inamovível da convivência e uma rede de serviços reciprocamente prestados: o Estado mesmo resolve-se em um sistema de *serviços públicos*. Eis aí, pondera Duguit, uma concepção fundada tão-somente no plano dos fatos, obtida com

¹⁴ Tal análise, por demasiado extensa, não encontra possibilidade de ser abarcada neste momento, sendo indicado a leitura da seguinte tese de doutorado: WEISS, Raquel Andrade. *Émile Durkheim e a fundamentação social da moralidade*. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-29062011-124920/publico/2010_RaquelAndradeWeiss.pdf. Acesso em: 04 mar. 2021

a mesma objetividade segura e impessoal que distingue as verdades sobre o mundo físico, apesar de não ser possível confundir, ressalva ele, os *atos sociais* com os *atos físicos* ou biológicos. (REALE, 2002, p. 428)

Duguit coloca, portanto, como destaque do Estado, este conceito de serviço público, sendo este a prerrogativa e motivo de manutenção do órgão estatal, retirando do contrato social a força fundante do ente estatal.

Mas, conforme foi analisado anteriormente, esta mesma teoria que pressupõe um serviço público por parte do Estado encontra-se demasiado restrita àquele tempo social, sendo que, contemporaneamente, não apenas o termo “*serviço público*” foi sendo atualizado e tornando a teoria do jurista francês arcaica, como a própria noção de Estado como mero ente de prestação de serviços públicos foi sendo dilapidada com o passar do tempo. As novas teorias remodelam a noção baseada no desenvolvimento histórico deste ente ou instituição: “O Estado é de interesse central para a política, sendo ele próprio um *locus* para o exercício do poder, um produtor de decisões e a comunidade política primária para muitos seres humanos, no mundo contemporâneo” (MACCORMICK, 1993).

Esta alteração da concepção de poder no bojo das relações jurídicas provoca suas prejuízos na concepção do estudo do Direito. Não porque o poder deve dominar o Direito e, ao mesmo tempo, não porque o Direito deve estar acima do poder. Mas sim porque é na congruência de ambos, no grau de proporcionalidade e razoabilidade adequados, que se pode empenhar, piamente, na consecução de ambos, como é defendido pelo jurista Dalmo Dallari (2016, p. 53): “[...], o poder e o direito devem ser vistos como fenômenos concomitantes, podendo-se falar, isto sim, em *graus de juridicidade* de poder, na medida em que ele é mais ou menos empenhado na realização de fins do direito”.

É por meio deste viés que cabe destacar a necessidade de análise do Direito com base no poder e do poder com base no Direito. Aquém disso, Dallari (2016, p. 56) destaca, ainda, que mesmo que exista uma noção de solidarismo social, não se pode concebê-lo como uma relação, entre Estado e indivíduos, inteiramente harmoniosa, ou seja, podem haver conflitos entre a realidade que os indivíduos almejam imprimir e a realidade expressa pelo Estado:

[...]. Como os objetivos dos indivíduos e das sociedades muitas vezes são conflitantes, e como seria impossível obter-se a harmonização espontânea dos interesses em choque, surge a necessidade de um poder social superior, que não sufoque os grupos sociais, mas, pelo contrário, promova sua conciliação em função de um fim geral comum (DALLARI, 2016, p. 56)

O que se pode exprimir é a necessidade de uma conciliação entre o poder estatal (ou poder público) e o serviço público, de forma que a consecução de fins do Estado possa ser proveniente de uma atuação mais clara e condizente com o Estado contemporâneo. Não podem os homens se deixarem levar por uma corrente prestacionista estatal, que regularizaria a sua vida de tal forma que tornaria seus atos pré-determinados, retirando sua esfera de liberdade autônoma, mas sim atuar por mudanças qualitativas de forma conjunta:

A consequência mais grave da crença no determinismo social é a voluntária submissão a leis consideradas inexoráveis, com a conseqüente automatização da vida social e a descrença em mudanças qualitativas, pois, se tudo está predeterminado, é melhor não fazer qualquer esforço que já se sabe inútil, sendo preferível procurar conhecer o sentido do determinismo e adaptar-se a ele. Para os deterministas não há, portanto, um objetivo a atingir, havendo, pelo contrário, uma sucessão natural de fatos, que o homem não pode interromper (DALLARI, 2016, p. 34)

Inclusive, o que se pode partir da teoria do sociólogo francês, o Estado descreve moldes para uma atuação particular dos indivíduos, de modo que não apenas desenvolve o cenário para prestar ou perseguir fins em comum com seus indivíduos, mas, ao mesmo tempo, possibilitar uma espaço de autonomia e liberdade contra a influência exterior de “grupos secundários”, ou seja, evitar um poder anômalo ou *sui generis* na relação entre Estado e indivíduo:

Lukes afirma enfim que, segundo Durkheim, o Estado deveria perseguir objetivos (ou fins) que correspondessem às características de cada uma das sociedades modernas, respeitando suas peculiaridades e seus valores morais. Mas, afirma, retornando ao denominador comum, deveria libertar as ‘personalidades individuais’, defendendo-as das antigas corporações por meio da criação (e promoção) dos grupos secundários de representação que se interporiam entre o nível individual e o nível do Estado. Com efeito, os fins perseguidos e a função social do Estado são a porta de entrada para compreender a sociologia política durkheimiana” (OLIVEIRA, 2010, p. 125-135).

Mas, volvemos ao tópico principal que seria o sociologismo jurídico. Não podemos nos destacar a criticar simplesmente a noção estatal trazida à tona pelo jurista francês, mas analisar, de forma mais direta, os estudos realizados dentro da perspectiva da norma, ou seja, adentrar a teoria sociologista dentro do espaço jurídico.

Inicialmente, apesar de tanto o sociologismo jurídico quanto o normativismo jurídico serem pautados na ideia central do positivismo jurídico (não cabe neste momento, destacar a influência exegética, por se tratar, primordialmente, de uma teoria com pouco respaldo), ambos possuem camadas intrínsecas bem distintas, as quais devem ser analisadas ao longo deste sub-capítulo.

Uma destas seria sobre a possibilidade da influência do campo da moral sobre o pensar jurídico ou a produção de jurisprudência nos casos concretos. Conquanto ao normativismo (KELSEN, 1998) destaca-se a inviabilidade de mistura entre a moral e o Direito, por se tratarem de campos distintos do pensar, para o sociologismo jurídico esta pode adentrar no pensar jurídico em uma hipótese: conquanto na massa dos indivíduos¹⁵ entende-se que determinado grupo detentor do poder é legitimado para intervir quando esta regra for violada ou reprimida (DUGUIT, 1928, *apud* REALE, 2002, p. 431): “Uma regra econômica ou moral torna-se *norma jurídica* quando na consciência da massa dos indivíduos, que compõem um grupo social dado, penetra a idéia de que o grupo ou os detentores da maior força pode intervir para reprimir as violações dessa regra”.

O que se pode ter em vista, conforme o afirmado, é que o estudioso francês desenvolve um campo de possibilidade para que a moral possa ser integrada no ordenamento jurídico na forma de norma. Mas, apesar de possibilitar a existência de uma norma jurídica fundada na moral da sociedade, o autor evita contemplar a possibilidade de o juiz ou julgador do caso atuar, com base na moralidade, em determinada questão ou caso concreto, dentro dos limites discricionários ou lacunas legislativas, proporcionadas pela lei, o que deixa um vácuo teórico em torno do assunto (mas que pode ser trabalhado, como será adiante, nos conceitos de normas desenvolvidos posteriormente pelo sociólogo).

Mas, vale ressaltar, surge outra problemática concernente ao conceito de norma com cunho moral na teoria do sociologismo jurídico: Qual o limite para se reconhecer que determinada norma é oriunda de um conceito moral e não de um estudo objetivo em torno dos contornos legislativos? Ora, a moral não é retratada, empiricamente, de forma qualitativa na obra do autor, mas sim de forma quantitativa, demonstrando mais a ponderação de proporções do que a intensidade¹⁶. Neste sentido, tem-se em Reale (2002, p. 431): “O recurso a critérios quantitativos para resolver problemas qualitativos deixa-nos perante a seguinte dificuldade: — Que grau de intensidade é necessário para que uma norma de natureza moral passe a ser de natureza jurídica? Eis o *punctum pruriens* da teoria de Duguit”.

¹⁵ Aqui se percebe um erro dos cálculos da teoria de Duguit conquanto à sua noção metafísica deste entendimento. Não se pode cogitar, neste caso, que a expressão do pensamento daqueles que detém o poder seja uma forma de solidariedade, muito menos de uma forma de consciência coletiva. Trata-se de uma metafísica que envolve o exercício do poder para forçar determinada conduta moral na sociedade, torna-se uma espécie de “violência institucional”, sobre a qual recomenda-se a seguinte leitura: BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2012.

¹⁶ Mas não seria esse o contorno essencial da teoria do sociologismo jurídico? A ponderação da moral não deveria sobrepor no julgamento do estudioso em qualquer grau mínimo independente da sua intensidade? Ora, apesar disso, a concepção meramente quantitativa não mais pode ser empregada no Estado Contemporâneo, devendo o estudo dirigido se focar em um grau mais elevado (qualitativo).

Além disso, se for concebida uma noção de moral que corresponde à força das massas em comunhão, como se poderia afirmar que esta provém diretamente de um mesmo fim, ou seja, de uma solidariedade, nos termos jurídicos do autor. Não se pode defender que os atos morais individuais correspondam a uma mesma finalidade, logo, como poderia explicar, o autor, esta possibilidade sem se envolver com o que havia denominado, anteriormente, de “metafísico”?

Logo, mesmo que negasse uma teoria em tese “arcaica”, se remeteu a elas para conseguir explicar a própria fundamentação teórica. E essa é uma das críticas de Reale (2002, p. 432): “Ora, isto equivale a reviver a idéia de ‘espírito do povo’ de Savigny; é volver ao ‘eu coletivo’ de Rousseau; é dar roupagem nova a uma idéia já antiga na tradição histórica, no que tange ao *fundamento* da obrigatoriedade jurídica, contra o qual Duguit reagia em nome da ciência (Grifo do autor)”.

Remete-se, portanto, a uma noção metafísica negada pelo próprio autor. A concepção dessa vontade que se projeta além de uma mera finalidade comum traz à tona o mesmo sentimento da consciência coletiva proveniente da teoria de Émile Durkheim. O que se conclui é que o jurista francês, mesmo tentando evitar questões abstratas, acaba por recorrer a elas para explicar fenômenos jurídicos. Logo, não obstante a defesa do autor de que se deve excluir explicações metafísicas, deve-se ter em mente, durante a leitura, a possibilidade de existência desses mesmos elementos.

O autor, na mesma seara, continua o pensamento extrapolando o pensamento empírico para se remeter a fenômenos metafísicos. Dentre estes, denota-se à negação da presença de uma coação, por parte do Estado, como sendo uma de suas características, aplicando, neste sentido, a solidariedade. Nesta hipótese, a coação estatal apenas figuraria como um elemento *a posteriori* do fenômeno de criação da norma. O que permeia o pensamento do jurista é que a norma, como fruto do Poder Legislativo, é provida antes mesmo da formalidade para a sua consecução. O legislador apenas atua dando forma a ela, pois esta surge a partir do momento em que a maior parte das pessoas entendem a sua necessidade para a consecução de um determinado fim em comum:

Duguit nega o elemento coação como característica essencial do Direito, mas reconhece que as *normas jurídicas* têm o seu fundamento no sentimento da *solidariedade social* e são garantidas pela força. Desse modo, o que sobreleva não é o poder do Estado, que estabelece a coação, mas sim a sociedade mesma, o fenômeno coletivo, que exige que uma norma seja cumprida: — a coação estatal é um *consecutivum* do Direito, sendo o Estado instrumento dos ideais jurídicos. Uma norma é jurídica antes de receber a sanção do legislador, porquanto se impõe a este ‘pela

força mesma das coisas’, quando ‘a massa dos homens compreende que ela é necessária à *solidariedade*, e é justo que seja sancionada (REALE, 2002, p. 433)

Novamente, o autor atribui a um sentimento metafísico ao seu entendimento de solidariedade quando afirma que “a massa dos homens compreende [...]”, demonstrando que não consegue evitar as noções por ele mesmo rejeitadas. Se isso demonstra, por um lado, um cuidado maior ao observar a teoria, por outro, demonstra cada vez mais uma dificuldade de o estudioso se abster, inteiramente, de pressupostos morais ou comuns do seu raciocinar, o que dificulta a comprovação de uma objetividade perfeita dentro dos próprios estudos realizados de forma “completamente” objetiva.

Aquém desse ponto central, cabe ressaltar que outro erro foi relacionado à essa formulação, qual seja o do imaginário de separação da esfera moral como formuladora da esfera normativa. Afinal, ao afirmar congruente que Direito ou as normas seriam remontadas conforme a compreensão da massa dos homens da sociedade, o que faz o autor se não remeter a uma noção *a priori* de Direito e, logo, remeter-se a um naturalismo, fonte de suas críticas justamente por ser se tratar de uma teoria jurídica “metafísica”.

Esta revirada axiológica do sentido que o jurista pretendia acaba por ocasionar um ponto falho ou uma lacuna teórica. Não se torna fácil de descrever o que seria a solidariedade social evitando os conceitos que não existem no mundo sensível, mas também utilizá-los seria voltar à teoria de Émile Durkheim sem qualquer análise da teoria própria do jurista, problema este que permeia sua tese acerca do sociologismo jurídico.

Outro ponto central da teoria seria o foco principal dentro da teoria tridimensional do Direito, vale dizer, a que abarca os planos da validade, da vigência e da eficácia. Ou seja, o autor, dentro do seu plano teórico, projeta seus estudos dentro de um desses planos, assim como o fez Kelsen (1998) em seus estudos.

Cabe dizer que, numa teoria permeada pela noção de solidariedade, o que seria mais válido como uma essência pura do Direito? A validade da norma, por meio de uma noção temporal? A vigência da norma por meio de um procedimento devidamente observado, como o foi na teoria de Hans Kelsen? A resposta se encontra no plano da eficácia, na qual se pode conceber não apenas a norma em sua formalidade, mas, na teoria do jurista, analisá-la dentro de uma perspectiva de aceitação normativa por parte da população.

Logo, o principal foco não se encontra amparado no processo legislativo de feição da norma, mas sim no processo coletivo de implementação da regra moral no coletivo social e na aceitação, posterior, da norma imposta pelo legislador como sendo efetivamente legítima e

eficaz. Nesta seara, pode-se trazer à tona Reale (2002, p. 433), diferenciando, neste contexto, os planos das teorias positivistas:

Enquanto que para Hans Kelsen, o problema primordial é o da *vigência*, ou da validade técnico-formal, conforme logo examinaremos, vemos Duguit assentando o problema do Direito exclusivamente na questão da *eficácia*, na gênese social dos preceitos que se imporiam ao reconhecimento e à decisão dos governantes. Se para os mestres da Escola da Exegese o elemento fundamental é a norma, emanada pelo Estado (concepção da *estatalidade do Direito*), já para o mestre francês o que mais importa no fenômeno jurídico é a eficácia, ou seja, a aceitação espontânea por uma comunidade de uma determinada regra jurídica (*socialidade do Direito*).

Subtrai-se, portanto, a necessidade de explicar o fenômeno do Direito por meio de sua perspectiva no campo da eficácia, de forma que se tornasse possível o controle de validade e vigência por meio da eficácia na criação da norma. É dizer, antes de uma norma existir, ela deveria se projetar eficaz, o que permitiria o controle social sobre a incidência desta.

Contudo, o que se observa é uma clara reversão da primazia do Direito, denotando-se mais a essencialidade de fiscalização da norma por meios de controle do que realmente por meio de criação. A eficácia que serve para remodelar a vigência de uma norma não é a eficácia desta própria norma, mas sim a eficácia de todo o ordenamento jurídico ao qual está inserida, o qual foi precedido da própria vigência deste ordenamento. Logo, o que se pode considerar é que a eficácia de um todo mais amplo e genérico constitui condição de uma norma em específico, mas a eficácia, em um mesmo grau da vigência, não pode ser razão desta, como defende o jurista austríaco Hans Kelsen (1946 *apud* REALE, 2002, p. 580): “a eficácia é condição da vigência; mas, condição, não a *razão* dela. Uma norma não é válida *porque* eficaz; é válida *se* a ordem a que pertence é, no seu todo, eficaz”.

Em outro campo, em certa conformação com a teoria da exigência social, Streck (2017, p. 100) aborda um contexto de semelhança em relação ao jurista francês, de forma que para o autor, em crítica ao normativismo kelseniano, defende que os pressupostos de existência (quais sejam o da vigência e o da validade) são dependentes daquilo que será ou é praticado pelos membros de dada sociedade. É dizer, dependerá, a existência da norma, da prática na vida social, conformando-se, mesmo que implicitamente, com um conceito metafísico abstrato de um coletivo social no qual se poderá dar a preponderância da norma em conformidade com o dia-a-dia da população desta mesma sociedade. Não defende ele, contudo, que este plano seria o da eficácia, e nem mesmo poderia ser, tendo em vista que sua análise ocorre apenas posteriormente ao identificado. Mas sim que as pessoas (principalmente o Poder Legislativo)

sofrem influência do decorrer cotidiano de suas vidas, bem como as práticas imbuídas como normais em determinado local à determinado período histórico.

Além disso, tendo em vista a origem posterior de formas de controle de constitucionalidade, a concepção de eficácia como pressuposto de uma validade poderia acarretar diversos problemas para uma sociedade já maculada pelo juiz ativista e pela Jurisprudência de Valores.

Ora, caso fosse possível anular uma norma inteiramente pelo plano da eficácia, tornaria-se uma *práxis*, no plano de análise de constitucionalidade das normas (ou legalidade) o uso de expressões que envolvem um “princípio da supremacia do interesse público”¹⁷ para minimizar o alcance de uma norma e, por vezes, extingui-la, na seara do próprio Poder Judiciário, pois o conceito, além de abstrato, traz um espaço de conformação da norma, uma lacuna, que permitirá, ao juiz, a análise do caso conforme o próprio entendimento deste sentimento coletivo ou social, o que se apresentaria como uma tensão entre os Poderes.

Vale dizer, que a eficácia não mais possa ser concebida como o centro ou núcleo essencial do Direito, do qual partem as outras matrizes de existência. Esta deve ser analisada como um pressuposto e condição das normas conforme o estabelecido anteriormente, atentando-se, sempre, com o cuidado essencial para a manutenção de um sistema límpido e evitando discricionariedades.

Outro ponto fulcral na teoria de Duguit (2009) se relaciona ao seu trabalho posterior, ou seja, após receber as críticas à sua concepção originária, como decidiu retratar as lacunas que havia notado em suas próprias definições, tendo em vista que a simples indicação da solidariedade não seria o suficiente para fundamentar toda a base jurídica conforme pretendia. Deste modo, traz à sua teoria duas novas concepções. Inicialmente, o autor demonstra que os homens, como seres em sociedade, abarcam uma espécie de sentimento de Direito, ou seja, o Direito, como essencial à sociedade, torna-se algo implícito do homem, por vezes confundindo-o com o que seria justo ou injusto na consciência individual.

Para Reale, entretanto, configura-se que esta noção interior ao indivíduo de uma pessoa remete ao ideário do jusnaturalismo de que o Direito não é conformado pelo Poder Legislativo, mas sim na consciência de cada um, revertendo-se, novamente, aos pressupostos (inclusive

¹⁷ Recomenda-se, como crítica a este “princípio”, a leitura do seguinte artigo: SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al (Orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 735-747. Em defesa da teoria: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

metafísicos) que arcou negar em toda a extensão de sua teoria, conforme destaca Reale (2002, p. 436):

A primeira delas é a de que todo homem alberga um sentimento do Direito, afirmação desconcertante que nos reconduz às matrizes do Direito Natural, em sua acepção clássica, pois equivale a fundar no senso do justo e do injusto a formação do Direito e seu reconhecimento pela massa dos espíritos.

O autor, como a segunda criação, decidiu, ainda, dividir as leis em duas espécies: as normativas e as técnicas. As primeiras, sendo poucas, retratam realmente o Direito enquanto as técnicas são aquelas que, estando mais amplamente disponíveis no ordenamento, garantem, ao jurista, um espaço de conformação da norma com o caso concreto, ou seja, possibilitam a aplicação das poucas regras normativas (REALE, 2002, p. 436). Deste modo, o que se pode denotar foi uma tentativa de diminuir o encargo de que todas as normas, inclusive as de cunho processual, seriam provenientes de uma vontade coletiva, de forma que se estabelecesse apenas algumas (como verdadeiras normas de Direito e não normas de aplicação de Direito) como sendo emanadas da vontade popular.

Ocorre que, novamente, o autor se reporta ao mesmo erro: o uso de expressões e finalísticas do Direito Natural, o qual criticou como sendo metafísico. Neste sentido, Reale (2002, p. 437):

Mas, que é que tinha dito a teoria do Direito Natural clássico senão exatamente isto, que o Direito Natural é um conjunto de preceitos fundamentais, que o Direito Positivo especifica e determina, em função dos casos ocorrentes? Só que na teoria de Duguit os princípios fundamentais são consagrados pela sociedade, e não resultam apenas da natureza mesma do homem.

Deste modo, novamente, se percebe um equívoco na formulação teórica do jurista francês, o qual, não obstante, mantém seu caráter fundado na expressão de solidarismo, resultando de que a expressão do Direito foi propagada diretamente pelas relações sociais entre os indivíduos e não meramente por uma ideia única consecutiva do pensamento individual de cada qual.

Partindo, destes dois pontos de vista, o autor descreve o Direito como sendo, em suma, uma espécie de manifestação legislativa adaptativa, ou seja, o Poder Legislativo não é encarregado de criar a norma, mas sim moldá-la para uma finalidade específica da população conforme os anseios desta.

Esta assertiva não condiz, contemporaneamente, com a realidade jurídica. Do mesmo modo que a noção de serviço público concebida pelo autor foi sendo dissolvida com as

mudanças sociais, as concepções de solidarismo e da eficácia como núcleo, bem como a de Direito inerente a cada indivíduo e o de leis técnicas e normativas, foram, ao mesmo tempo, se perdendo no tempo, marcando um arcaísmo em relação à teoria que, ao mesmo tempo que visava uma teoria distinta da revolucionária francesa, bem como do positivismo austríaco, manteve uma distância parecida com relação a alguns dos pressupostos essenciais do sociologismo durkheimiano.

CAPÍTULO III. A APLICABILIDADE DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO EM UMA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

São muitos os protagonistas da ascensão do jabuti. Anos de um processo penal ensinado torto nas faculdades, fábricas de reacionários e/ou carreiristas e/ou dogmatas e/ou tudo junto; anos e anos de processo penal tratado como se fosse um "jogo": um "jogo" no qual, repentinamente, o pênalti pode ser marcado do meio-campo se o juiz assim quiser e, aos litigantes (ups, jogadores), resta tentar prever quais serão os comportamentos e as atitudes e as "jogadas". Resultado: puro criterialismo. Decisão de juiz suspeito é nula ou inexistente? Enfim, essa dogmática jurídica nos apronta cada coisa [...] (STRECK, 2021, p. 3)

Feitas as críticas e, principalmente, tendo sido discorrido acerca da moralidade no âmbito do sociologismo jurídico, cabe, neste momento, aproximar a teoria da realidade fática concernente à vida moderna. Ora, não se pode atribuir eficácia à tese apenas no momento em que foi concebida, mas deve-se adequá-la aos tempos modernos, de forma que se possa distingui-la dentro da aplicabilidade do Direito sem que se torne uma obra anacrônica que vanglorie o passado sem vinculá-lo ao presente.

Logo, deve-se, afim de ingressar o conceito ao Direito, aplicá-lo em relação a um termo que cada vez mais adquire espaço dentro da teoria jurídica: o Constitucionalismo. Nesta seara, inicialmente, cabe destacar como será concebido, no teor deste trabalho, o constitucionalismo, bem como a opção pela terminologia de “Constitucionalismo Contemporâneo” para destacar em qual espaço se busca integrar, dentro do movimento teórico, a aplicabilidade da teoria.

Ademais, como princípio norteador dos julgamentos por parte dos juízes, cabe destacar até que instante o julgamento deixa de ser moralmente afetado para se tornar moralmente concebido, ou seja, em que momento a moral ou subjetividade do julgador deixa de ser simplesmente um auxiliador no processo de tomada de decisão para se tornar o ponto fulcral da tomada da decisão.

Por fim, destaquemos como os princípios morais discernidos por Duguit com base no sociologismo jurídico e calcado no conceito de fatos sociais pode vir a dar à tona um norte mais aprofundado para que evite-se eventuais discricionariedades e posições ativistas por parte dos julgadores.

3.1 O USO DO TERMO “CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO”

o neoconstitucionalismo não é uma superação do paleojuspositivismo (exegetismo); mas os neoconstitucionalistas acham que é. E esse é o problema. Portanto, Ferrajoli tem razão, porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial (STRECK, 2017, p. 93)

Destaca-se que, em pleno século XXI, e, mais precisamente, no pós-Segunda Guerra Mundial, a doutrina do Direito entende, cada vez mais, pela existência de um movimento significativo na seara do controle do poder e manutenção da cidadania. Este processo, gradual ao longo da história humana, é denominado de constitucionalismo.

O constitucionalismo, em sua essência mais pura, retrata uma essência da busca pelo controle do poder, diminuindo ou restando os impulsos imperativos daqueles no poder, sendo esta forma de controle alterada conforme as gerações e o lapso temporal no qual se destaca. Neste sentido, trazemos a proposição de Streck (2017, p. 69): “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”. Neste sentido, não basta o mero controle de poder, mas também uma garantia mínima a todos os indivíduos pertencentes a determinado Estado para que estes se desenvolvam apropriadamente em cidadãos.

Não buscando aprofundar demasiadamente no tema, destaca-se a existência de uma série de constitucionalismos ao longo do tempo, sendo estes o constitucionalismo antigo, o medieval, o moderno e, mais recentemente, o neoconstitucionalismo¹⁸.

A Constituição de 1988 enquadra-se, neste sentido, no movimento do neoconstitucionalismo. Este, por sua vez, se trata do quadro atual do controle de poder. Além da garantia de cidadania (e, por assim dizer, mais universalizada aos membros integrantes do Estado), garantem-se ainda os direitos individuais e coletivos, sob o manto dos quais os

¹⁸ Acerca dos temas que envolvem o neoconstitucionalismo, recomenda-se a leitura do seguinte texto: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

indivíduos obtêm não apenas a garantia de um poder menos inquisitorial do governantes como ainda os meios para fazer cessar as injustiças praticadas por aqueles que detêm o poder.

Além disso, respalda-se que, conforme o entendimento atual da doutrina, não há que se falar em apenas um único neoconstitucionalismo aplicável a todos os países de forma uniforme, mas vários neoconstitucionalismos¹⁹. Ora, como atribuir a um mesmo movimento constitucionalista a formulação tanto de um direito pautado nas leis escritas (*Civil Law*) como um pautado na jurisprudência dos tribunais (*Common Law*)?

O Brasil, inclusive, não está livre de ter um processo de neoconstitucionalismo próprio, sendo desenvolvido, dentro do país, um sistema jurisdicional extremamente sincrético, unindo diversos fatores agregados do constitucionalismo estadunidense, francês, inglês e alemão²⁰. É a união e ponderação destes elementos que demarcam o processo constitucionalista brasileiro. Contudo, esta sintetização de ideais diversos não pode ser feita de forma desproporcional e indevida, sem a ponderação da necessária crítica sobre os elementos a serem usados. Esta é uma das críticas essenciais propostas por Streck (2017, p. 31):

Por certo, não estamos aqui a afirmar que o campo jurídico brasileiro deve ficar imune à influência daquilo que foi vivenciado pelas tradições que compõem o Direito ocidental. Mas, se é certo que não podemos ficar imunes a elas - perdidos em meio à tentativa de 'fundar' um *démodé* Direito 'efetivamente nacional' -, também é certo que precisamos passar em revista crítica daquilo que incorporamos dessas experiências, se não por nada, ao menos por questões de precisão científica.

O neoconstitucionalismo no início não representava apenas uma espécie de terminologia científica, mas uma fagulha de esperança, frente as potências globais, que viria a superar o caráter liberalista anterior para efetivar, de forma mais acentuada, um regime democrático nacionalista (STRECK, 2017, p. 67).

Mas, além destes pontos, Streck (2017) traz críticas ao conceito de neoconstitucionalismo e promove, *a priori*, a formulação de um conceito mais apropriado para a axiologia do movimento, evitando-se agregar com os erros denotados dentro do próprio neoconstitucionalismo que, para fins de lutar contra a bandeira do positivismo e defender um pós-positivismo, acabou por permitir gregos entre troianos, ou seja, institutos tipicamente positivistas como forma de explicitação do pós-positivismo:

¹⁹ Sobre o tema, recomenda-se a seguinte leitura, cujo próprio título já expressa esta preocupação com os diversos constitucionalismos: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: 2005

²⁰ Importante destacar, novamente, a força do movimento antropofágico na formação da cultura (inclusive jurídica) do Brasil, sendo as criações internas uma espécie de amolda dos diversos aspectos sociais, culturais e políticos de diversos países (principalmente ocidentais)

Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defende-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. (STRECK, 2017, p. 90)

Ou seja, o movimento, apesar da nobre intuição por ele proposta, acabou por solapar as teses jurídicas dentro de jargões vazios que envolvem, em toda uma extensão, o pressuposto de “neo” ou seja, novo constitucionalismo, novo processualismo, novo positivismo, como se a expressão tivesse se tornado uma espécie de *deus ex machina* da sociedade brasileira contemporânea: aquilo que quebra a ligação com o passado será denominado de novo. Mas e o que virá ao futuro? Não seria pretensioso denominar o passo atual como o novo passo, como se fosse algo que não viria a ser contestado posteriormente por um sistema inteiramente novo? Caso a teoria do constitucionalismo solidário de Roberto Dromi (1997) viesse a produzir frutos, o neoconstitucionalismo permaneceria com o nome de “neo”? Mesmo estando no passado?

Mas além da etimologia da palavra, vale destacar a própria essência do neoconstitucionalismo, que permitiu a prática de teorias impropriamente adquiridas por parte da leitura (ou “mastigação”) das doutrinas ocidentais do Direito. Neste sentido, o autor propõe uma nova denominação, mais condizente com os princípios que se defende na pós-modernidade. Trata-se de um Constitucionalismo Contemporâneo, cuja pauta não mais pretende ignorar a filosofia por trás da linguagem do que foi incorporado dos sistemas estrangeiros:

Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria das normas (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial. (STRECK, 2017, p. 92-93)

O Próprio paradigma do conceito, que pretende, além de permitir o controle do Poder Público, mas, ao mesmo tempo, controlar o grau de discricionariedade do julgador, a fim de evitar eventuais ativismos jurídicos, permite que a perspectiva constitucional atue de forma mais invasora, ultrapassando o controle político para um controle, ao mesmo tempo, jurídico do Poder Público. Além disso, evita-se o historicismo, a jurisprudência de valores e outros meios tipicamente positivistas para que seja, finalmente, consagrada uma superação do normativismo e não mais do exegetismo:

Em síntese, o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo proporciona o surgimento de ordenamento jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedora’ (pervasiva), invasora, *capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais*. (STRECK, 2017, p. 98)

Desse modo se faz a escolha do conceito, tendo por objeto não mais um simples controle do poder político mas, ao mesmo tempo, o do espaço de discricionariedade da produção de jurisprudência por parte dos tribunais. É nesta inversão, e na luta contra o ativismo, que se pautará o estabelecimento da moralidade sociológica conforme preterido.

3.2 O PROBLEMA DA EXTRAPOLAÇÃO DAS DECISÕES MORAIS NA TOMADA DE DECISÕES

“Minha preocupação, [...] é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da ‘moldura da norma’”. (STRECK, 2017, p. 38)

O neoconstitucionalismo, bem como o pós-positivismo, são considerados pontos de partida para a inauguração do que se chama de ativismo judicial. Afinal, os dois propiciaram o meio para a difusão deste ativismo, tendo em vista que ambos, ao permitir um espaço maior de atuação do Poder Judiciário sob os atos dos demais Poderes, permitiram que este viesse a atuar de forma a concretizar os direitos além de um simples julgamento, mas conferindo, inclusive, a compatibilidade das normas e incidência das mesmas.

O ativismo judicial, apesar de nobre suas intenções, possui um pressuposto vago e, por mais, ineficiente para determinar a ausência de leitura da norma. Atenta-se simplesmente para o caráter semântico do texto, apenas à leitura expressa do que está escrito, sendo que, se não estiver escrito, cabe ao juiz designar uma solução cabível e condizente com o ordenamento.

Ora, o que seria isso senão uma importação da discricionariedade proposta por Kelsen e Hart no positivismo? Não seria uma reinterpretação de que se a norma não diz, atua o julgador conforme um mínimo discricionário? Uma “textura aberta” da lei? Novamente o espírito antropofágico inerente a cultura brasileira tentou mastigar e apropriar teorias criadas em outros países. Infelizmente, esqueceu-se de mastigar suficientemente para que fosse possível assimilar, criticamente, a forma de atuação do juiz frente à lacuna da lei.

Ausente está uma acentuação crítica com base na hermenêutica e na filosofia para que fosse possível uma análise mais fiel e condizente com os pressupostos da aplicação do Direito.

No entanto se percebe a dificuldade que é vivida no país para se chegar a isso, ao mesmo tempo que se nota a importância deste tema, pois há uma ausência de base filosófica, um esquecimento, uma não observância da hermenêutica contemporânea no Direito Pátrio e isso desencadeou um verdadeiro salvo-conduto para a discricionariedade, com uma abertura interpretativa do objeto investigado, que é o texto constitucional e as leis que nele devem(riam) se basear. (LIMBERGER; NOGUEIRA, 2017, p. 265)

Ora, observa-se no país um processo completamente desregulado de formulação jurídica, afinal, o aumento do número de ações judiciais cumulado com o número massivo de normas que possuem uma textura aberta, provocou a implementação do ativismo judicial sem ponderações essenciais acerca do instituto, sendo, portanto, assumido de forma acrítica.

A criação de conceitos completamente *ad hoc* frente à Constituição, como é o caso da mutação constitucional, provocou uma crise dos Poderes, demarcando uma defronta à moralidade. A atuação do Poder Judiciário, invasor dos demais Poderes, provocou tamanha degradação institucional que efetivou uma crescente onda de ódio contra os Ministros, demarcando nova crise moral dentro do Estado Democrático de Direito.

Mas não é a pretensão deste trabalho descrever as críticas por vezes agressivas e “estúpidas”²¹ contra o Supremo Tribunal Federal, mas sim descrever a distorção da moralidade adotada no ativismo judicial brasileiro. Abstrai-se a literalidade do texto pelo simples desígnio do consciente do julgador, extraindo-se do texto e da filosofia do Direito os meios e mecanismos para uma justa resolução do caso condizente ao ordenamento pátrio. A norma supera a mera literalidade, como acreditava-se ter sido superado juntamente ao normativismo, ou seja, não é apenas a ausência de literalidade que possibilite a complementação de uma “lacuna da lei” com base no imaginário do juiz. Neste sentido:

a literalidade é algo que está à disposição? Se as palavras são polissêmicas; se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos. (STRECK, 2017, p. 44)

²¹ Acerca do uso deste termo e sobre o tema, recomenda-se a leitura do seguinte texto: STRECK, Lenio Luiz. Será que a burrice tem limites? Uma epistemologia da estultice. *In*: CONJUR, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/senso-incomum-burricem-limites-epistemologia-estultice>. Acesso em 25 mar. 2021.

O que se pode denotar, nesta seara, é que a moralidade implícita ao julgador acabou recebendo um terreno propício à sua difusão na aplicação em casos dentro da jurisdição brasileira. A moralidade, contudo, ausente de críticas pontuais e organizadas para que fosse efetiva na conformidade com a filosofia do Direito, acabou provocando rupturas na organização do Poder Judiciário.

Neste quesito, cabe importar que, apesar da necessidade de atribuição da filosofia do Direito para a devida aplicação da interpretação (e não simples leitura) da norma, esta deve se habituar com o comportamento moral adequado à teoria filosófica da hermenêutica jurídica, de modo a propiciar uma leitura dinâmica mas controlada do ordenamento jurídico pátrio.

3.3 O SOCIOLOGISMO JURÍDICO COMO COMPLEMENTO NO DIREITO

Tendo sido efetivada a crítica à tese de Duguit (2009) sobre o sociologismo jurídico, bem como a análise do Constitucionalismo Contemporâneo, resta essencial o destaque de que a referida teoria não consegue abarcar, apropriadamente, uma teoria completa do Direito. Apesar disto, ocorre que a teoria foi pressuposto para diversas tônicas, sendo que sua inspiração e notável preocupação social foram fatores que influenciaram, mesmo que parcialmente, as correntes contemporâneas do Direito.

Ocorre que o sociologismo jurídico, ao propor que o Direito seja mais preocupado com as relações sociais e com a sociedade de forma geral, consegue se torná-lo mais inclusivo. O Poder Legislativo e o Poder Judiciário, desse modo, passaram a atribuir um sentido mais solidário para com as partes, não sendo mais o processo apenas uma formalidade para se obter um resultado processual entre duas partes equidistantes, mas sim uma relação processual em busca da dignidade das pessoas conquanto a decisão deve abarcar as próprias condições sociais do agente.

Esse pressuposto da sociologia dentro do Direito pode ser destacado quando se enxerga o Direito não apenas como um campo específico, mas em todo um quadro geral que acompanha a teoria da sociedade²². O Direito, em si, é o que permite a convivência pacífica entre indivíduos de dada sociedade, mas este Direito se faz para esta determinada sociedade²³. Trata-se do grau

²² Não se almeja substituir a importância do Direito como ciência própria, conforme foi trabalhado (e criticado) anteriormente, mas sim denotar este campo específico do estudo jurídico para analisá-lo de forma mais concreta.

²³ Novamente, retornamos ao pressuposto trabalhado no capítulo 1, de que as normas de determinada sociedade, dependem tanto do lapso temporal quanto do espaço (espaço territorial) em que se der estas normas.

máximo das relações sociais, aquilo que representa a maior estabilidade no que concerne à complexa visibilidade de comunhão humana no âmbito social. É neste mesmo sentido que o “direito é uma precondição da constituição da vida social e deve ser elucidado no quadro de uma teoria social geral e é apenas secundariamente um âmbito institucional ao qual esta teoria geral será aplicada” (MASELLA, 2014, p. 268).

Toma-se, portanto, um paradoxo pois, enquanto o Direito foi formado pela sociedade, é o responsável, ao mesmo tempo, pela possibilidade de convivência entre os indivíduos desta sociedade. É neste contexto que o Estado deveria agir de forma a possibilitar um grau máximo de aplicação legal, tendo em vista a moral (inclusive consagrada como um dos pressupostos da Administração Pública no art. 37 da Constituição Federal de 1988). Esta é a interpretação de Oliveira acerca de Nisbet:

Afirma que a “autoridade” constitui um verdadeiro leitmotiv teórico da obra durkheimiana. Inicialmente, a lei era a instituição que assegurava a coesão social. Mas a lei só cumpriria essa função se fosse revestida de uma autoridade moral, cuja expressão no campo da política e das liberdades individuais seria assegurada pelo Estado. Segundo Nisbet, Durkheim teria passado a advogar a tese de que o Estado, regulando as atividades dos grupos sociais secundários (as associações profissionais autônomas), inclusive sua capacidade de opor-se a eles, garantiria o Direito e as liberdades individuais. Essa era sua função social primordial. (OLIVEIRA, 2010, p. 128)

O que pode pressupor que, enquanto a lei deve assegurar a coesão social, existe a necessidade de uma autoridade que possibilite o cumprimento desta, de forma que seja assegurada a prestação Estatal por meio de uma autoridade não apenas competente, mas moralmente formada para assegurar o grau máximo da coesão social.

Não basta meramente a existência de um Estado como órgão prestacional para que seja efetivada a integração social. Requer-se, ademais, que a entidade conhecida como autoridade, à frente do Estado, se molde a fim de atuar com moralidade na consecução de fins semelhantes (a solidariedade para o estudioso francês). Parte, portanto, de um ponto de vista sociológico para conceber uma noção de teoria do Estado:

[...] o papel que Durkheim credita a sua nova ciência, a Sociologia, fica próximo daquele desempenhado pelas ciências políticas alemãs: conferir suporte científico à moral social para que a sociedade mantivesse-se íntegra. Para as ciências políticas alemãs, era o Estado o órgão que deveria cumprir esse papel integrador. Mas, para Durkheim, esse papel só seria cumprido se a legitimidade e a força do Estado estivessem amparadas e coerentes com a moral do grupo que representasse. (OLIVEIRA, 2010, p. 130)

Assim, de forma distinta das doutrinas alemãs, o Estado, como entidade, unicamente, não pode ser concebido extremamente como ideário da moralidade pública, mas o governante ou autoridade deve atuar de forma congruente com este para garantir esta moralidade. Ora, em plena pandemia, isto fica mais claro do que nunca. A atuação de governos populistas que agem de forma contrária à precaução contra as doenças, aplicando teses religiosas ou de liberdade humana para evitar o uso de vacinas ou mesmo de máscaras na contenção da doença pode ser visto como uma imoralidade, degradando o pressuposto prestacional do Estado e disseminando uma falibilidade do mesmo, conquanto a mera atuação do governo pode provocar uma espécie de “solidariedade às avessas”, ou seja, com fins contrários à própria essência social.

Não se pode, ademais, atribuir ao Estado uma atitude que seja estática, tendo em vista que a necessidade de atuação desta entidade está intimamente atrelada a um substrato de prestação pública continuada, ou seja, necessário se faz que este se adeque às situações em que se mostra essencial sua intervenção, de forma a garantir, no máximo possível, o que se faz de essencial na vida individual e coletivo:

O Estado é, assim, um grupo especial encarregado de “representar essa autoridade”, o “órgão eminente”. Os indivíduos têm deveres em relação a ele e reciprocamente. Trata-se, portanto, de um agente dinâmico, que se define por sua função social e em uma relação com os membros da sociedade. (OLIVEIRA, 2010, p. 131)

A tarefa que cabe assim ao Estado é ilimitada. Não se trata simplesmente, para ele, de realizar um ideal definido, que mais dia menos dia deverá ser atingido e definitivamente. Mas o campo aberto à sua atividade moral é infinito. Não há razão para que chegue um momento em que ele se feche, em que a obra possa ser considerada terminada”. (OLIVEIRA, 2010, p. 132)

Desloca-se, portanto, a manutenção da vida social e da dignidade humana para uma perspectiva de prestação estatal, porquanto a moralidade influenciaria não apenas a decisão do Estado mas, ainda, da coletividade social.

Mas o Direito encontra-se atrelado, essencialmente, ao Estado, logo, como se deve conceber a moralidade dentro do Direito? Assumir, no julgamento de casos concretos, a moralidade do julgador como causa, não pode ocasionar não apenas um ativismo judicial desenfreado como, ainda, uma enorme gama de julgamentos com resultados distintos pautados na consciência do juiz?

Apesar deste pensamento, ocorre que o Direito não pode ser separado da moral. O ideal durkheimiano de que o cientista ou teórico não pode se isentar ou tornar-se completamente imparcial do objeto de análise não pode ser defendido em pleno século XXI. O próprio Direito, como dependente de aceitação social, não pode ser concebido como única e exclusivamente

uma ciência objetiva, mas como factível de ser influenciado pelos conceitos morais. Por meio desta aproximação, Streck (2017, p. 55) destaca o sentido de que a moral influencia nos casos em que as normas, isoladamente, não conseguem alcançar o caso concreto (ou seja, na possibilidade de uma “textura aberta”):

O Direito tem validade porque a comunidade política na qual ele governa o reconhece como tal. Por isso parece o conceito de ‘regra de conhecimento’. [...]. Assim, é possível que argumentos morais venham a integrar o Direito de forma contigencial, pois ele - Direito - enquanto linguagem contém vaguezas e ambiguidades nas quais, não havendo definição da sua significação, entra em uma ‘textura aberta’ na qual os juízes podem criar Direito segundo padrões externos ao próprio Direito, como argumentos políticas, morais etc. E os juízes têm legitimidade para tanto porque a regra de reconhecimento assim estabelece. (STRECK, 2017, p. 55).

O juiz, portanto, influenciado pela sua moralidade, atua na consagração do Direito por meio de argumentos exteriores ao próprio Direito, complementando-o em sua lacuna por meio daquilo que conceber ideal na situação. Mesmo assim, essencial se faz destacar que a atuação jurídica não pode consagrar unicamente argumentos exteriores ao Direito, tendo em vista que a própria consecução da lacuna depende da leitura integral do Direito, ou seja, a interpretação desta “textura aberta”, antes de consagrar uma “regra de conhecimento”, deve passar pela análise no interior do próprio Direito, evitando-se uma prática de ativismo judicial dentro do possível.

Mas é no mesmo contexto que se deve ter cuidado com a concepção de moral. Não se pode ter a moral como uma caráter extremamente quantitativo, mas se deve partir, para o sociólogo francês, de sua possibilidade imperativa. Logo, se um costume está presente em dada sociedade em grande quantidade não é por isso que será levada em consideração na ponderação do caso. Esta depende, ainda, da possibilidade imperativa que terá sobre os indivíduos bem como sobre a sociedade em geral. Neste sentido: “A forma propriamente durkheimiana de tratar a questão do caráter imperativo do costume exige desconsiderar a questão do conteúdo e enfatizar os processos psicológicos coletivos que conferem força imperativa a uma prática” (MASELLA, 2014, p. 272)

Portanto, a análise moral e social do caso coincide com a necessidade de se tomar alguns pressupostos sociológicos para evitar ativismos ou discricionariedades recorrentes. O sociologismo, fundando a moral mesmo que de forma sinteticamente metafísica, pode ser utilizado de forma a evitar que a moralidade seja usada de forma irrestrita e abusiva, conforme se destacará a seguir.

3.4 A MORALIDADE DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO COMO MOLDE DE CONTROLE DE EVENTUAIS ATIVISMOS JURÍDICOS.

Neste quesito, além do importe da filosofia como essencial para que a interpretação do Direito supere a possibilidade de ativismos judiciais, por muito a filosofia se dará completamente composta pela moralidade. Ora, se não o fosse deste modo, a proposta de Streck (2017) em nada iria diferenciar do que a proposta durkheimiana de isentar-se completamente de subjetividades. Mas tão quão a filosofia pura, existe a necessidade de se inteirar o procedimento de análise do ativismo judicial dentro da gama de possibilidades ampliada pela moral.

Mas, é claro, não deve a filosofia do Direito se submeter à moralidade social como se esta fosse uma forma de controle das ações do jurista ou julgador. A filosofia do Direito deve ampliar um espaço de conformidade com a moral, na qual ambas, dentro do psicológico do julgador, atuarão de forma conjunta na consecução dos direitos devidos ao indivíduo ou à coletividade.

Mas as próprias críticas de Streck (2017) atentam para o cuidado com a moralidade impressa pelos juristas na forma de uma textura aberta mal-interpretada da teoria de Dworkin. Ou seja, a moral, apesar de defendida pelos pós-positivistas, não consegue consagrar diretamente efeitos essenciais para que possa efetivar o Direito, mas sim apenas pronunciar o Direito à própria voz.

Neste campo, conforme defendido pelo sociólogo francês, basilar seria a exclusão do elemento preponderantemente “dedutivo”, afinal, a dedução, seria algo a ser considerada como uma forma inconsistente de se obter uma resposta. Deduzir a presunção de um caso com base no imaginário do julgador foge ao ideário alexyano de que a colisão de princípios ocasionasse uma norma. Perder-se-ia a moralidade conforme o número de processos. A equivalência moral para a produção de um pensamento coletivo dos juristas é uma utopia jurídica. Deduzir-se uma solução é uma inconsistência do jurista.

A análise dos fatos, e isto pode ser corroborado nas decisões do Supremo, muitas vezes sofrem deduções já de parte dos Ministros. Isto, inicialmente, simplesmente pelo fato de que, durante as sessões em plenário do Supremo Tribunal Federal, a maioria dos votos já vem deduzidas ou prontas, essencialmente tornando o debate em um momento mais superficial do que essencialmente seria. Além disso, por muitas vezes, durante o conflito, não se discute a

profundidade moral ponderada pelos Ministros, mas as teorias jurídicas que foram fomentadas por esta moral. Os pontos de vista convergem ao Direito posto.

A moral, para o sociólogo, não se trata de um *dever-ser*, mas de um *ser*, ou seja, são fatos postos e não que serão postos à sociedade. Não se cria a moralidade por meio de uma decisão judicial. Esta existe e age de forma imperativa sobre o Direito

Não se pode olvidar que a inexistência de um *dever-ser* se dá pelo pressuposto de que não se pode enxergar o Direito por meio de preceitos gerais. Caso se tratasse de um *dever-ser*, como o vem sendo, contemporaneamente, existiriam preceitos gerais que apenas seriam deduzidos faticamente. Contudo, trata-se de um *ser*, ou seja, um fato que rege constantemente a conduta dos indivíduos e apenas no momento da análise se expressa. O problema principal não é a expressão em si, mas a forma que garante a expressão.

A exterioridade das expressões morais não pode ser tida como uma forma simplesmente casual da análise do Direito. Um pressuposto utilitarista de moral pautada no “bem-estar social” ou em um suposto “interesse coletivo” fogem do que é a moral no momento em que esta se transforma em simples interesse. Não se trata do que interessa ou não ao imaginário coletivo ou individual, mas sim ao que age de forma abrupta e permanentemente na tomada de decisões do juiz.

Logo, o que se deve atentar, para uma leitura hermenêutica apropriada da Constituição, seria a ponderação, dos pensamentos próprios do jurista, não como um pressuposto do que deve se tornar a lei em suas mãos para a consagração do julgado, mas sim como um fato inerente à sociedade e que foi concluso no processo judicial. A moralidade se encerrou quando a análise de necessidade de impetração pelas partes remeteu o problema à seara judicial. Abandonou-se, neste instante, a solução do dissídio coletivo por estes para que lhes fosse proporcionado uma solução jurídica. Se a moralidade fosse o objeto do julgamento estas prefeririam ter resolvido entre si. A questão é jurídica e com base nisto deve ser estudada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que fora exposto, pode-se denotar que a essência do sociologismo jurídico, ou seja, o viés social da análise do Direito, pode continuar atual, demarcando pressupostos que colaboram para o desenvolvimento do Direito sem que a existência de eventuais ativismos jurídicos possa continuar a atrapalhar a aplicabilidade do Direito.

A essência dos fatos sociais, demarcadas nas características de generalidade, exterioridade e coercitividade, são pressupostos essenciais para que o estudo do Direito em sua gama social, mas, como sempre se deve lembrar, sem que a análise seja monística em relação à face social, mas mantendo-se em congruência com o universo próprio do Direito enquanto ciência autônoma.

Nesta perspectiva, o sociologismo jurídico pode se tornar sim uma ferramenta útil para a concretização do que se considera uma ideário utópico de justiça, cada vez mais desejada por uma população mais participativa no anseio do Poder Judiciário.

Contudo, de forma a adaptar a teoria, cujos termos (tais como o de serviço público) se tornaram em parte obsoletos frente ao avanço científico e doutrinário do estudo do Direito, necessário se fez abarcar a tese do sociologismo jurídico e confrontar as teses contrárias à ela.

Foi neste sentido que se estabeleceu pontos principais da teoria sociologista jurídica: a solidariedade; o serviço público; as normas técnicas e normativas; a eficácia; e o sentimento de Direito de Duguit (2009), além da moral do legislador conforme trabalhado por Durkheim (2014).

A solidariedade constitui uma espécie de substituta para o conceito de soberania estatal. A solidariedade, pautada numa espécie de “*deus ex machina*” do século XIX-XX (REALE, 2002, p. 426), constitui a essência da teoria, não devendo mais o Estado ser uma instituição mantida no poder e pelo poder, mas sim uma instituição com fins ou objetivos congruentes com o desenvolvimento social. Deste modo, o Estado deveria se prestar a atingir fins em conjunto com os indivíduos.

O serviço público, como conceito em Duguit (2009), surgiu sobre o mesmo pretexto da solidariedade, ou seja, para substituir este aparelho estatal onipotente por uma instituição que vigorasse atividades essenciais para a subsistência dos cidadãos. Logo, o serviço público ou a atividade do Estado seria voltado para a consecução de finalidades condizentes com os ideários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade.

As normas técnicas e normativas, bem como o sentimento de Direito, foram expressões que mais se aproximaram do jusnaturalismo do que do sociologismo jurídico, isto porque

constituíam, ambas, expressões “metafísicas” que não podem ser comprovadas empiricamente. Tratavam-se mais de um sentimento e organização esquemática das normas do que uma solução própria do sociologismo jurídico.

A eficácia, por outro lado, é a fonte de todas as normas, conforme a teoria sociologista. Deste modo, a norma está subordinada a ser eficaz para se tornar válida. Conforme trabalhado anteriormente, este pressuposto inverteu a ordem e a importância do meio social no Direito, mormente o qual a sua expressão, em tempos hodiernos, se torna de difícil utilização na doutrina.

Além destes pontos, as expressões e críticas cunhadas pela doutrina, principalmente por Reale (2002) e Streck (2017) se tornam meios essenciais para discernir os erros da corrente sociologista e, a partir disso, se exprimir sobre uma recriação da tese na formulação contemporânea.

Nesta seara, insere-se a moralidade no conceito da teoria, sob o prisma de que não se deve admitir, no Direito, toda e qualquer expressão social individual como uma forma de costume a se tornar fonte do Direito, mas sim apenas as expressões de cunho fixo que possam ser analisadas empiricamente.

Estar-ia-se adotando uma hipótese metafísica, por vezes, na medida de resolução do problema, mas não há dúvidas de que, evitando este uso transcendental do Direito, os costumes devem ser valorizados tendo em conta o que é válido na sociedade, e não o que é eficaz. Neste sentido, a leitura por meio de uma interpretação crítica e filosófica da Constituição pode colaborar com a origem de uma moral jurídica condizente com o ordenamento e não condizente às expressões individuais.

O atrito, na seara do ativismo judicial, poderia então ser evitando, tendo em vista a essência de uma moral hermenêutica social, uma vez que se torna impossível ausentar-se completamente da moral no estudo de casos. Uma proposta parecida foi estabelecida por Bourdieu (2012) que, se expressando com base em Durkheim, desenvolveu uma forma de se enfrentar a violência institucional do Estado.

Deste modo, a moralidade sociológica pautada em um entendimento comum e crítico pode evitar o espaço de discricionariedade do jurista, o que pretende estabelecer limites mais claros e evitar expressões de que uma força maior (como a supremacia do interesse público) venham a reger o Direito em discordância com o próprio Direito

REFERENCIAL TEÓRICO

ACKERMAN, B. *We the People. Vol. 1, Foundations*. Cambridge: Harvard University Press. 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. trad. de Ari Marcelo Solon. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2012.

CALABRICH, Bruno. *Conceito(s) de norma: Uma breve análise sobre a classificação de von Wright*. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p55.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). *El derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana*. Madri: Fundación BBV, 1997, p.107-116.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. trad. Paulo Neves, rev. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. trad. J. Rodrigues de Menege. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. introdução e rev. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: O alicerce do ativismo judicial brasileiro. *In: Revista Direito e Liberdade*. v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.01.09.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

MACCORMICK, Neil. *In: BELLAMY, Richard (editor). Theories and Concepts of Politics*. Manchester: Manchester University Press, 1993.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MASELLA, Alexandre Braga. A realidade social e moral do direito: uma perspectiva Durkheimiana. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 267-295, Dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 Mar. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Márcio de. O Estado em Durkheim: elementos para um debate sobre sua sociologia política. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 125-135, Oct. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 Mar. 2021.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSETI, Disney. A crise do serviço público e a concepção de Léon Duguit: uma visão finalística. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3396, 18 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22834>. Acesso em: 22 fev. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al (Orgs.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 735-747.

STRECK, Lenio Luiz. *OAB precisa fazer, urgente, um desagravo aos "advogados agressivos"!*. CONJUR, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/senso-incomum-oab-urgente-desagravo-aos-advogados-agressivos>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, José Carlos. *O Direito como fato social*. Trabalho apresentado ao Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais como exigência final para conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Luiz Fernando Coelho. Disponível em: <https://http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/8918>. Acesso em: 22 nov. 2020.