

Epistemologia, senso comum teórico no direito e o habitus dogmaticus

09/05/2024

1. Por que paramos de perceber o que é terrível

Cass Sunstein e Tali Sharot cunharam o conceito de “habituação” no livro *Olhe de Novo – O Poder de Perceber o que Sempre Esteve Lá* (*Look Again: The Power of Noticing What Was Always There*). Ali, aconselham-nos a desabituar (*dishabituate*). Os autores mostram como as pessoas param de perceber o que há de mais maravilhoso em suas vidas... e também param de perceber o que é terrível. As pessoas se acostumam com o ar poluído, com a mediocridade, com as ficções, com as platitudes. Isso porque habitua(ra)m-se. Esse é o busilis.

Ainda nos primeiros anos de minha atividade acadêmica, aproveitando Warat e Bourdieu, criei o conceito de habitus dogmaticus, para criticar a trivialização da atividade jurídica. Quem sabe lá atrás estava algo parecido com o que Cass Sunstein e Tali Sharot hoje tratam por “habituação” e “desabituação”?

Desvelar as obviedades do óbvio – talvez aí esteja a tese central do enfrentamento do habitus dogmaticus. E, é claro, a crítica necessária à dogmática jurídica, que, criterialisticamente, cada vez mais substitui o próprio direito. É espantoso como esse fenômeno passa despercebido à comunidade jurídica. Daí o problema: se a dogmática é um discurso que tem a função de explicitar o direito, isto é, tem a função de ser o seu *medium interpretandi* e, se ela mesma substitui o direito, **já não temos mais sequer como identificar o direito e nem aferir o seu grau de autonomia**. E isso compromete a democracia. Como já vimos comprometer.

Fazer crítica do e no direito é uma tarefa difícil (se você chegou até aqui, alvíssaras!). Cada vez mais os conceitos ficam fluidos e simplificados. Fazer crítica no direito é descascar o fenômeno. É trazer a coisa à presença retirando de seu entorno todo o entulho semântico que o habitus dogmaticus produz, pela simples repetição acrítica daquilo que foi assentado como fala autorizada (ou fala de autoridade). Como em um palimpsesto, devemos retirar as camadas poluidoras. Aproximar-se da história institucional do direito reconstruindo espaços de experiências e articulando horizontes de expectativas. Fazer o revolvimento do chão linguístico, fazendo com que o direito possa (re)aparecer.

Não sei se há algum jeito de consertar o ensino jurídico e a dogmática jurídica tomados pelo senso comum e pelo criterialismo. Mas, se algo assim houver, ele necessariamente passará por pensar os diferentes modos-de-ser com os quais nos relacionamos com o direito em seu sentido histórico determinado, o que implica, necessariamente, um movimentar-se para além do habitus dogmaticus.

2. A “imediatez” do mundo? Por uma epistemologia da falta de epistemologia

Nestes tempos de comunicação instantânea, cai o número de leitores. De textos e de livros. Cai a venda de livros. As redes sociais estão repletas de malandros vendendo facilidades, algo como “aprenda a usar o ChatGPT”... Como se diz no imaginário social, “quem sabe, sabe; quem não sabe, ensina”. E vira influencer. Ou “professor que ensina usucapião com Harry Potter”.

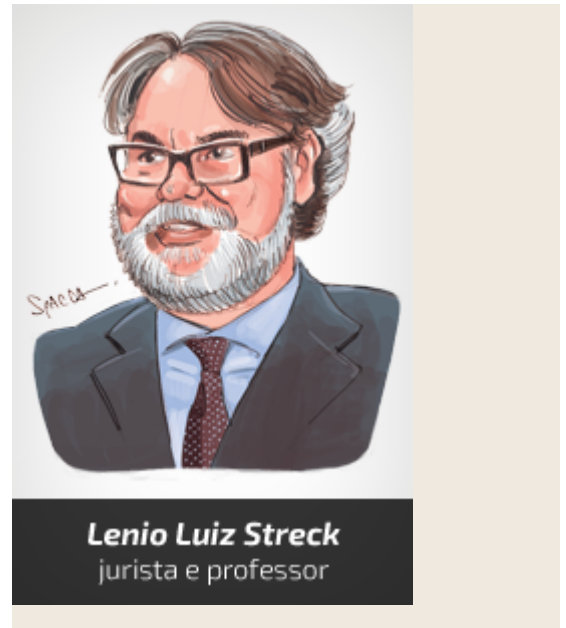
O manejo dos conceitos, em tempos de simplificação da linguagem (basta ver o projeto do CNJ), torna (ou quer tornar) o mundo em uma imediatez, naquilo que Hegel, na sua *Fenomenologia do Espírito*, criticava chamando de “certeza sensível”: **uma apreciação ingênua do e sobre o mundo**. Na filosofia hermenêutica isso é chamado de dimensão da curiosidade, do falatório e da queda junto ao presente, que nos faz ocuparmos daquilo que é habitual. Falta, pois, epistemologia no direito. O lidador mediano do direito possui “certezas sensíveis”.

Spacca

Epistemologia: eis a palavra. Mas, antes disso, falta discutir a epistemologia da falta de epistemologia, uma vez que o próprio conceito ficou “habitualizado” (fragilizado). É um paradoxo, mas a epistemologia, que deveria significar a mudança de comportamento ou no modo de ser daquele que compreende as coisas e as interpreta, foi ela própria capturada pelo *habitus*.

Digo isso porque, uma vez tendo concluído o livro sobre o **Ensino Jurídico e(m) Crise – Ensaio sobre a Simplificação**, estou em produção de um livro sobre **Valoração da Prova e Decisão Jurídica**, em que o ponto central é a epistemologia.

Falar sobre prova é falar sobre a questão da verdade. Discuto precedentes judiciais. Isso também significa, em certo sentido, fazer ontologia e epistemologia: quais são os fatos do caso? **Como conhecemos esses fatos quando estamos falando de um caso jurídico? Podemos cindir fato e direito?** Fundamentalmente, o que é um precedente e como podemos conhecer os fundamentos da decisão que é um precedente? O que é isto — o precedente judicial? E o que não é um precedente? E por que isso importa?



3. O manejo (in)adequado do conceito de epistemologia

Quando iniciei as pesquisas para o novo livro, chamou-me a atenção o uso por vezes descriterioso do conceito de epistemologia. Constatei que o próprio conceito de epistemologia fora vítima de obstáculos epistemológicos, denunciados há décadas por Gaston Bachelard [1]. Outro tema absolutamente poluído, obstaculizado epistemologicamente, é o conceito de “precedente”. Chegaram a criar, criterialisticamente, a dicotomia “precedente qualificado-persuasivo”.

A falta de epistemologia causa incompreensão do fenômeno. De qualquer fenômeno. “Epistemologia” pode ser traduzida como o estudo dos requisitos e condições necessários à produção do conhecimento. O fundamento do fundamento, como falei no *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A epistemologia busca compreender a natureza e os fundamentos do conhecimento, **oferecendo uma base teórica para a análise crítica das nossas crenças e da validade do conhecimento que possuímos**. Trata-se da teoria filosófica do conhecimento. Por ela, examinamos as condições de possibilidade pelas quais algo que é dito sobre determinado fenômeno é ou não é. Mais simplesmente, pode-se dizer que é a filosofia da ciência. É o conhecimento pelo qual se pode dizer que aquilo que é apontado como ciência está adequado ou não.

Isso quer dizer que não é qualquer análise sobre um determinado objeto que se qualifica como “fazer epistemologia”. O olhar epistemológico consiste em examinar se aquilo que foi analisado possui amparo ou fundamento científico ou não. Se um lidador do direito faz uma análise de um dispositivo legal, não está fazendo, *stricto sensu*, epistemologia. Porém, o exame acerca **do que ele examinou** (e dos procedimentos que adotou para tanto) é que constituirá efetivamente uma análise epistemológica (se feita de forma adequada, é claro). Também não é qualquer meta-análise que será “epistemologia”.

Epistemologia, assim, é a disciplina à qual compete articular o que distingue investigação genuína da pseudoinvestigação, o que torna a pesquisa mais ou menos bem conduzida, a evidência mais forte ou mais fraca etc. Por exemplo, quando alguém sustenta o conceito de verdade real, com certeza longe está de qualquer epistemologia. Isso porque é impossível demonstrar a plausibilidade *jus* filosófica do conceito de verdade real.

A epistemologia é inimiga do viés de confirmação e de raciocínios teleológicos. Só nisso já teremos um rombo no campo da dogmática jurídica. Como sustentar, epistemologicamente, conceitos como “não há nulidade sem prejuízo”? Susan Haack lembra que “*um investigador sério procurará toda evidência que puder, e fará seu melhor para avaliar se ela garante esta conclusão ou aquela, ou se ela é insuficiente para garantir qualquer conclusão que seja*” [2].

Se epistemologia é condição de possibilidade, parece evidente que, em direito, um juiz já estará equivocado na partida, ao dizer que primeiro decide e depois fundamenta. Falar em livre convencimento, então, carece de mais epistemologia ainda.

4. A confusão entre os dois níveis de discurso

A dogmática jurídica sofre de um déficit epistemológico, mormente porque nela se confundem os dois níveis de discurso. Pensa-se que o primeiro nível, a análise de um fenômeno, já é “fazer epistemologia” (**esse é o erro mais comum da dogmática jurídica brasileira ao falar em epistemologia já nesse primeiro nível**). Na verdade, um discurso epistemológico examinará se essa análise reúne condições científicas. Dir-se-á, então “condições epistêmicas”.

Portanto, a epistemologia jurídica não se resume a teorias da prova e tampouco falar da valoração da prova – para ficar nesses tópicos da moda. Epistemologia existirá se discutirmos as condições filosóficas que sustentam o que foi dito sobre valoração. A teoria é viável? O conceito de verdade utilizado não é contraditório? Por exemplo, quando se discute “prova”, **é epistemologicamente inconsistente afirmar que o pesquisador acredita no livre convencimento e, ao mesmo tempo, assume o conceito de verdade como correspondência**. Mas, por que os pesquisadores do direito não enfrentam isso? Há paradigmas filosóficos que só uma análise epistêmica poderá detectar. Eis aí a diferença entre fazer um discurso de primeiro nível e um de segundo nível.

Portanto, é preciso ter presente que qualquer tipo de epistemologia que se faça sobre o direito se assenta em uma determinada ontologia pressuposta que pode ser articulada de forma acrítica na superfície do discurso, ou pode ser enfrentada de forma consciente dentro do processo de formação do sentido do direito. **Assim, fazer filosofia no direito significa operar a partir de standards de racionalidade [3]**.

No fundo, a epistemologia funciona como uma desleitura do discurso de primeiro nível ou até mesmo de segundo nível. Haack assinala que precisamos considerar as fontes da nossa evidência e a possibilidade de que ela tenha sido empobrecida ou distorcida ao ser transmitida, distinguindo bem o que seria investigação malconduzida — e realizando esforços de boa-fé para descobrir a verdade. Os conceitos podem estar poluídos.

Discursos eficientistas, discursos que dizem que a lei é o que os juízes dizem que ela é, que os juízes devem decidir conforme a sua consciência, ou que princípios são valores, **estão defasados epistemologicamente**. Algo como o geocentrismo está para a ciência.

5. A epistemologia e os neologismos: é possível falar em epistemicídio e injustiça epistêmica?

Além de tantos problemas, é necessário falar dos neologismos incorporados ao estudo da epistemologia. Por exemplo, entre eles está o termo “epistemicídio”, cunhado por Boaventura de Souza Santos. Há sérias dúvidas sobre o acerto e a possibilidade de se construir um conceito regional de epistemologia. **Há, sim, uma grande utilidade retórica no seu uso**. O problema reside no fato de que se mostra inadequado utilizar o termo epistemologia como se fosse sinônimo de “local de fala”, “direito de fala”, “diversidade cultural” ou “modo de ser/viver”. Veja-se que a inadequação dos conceitos pode nos levar a usos progressivamente mais excêntricos e aleatórios.

Outro conceito que gera controvérsia é o de “injustiça epistêmica”, utilizado no direito principalmente no campo probatório. Esse talvez seja o conceito mais conhecido e que mais sucesso faz. O problema é que falar em injustiça epistêmica acarreta uma confusão entre epistemologia e *direito probatório* — **e entre epistemologia e dogmática jurídica**. Não se discute, por óbvio, que a epistemologia jurídica possui implicações para a valoração das provas no contexto processual. Mas, **falar sobre valoração não é fazer epistemologia**. Essa ocorre ao se discutir as condições de possibilidade pelas quais se disse algo sobre a valoração da prova. Isto é: o que importa, aqui, é que a epistemologia do direito (ao trabalhar no plano teórico com as possibilidades, condições e limites do conhecimento jurídico) vai muito além do mero direito probatório [4].

Para que se possa falar em “injustiça”, em um sentido estrito, precisamos estar diante de um problema moral – na medida em que é a filosofia moral (que sofrerá um exame epistemológico em segundo momento) que trabalha com a chave justo/injusto. O problema moral do justo ou injusto é um discurso de primeiro nível acerca de um determinado fenômeno. Se tais conceitos são bem utilizados ou não em um caso específico – aí, sim, estaremos diante da tarefa da epistemologia.

Utilizada no Brasil, a ideia de “injustiça epistêmica” foi estabelecida por Miranda Fricker em sua obra *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, lançada em 2007 e com recente edição nacional. Penso que seria muito oportuno que os juristas e aplicadores do direito no Brasil procedessem com uma leitura minuciosa dessa “obra-fonte” antes de absorver os conceitos ali expostos — até para evitar uma “importação” inadequada de ideias. Isso porque, em sua obra, Fricker demonstra uma pretensão (para fins de trabalhar com epistemologia enquanto campo da filosofia) **bem mais modesta do que se poderia imaginar apenas pela leitura do título do livro**. O objetivo dela é promover uma

aproximação da ética com a epistemologia — ou seja, trata-se, segundo ela, de um argumento de *ética*, ainda que com pretensão de implicações epistemológicas. Ela mesma diz que o *livro não é nem diretamente uma obra de ética nem diretamente uma obra de epistemologia: em vez disso, redefine um trecho da fronteira entre ambas as regiões da filosofia* “.

Epistemologia é sempre **um discurso sobre o discurso**, que não se confunde com *o próprio discurso*. Desta forma, ética e epistemologia não estão no mesmo nível discursivo – a *metaética*, sim. Qualquer aproximação entre ética e epistemologia que se pretenda filosoficamente bem fundamentada não deve ignorar este ponto.

Epistemológica será a análise sobre o as condições do que foi dito sobre acerca do direito.

Quanto a Fricker, embora defina o seu argumento como uma construção situada nas “fronteiras” entre a ética e a epistemologia, observo que as ideias que ela desenvolve se assemelham mais a uma análise ético-sociológica, na medida em que as observações de natureza sociológica se mostram muito mais proeminentes, em seu argumento, do que construções epistemológicas propriamente ditas. Difícil entender de forma diversa, na medida em que a própria Fricker destaca que devemos adotar “*como ponto de partida a concepção socialmente situada*”. O primeiro capítulo da obra é especialmente dedicado ao desenvolvimento do conceito de *poder social*.

6. O problema da proliferação de conceitos e a “adjetivação” da epistemologia

Por óbvio, existem injustiças de todos os tipos no mundo prático dos fatos sociais: injustiça testemunhal, injustiça na apreciação de fato, injustiças que decorrem de juízos de valor sobre determinadas alegações etc. Todavia: epistemologia implica proceder **com uma análise acerca das condições por meio das quais os discursos que falam sobre injustiça** estão ou não *adequados a determinados postulados prévios da teoria do conhecimento* – e se eles são *coerentes* dentro de tal sistemática. Daí a crítica à inadequação da terminologia “injustiça epistêmica” enquanto conceito filosófico propriamente dito, que seja realmente dotado de substância (sem prejuízo do fato de que a expressão possa ter valor argumentativo na forma de mera figura de linguagem). A rigor, isso vale, da mesma forma, para qualquer tentativa de “adjetivação” da epistemologia – que é *substantiva*.

Outra questão problemática que se identifica na obra de Fricker, para fins de epistemologia jurídica, reside na grande quantidade de novos conceitos que ela introduz em sua obra, que surgem ao longo do texto desacompanhados de um desenvolvimento mais substancial. Veja-se que a autora fala não somente no neologismo da “injustiça epistêmica”, mas também em “*interações epistêmicas*”, “*prática epistêmica*”, “*relações epistêmicas*”, “*confiança epistêmica*”, “*desvantagem epistêmica injusta*”, “*injustiça hermenêutica*”, “*recursos hermenêuticos coletivos*”, “*economia da credibilidade*”, “*epistemologia das virtudes*” etc., a ponto de banalizar aquilo que se entende, na filosofia, por epistemologia. À toda evidência, a quantidade de conceitos inovatórios apresentados ao longo do livro demandaria algo como um “Dicionário de Injustiça Epistêmica” à parte.

De novo: não há problema no uso eventual de expressões desse tipo, na forma de figuras de linguagem, para fins persuasivos de retórica (por exemplo, para defender um determinado argumento de ética ou moralidade, ou em prol de melhores políticas públicas ou de mudanças na prestação jurisdicional). O problema é adotar tais neologismos como conceitos filosóficos estabelecidos, de forma irrefletida ou automatizada, e achar que isso seria “epistemologia jurídica”.

Em outras palavras: já não haverá uma “injustiça epistêmica” na hipótese de alguém ser condenado com base na livre apreciação da prova? Isso não é anterior aos próprios mecanismos ou métodos utilizados pelo juiz? **Não estará, ali, um problema epistemológico primordial?** De que servirá a discussão acerca da valoração da prova se é feita a partir do livre convencimento ou livre apreciação? De outra banda, se o tribunal diz que o direito é o que o Judiciário diz que é (realismo), a “**injustiça epistêmica**” **não estará exatamente no uso de uma tese ceticista** – que é o realismo? E que esse é o ponto fulcral das injustiças jurídicas cometidas cotidianamente?

E quando o tribunal deixa de aplicar um precedente, sob o pretexto de que se trata de um precedente “meramente” persuasivo”, não estará aí um déficit epistemológico de dimensão maior que o discurso de primeiro nível que denuncia eventual defeito no modo de valoração da prova?

Na mesma linha, em um sentido amplo, podemos rotular como “injusta” uma ação/decisão que viola uma norma jurídica – e que seria mais precisamente definida como antijurídica (ou, eventualmente, ilegal), sendo apenas secundariamente “injusta” (a ação/decisão é dita injusta porque atropela o direito, que aqui se presume justo – sem ignorarmos, é claro, as bem conhecidas tensões entre direito e justiça).

Com efeito, uma valoração inadequada de um elemento de prova, no contexto processual, pode constituir uma injustiça – seja porque passa por cima de alguma expectativa moral razoável, seja porque não observa critérios estabelecidos pela lei, pela melhor doutrina ou pela tradição construída pela historicidade. Mas uma valoração inadequada da prova, caso injusta, será injusta precisamente porque colide com *um elemento moral ou jurídico* – e jamais por violar algum *pressuposto epistêmico*. Também será por violar a análise epistemológica, como, no caso, o uso inadequado do conceito de “valores” (que têm um conceito específico, confundido cotidianamente com qualquer juízo moral – nesse sentido, remeto ao verbete *Valores*, no *Dicionário de Hermenêutica*). É por isto que é uma impropriedade falar em “injustiça epistêmica”: **porque a justiça não é uma categoria da filosofia do conhecimento, e sim da filosofia moral**. Seria como se alguém cometesse um erro de cálculo numa equação e o equívoco fosse denunciado como sendo uma “injustiça matemática”!

Na verdade, criticar eventuais desacertos, incompreensões ou equívocos de natureza epistemológica valendo-se de termos como “justo” ou “injusto” implica fazer **julgamentos morais disfarçados de epistemologia jurídica**. Por melhores que sejam as intenções subjetivas por trás das críticas, parece evidente que esse tipo de postura banaliza e fragiliza a epistemologia do Direito, na medida em que o termo passa a ser usado como mera “palavra de impacto”, esvaziada de toda a sua autêntica substância filosófica.

Numa palavra final, urge que façamos um aprofundamento conceitual no debate jurídico nacional sobre o uso do conceito de epistemologia jurídica. Corre-se o risco de, em breve, depararmos-nos com cursos de “epistemologia jurídica” sem tratar de epistemologia. E com usos da expressão sem relação com o conceito.

Também parece razoável prever que a recente tradução da obra de Miranda Fricker em solo nacional irá fomentar, entre ativistas dos mais variados tipos, uma apropriação entusiástica de muitas terminologias introduzidas por ela no livro. Talvez nem a própria autora tenha pensado nos múltiplos usos possíveis de suas teses.

Numa palavra final, eis alguns acepipes sobre o tema. Mais aprofundadamente o faço nos livros acima mencionados. Em breve nas melhores casas do ramo.

Nestes tempos de instantaneidades, cumprimentos a quem chegou até o final destas reflexões.

[1] Agradeço a interlocução com Willis Santiago Guerra Filho, que me remeteu interessante estudo de sala de aula sobre epistemologia e, em especial, sobre Bachelard. Também Ricardo Gloeckner e Salah Khaled Jr.. E ao Grupo Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

[2] HAACK, Susan. **Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 334.

[3] STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: os limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 156.

[4] Ver nesse sentido ABEL, Henrique. *Epistemologia Jurídica e Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 17.