Dando continuidade ao nosso estudo sobre o pragmatismo jurídico, hoje focaremos no antifundacionismo. Mas, para compreendê-lo plenamente, primeiro precisamos entender o que é o fundacionismo, uma vez que o antifundacionismo é definido em contraponto a ele.

Fundacionismo - Conceito

O fundacionismo é um ramo do direito que defende a existência de normas básicas, presentes em todas decisões judiciais, que são autoaplicáveis e possuem eficácia plena, independente do contexto. Elas são consideradas tão fundamentais que um magistrado não pode ignorar seu conteúdo ao tomar uma decisão.

O fundacionismo pode ser separado em duas formas: radical ou moderado.

Fundacionismo Radical

O fundacionismo radical dispensa qualquer explicação pelo juiz; basta citar a lei que fundamenta sua decisão.

Em regra, esse método não é aplicado, porém há resquícios deste fundacionismo na fundamentação aliunde do direito administrativo. É um mecanismo comum em casos onde um ato administrativo tem fundamento em outros documentos, como pareceres.

Com a especialização e a complexidade crescente do direito, algumas vezes as decisões são ancoradas em pareceres especializados sem que haja uma fundamentação extensiva por parte da autoridade. Em vez de uma explicação detalhada, haverá apenas uma menção à fonte, sem mais delongas ou detalhes.

Fundacionismo Moderado

O fundacionismo moderado é bem prestigiado pela doutrina jurídica e pode ser considerado como a gênese do sistema de vinculação de precedentes judiciais.

Nesse caso, a autoridade tem o dever de mencionar, mas sem necessidade de criar uma tese argumentativa original e específica. A norma ou julgado citado serve para ancorar e reforçar seu posicionamento. Podemos citar, como exemplo, recursos repetitivos, temas dos tribunais superiores, súmulas vinculantes, etc. Essa corrente é muito importante e tem o papel de ajudar na uniformização do direito.

Quando se fala no fundacionismo, devemos analisar sempre pela ótica de sua força para aplicação nas decisões. São elas:

- **Força Vinculante:** O direito **DEVE** seguir esse posicionamento, salvo distinção (distinguishing), que é a demonstração prática de que tal entendimento não se aplica ao caso, e superação (overruling), quando o entendimento, por algum fato, não seja mais aplicável.
- **Força Persuasiva:** O direito **PODE** seguir ou não seguir o posicionamento. E caso escolha não seguir, é prudente que o motivo seja explicado.

No entanto, o antifundacionismo critica essa visão, argumentando que não existem normas com tal força inabalável na sociedade atual e que a aplicação do direito deve ser mais flexível e adaptada às circunstâncias.

Após conhecermos mais sobre a base do fundacionismo, exploraremos o conceito do antifundacionismo, que é uma crítica ao primeiro.

O fundacionismo parte da premissa de que existem normas tão básicas e autoaplicáveis que um magistrado não pode ignorá-las. No entanto, o antifundacionismo questiona essa suposta capacidade onipotente das normas, propondo uma visão mais flexível e adaptável do direito.

Richard Posner, uma referência no pragmatismo jurídico, nos ensina que devemos resgatar a capacidade de raciocinar como seres humanos, reconhecendo que o racionalismo é importante, mas não é todo-poderoso. Essa crítica considera que diante de uma valorização excessiva ao criador da norma, deixa-se de considerar mais contextos onde ela pode não ser aplicada da forma mais eficaz.

O antifundacionismo rejeita a ideia de que uma norma possa ter uma aplicação tão ampla a ponto de dispensar a análise crítica do magistrado. Em vez disso, advoga por uma análise que leve em conta as particularidades de cada caso. Isso é especialmente verdadeiro quando consideramos a uniformização do entendimento jurídico. Embora a jurisprudência busque uniformizar as decisões, o antifundacionismo nos lembra que cada caso possui suas peculiaridades e deve ser tratado como tal.

Considerando tais críticas, podemos concluir que o antifundacionismo possui 3 características fundamentais:

1. A rejeição da ideia de que resultados corretos possam ser obtidos do mesmo princípio;
2. Substituição da lógica-dedutiva de Platão pelo método empírico-indutivo, onde o conhecimento é obtido a partir da experiência;
3. Considera o conhecimento e a razão jurídica como ferramentas abertas que sempre necessitam de revisão.

Em resumo, o direito tem a necessidade de uma reinterpretação constante para descobrir novos significados e atender às demandas de uma sociedade que está em constante evolução. Isso se alinha com o pensamento de filósofos como H.L.A. Hart e Peter Haber, que enfatizam a necessidade de uma reinterpretação constante das normas jurídicas para descobrir novos significados e atender às demandas de uma sociedade que está em constante evolução.