

Resenha à obra "Teoria do Direito", de Luís Fernando Barzotto (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017)

Voltaire de Freitas MICHEL*

Uma resenha a respeito da nova obra de um antigo professor é uma espécie de reencontro, sobretudo quando os últimos contatos diários, ainda sob a orientação no mestrado, são de mais de quinze anos atrás. Normalmente, um reencontro entre pessoas que se conhecem há muito tempo começa com o exame da aparência, o que mudou e o que era essencial e permanece lá. E, com relação à nova obra de Luis Fernando Barzotto, "Teoria do Direito", pode-se afirmar que nada mudou no que tange aos contatos iniciais, quando ainda nos primeiros anos de sua carreira como professor. Nada mudou no essencial. No entanto, novos temas surgiram, algumas ideias se aperfeiçoaram, novos autores ingressaram no seu espectro de atenção. No centro, sente-se que a preocupação que o animava como professor e pesquisador lá atrás, e que transmitia aos alunos, permanece a mesma: a desilusão com relação a respostas fáceis no Direito, com as magias que prometem soluções imediatas, o desencanto com o tal discurso dos princípios.

O título parece meio anacrônico: não se escrevem mais "teorias gerais", expressão de pretensão abarcante mais apropriada para o século XIX, com suas tentativas sistêmicas de tudo explicar a partir de um modelo, de um pressuposto, de uma construção mental. Entretanto, quando se examina o conteúdo do livro, percebe-se que, apesar do título, o livro não se estrutura como uma "teoria geral" ao estilo de tantas teorias gerais que andaram por aí no passado. O livro consiste num conjunto de ensaios a respeito da teoria do direito; não está claro se foram escritos *ad hoc* ou ao longo do tempo; ao resenhista parece que a segunda opção é a mais provável, uma vez que, se tivessem sido escritos para essa obra, a conexão entre eles seria mais óbvia.

* É graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1997). É Mestre (2003) e Doutor (2007) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Durante o Doutorado, com apoio da CAPES, fez estágio no exterior na University of New South Wales, Sydney, Austrália. Tem experiência na área da Teoria do Direito, com ênfase na Teoria da Justiça. Foi Pesquisador Visitante na Osgoode Hall Law School, vinculada à York University, em Toronto/Canadá (2009), onde conduziu pesquisa a respeito do reconhecimento de terras nativas no Canadá, Austrália e Brasil. Atualmente, é professor de Filosofia Geral e Jurídica, Direito das Coisas, Fundamentos do Direito Penal e Teoria do Delito no Centro Universitário Ritter dos Reis, em Porto Alegre. Foi responsável pela publicação da Uniritter Law Journal e professor da disciplina de Metodologia da Pesquisa e do Ensino nos cursos de pós-graduação lato sensu da Uniritter. É Promotor de Justiça no no Rio Grande do Sul, atuando na jurisdição criminal.

Sim, porque embora não se trate de uma “teoria geral”, há, na obra de Barzotto, uma “teoria geral”; os ensaios se relacionam intimamente e parecem surgir espontaneamente uns dos outros. Apesar de não ter a estrutura de uma teoria geral no todo, cada ensaio é milimetricamente montado a partir da apresentação de preliminares, segue-se o desenvolvimento do texto, e se encerra com considerações finais. De certa forma, a estruturação do texto segue a organização que Barzotto já havia empregado em obras anteriores, como em “O Positivismo Jurídico contemporâneo”, em que analisa as teorias positivistas de Alf Ross, H.L.A. Hart e Hans Kelsen, e “O Conceito de Democracia na Constituição”. Daí, porque, embora não tenha a estrutura de uma teoria geral, há uma ideia geral, um *leitmotiv* que os impele e une: a preocupação com os fetichismos no direito, com a insegurança jurídica, com a superficialidade dos tratamentos principiológicos.

O livro começa com o ensaio “Ativismo Judicial”; segue com o “Direito como pacto”; “Direito natural institucional”; “Formalismo”, “Isonomia”, “Lei natural e amor” e “Lei natural e discurso moral”.

Na apresentação, Barzotto já se coloca na contramão da teoria do direito atual. Ali, ele esclarece que um dos objetivos de suas reflexões é retornar ao básico, à pergunta que para ele é a mais importante e que dominara a teoria jurídica até meados do século XX: “o que é o direito?” Segundo Barzotto, desde então, com a predominância das preocupações sobre “como se aplica o direito?”, o que se viu foi uma proliferação de teorias sobre a argumentação, teoria dos princípios e da interpretação jurídica. Surpreendentemente, Barzotto transpõe essa discussão para um nível mais elevado: diz ele que a preocupação com o modo de aplicação do direito é, sobretudo, uma preocupação dos *staffs* jurídicos, de juízes, promotores, professores, um ponto de vista *ex parte principis*, tratamento dos problemas a partir do ponto de vista do governante. Ao contrário, o ponto de vista do governado, *ex parte populis*, exige que a pergunta fundamental seja “o que é (de fato) o direito?”, razão pela qual ele revisita a doutrina do justo político em Aristóteles, o conceito de isonomia na *polis* grega, o direito como pacto entre os romanos, a vinculação entre a lei natural e lei humana em Tomás de Aquino, o conceito de dominação legal em Weber e a noção de direito institucional em Lon Fuller. O próprio autor sintetiza o propósito do livro como “uma tentativa de esboçar uma teoria democrática do direito”.

O primeiro ensaio é, do ponto de vista do resenhista, o mais importante, e a partir dele decorrem os demais. Aqui, Barzotto trata do ativismo judicial, e a sua hipótese é que o

positivismo jurídico kelseniano e o neoconstitucionalismo são dois modelos que favorecem o ativismo judicial, assim entendido, nas suas palavras, como a posição de “desvincular o juiz do direito expresso na lei”, “a atitude do julgador que não orienta seu juízo no caso concreto pela lei”.

Nesse ensaio, então, Barzotto reconstrói os pressupostos antropológicos da teoria de Hans Kelsen (o ser humano é essencialmente um ser autointeressado), e extrai daí a consequência natural, já antecipada em Hobbes, no sentido de que “o problema central do convívio social passa a ser a paz”, e “a decisão que impõe a paz vem definida por Kelsen como norma”. Como conclusão, para o positivista, o direito é essencialmente a vontade expressa numa norma ou decisão que, no caso concreto, faz cessar o conflito e produz a paz. A vontade, e não a razão, é a essência do direito.

É, no entanto, na abordagem do neoconstitucionalismo, que o autor tem o momento mais importante do livro. Barzotto já antecipara que descreveria o neoconstitucionalismo a partir de um modelo ideal, uma vez que até mesmo o conceito desse movimento pode ser controvertido.

Segundo Barzotto, a apropriação individualista e pós-metafísica do conceito de direitos humanos por correntes contemporâneas, como o neoconstitucionalismo, produz um conceito que é vazio, instrumental e inflacionário. Vazio, porque comporta qualquer conteúdo (e o autor menciona o caso de um debate público em que as posições contra e a favor do aborto eram defendidas com base no mesmo direito humano à dignidade); é instrumental, porque “pode ser utilizado como instrumento por qualquer grupo social e político para legitimar suas pretensões e interesses”; e por fim, é inflacionário, porque, sendo vazio e instrumental, “todas as pretensões e desejos presentes na sociedade contemporânea podem pretender constituir o conteúdo dos direitos”. Conforme Barzotto, “afirmar os direitos, no interior desse paradigma, é afirmar o humano contra o cidadão, a natureza contra a instituição, o indivíduo contra a comunidade”. Em síntese,

O ser humano é titular de direitos humanos, e estes direitos devem ser acolhidos pela constituição. Levar uma vida moral significa para o indivíduo fruir de direitos, e para o Estado o fundamento moral de sua existência está no esforço de efetivar os direitos. O neoconstitucionalismo é um semiconstitucionalismo no sentido moderno do termo: ignora completamente as questões referentes à articulação dos poderes e centra sua atenção somente na proteção dos direitos. Ele é levado a isso pela perspectiva do individualismo moral que o anima: o tema da organização dos poderes

não lhe interessa porque a política, como prática de autogoverno, é um assunto que diz respeito à comunidade política, uma realidade completamente irrelevante face ao indivíduo e seus direitos.¹

Mais adiante, Barzotto extrai a dramática conclusão desse “semiconstitucionalismo”,

Deste modo, o neoconstitucionalismo, longe de afastar o risco totalitário, o realiza, ao utilizar a ética como critério de identificação daquilo que vale como lei. Não há possibilidade de crítica moral ao direito positivo, porque não há moral para além da constituição: o direito legitima moralmente a si próprio.

[...]

Assim, o neoconstitucionalista, de consciência tranquila, entrega-se à árdua missão de efetivar os direitos, mesmo sem saber porque deve fazê-lo. Mas isto é inquietante, do ponto de vista moral: pessoas são convidadas a militar em causas que não podem justificar racionalmente e que não devem querer justificar, porque ‘isso não é importante’. Mas com esta postura não estamos diante da própria definição de fanatismo, que é o de se dedicar a causas que não podem ser articuladas em razões?.²

Na convergência entre o neoconstitucionalismo dos direitos, que torna a lei um acessório inútil à fundamentação e, portanto, ignora o papel institucional do Parlamento, e o normativismo kelseniano, Barzotto identifica as principais fontes do ativismo judicial e a insegurança jurídica daí decorrente.

O ensaio, que aparentemente completa o primeiro e devastador capítulo a respeito do “Ativismo judicial”, é o que trata do “Direito natural institucional”. Aqui, Barzotto apresenta os fundamentos de um modo de compreender o direito natural como exposto por Fuller, não como um conteúdo ético, mas como um modo formal de existência. Para isso, Barzotto procede a uma verificação das características desse direito natural institucional em Lon Fuller, Tomás de Aquino, Thomas Hobbes e Friedrich Hayek, para chegar à conclusão de que há, na experiência jurídica, de forma sedimentada, uma certa convergência sobre o jusnaturalismo institucional. Nas suas palavras, essa convergência é “empiricamente evidente” e “acima de divergências teóricas”. Barzotto parte, então, para a análise das oito características desse jusnaturalismo institucional,

¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pp. 23-24.

² BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 25, p.27.

oito princípios da legalidade presentes em Lon Fuller: 1) generalidade, 2) promulgação, 3) prospectividade ou irretroatividade, 4) clareza, 5) consistência (não contradição), 6) possibilidade (as leis não podem exigir o impossível), 7) estabilidade, e 8) congruência.

Esses oito princípios ou *standards* da legalidade complementam, de certa forma, o argumento desenvolvido por Barzotto no ensaio inicial a respeito do ativismo judicial; aplicados esses oito princípios à legislação, e respeitada a legislação e as prerrogativas institucionais pelos juízes, se alcançaria uma maior racionalidade na prática judiciária. Essa mesma ideia é complementada pela conclusão do capítulo dedicado ao formalismo jurídico em Max Weber:

- a) a opção pelo formalismo (norma, sistema, legalidade) está relacionada à liberdade individual, igualdade perante a lei e segurança jurídica;
- b) a opção pelo antiformalismo (políticas públicas, ideologia, princípios materiais) está vinculada à instrumentação política do direito (direito social), à imposição da ideologia de um setor dos juristas à sociedade (pensamento jurídico ideológico) e à tutela dos cidadãos por parte de um Judiciário paternalista (justiça do cádi).³

Na obra de Barzotto é possível identificar uma preocupação fundamental e uma coerência. É uma obra de maturidade que reflete uma preocupação genuína de um intelectual, de um acadêmico, com a realidade da vida judiciária. Embora seja uma obra precipuamente teórica, de filosofia do direito, é impossível lê-la sem identificar os personagens que percorrem os corredores dos fóruns, ou até mesmo, se autoidentificar. A obra é provocativa, gera desconforto, e acende um alerta para os exageros do voluntarismo judicial.

Como citar: MICHEL, Voltaire de Freitas. Resenha à obra "Teoria do Direito", de Luís Fernando Barzotto (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/resenha-a-obra-teoria-do-direito/>>. Data de acesso.

³ BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 101.