

UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
DE PERNAMBUCO



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO**

**UMA DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO PÓS-HARTIANO: REFUTAÇÕES  
DAS CARICATURAS E DAS INCOMPREENSÕES NO DEBATE JURÍDICO  
NACIONAL**

Júlio César Matias Lobo

Recife  
2023

JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO

**UMA DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO PÓS-HARTIANO: REFUTAÇÕES  
DAS CARICATURAS E DAS INCOMPREENSÕES NO DEBATE JURÍDICO  
NACIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Linha de Pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

Orientador: Professor Doutor João Paulo Allain Teixeira.

Recife  
2023

L799d Lobo, Júlio César Matias

Uma defesa do positivismo jurídico pós-hartiano :  
refutações das caricaturas e das incompreensões no  
debate jurídico nacional / Júlio César Matias Lobo, 2023  
285 f.

Orientador: João Paulo Allain Teixeira

Tese (Doutorado) - Universidade Católica  
de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.  
Doutorado em Direito, 2023.

1. Positivismo jurídico. 2. Direito - Filosofia.
3. Hart, H. L. A (Herbert Lionel Adolphus), 1907-1992.
4. Hermenêutica (Direito). I. Título.

CDU 340.12

JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO

**UMA DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO PÓS-HARTIANO: REFUTAÇÕES  
DAS CARICATURAS E DAS INCOMPREENSÕES NO DEBATE JURÍDICO  
NACIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Linha de Pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

Aprovada em 14/09/2023

**BANCA EXAMINADORA**

Documento assinado digitalmente



JOAO PAULO FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TI

Data: 25/09/2023 14:51:34-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

Professor Doutor João Paulo Allain Teixeira  
Orientador – Presidente da Banca

Documento assinado digitalmente



GLAUCO SALOMAO LEITE

Data: 22/09/2023 11:59:29-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

Professor Doutor Glauco Salomão Leite

**NAGIBE DE MELO** Examinador Interno  
Assinado de forma digital por  
**JORGE NETO:100** NAGIBE DE MELO JORGE NETO:100  
Dados: 2023.09.28 13:01:13 -03'00'

---

Professor Nagibe de Melo Jorge Neto

Examinador Externo

LEONAM BAESSO DA SILVA

Digitally signed by LEONAM

BAESSO DA SILVA

LIZIERO:07749391681

LIZIERO:07749391681 Date: 2023.09.26 19:45:00 -03'00'

---

Professor Doutor Leonam Liziero

Examinador Externo



Documento assinado digitalmente

PEDRO RAFAEL MALVEIRA DEOCLECIANO

Data: 27/09/2023 10:03:27-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

---

Professor Doutor Pedro Rafael Malveira Deocleciano  
Examinador Externo

À minha esposa, Janile Lima Viana, e ao meu amado filho, Júlio César Viana Lobo, razão do meu esforço.

## AGRADECIMENTOS

Nem sempre as palavras conseguem expressar com exatidão a importância das pessoas em nossas vidas, o sentimento e o carinho que nutrimos por elas. Mas o receio de não exprimir adequadamente o que o coração carrega não pode transcender o desejo de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização desse sonho, trilhado já nos primeiros passos da graduação. Sonho planejado e, graças a Deus e a vocês, concretizado.

Por isso, inicio agradecendo aos meus pais, Antônio Matias Lobo (*in memoriam*) e Maria Eloina de Oliveira, que lutaram para sustentar, educar e cuidar dos filhos, com muito amor, esmero, empenho e retidão. Afinal, cuidar de seis filhos não é tarefa nada fácil. Mas nada nos faltou. Aos senhores, o meu eterno agradecimento, e a você, meu pai, minhas saudades e a certeza de que em pouco tempo estarei novamente ouvindo seus sábios conselhos. Não os esqueci ou deixei de segui-los, apenas no momento atual estou precisando de outros.

Também quero agradecer aos meus irmãos, Renê, Patrícia, André, Mailson e Franklene, que sempre acreditaram em mim. Cada um a seu modo me ajudou a ser o que sou e a chegar até aqui.

À minha amada esposa, Janile Lima Viana, que merece um duplo agradecimento. O primeiro, por ser minha companheira, esposa e amiga há mais de 23 anos. Dizem que por trás de um grande homem há sempre uma grande mulher. Não sei se sou um grande homem, mas não tenho a menor dúvida de que não seria o que sou ou não teria conquistado o que conquistei se você não estivesse ao meu lado para apontar o caminho, falar o que precisava ser dito e fazer o que precisa ser feito. O segundo, por ter me dado um anjo chamado Júlio César Viana Lobo, meu amado filho. Só agora estou conseguindo entender o amor que meus pais sentem por mim.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), especialmente ao professor doutor João Paulo Allain Teixeira, meu orientador, pela paciência, pelo zelo e por compartilhar conhecimentos tão importantes para a conclusão deste trabalho. Como diz Augusto Cury, professores brilhantes ensinam para uma profissão, enquanto professores fascinantes ensinam para a vida.

Quero agradecer, ainda, aos professores doutores Juraci Mourão Lopes Filho, Nagibe de Melo Jorge Neto e Alexander Perazo Nunes de Carvalho, pela gentileza de terem

aceito o convite para integrar a banca examinadora deste trabalho e por despenderem seu tempo com a leitura e aprimoramento de suas páginas.

E aos meus colegas do doutorado, por compartilharem as dúvidas, os anseios, e as leituras. Cada um tem sua parcela de contribuição na concretização desse sonho.

“O cavalo se prepara para o dia da batalha,  
mas a vitória vem de Javé.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **PROVÉRBIOS**, 21:31. *In*: **BÍBLIA. Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução, introdução e notas Ivo Stornioli, Euclides Martins Balancin. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus Editora, 1990, p. 808.



## RESUMO

A proposta deste trabalho consistiu em realizar uma defesa do positivismo jurídico pós-hartiano, de modo a demonstrar que essa tradição filosófica é a que consegue oferecer a melhor compreensão e explicação dos fenômenos jurídicos. As inúmeras críticas e ataques, principalmente as objeções do interpretativismo, não foram capazes de levar à superação dessa construção teórica. Na verdade, abriram caminho para o aprimoramento e surgimento de diversas versões positivistas, a revelar que os teóricos positivistas não se limitaram apenas a refutar as objeções, mas a desenvolver versões positivistas compatíveis com as constituições contemporâneas do pós-guerra. Pode-se dizer que o positivismo jurídico possui uma base comum, teses centrais diferentes e independentes uma das outras, que nem sempre são bem compreendidas por quem se dispõe a criticá-lo. A consequência direta dessas incompreensões são os mal-entendidos, preconceitos e conclusões precipitadas que não são abraçados por nenhum positivista sério. Daí ser possível concluir, a partir de uma pesquisa bibliográfica e essencialmente qualitativa, que o espantinho criado em torno das ideias e teses centrais do positivismo jurídico, em *terra brasilis*, contribuiu, e muito, para o surgimento da figura do juiz guardião dos direitos fundamentais e da perspectiva de correção moral do direito, com a utilização dos valores morais e políticos na identificação, interpretação e aplicação dos fenômenos jurídicos e das normas jurídicas, ensejando uma necessária vinculação do direito à moral. Mesmo no ponto em que o positivismo jurídico não procurou desenvolver uma teoria da interpretação, e não o fez por coerência metodológica, é possível concluir, com certa dose de segurança, que as práticas e as teorias interpretativas desenvolvidas pelo pós-positivismo jurídico não foram capazes de construir um referencial teórico capaz de impedir a utilização da moralidade pessoal nos desacordos morais razoáveis, muito menos para densificar os significados concretos das cláusulas abertas. O que se vê na realidade jurisdicional brasileira é a indevida sobreposição do *common law* sobre o *statute law*.

**Palavras-chave:** positivismo jurídico; pós-positivismo jurídico; caricaturas e incompreensões; rejeições.

## ABSTRACT

The aim of this work was to present a defense of post-Hartian legal positivism, in order to demonstrate that this philosophical tradition is the one capable of offering the best understanding and explanation of legal phenomena. The numerous criticisms and attacks, especially those from interpretivism, were unable to lead to the overcoming of this theoretical framework. In fact, they paved the way for the improvement and emergence of various positivist versions, revealing that positivist theorists went beyond merely refuting objections, but also developed positivist versions compatible with contemporary post-war constitutions. It can be said that legal positivism shares a common foundation, with different and independent central theses, which are not always well understood by those who seek to criticize it. The direct consequence of these misunderstandings are misconceptions, prejudices, and hasty conclusions that are not embraced by any serious positivist. Hence, it is possible to conclude, based on bibliographic research and essentially qualitative analysis, that the straw man created around the central ideas and theses of legal positivism, in Brazil, significantly contributed to the emergence of the concept of a judge as a guardian of fundamental rights and the perspective of moral correction of law, involving the use of moral and political values in identifying, interpreting, and applying legal phenomena and legal norms, necessitating a crucial link between law and morality. Even in the aspect where legal positivism did not seek to develop a theory of interpretation, and did not do so for methodological coherence, it can be concluded with a certain degree of certainty that the interpretive practices and theories developed by post-positivist legal thought were not capable of constructing a theoretical framework capable of preventing the use of personal morality in reasonable moral disagreements, much less for solidifying the concrete meanings of open clauses. What is observed in the Brazilian jurisdictional reality is the undue superimposition of common law over statute law.

Keywords: legal positivism; post-positivist legal thought; caricatures and misunderstandings; rejections.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEÓRICA DO POSITIVISMO JURÍDICO.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1</b>	<b>Teoria geral do direito, teorias do direito e filosofia do direito.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2</b>	<b>Direito positivo, direito natural e positivismo jurídico.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3</b>	<b>As caracterizações do positivismo jurídico na visão de Norberto Bobbio.....</b>	<b>26</b>
<b>2.3.1</b>	<i>Positivismo metodológico ou conceitual.....</i>	<i>27</i>
<b>2.3.2</b>	<i>Positivismo como teoria do direito.....</i>	<i>32</i>
<b>2.3.3</b>	<i>Positivismo ideológico.....</i>	<i>33</i>
<b>2.4</b>	<b>As grandes tradições teóricas ocidentais do positivismo jurídico.....</b>	<b>35</b>
<b>2.4.1</b>	<i>A tradição positivista da Europa continental: o positivismo jurídico na Alemanha e na França.....</i>	<i>37</i>
<b>2.4.2</b>	<i>A tradição positivista anglo-saxônica: a tradição inglesa e norte-americana.....</i>	<i>46</i>
<b>2.5</b>	<b>Os principais positivistas de tradição anglo-saxônica.....</b>	<b>48</b>
<b>2.5.1</b>	<i>Thomas Hobbes (1588-1679).....</i>	<i>50</i>
<b>2.5.2</b>	<i>Jeremy Bentham (1748-1832).....</i>	<i>55</i>
<b>2.5.3</b>	<i>John Austin (1790-1859).....</i>	<i>59</i>
<b>2.5.4</b>	<i>Herbert Hart.....</i>	<i>63</i>
<b>2.5.4.1</b>	<i>A união de normas primárias e secundárias.....</i>	<i>75</i>
<b>2.5.4.2</b>	<i>A regra de reconhecimento.....</i>	<i>78</i>
<b>2.6</b>	<b>Critério epistemológico e as teses centrais comuns ao positivismo jurídico.....</b>	<b>80</b>
<b>3</b>	<b>O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN.....</b>	<b>89</b>
<b>3.1</b>	<b>A teoria pura do direito de Hans Kelsen (1881-1973).....</b>	<b>92</b>
<b>3.2</b>	<b>Kant e o positivismo científico: as influências remotas de Kelsen. Neokantismo e o neopositivismo jurídico: as influências próximas de Kelsen...</b>	<b>98</b>
<b>3.2.1</b>	<i>O positivismo científico de Auguste Comte e o positivismo lógico do Círculo de Viena.....</i>	<i>98</i>
<b>3.2.2</b>	<i>Kant e o neokantismo.....</i>	<i>101</i>
<b>3.3</b>	<b>Ciência da natureza e ciência do direito: causalidade e imputação.....</b>	<b>108</b>
<b>3.4</b>	<b>Norma jurídica e proposição normativa.....</b>	<b>110</b>

3.5	O fundamento da norma fundamental.....	114
3.6	A interpretação jurídica em Hans Kelsen: o tão criticado e (in)compreendido capítulo VIII da teoria pura do direito.....	117
3.7	Positivismo legalista ou exegético: o juiz boca-da-lei e o positivismo normativista.....	130
4	<b>DWORKIN-HART E AS DERIVAÇÕES POSITIVISTAS DECORRENTES DESSE EMBATE TEÓRICO.....</b>	<b>137</b>
4.1	O primeiro ataque contra a tese dos fatos sociais: padrões normativos diversos das regras e discricionariedade em sentido forte.....	140
4.1.1	<i>Positivismo exclusivo.....</i>	<i>153</i>
4.1.2	<i>Positivismo inclusivo.....</i>	<i>168</i>
4.1.3	<i>Positivismo normativo (normative positivism).....</i>	<i>174</i>
4.2	O segundo ataque de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico.....	181
5	<b>NEOCONSTITUCIONALISMO E A PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....</b>	<b>194</b>
5.1	Multiplicidade de dimensões do neoconstitucionalismo.....	198
5.2	Propriedades fundamentais do paradigma neoconstitucionalista.....	204
5.3	A superação (que não ocorre?) do positivismo no neoconstitucionalismo.....	205
5.4	Propriedades e teses do paradigma neoconstitucionalista na visão de Écio Oto Ramos Duarte.....	216
5.5	Positivismo jurídico, o juiz neoconstitucionalista e o Estado Constitucional contemporâneo.....	221
6	<b>O POSITIVISMO JURÍDICO E A COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PREVISTOS NAS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS.....</b>	<b>227</b>
6.1	A que se deve a alegada superação que não ocorreu?.....	230
6.2	Os princípios jurídicos, a discricionariedade e sua compatibilidade com a teoria positivista.....	240
6.3	As especificidades da interpretação dos direitos fundamentais: uma análise da proposta do constitucionalismo da árvore viva de Waluchow.....	

.....	247
<b>6.4 A interpretação da legislação infraconstitucional realizada pelo Poder Judiciário brasileiro: análises de decisões judiciais violadoras do regime democrático.....</b>	<b>254</b>
<b>7 CONCLUSÕES.....</b>	<b>260</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>267</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os equívocos e as caricaturas criados em torno das concepções positivistas, clássicas e contemporâneas, utilizados para sustentar uma suposta superação ou insuficiência da proposta teórica positivista, precisam ser investigados com o necessário rigor científico e epistemológico para o fim de se verificar se ocorreu ou não a superação do positivismo jurídico pelas demais teorias que se propuseram a oferecer a melhor concepção, explicação e aplicação do fenômeno jurídico.

A julgar pela quantidade de teses, dissertações e artigos sobre as teorias que disputam a primazia acerca da melhor explicação do fenômeno jurídico, a teoria positivista teria sucumbido frente aos ataques promovidos sobretudo pelo interpretativismo. A imagem que se tem no Brasil é a completa superação do positivismo de origem inglesa defendido por Herbert Lionel Adolphus Hart pelo pós-positivismo norte-americano de Ronald Dworkin.

A premissa dessa conclusão tem conexão íntima com o pouco apreço que a doutrina pós-positivista deu ao debate entre Dworkin e Hart no âmbito da teoria do direito no final do século XX, que teve profundas repercussões na forma de identificar, compreender e interpretar o fenômeno jurídico. Uma observação mais detalhada sobre o tema revela que é possível extrair ideias que podem integrar uma linha de raciocínio capaz de conduzir a um entendimento diametralmente oposto ao que se vê na literatura jurídica brasileira, e com solidez suficiente a sustentar a tese de que, de fato, grande parte da doutrina brasileira tem ajudado a construir uma visão caricaturada do positivismo jurídico que não é subscrita por nenhum positivista dos últimos séculos.

Daí a importância de se analisar o percurso histórico completado pela teoria do positivismo jurídico, tanto na Europa continental do *civil law* quanto no contexto anglo-saxônico do *common law*, exame que se mostra útil e necessário, não só para evitar equiparações indevidas, mas também para identificar as teses centrais do positivismo jurídico e o critério epistemológico comum utilizado nas abordagens positivistas para identificação do positivismo jurídico, apontando-se, inclusive, a tradição jurídica a que cada versão está vinculada e o respectivo representante.

A partir do estudo das duas grandes tradições jurídicas ocidentais, a tradição positivista da Europa continental e a tradição positivista inglesa e norte-americana (anglo-saxônica), examina-se o papel dos textos jurídicos, da doutrina e dos juízes nas práticas jurídicas. Cada tradição positivista apresenta uma cultura jurídica local, uma proposta metodológica e um modo peculiar de lidar com os textos jurídicos, com a doutrina e com o

papel do juiz. Isso significa dizer que cada versão positivista pertencente a determinada tradição jurídica se filia a fundamentos culturais, filosóficos e metodológicos divergentes, que não podem ser menosprezados pelos estudiosos.

As discussões jurídico-filosóficas mais importantes surgiram no âmbito anglo-saxônico, e dialogam com a tradição do *common law*. Logo, a recepção de qualquer teoria ou proposta teórica de análise do direito desenvolvida no sistema do *common law* deve ser compatibilizada com o sistema do *civil law* adotado no Brasil, para que não se incorra no sincretismo metodológico a que se refere Silva<sup>2</sup>.

Não há dúvidas que a ênfase dada ao papel do juiz no sistema do *common law* é bem mais forte do que a ênfase dada ao papel do juiz no sistema de justiça vinculado ao *civil law*. Isso quer dizer que teorias positivistas e propostas teóricas desenvolvidas em realidades culturais e vinculadas a tradições jurídicas diversas, devem ser recepcionadas pela doutrina brasileira tendo como premissa fundamental o postulado do *statute law* sobre o *common law*, representativo de maior deferência ao direito legislado.

Ao término do segundo capítulo, espera-se que o leitor tenha condições de: (i) identificar as teses centrais do positivismo jurídico e, conseqüentemente, compreender o que é a teoria do positivismo jurídico e o critério epistemológico utilizado para identificação do direito positivo; (ii) identificar o critério epistemológico comum utilizado pelo positivismo jurídico de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin e Herbert Hart, e a tradição jurídica a que cada versão positivista se encontra vinculada; e (iii) especificar o papel exercido pela legislação, pela doutrina e pelo juiz na compreensão, interpretação e aplicação do direito positivado.

No terceiro capítulo aborda-se a teoria pura do direito de Hans Kelsen, que também não ficou imune a críticas. A teoria pura do direito, em *terra brasilis*, está associada ao positivismo jurídico<sup>3</sup>, de modo que as críticas direcionadas ao positivismo jurídico também repercutem na teoria pura do direito, que é acusada de ser legalista, formalista ou logicista<sup>4</sup>. A doutrina brasileira ainda insiste, mesmo diante da ausência de evidências empíricas, em afirmar o caráter formalista sobre a validade, interpretação e aplicação do direito<sup>5</sup>. A recepção equivocada da teoria de Kelsen tem ajudado a difundir, na doutrina brasileira, a falsa

2SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143.

3BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, particularmente no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015.

4LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 245-268, jan./jun. 2014.

5LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 245-268, jan./jun. 2014.

conclusão de que a teoria pura forneceu, de fato, fundamento teórico aos regimes totalitários do século XX?<sup>6</sup> Tem-se também, assim como se faz do positivismo jurídico, uma visão, no Brasil, caricaturada da teoria pura do direito de Kelsen? Essa teoria teria sido adequadamente recepcionada pela doutrina brasileira?

O respeito ao rigor científico da proposta epistemológica de analisar o direito enquanto objeto da ciência jurídica, sem a influência da política, da moral, da economia, da psicologia, da sociologia, enfim, das demais ciências sociais, além dos valiosos fundamentos fornecidos pela teoria pura do direito para a melhor compreensão do fenômeno jurídico, estão a exigir uma descrição fiel do pensamento de Kelsen, necessária não só para espantar as caricaturas criadas em torno de sua teoria, mas sobretudo com o propósito de “estudá-la e descrevê-la de forma correta, com críticas honestas e bem fundamentadas”<sup>7</sup>.

O positivismo jurídico de Kelsen não contempla a totalidade das versões positivistas. O positivismo jurídico encontra suas bases teóricas e seus pressupostos fundamentais ainda no século XVII, em Hobbes, justamente por inaugurar uma das três teses centrais do positivismo jurídico contemporâneo, que é a teoria da fonte social. Em seguida, tem-se o positivismo jurídico de Bentham, Austin e Hart e as críticas levadas a cabo pelo interpretativismo de Dworkin, que deram ensejo ao surgimento de versões do positivismo exclusivo de Raz, Marmor e Shapiro, do positivismo inclusivo de Hart, Coleman, Waluchow, Soper e Lyons, do positivismo normativo de Waldron, Campbell, Schauer e MacCormick.

Portanto, o positivismo de Kelsen é apenas mais uma versão do positivismo jurídico, entre inúmeras versões existentes e que serão exploradas no trabalho, que com rigor epistemológico conseguiu fundamentar a autonomia metodológica da ciência do direito, a partir da distinção entre juízos de ser e juízos de dever-ser<sup>8</sup>, direito e moral, direito-objeto e ciência do direito, ciência do direito e ciência política, entre forma e conteúdo, norma jurídica e proposição jurídica, interpretação jurídico-científica e interpretação jurídico-política.

No quarto capítulo discorre-se sobre os diversos ajustes e aperfeiçoamentos pelos quais passou a teoria do positivismo jurídico nos últimos duzentos anos, especialmente após o debate Dworkin-Hart, e as versões e teses positivistas resultantes desse histórico embate. Justamente a partir desse profundo debate filosófico, é possível encontrar as melhores versões positivistas que buscam a primazia da explicação da melhor prática jurídica. Certamente, são versões bem mais elaboradas e que exigem de quem se dispõe a refutar o positivismo jurídico

<sup>6</sup>VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Edição e recepção de Kelsen no Brasil. **Escritos - Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 199-230, 2014.

<sup>7</sup>LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

<sup>8</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.



no mínimo partir das versões contemporâneas, e não mais das versões clássicas do século XIX.

A leitura correta da teoria jurídica do interpretativismo de Dworkin é fundamental para entender a metodologia utilizada, os aspectos centrais empregados para sustentar a superação do positivismo jurídico e os riscos que uma leitura moral da Constituição pode trazer para o Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica, a democracia e a liberdade, sem que isso implique a completa rejeição da noção de integridade, que, à época de sua formulação, foi considerada uma das concepções mais complexas, interessantes e originais da filosofia jurídica, que abriu novas visões para a jurisprudência e os entendimentos filosóficos do direito e da política<sup>9</sup>.

O quinto capítulo se destina ao estudo do neoconstitucionalismo. Com a convicção de que o positivismo jurídico inclusivo concebe o direito como sistema de normas que pode contingencialmente ser identificado e justificado pela moral e pela política, resta saber em que ponto os teóricos neoconstitucionalistas avançaram e superaram os teóricos positivistas, seja no âmbito da teoria política, seja no âmbito da teoria do direito.

Contudo, talvez a maior dificuldade seja a de explicar o que se entende por neoconstitucionalismo, que é, inclusive, reconhecida por um dos seus fervorosos defensores, ao afirmar que “ainda não se sabe o que é, tudo ainda é incerto”<sup>10</sup>. O que há de certo é que não existe propriamente um constitucionalismo, mas vários movimentos constitucionais.

Trata-se, na verdade, de um pensamento dinâmico em constante processo de modificação, assumindo diversas formas e linhas de raciocínio variadas, com vistas à formação de uma nova teoria ou concepção do direito. Contudo, não tem nada de novo, e “[...] não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo”<sup>11</sup>.

Quanto à abordagem metodológica, que prega um novo modelo de análise do direito, pode-se dizer que consiste em nova concepção, eminentemente prescritiva, voltada à interpretação e aplicação do direito, prescrevendo como ele deve ser, cuja investigação difere

---

<sup>9</sup>WALDRON, Jeremy. The rise and decline of integrity. *In*: BALZAN CONFERENCE: DWORKIN'S LATE WORK, 2019, Nova York, **Anais** [...]. Nova York: New York University School of Law, ago. 2019.

Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/centers/lawphilosophy/balzan>. Acesso em 4 nov. 2022.

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 189.

<sup>11</sup>DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226, p. 213.

e muito da abordagem descritiva realizada pelo positivismo normativo de Bobbio<sup>12</sup>, Hart<sup>13</sup> e Kelsen<sup>14</sup>, que realizam uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico.

Da mesma forma, em nada difere das modernas versões positivistas, que não aceitam a tese da separação nem da vinculação, mas a tese da institucionalização da moral no direito, que mantém intacta a tese da autonomia do direito. Apesar de a moral regular o comportamento das pessoas, esse sistema de regulação não possui força jurídico-normativa. É o direito que continua com força jurídica vinculante, que permitiu o ingresso dos princípios mediante o processo legislativo.

Nesse caso, a validade do direito não decorre da moral, mas da fonte autorizada. O direito recebe conteúdos morais, com a inserção dos princípios, o que significa dizer que a moral já está dentro do direito, e não fora dele, e não pode ser utilizada pelo intérprete para fazer correções morais. Os princípios e seus conteúdos morais não podem ser utilizados para fragilizar a autonomia do direito. É o direito que possui força jurídico-normativa<sup>15</sup>.

Isso implica dizer que a abordagem pós-positivista de resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética já foram objeto de análise pelas versões mais modernas do positivismo jurídico, especialmente pelo positivismo inclusivo, que é a concepção que melhor tem conseguido explicar a relação entre o direito e o constitucionalismo contemporâneo da metade do século XX, sem abandonar o critério epistemológico da descrição, da separação entre o direito e a moral e a tese das fontes sociais.

Por tudo isso, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo só consegue refutar com êxito o positivismo formalista e legalista do início do século XIX, que já havia sido, inclusive, refutado pelo positivismo jurídico de Kelsen, Hart e pelos teóricos positivistas que os sucederam, a ponto de ser possível afirmar que os marcos históricos, teóricos e filosóficos do neoconstitucionalismo a que se refere Barroso<sup>16</sup> não constituem propriamente uma novidade dessa corrente do pensamento jurídico, pelo simples fato de a quase totalidade de suas teses já terem pautado a discussão que as diversas facetas do positivismo jurídico

12BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

13HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

14KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

15STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

16BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 6, ano 3, p. 211-252, 2. sem. 2005.

travaram nos séculos XIX e XX, especialmente após o debate Dworkin-Hart, de onde surgiu o positivismo jurídico, provavelmente a versão mais bem elaborada.

Portanto, a contribuição do neoconstitucionalismo é somente no plano teórico-intepretativo para o estudo do direito, e mesmo nesse aspecto sua contribuição traz sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, ao ideal de segurança jurídica, à democracia e à liberdade, por ser uma teoria moralista, que propõe o direito como um sistema aberto de valores e a flexibilização da metodologia descritivista, com a reintrodução do idealismo e da metafísica na teoria do direito<sup>17</sup>.

Para que isso seja possível, defende-se a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo jurídico, uma nova teoria do direito, em que há mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em detrimento da atuação legislativa e regulamentar, onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário e a coexistência de uma constelação plural de valores<sup>18</sup>.

Após a exposição da evolução histórica e das teses centrais do positivismo jurídico (capítulo 2), uma leitura correta da teoria pura do direito de Hans Kelsen (capítulo 3), uma análise dos principais aspectos acerca do embate teórico Dworkin-Hart (capítulo 4) e da proposta neoconstitucionalista (capítulo 5), é possível afastar os espantalhos criados em torno do positivismo jurídico e a falta de consistência dos argumentos utilizados para sustentar as caricaturas e a suposta superação dessa corrente do pensamento jurídico.

No último capítulo, procura-se verificar se a teoria positivista inglesa venceu o debate teórico com a teoria positivista norte-americana, especialmente diante do surgimento de diversas versões do positivismo, a exemplo do positivismo exclusivo de Raz, Marmor e Shapiro, do positivismo inclusivo de Hart, Coleman, Waluchow, Soper e Lyons, e do positivismo normativo de Waldron, Campbell, Schauer e MacCormick. O fruto desse debate não foi o surgimento de várias teorias pós-positivistas, mas sim de diversas teorias positivistas, a revelar pela maioria esmagadora da doutrina estrangeira, que se intitula e defende a teoria positivista, panorama bem diverso da grande maioria da doutrina brasileira, que passou a defender ideias que se alinham muito mais ao pós-positivismo.

Esses dois modos diferentes de enxergar o fenômeno jurídico ajudaram a disseminar em terra brasileira a ideia caricaturada de derrocada do positivismo jurídico e a sua

<sup>17</sup>DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

<sup>18</sup>SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **AFDUAM**: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, v. 5, p. 201-228, 2001.

substituição pela figura do juiz guardião dos direitos fundamentais, com uma necessária reaproximação prática entre o direito, a moral, e a política, abrindo espaço para a prevalência do *common law* sobre o *statute law* e até mesmo para posturas decisionistas.

Isso porque, para os críticos, não seria possível identificar um direito prévio à aplicação ou, na leitura que Coelho e Franzoni fazem, “toda identificação prévia é apenas provisória e renegociável argumentativamente, não fornecendo nenhuma garantia sobre a decisão final dos casos concretos”<sup>19</sup>. Com esse argumento, sustenta-se a rejeição da distinção feita por Hart entre identificação e aplicação do direito.

Como os pós-positivistas rejeitam a distinção entre identificação e aplicação do direito, utilizam esse argumento para atacar o positivismo justamente no ponto em que não procurou desenvolver uma teoria da interpretação, sem se atentar para o fato de que a epistemologia positivista procura identificar o direito válido a partir de sua fonte social, e não a partir do seu conteúdo moral ou político, descrevendo o que é o direito, e não como ele deve ser. Se o positivismo adota o critério epistemológico da descrição como método de análise do fenômeno jurídico, resta patente também que uma teoria da interpretação positivista também deveria adotar a epistemologia positivista, sob pena de incidir em incoerência lógica.

Se não é tarefa do positivismo jurídico descritivo e das suas diversas facetas desenvolver uma teoria para controlar a discricionariedade judicial ou dizer com certo grau de precisão qual é a “moral comunitária” ou a “moral institucionalizada”<sup>20</sup>, é preciso avançar para compatibilizar os princípios inseridos nas constituições democráticas com a teoria positivista do positivismo inclusivo, com o rigor técnico de não prescrever a moral a ser tutelada.

Não há dúvidas que as Cartas de Direitos incorporaram em seus textos vários direitos abstratos de moral política, materializados em grande parte nos princípios constitucionais. Ocorre, porém, que esses direitos abstratos foram deixados amplamente indefinidos pelos atores políticos, ficando em aberto a questão de determinar o significado concreto e as implicações dos direitos entrincheirados em casos específicos<sup>21</sup>, cuja tarefa ficaria a cargo de juízes que não foram democraticamente eleitos?

O poder político de decidir as questões morais polêmicas e de determinar o sentido concreto em uma determinada situação razoável, por exemplo, o sentido concreto do

19 COELHO, André Luiz Souza; FRANZONI, Julia Ávila. O debate Hart-Dworkin à luz da crítica social.

**Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1-26, 2022, p. 7.

20ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago, 2013.

21WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva: uma teoria do common law sobre a revisão judicial**. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

princípio da igualdade, da dignidade ou da liberdade de expressão, estaria nas mãos de um pequeno grupo de juízes que não foram eleitos e não poderiam ser responsabilizados perante a opinião pública, que escolheram representantes para determinar quais são os direitos das pessoas.

Diante dessa realidade, surgem diversos questionamentos: qual a melhor teoria para lidar com a indeterminação do direito ou para resolver os conflitos de direitos fundamentais? Qual teoria seria capaz de controlar, reduzir ou extinguir o papel da moralidade pessoal dos juízes e dos tribunais na solução de problemas constitucionais, de forma a impedir a substituição dos significados dos direitos abstratos ou a criação de direitos não previstos na legislação? Qual o papel da revisão constitucional nas democracias contemporâneas? Como conciliar a carta com a visão de autogoverno?

Em razão disso, surge a necessidade de investigar se as contribuições do constitucionalismo como árvore viva do positivista Waluchow na solução de questões relacionadas com os direitos fundamentais se mostram adequadas no âmbito do Estado Democrático de Direito. Mesmo que se aceite a mensagem da humildade de que não se sabe, a priori, quais são os próprios direitos e liberdades em muitos casos, há um ganho democrático ao se fazer uso do método de caso a caso do *common law* e do constitucionalismo como árvore viva de Waluchow para determinar o sentido dos termos morais abstratos contidos nas legislações<sup>22</sup> e resolver os desacordos morais razoáveis?

Outrossim, a concepção de moralidade constitucional da comunidade de Waluchow mostra-se capaz de evitar que juízos subjetivos do julgador sejam usados na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e ajudar a entender o que os juízes estão fazendo e a fornecer recursos que os ajudem a melhorar ou que lhes dê melhores meios para explicar o que estão fazendo?<sup>23</sup>.

No pano de fundo do debate sobre cartas e revisão judicial está a importante questão de saber se a maioria nas democracias está sujeita às restrições morais. Os defensores das cartas e da revisão judicial vão defender que sim. Os críticos das cartas e da revisão judicial “[...] argumentam que não existem restrições substantivas sobre o que as maiorias podem fazer nas democracias. As maiorias são limitadas apenas por processos e procedimentos, não por princípios morais substantivos”<sup>24</sup>.

22 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

23 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

24 STOLJAR, Natalie. Waluchow on moral opinions and moral commitments. **Problema**: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Ciudad de México, v. 3, n. 0, p. 101-132, abr. 2008, p. 104.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEÓRICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico é uma doutrina do pensamento filosófico que não se confunde com os direitos positivo ou natural. Além da necessária distinção entre esses termos, ainda se mostra útil fazer outra distinção para melhor caracterizá-lo: identificar os diversos positivismos jurídicos que tiveram origem nos anos finais do século XVIII e se desenvolveram desde então até que se chegasse ao século XX, período em que despontam e de onde emanaram as versões contemporâneas e mais elaboradas da corrente do positivismo jurídico.

Neste tópico, a pesquisa estará concentrada em diferenciar o positivismo jurídico do direito positivo e do direito natural sem qualquer preocupação, nesse momento, com a sua evolução histórica, as características centrais e com as diversas concepções e os critérios/propostas epistemológicos utilizados por cada uma das versões positivistas e das tradições continental e anglo-americana.

O não aprofundamento nesse momento no estudo das teses centrais e dos critérios epistemológicos de cada uma das versões positivistas tem como propósito tentar identificar e explicar as características centrais do jusnaturalismo, com isso revelando seu genuíno significado, para que o leitor tenha condições de compreender a sua proposta epistemológica<sup>25</sup>.

Após essa necessária diferenciação, prossegue-se com o estudo das três grandes tradições positivistas presentes no Ocidente, a inglesa, a francesa e a alemã<sup>26</sup>, que, se bem compreendidas, levarão forçosamente a conclusões acertadas, enquanto, se não o forem, conduzirão a conclusões equivocadas<sup>27</sup> como a que aponta que o “pós-positivismo

25 A epistemologia geral é a parte da filosofia que se destina a estudar como se dá o processo de conhecimento. Já a epistemologia jurídica é a parte da filosofia jurídica que pretende estudar o fenômeno jurídico, ou seja, a ciência jurídica, que pode ser examinada em seus componentes normativo, factuais e axiológicos (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016). Daí a importância de se estudar a proposta epistemológica de cada uma das correntes do pensamento jurídico (positivismo jurídico, jusnaturalismo e pós-positivismo), para o fim de saber se a partida epistemológica é comum a todos, caso contrário, ter-se-ão propostas teóricas completamente diferentes. Nesse sentido foi o alerta que Hart fez sobre sua empreitada teórica e a de Dworkin, sendo a dele uma exposição geral e descritiva, diversamente da de Dworkin, que elabora três descrições diferentes da teoria do direito, nas quais a denomina de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

26 Nesse sentido, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

27 Muitas são as críticas impostas ao positivismo jurídico, como as que o consideram uma teoria niilista, estéril, cínica, frígida, além de ser uma teoria que pode ser utilizada para legitimar as mais graves injustiças (VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022). Ao longo do trabalho, essas críticas serão examinadas,

reaproximou direito e ética” ou a que argumenta que “o positivismo foi superado” ou ainda a que defende o entendimento de que a queda do positivismo coincide com a “queda do nazismo”<sup>28</sup>.

Ao lado da tradição positivista europeia continental, que compreende o positivismo jurídico alemão e francês, tem-se a tradição positivista inglesa e norte-americana, de onde surgiu o famoso debate entre Dworkin e Hart. Por essa razão, Torrano<sup>29</sup> menciona a tradição continental e a tradição norte-americana para apontar o percurso histórico pelo qual passaram as diversas escolas positivistas dos séculos XIX e XX.

Embora não seja filosoficamente correta, a afirmação de superação do positivismo jurídico tem ganhado adeptos, a ponto de se defender com certo rigor epistemológico que o positivismo jurídico é uma corrente do pensamento ultrapassada e que foi vantajosamente superada pelo pós-positivismo, teoria do direito que melhor explica o fenômeno jurídico<sup>30</sup>.

## 2.1 Teoria geral do direito, teorias do direito e filosofia do direito

A ciência do direito, em sentido amplo, abrange o estudo do direito pela filosofia do direito, a teoria do direito, a sociologia jurídica<sup>31</sup> e ainda pela jurisprudência/dogmática

---

reconstruídas e combatidas, na tentativa de se demonstrar o desacerto ou acerto dessas investidas contra o positivismo jurídico. De início, é possível sustentar que a grande maioria das críticas parte de uma compreensão inadequada da teoria pura do direito de Hans Kelsen, como a de que sua teoria pode ser utilizada para legitimar qualquer ideologia política dominante, quando, na verdade, a preocupação de Kelsen foi justamente elaborar uma teoria pura de ideologias políticas e sociais (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012). Ora, nesse aspecto, Kelsen procura radicalmente se afastar da filosofia jurídica tradicional, que possuía um caráter ideológico. Logo, além de se afastar desse caráter ideológico, sua teoria procura conhecer a realidade, realizar uma descrição fenomenológica.

28 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

29 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

30 Essa é a posição de Barroso ao defender que “sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001, p. 31). Nesse mesmo sentido, ou seja, de que o positivismo foi superado pelo pós-positivismo, é a posição de Möller, ao afirmar que “essas coincidências acabam por aproximar consideravelmente o neoconstitucionalismo do iusnaturalismo, de modo que [é] possível encontrar nas doutrinas afirmações no sentido de que a adoção de um modelo neoconstitucionalista tem por consequência um resgate do iusnaturalismo como teoria do direito” (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 284).

31 Apesar do avanço que a sociologia jurídica alcançou com a constatação de Weber (WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. 4. ed. 4. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1) de que essa disciplina tem método, o método empírico-causal, e objeto, a conduta do indivíduo determinada pela ordem jurídica, Kelsen defende que a sociologia jurídica não poderá ser vista como ciência autônoma, justamente por depender dos conceitos da dogmática jurídica para definir seu objeto de estudo, ou seja, faltaria à sociologia jurídica conceito próprio de seu objeto de estudo. Na conclusão de Kelsen, “a jurisprudência

jurídica<sup>32</sup>. Assim, o direito é estudado sob o ângulo de diversas disciplinas, de modos diferentes. É nesse sentido que se fala em filosofia do direito, teoria do direito, sociologia jurídica<sup>33</sup> e jurisprudência - dogmática jurídica<sup>34</sup>. Já em sentido estrito, contempla unicamente a ciência dogmática do direito, que pode ser chamada de jurisprudência, como queriam os jurisconsultos romanos, e de dogmática jurídica, no sentido de ciência que estuda o direito positivo<sup>35</sup>. Atualmente utiliza-se, principalmente no sistema anglo-saxão, a expressão *jurisprudence* para se referir à teoria do direito<sup>36</sup>.

A jurisprudência estuda o direito sob o ângulo da normatividade, da imperatividade e da validade. Analisa o fato enquanto objeto da norma jurídica, sem condicionar sua validade à ideia também de eficácia. Essa é a proposta da sociologia jurídica, que estuda a eficácia dos fatos que constituem o objeto da norma jurídica. A jurisprudência/dogmática jurídica seria uma ciência social normativa, enquanto a sociologia jurídica seria uma ciência causal.

---

sociológica pressupõe o conceito de Direito, o conceito de Direito definido pela jurisprudência normativa” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998, p. 258). Ao discorrer sobre as diferenças entre a sociologia jurídica e a dogmática jurídica sob o ponto de vista de Kelsen, Silveira conclui que “Enquanto Weber irá afirmar que a Sociologia Jurídica tem método e objeto próprios: o método empírico-causal e como objeto o comportamento humano perante a norma; Kelsen, apesar de concordar com o âmbito desta última categoria (esfera do ‘ser’), insiste em afirmar que, para esse comportamento ser estudado, há a necessidade de a Sociologia Jurídica recorrer ao conceito de ‘norma’ (entenda-se ‘norma’, ‘ordenamento jurídico’, ‘ordem jurídica’) elaborado pela Ciência do Direito, o que afetaria terminantemente sua autonomia como ciência, visto que teria de valer-se de conceitos que estão fora da sua esfera de alcance.” (SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006, p. 176).

32 A dogmática jurídica é uma ciência normativa do dever-ser. A sociologia jurídica é uma ciência interpretativa e descritiva do comportamento humano (ser) (SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006).

33 Weber (WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. 4. ed. 4. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1) diferencia a ciência do direito/dogmática jurídica da sociologia do direito a partir de um critério exclusivamente metodológico. A ciência do direito utiliza o método lógico-normativo, e a sociologia do direito utiliza o método empírico-causal. Aliás, essa metodologia também será utilizada por Kelsen para diferenciar a ciência do direito das ciências da natureza, e concluir que a ciência do direito deve se valer do método da imputação para diferenciar o ser (*Sein*) do dever-ser (*Sollen*). Nas palavras de Silveira, “tal tarefa decorre da diferenciação quanto às regras do ‘ser’ (*Sein*) e do ‘dever-ser’ (*Sollen*), de tradição kantiana, na qual o comportamento humano orientado conforme a norma – atuar este que se situa no plano do ‘ser’, da realidade fática – é de incumbência de estudo da Sociologia Jurídica; ao passo que as regras jurídicas, a forma de sua criação, seu conteúdo a ser prescrito, sua organização em um sistema lógico interno, isento de contradições, seriam da alçada da Dogmática Jurídica, visto que se situam na esfera do ‘dever-ser’.” (SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006, p. 173-174, grifos do autor).

34 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

35 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

36 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.



E esse trabalho de explicar e simplificar o direito é da filosofia do direito, que pode ser definida como a sabedoria em matéria de direito ou como o entendimento da natureza e do contexto do empreendimento jurídico<sup>37</sup>. Cabe aos filósofos a tarefa de trazer a lume, explicitar e formular as bases constitutivas da ciência do direito em sentido estrito<sup>38</sup>, que, por sua vez, tem por objeto de estudo o direito positivo nos seus níveis inferiores de abstração, podendo ter um campo bem reduzido de análise, o estudo dos fatos ou das sentenças dos juízes, ou um campo bem mais amplo de investigação, quando não se volta ao que se encontra positivado, mas ao estudo de um valor a ser buscado pelo sistema jurídico. Em uma só palavra, e na rota de Austin, que será seguida por Kelsen, a matéria de estudo da ciência do direito/jurisprudência/dogmática jurídica é o direito positivo.

O direito desejável seria objeto de estudo da filosofia do direito, em seu grau mais abstrato, cabendo à ciência do direito/jurisprudência/dogmática jurídica estudar o direito positivo em seu grau menos abstrato<sup>39</sup>. Mas isso não quer dizer que o direito positivo prescindia de sua base filosófica, ao contrário, todo direito positivo é a materialização de uma base filosófica, seja de forma implícita ou explícita.

No âmbito da teoria do direito, desde o seu início, o positivismo jurídico sempre defendeu um estudo do direito positivo desvinculado de uma conexão necessária entre o direito e a moral, sem se preocupar com as questões clássicas da filosofia do direito, a relação entre o direito com a justiça, a moral e os valores<sup>40</sup>. Contudo, após o debate Dworkin-Hart, a filosofia do direito passou a estudar o positivismo jurídico sob o ângulo exclusivo, inclusivo e normativo, de modo que é possível falar atualmente, no âmbito da filosofia do direito, de uma divisão trinária: positivismo jurídico exclusivo, positivismo inclusivo e positivismo jurídico normativo, com a premissa comum de que o direito é uma criação humana e a não obrigatoriedade de conexão entre direito e moral<sup>41</sup>.

Com essa explicação, é possível afirmar que há uma diversidade teórica que procura responder à pergunta “o que é o direito?” Responder a essa pergunta não é uma tarefa

---

37 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

38 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

39 LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

40 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

41 VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa. A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusivista. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 401-429, maio/ago. 2017.

fácil. Há uma pluralidade de perspectivas positivistas, e que serão abordadas ainda neste capítulo. Mas isso não significa dizer que se está à deriva, perdido nas diversas concepções que procuraram explicar os fenômenos que devem ser estudados nesse conceito. O que fica em evidência quando se faz essa pergunta é a complexidade do trabalho de tentar identificar as características centrais do fenômeno jurídico, da definição mais próxima possível do que pode e do que não pode ser considerado direito, pelo menos na visão dominante dos estudiosos do direito. E para que isso seja possível não há como prescindir do estudo das teorias do direito que disputam, justamente, a primazia da melhor explicação sobre a prática jurídica.

Portanto, no âmbito da teoria do direito há diversas teorias que se propõem a explicar o direito, entre as quais se destaca, até por ser a teoria alvo de Dworkin<sup>42</sup>, o positivismo jurídico, teoria do direito associada ao direito positivo e a uma análise do direito como ele é e outra de como ele deve ser<sup>43</sup>. Desse modo, as teorias em torno do positivismo jurídico estão voltadas para o estudo do direito positivo, seja descrevendo o direito como ele é, seja prescrevendo como ele deve ser, mas sempre vinculadas ao sistema de justiça do *common law* ou do *civil law*, filiação que indica muito sobre o papel a ser desempenhado pela legislação, pela doutrina e pelo juiz na definição do que é o direito.

## 2.2 Direito positivo, direito natural e positivismo jurídico

O termo direito positivo está invariavelmente ligado à derrocada do jusnaturalismo, nos fins do século XVIII. Antes desse período, o direito admitia duas fontes de produção normativa: o direito natural e o direito positivo. É nesse sentido que se fala na tese dualista de produção normativa, o jusnaturalismo e o juspositivismo. Essa é a conclusão de Villey<sup>44</sup> quando diz que a origem da expressão direito positivo “foi construída sobre as ruínas do direito natural”.

Tem sua origem vinculada ao termo *ius positivum*, que quer dizer direito posto, criado e imposto pelo legislador, a partir da terceira década do século XII<sup>45</sup>, e representa o

42 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

43 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

44 VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Reedição apresentada por François Terré. Revisão técnica Ari Solon. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 380.

45 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.

reconhecimento como direito somente daquilo que está posto pelo Estado, o que necessariamente representa a não aceitação das normas de origem religiosa e a derrocada do direito natural. Nessa disputa entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, venceu o juspositivismo, posto que só são reconhecidos como direito os fatos humanos.

Na Antiguidade Clássica, período que se estende desde o século VIII a.C. até a queda do Império Romano do Ocidente no século V d.C., prevalecia a tese dualista de produção do direito: o jusnaturalismo cosmológico e o direito positivo, com predominância do direito positivo sobre o jusnaturalismo, quando ocorresse um conflito entre eles. Nesse período histórico vigorava o jusnaturalismo cosmológico.

Essa afirmação pode ser comprovada no caso do decreto do rei de Tebas, Creonte, tio de Antígona, Ismênia, Etéocles e Polínice, que proibiu o sepultamento de Polínice, que lutou às portas de Tebas com seu irmão Etéocles. Ambos morreram no combate, mas somente Etéocles teve um enterro digno. Além de proibir o sepultamento de Polínice, o decreto de Creonte impôs pena de morte a quem tentasse descumpri-lo.

Antígona, irmã de Etéocles e Polínice, invocou a lei não escrita dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses para enterrar seu irmão, o que realmente fez. Mas, convocada para uma audiência com o rei de Tebas, prevaleceu a lei escrita e foi condenada à morte.

Na Idade Média, que se estendeu do século V ao século XV, ainda se encontra presente a tese dualista do direito, com o jusnaturalismo teológico fundado na ideia da divindade e na própria vontade de Deus, tendo superioridade hierárquica sobre o direito positivo<sup>46</sup>. Apesar da dualidade, ambos eram qualificados como direito<sup>47</sup>.

A exclusão do jusnaturalismo como categoria do direito coincide justamente com o nascimento do Estado moderno, por volta do século XV, que surge com a dissolução da sociedade medieval<sup>48</sup>. Essa sociedade se caracterizava pela existência de vários grupos sociais, cada um sujeito a sistemas jurídicos esparsos, produzidos de forma independente pela sociedade civil, e não concentrados nas mãos do Estado. Nesse novo modelo, o Estado tem o monopólio da produção jurídica, do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Tem-se aqui o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado<sup>49</sup>.

---

46 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

47 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

48 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

49 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

A consolidação do processo de monopolização da produção jurídica é, como diz Bobbio<sup>50</sup>, estreitamente conexa à formação do Estado absoluto, e a codificação do direito comum e do direito estatal marca o nascimento do positivismo jurídico, não se reconhecendo a partir de então outro direito senão o direito codificado. Nasce, portanto, no fim do século XVIII, o positivismo jurídico como o direito posto pelo Estado.

Assim, a expressão direito positivo refere-se ao direito oriundo de uma fonte social autorizada, que compreende um conjunto de leis e decisões judiciais, enquanto a expressão positivismo jurídico deve ser compreendida como designativa de uma teoria de identificação do direito a partir de “fontes sociais e humanas, e não de quaisquer critérios alheios e estranhos ao próprio direito como seriam critérios morais, econômicos, estéticos e religiosos”<sup>51</sup>.

E é nesse sentido que Bobbio afirma que a expressão positivismo jurídico não decorre da expressão positivismo em sentido filosófico, mas da expressão direito positivo, em oposição à expressão direito natural<sup>52</sup>. A distinção entre direito positivo e direito natural está nas bases do pensamento jurídico ocidental, de onde surgiram as duas grandes tradições jurídicas que vão dominar o estudo do positivismo jurídico, corrente do pensamento jurídico que tem por objeto de estudo o direito positivado, e não o direito natural.

O direito posto nasce do impulso histórico para a legislação, realiza-se quando a lei se torna a fonte exclusiva do direito e seu resultado final é representado pela codificação<sup>53</sup>, não adotada, no entanto, por todos os países, a exemplo da Inglaterra, em cujo sistema de justiça prevalece o postulado do *common law* sobre o *statute law*, com forte protagonismo judicial, inclusive com autorização para o juiz criar o direito para o caso concreto. Não significa dizer, contudo, que no sistema inglês não haja direito de origem legislativa.

Com isso, o direito natural é excluído da categoria de direito, ou no mínimo direito positivo e direito natural passam a ter sentidos diferentes, posto que deve receber a denominação de direito positivo somente aquilo que se encontra positivado, pelo menos na visão do positivismo formalista-legalista da Escola Exegética francesa do início do século XIX, enquanto a expressão direito natural ou jusnaturalismo corresponde a um ditame de

---

50 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

51 ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017, p. 18.

52 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

53 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

justiça, universal, imutável e perceptível por meio da razão<sup>54</sup>.

É possível encontrar diversas variações sobre o verdadeiro sentido da expressão direito natural ao longo da história do Ocidente, de modo que é possível falar, para além dos jusnaturalismos cosmológico e teológico, já citados, de um jusnaturalismo racionalista, que nasceu com as revoluções liberais e burguesas dos séculos XVII e XVIII e tem como fundamento a razão humana universal, e do jusnaturalismo contemporâneo do século XX, preocupado com as diversas concepções culturais do direito justo, que vão justamente de encontro à tese da imutabilidade do direito, sendo certo afirmar que o jusnaturalismo é lembrado como uma corrente que ainda poderia explicar adequadamente o fenômeno jurídico.

O jusnaturalismo contemporâneo não estaria mais comprometido com as pretensões de imutabilidade e validade eterna e universal que caracterizavam o antigo direito natural, e seria uma teoria de complementação ao positivismo metodológico, com a tese de abordagem prescritivista do direito, que seria revestido de algum valor moral, ainda que subjetivo<sup>55</sup>.

Trata-se, na verdade, de uma teoria não positivista de direito, já que o critério epistemológico adotado pela grande maioria dos sistemas jurídicos sempre foi o da abordagem descritiva do fenômeno jurídico, segundo o qual o direito não está necessariamente vinculado a qualquer sistema moral. Revestir o direito de algum comando moral ou material nunca foi a proposta conceitual e metodológica do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico é uma entre as várias teorias do direito que procura explicar o fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito<sup>56</sup>, que tem por objeto o direito positivo, um fato social. Nas palavras de Morrison<sup>57</sup>, o positivismo jurídico é um conjunto de abordagens afins do direito que dominaram a jurisprudência ocidental nos últimos 150 anos. Embora apresentem propostas bem diferentes e distantes, o positivismo jurídico pode ser visto (i) como um fato social, e essa é a teoria que se apresenta como a dominante, (ii) como um conjunto de

---

54 Bobbio destaca seis critérios de distinção entre direito natural e direito positivo: (i) universalidade/particularidade; (ii) imutabilidade/mutabilidade; (iii) natura-potestas populus; (iv) ratio-voluntas; (v) objeto dos dois direitos; e (vi) critério de valoração das ações (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995).

55 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

56 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

57 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

juízos, defendido pelo realismo americano, (iii) ou como um valor, que é a proposta utilitarista de Bentham, ou justiça, proposta de Platão, santo Agostinho, e do pós-positivismo.

### 2.3 As caracterizações do positivismo jurídico na visão de Norberto Bobbio

Para Bobbio<sup>58</sup>, o positivismo jurídico apresenta sete pontos centrais, resumidos a seguir:

- (i) o direito tomado como fato, e não como valor<sup>59</sup>;
- (ii) a coação como elemento integrante do direito;
- (iii) a legislação como fonte proeminente do direito;
- (iv) o direito como norma jurídica;
- (v) o direito como teoria do ordenamento jurídico, com a ideia de coerência e completude do ordenamento jurídico;
- (vi) a interpretação mecânica do direito; e
- (vii) a obediência absoluta à lei, sintetizada no aforismo *gesetz ist gesetz* (lei é lei).

A partir dessas características, Bobbio<sup>60</sup> entende que o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos: (i) o positivismo metodológico (conceitual); (ii) o positivismo como teoria geral do direito (teórico); e (iii) o positivismo ideológico.

Porém, Morbach<sup>61</sup> adverte que as definições de Bobbio passam ao largo da solução das controvérsias, por entendê-las duplamente restritivas. A uma por ensejarem uma compreensão limitada do conceito de direito, e a duas por claramente não abrigarem as modernas concepções de direito, deixando de fora diversos autores considerados positivistas.

58 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

59O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: “o céu é rubro”, formulo um juízo de fato; se digo “este céu rubro é belo”, formulo um juízo de valor). A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995).

60 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

61 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

As críticas de Morbach são pertinentes. De fato, as características gerais do positivismo jurídico apresentadas por Bobbio não conseguem dar conta de todas as atualizações e versões positivas, inclusive as clássicas, a exemplo da versão analítica de Hart ao defender que a coação é imprescindível à conceituação do direito, cuja precisão levou à sua utilização para superar o conceito de direito proposto por Hobbes e especialmente o de Austin, que vinculava o conceito de direito à noção de imperatividade atrelada à sanção.

Em razão disso, sugere-se a leitura da obra “Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, de autoria de Lenio Luiz Streck, que, além de importantíssima, diferencia com rigor os positivismos ideológico, teórico e metodológico/conceitual.

Atualmente, portanto, as discussões acerca do positivismo jurídico gravitam em torno do positivismo jurídico inclusivo, do positivismo jurídico exclusivo e do positivismo jurídico normativo, que foram desenvolvidos para se contrapor ao interpretativismo de Dworkin, que se apresenta como uma teoria positivista rival, apesar de partir de um critério epistemológico que não é utilizado por nenhuma corrente positivista. Apesar disso, foi a teoria de Dworkin que impôs ao positivismo jurídico os mais contundentes e sérios desafios, principalmente os desafios teóricos acerca das bases fundantes do direito, que provocaram revisões e reformulações nas teorias positivistas que deram origem às versões mais robustas e contemporâneas do positivismo jurídico.

### ***2.3.1 Positivismo metodológico ou conceitual***<sup>62</sup>

O positivismo metodológico, que abriga integralmente a característica descrita no item (i) das características do positivismo jurídico apresentadas por Bobbio, considera o direito como fato social, e não como valor, o que significa dizer que o jurista positivista deve realizar uma abordagem eminentemente descritiva da realidade, dos fatos sociais, descrevendo o direito como ele é, visão avalorativa, e não como ele deveria ser, ou seja, valorativa.

---

<sup>62</sup> Resultante dessa abordagem metodológica do direito é a instituição, a partir dessa caracterização, de duas das três teses centrais do positivismo jurídico: (i) a tese das fontes sociais e (ii) a tese da separação entre direito e moral, ou seja, a tese segundo a qual o fundamento do direito não é a moral. O direito não é válido por corresponder a algum padrão moral vigente na sociedade, pois seu critério de validade não está na moral, mas sim na circunstância de ter sido produzido por uma autoridade legalmente instituída ou pelas práticas sociais. Para Dalla Barba, as teorias positivistas têm em comum o fato de que o direito depende ou daquilo que é estabelecido conforme o próprio ordenamento jurídico, ou da obtenção de contundente respaldo social (DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018).

Nessa dimensão do positivismo jurídico, há uma preocupação metodológica central em separar o estudo do ser do estudo do dever-ser do direito, em discernir entre juízos de fato e de valor, resultante da criação da tese das fontes sociais e da separabilidade entre direito e moral.

Kelsen e Hart seriam representantes dessa espécie de concepção positivista conceitual/metodológica, embora com contribuições e respostas diferentes no estudo e na solução da discricionariedade na aplicação do direito. Destaque-se, contudo, que, diferentemente de seus antecessores, especialmente de Austin e o seu positivismo, que é de onde parte para construir seu conceito de direito, Hart adota o procedimento metodológico de trazer para o campo jurídico os estudos linguísticos realizados pela filosofia da linguagem e pela filosofia analítica<sup>63</sup>.

Desse método “[...] deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...]”<sup>64</sup>, mas isso no campo epistemológico, não no da aplicação concreta do direito, pois a função da ciência do direito será meramente cognitiva e descritiva, mediante as proposições jurídicas, tendo o aplicador do direito discricionariedade para escolher o melhor entre os vários sentidos estabelecidos pela moldura normativa, o que fatalmente revela uma discricionariedade judicial, maior ou menor, a depender das concepções positivas adotadas.

Nesse aspecto reside a principal crítica formulada pelo pós-positivismo. Para Dworkin<sup>65</sup>, o critério de validade utilizado pelo positivismo é apenas o teste de *pedigree*, e não o conteúdo ou peso moral, o que força o positivismo a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são as regras, ou seja, pelos princípios, que possuem a função de legitimar e promover a correção moral do direito.

Contudo, Hart<sup>66</sup>, no *postscript*, em resposta a Dworkin, afirmou que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, ou seja, um positivismo *soft positivism*, mas isso não implica aceitar a tese da legitimidade ou da correção moral. Hart continua a defender a tese da

---

63 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

64 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 131.

65 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

66 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.



separabilidade entre direito e moral. Quanto a esse aspecto, Hart<sup>67</sup> chegou inclusive a alertar que não existe razão para haver qualquer conflito significativo entre empreendimentos (o interpretativismo de Dworkin e o *soft positivism* de Hart) tão diferentes, justamente pelo fato de Dworkin defender a conexão necessária entre direito e moral.

Por esse motivo se mostra acertada a conclusão de que pelo menos Dworkin e Alexy devem ser considerados interpretativistas, mas nunca pós-positivistas. Essa constatação já revela outro descuido do pós-positivismo, o de buscar subsídios teóricos em doutrinadores que apresentam pensamentos diversos e até mesmo conflitantes para justificar suas pretensões, em destaque a de superação do positivismo jurídico.

O movimento antiformalista não é uma bandeira exclusiva do pós-positivismo, mas uma preocupação que acompanha o próprio positivismo jurídico desde a Escola do Direito Livre<sup>68</sup>, passando pela Jurisprudência dos Interesses até chegar à Jurisprudência dos Valores. Provavelmente, o único aspecto que o positivismo metodológico precisa compreender, e talvez não subsista quem pense diferente, é que a interpretação atual do direito não se faz mais nos moldes da linguística matemática do século XVII, mas a partir da linguagem e da filosofia analítica, com a exclusão de todo e qualquer procedimento metodista na busca do conhecimento.

É nesse aspecto que reside a contribuição de Heidegger<sup>69</sup> e Gadamer<sup>70</sup>, que

67HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

68 Essa conclusão pode ser extraída do pensamento de Hermann Kantorowicz e Eugen Ehrlich, precursores da chamada Escola do Direito Livre e do Movimento Sociológico do Direito, os quais defendiam que a criação do direito seria obra do elemento subjetivo do direito, o juiz (*giurisprudenza*), e não das leis, de modo que a validade da ciência do direito deveria pautar-se pelo organismo vivo, pelos acontecimentos da realidade, e não pelas leis formalmente criadas pelo legislador. Aqui já se verifica o prenúncio de duas teorias que procuram estudar o fenômeno jurídico sob ângulos e perspectivas diferentes. De um lado, um modelo epistemológico puro de estudo da ciência do direito, que procura se afastar da metafísica para o fim de construir um método racionalista e formal de ciência do direito e de validade, tendo Kelsen como precursor e idealista, e, do outro lado, uma proposta teórica empírica e sociológica, como a elaborada por Kantorowicz, Ehrlich e Weber, embora este último assumia uma postura diferente em relação aos seus predecessores. Weber “criticou Kantorowicz e Erlich [*sic*] porque ambos tentaram reduzir a Ciência do Direito a uma disciplina sociológica, portanto, investindo [*sic*] suas teorias de caráter valorativo, tese incompatível com a neutralidade axiológica pregada por Weber em seus ensaios metodológicos” (SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006, p. 172).

69HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

70 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2004. Não há dúvidas sobre os impactos da hermenêutica filosófica na ciência do direito, iniciados com o desenvolvimento das ciências do espírito e o giro hermenêutico na filosofia, a exigir uma mudança de fundamentação das ciências humanas, “como algo menos ligado a um eventual produto de ‘descrição’ dos fatos psicofísicos (Dilthey), ‘avaliação’ de valores transcendentais (Rickert) ou ‘imputação’ de valores jurídicos impressos nas normas jurídicas ordenadas (Kelsen), e mais como algo ligado à experiência da arte e do jogo” (MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito**: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito. 2017. 177 f. Tese [Doutorado em Direito] – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017, p. 11).

promoveram a completa superação dos métodos com a inserção da linguagem como pressuposto do processo de conhecimento, e não apenas como um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto. Mas isso não significa aceitar a tese de que se mostra impossível realizar uma abordagem eminentemente descritiva do direito<sup>71</sup>.

Kelsen<sup>72</sup> já demonstrou que isso é plenamente possível ao realizar uma cisão entre a ciência do direito e o direito, assim como Austin, ao pregar uma abordagem descritiva pela jurisprudência analítica e uma abordagem prescritiva pela jurisprudência normativa.

Hart<sup>73</sup> chegou a afirmar que Dworkin reconheceu que existem duas formas de abordar o direito, que a avaliação interpretativa não é o único problema apropriado à teoria do direito e que um papel importante está reservado à teoria do direito geral e descritiva. Da mesma forma, Alexy<sup>74</sup> reclama que a tese da correção moral do direito implica a tese da dupla natureza do direito, uma abordagem descritiva e corretiva do direito. Desse pensamento, é possível extrair que uma abordagem eminentemente descritiva não é de todo desprezível ou inútil, como fazem crer os defensores da abordagem prescritiva.

Cruz e Duarte<sup>75</sup>, contudo, insistem que um cientista sério não pode fazer ciência apenas descrevendo uma realidade, leia-se, realizar uma abordagem exclusivamente cognitiva e descritiva. Apesar da crítica, é preciso salientar que o positivismo pré-hartiano adota uma metodologia objetivista no estudo do direito, numa clara separação entre o direito do ser e o direito do dever-ser, como fez Kelsen na sua teoria pura do direito, sem desenvolver uma teoria prática da interpretação. Kelsen e Hart adotaram um critério para distinguir juízos de fato e juízos de valor, sem tomada de posição diante da realidade, especialmente diante da aplicação concreta do direito.

Se isso é insuficiente para a adequada compreensão dos fenômenos epistemológicos e interpretativos do direito, teve o mérito, contudo, de contribuir para o

---

71 Também não se desconhece o pensamento de Popper, segundo o qual “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista” (POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978, p. 22). Embora o cientista empregue seus valores e convicções na condução de sua pesquisa, isso não o impede de cindir o objeto de seu estudo em dois sentidos: o do que realmente ele é, puro dever-ser, e o do que se espera que ele seja, desejável. É possível, portanto, descrever uma realidade sem valorá-la negativa ou positivamente. Essa neutralidade na identificação do direito é imprescindível à teoria positivista e visa preservar a própria noção de normatividade.

72 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

73 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

74 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

75 CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

desenvolvimento das teses centrais do positivismo jurídico, que são importantes para diferenciá-lo de outras abordagens sobre o fenômeno jurídico. A insuficiência dessa metodologia inicial foi reparada por Hart na sua obra “O conceito de direito”, de 1961, que posteriormente foi reformulada em face das críticas de Dworkin.

Das três formas de abordagens do positivismo jurídico, Streck<sup>76</sup> anuncia que o positivismo metodológico/conceitual é a mais difícil de ser contestada e criticada, especialmente após a sua reformulação interna provocada pelos desafios de Dworkin. Apesar disso, defende que todo positivismo conceitual é frágil e problemático, por desconhecer todos os elementos profundos que marcam a experiência jurídica: a interpretação jurídica e o apego excessivo aos critérios empíricos de justificação. Esse vácuo deixado pelo positivismo conceitual seria preenchido pela hermenêutica filosófica gadameriana. Para Streck:

Ora, Gadamer foi decisivo ao demonstrar que a experiência hermenêutica da interpretação (seja de que tipo de texto se esteja a tratar) ultrapassa o plano da simples verificação empírica. De fato, ela é um acontecimento marcado desde sempre por uma compreensão fundada, por sua vez, em uma autocompreensão do intérprete mergulhado em um mundo compartilhado. Eis, aqui, a superação do esquema sujeito-objeto, problemática que parece esquecida nos diferentes intérpretes de matriz analítica do (s) positivismo (s)<sup>77</sup>.

Uma abordagem descritiva do direito não se mostra impossível e não há razões históricas e filosóficas que possam conduzir ao sentido de que ela se mostra inferior à abordagem prescritiva ou que deva ser abandonada. Por essa razão, as derivações positivas decorrentes do debate entre Dworkin e Hart respondem satisfatoriamente a todas as críticas formuladas por aqueles que seguem insistindo numa abordagem prescritiva do direito, especialmente para fazer frente aos ataques do que se autodenominou de pós-positivismo jurídico, como uma teoria jurídica (ideologia?) superadora do positivismo jurídico.

Mais uma vez recorre-se a Streck para citar sua posição de que as propostas mais modernas e mais elaboradas do positivismo jurídico – positivismo inclusivo e exclusivo - não conseguiram resolver o grande dilema que assombra o direito contemporâneo, que é a discricionariedade judicial a partir de uma teoria da decisão, ou, de outro modo, como controlar o poder discricionário dos aplicadores do direito. Para Streck<sup>78</sup>, os positivistas inclusivos e exclusivos ainda insistem em tratar o fenômeno jurídico como independente das

76 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

77 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 48.

78 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

questões políticas, da teoria democrática.

É nesse aspecto que as duas teorias de Waluchow se apresentam úteis e adequadas para explicar adequadamente o positivismo jurídico e também preencher o vazio deixado pelas diversas facetas do positivismo sobre a interpretação e aplicação do direito. Defende-se, pois, que toda e qualquer solução deve ser buscada dentro dos postulados do positivismo jurídico, mais precisamente nos postulados do positivismo jurídico inclusivo de Waluchow, por ser a representação mais adequada do positivismo jurídico. Sua teoria é de natureza descritivo-explicativa, limitando-se a descrever os pressupostos fundamentais do positivismo jurídico, e essa abordagem deve ser complementada com uma de natureza normativo-justificativa, que procura legitimar a interpretação e a aplicação realizada no âmbito da jurisdição constitucional.

### ***2.3.2 Positivismo como teoria do direito***

O positivismo como teoria do direito estuda o conceito de direito procurando responder ao questionamento “o que é direito?”. Nessa perspectiva, seriam elementos essenciais do direito: (i) a teoria da coatividade do direito; (ii) a legislação como fonte proeminente do direito; (iii) o caráter imperativo do direito; (iv) a teoria da coerência do ordenamento jurídico; (v) a teoria da completude do ordenamento jurídico; e (vi) a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

Para Bobbio<sup>79</sup>, as críticas formuladas aos três primeiros elementos não são consistentes, e os três últimos elementos não têm mais importância na caracterização do positivismo jurídico. Contudo, para Streck<sup>80</sup>, a concepção do positivismo jurídico como teoria do direito pode ser identificada como um formalismo conceitual, por confundir o direito com lei e texto igual com norma, razão pela qual deve receber as mesmas críticas direcionadas ao positivismo ideológico.

Na obra de Hart<sup>81</sup>, no capítulo intitulado *O direito como união de normas primárias e secundárias*, já se enxerga que a coação não é elemento necessário à definição de direito, que a norma não é vista como um comando. O que é essencial na definição do direito é a ideia de consenso acerca da existência da regra de reconhecimento, que define os critérios

79 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

80 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

81 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

de validade de uma norma jurídica. Está afastada a crítica ao elemento de número (i).

Da mesma forma, Hart<sup>82</sup> também admitiu que, em certos momentos, o direito se apresenta parcialmente indeterminado ou incompleto. Está afastada assim a crítica ao elemento de número (ii). Registre-se, nesse ponto, que o papel central da discricionariedade já foi revelado pela textura aberta de Hart e pelo quadro hermenêutico de Kelsen - antes, portanto, do pós-positivismo da metade do século XX -, que admitiram a discricionariedade do intérprete e aplicador da norma. Com o pós-positivismo, “[...] não se abandona, ao contrário, se incrementa, uma das mais marcantes características do positivismo normativista, precisamente a discricionariedade”<sup>83</sup>.

Da mesma forma, está afastada a crítica ao elemento de número (iii), porque, para Bobbio<sup>84</sup>, ocorreu uma evolução na doutrina do imperativismo jurídico, que passou a distinguir o imperativismo ingênuo, que vai de Hobbes a Austin, do imperativismo de Kelsen, que vê a norma como imperativo hipotético, que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes.

As críticas formuladas aos elementos (iv), (v) e (vi) também não procedem. Esses elementos identificam o positivismo exegético do século XIX, que não resistiu aos avanços do positivismo contemporâneo, mas não as concepções modernas do positivismo. De fato, nenhuma visão positivista da atualidade corrobora o positivismo exegético, por simplesmente refletir uma realidade que não mais existe.

### ***2.3.3 Positivismo ideológico***

O terceiro e último aspecto fundamental do positivismo jurídico é o ideológico, no qual é visto como ideologia, e não como teoria do direito. Os seguidores dessa corrente defendem que o direito positivado possui força obrigatória e deve ser aplicado pelos juízes independentemente do seu conteúdo. Haveria uma rígida separação conceitual entre o direito e a moral. Geralmente, a versão do positivismo jurídico ideológico é usada pelos críticos para estabelecer uma espécie de caricatura do positivismo jurídico, críticos esses que se utilizam da “falácia do espantalho”<sup>85</sup> para sustentar uma versão que nunca o foi pela maioria dos

82 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

83 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 72.

84 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

85 ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017, p. 28.

defensores do positivismo jurídico.

Essa teoria confunde tese descritiva com tese prescritiva. Os defensores dessa teoria não realizaram uma leitura adequada da obra de Bentham, especialmente quando realizou uma distinção entre direito e moral, e afirmou que o papel da moral consistiria em avaliar o direito posto, é dizer, a moral não é critério de validade do direito, mas pode ser utilizada para avaliar criticamente o direito. Justamente em razão da distinção entre direito e moral é que Austin dividiu sua teoria em uma *expository jurisprudence* – focada em descrever o que é o direito - e uma *ensorial jurisprudence* – em prescrever como o direito deve ser.

Logo, trata-se de afirmação moral ou ideológica, e não científica, da qual resulta a tese central da teoria da obediência absoluta à lei, com uma proposta moral de descrever o Estado como se desejaria que ele fosse, rejeitada pelos positivistas Bentham, Austin, Kelsen e o próprio Hart, que abordaram o direito como fato social desvinculado da moral.

Streck<sup>86</sup> esclarece que há no positivismo ideológico uma postura igualmente moral, que é a de observar a força daquilo que o direito determina, razão pela qual entende que a tese do positivismo ideológico não é de natureza conceitual, justamente por defender uma postura moral de aplicação do direito.

Nesse aspecto está talvez a principal crítica feita pelos antipositivistas, sem, porém, amparo na razão. Uma visão extremista do aspecto ideológico presta obediência irrestrita ao direito positivo, sob o argumento de que *gesetz ist gesetz*, ou seja, de que lei é lei. É com base nesse aspecto que o positivismo jurídico foi associado aos regimes totalitários europeus.

Uma visão moderada do positivismo “não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político”<sup>87</sup>, até porque o positivismo reivindica a implantação de uma ferramenta de contenção às arbitrariedades, e não a legitimação das atrocidades cometidas por regimes totalitários<sup>88</sup>, especialmente pelo regime nazista. E as atrocidades nunca foram e não podem ser praticadas em nome do direito posto, que tem como essência justamente combater a tirania.

---

86 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

87 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 236.

88 O jurista alemão Radbruch, citado por Morrison (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012), quando o Terceiro Reich foi derrotado, sustentou a impotência ética do positivismo jurídico frente às atrocidades cometidas pelos governos totalitários, e a necessidade de se retornar a alguma forma de reflexão sobre o direito natural, ou seja, à sabedoria clássica que diz que há um direito superior à lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão.

Como leciona Santos<sup>89</sup>, “[...] de fato, os juízos de valor não fazem parte da alçada do Direito, segundo o juspositivismo, mas daí a relacioná-lo com o nefasto regime alemão há uma distância fática e filosófica irresponsavelmente negligenciada”.

Aliás, a atuação dos seguidores do nazismo não estava pautada exclusivamente pelas leis positivadas, mas sobretudo pela ideologia nazista de que deveriam agir segundo o interesse político do Estado, cabendo aos juízes julgar os atos contrários ao sentimento popular e não os contrários somente à lei.

Em verdade, foi justamente a ideologia do pensamento jurídico nazista que legitimou as barbaridades praticadas. A supremacia juspositivista foi intencionalmente suplantada pela ideologia jurídica de Hitler, que pregava precisamente o mais completo desinteresse pelas leis produzidas pelo Parlamento, sendo certo afirmar que o direito no *locus* nazista não era simplesmente percebido por meio da lei, mas de uma razão pautada pelo Führer e não pelo juspositivista princípio de supremacia do Poder Legislativo - absolutamente deixado de lado pela construção schmittiana da supremacia do Führer<sup>90</sup>.

Logo, é possível dizer que agir segundo a ideologia nazista é agir justamente em contrário à ideologia juspositivista, que exige submissão à lei, o que torna até certo ponto contraditório afirmar que o juspositivismo legitimou as arbitrariedades praticadas pelo nazismo. Da mesma forma, utilizar a teoria pura do direito de Kelsen para justificar as atrocidades praticadas pelo regime nazista representa um equívoco imperdoável e um produto do desconhecimento sobre o autor e sobre a sua principal obra.

Ora, Kelsen era um defensor da democracia, da tolerância e da liberdade, e sua teoria era uma defesa do Estado Democrático de Direito e uma clara oposição a qualquer tipo de totalitarismo do século XX, a exemplo do fascismo e do stalinismo<sup>91</sup>, de modo que utilizar a teoria pura do direito com o propósito de legitimar esses governos é no mínimo uma *contradictio in terminis*.

## 2.4 As grandes tradições teóricas ocidentais do positivismo jurídico

O positivismo jurídico não é seguramente um fenômeno uniforme<sup>92</sup>, pronto ou

89 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 81.

90 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

91 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

92 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

acabado. Há diversas propostas teóricas e ideológicas juspositivistas. Por isso a importância de se conhecer cada uma delas e as escolas jurídicas a que estão vinculadas, e, especialmente, identificar as teses comuns e os pontos de intercessão dos diversos positivismos. Aliás, identificar essas teses e os pontos comuns não é uma escolha de quem se propõe a estudar o positivismo jurídico, é antes de tudo uma condição para alcançar verdadeiramente o que a doutrina dominante entende como positivismo jurídico, que é igualmente visto pela doutrina dominante como a teoria do direito mais clara, sólida, respeitosa da vontade do legislador e garantidora da segurança jurídica<sup>93</sup>.

Morbach<sup>94</sup> igualmente reconhece que a expressão positivismo jurídico carrega uma vasta série de concepções e teorias, mas considera que é possível encontrar características comuns que unem as obras de tantos teóricos, oriundos de épocas e locais distintos. Cada concepção positivista está ligada a uma tradição jurídica específica, de modo que uma crítica geral ao positivismo jurídico, sem identificar a tradição jurídica a que está vinculado, é uma postura que revela pouca ou nenhuma compreensão sobre as diversas concepções positivistas.

Ao longo de mais de dois séculos de existência, apresentou variações, reformulações e atualizações que ajudaram a construir uma percepção equivocada dessa corrente do pensamento jurídico, tanto no âmbito epistemológico como na prática forense, com inegáveis consequências indesejáveis. Urge, pois, definir corretamente o que vem a ser o positivismo jurídico.

A atuação prática, em específico a aplicação do direito, é diretamente influenciada pela teoria utilizada pelo aplicador, o que implica dizer que, se a teoria não for bem compreendida pelo intérprete, a aplicação do direito do mesmo modo não o será, significando a produção de consequências diretas na vida daqueles que estão sujeitos ao direito posto.

Há diversas propostas teóricas e ideológicas juspositivistas. Mas isso não impede de conhecer cada uma delas e especialmente identificar as teses comuns e os pontos de intercessão dos diversos positivismos. Não há dúvidas que após a derrocada do positivismo ortodoxo legalista do início do século XIX, novas teorias positivistas foram desenvolvidas, especialmente após o debate Dworkin-Hart, com diversidade de ênfases teóricas e políticas, nem sempre percebidas ou analisadas com a devida atenção pelos críticos do positivismo jurídico. Essa negligência facilitou a construção de uma versão caricatural do positivismo

---

93 DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

94 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.



jurídico, geralmente confundido com o positivismo exegético. Contudo, o ponto central das versões contemporâneas é que continuaram filiadas a uma concepção positivista de análise do fenômeno jurídico.

Perceber essa alteração é o ponto básico de qualquer estudo que se propõe a analisar ou criticar o positivismo jurídico. Toda e qualquer crítica deve se voltar para o positivismo desenvolvido ao longo do século XX, e não tomar o positivismo exegético do início do século XIX como a representação completa e ideal do positivismo jurídico. Justamente em razão disso que é tão importante explicar as diversas concepções positivistas, para que uma crítica a determinada concepção não seja vista como generalista ou suficiente para refutar todas as teorias positivistas.

E, neste estudo, duas grandes tradições positivistas se apresentam para explicar o percurso histórico trilhado pelo positivismo jurídico nos mais de duzentos anos de existência, com propostas teóricas e filosóficas suficientes para diferenciar cada uma das escolas positivistas dos séculos XIX e XX, que se irradiaram pelo Ocidente: a tradição positivista da Europa continental e a tradição positivista inglesa e norte-americana.

Além de se identificar as teses centrais do positivismo jurídico, faz-se imprescindível estudar a tradição jurídica a que se vincula cada versão positivista, tendo em vista que o maior ou menor respeito demonstrado em relação à legislação democrática não se aplica com a mesma intensidade nas duas grandes tradições jurídicas. No sistema do *civil law*, por exemplo, o intérprete deve maior aderência à legislação democrática, enquanto no sistema do *common law*, compete-lhe atribuir peso muito maior aos argumentos de justiça substantiva em detrimento dos elementos textuais, o que certamente aumenta o seu espaço de atuação<sup>95</sup>.

#### ***2.4.1 A tradição positivista da Europa continental: o positivismo jurídico na Alemanha e na França***

O historiador belga Raoul Charles van Caenegem<sup>96</sup> realiza um importante estudo comparativo entre o direito dos juízes de tradição anglo-saxã, o direito dos professores de tradição alemã, e o direito centrado na lei, de origem francesa, para tentar responder a perguntas por ele próprio formuladas: o que é melhor? O direito dos precedentes? O direito

<sup>95</sup> LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 425-455.

<sup>96</sup> CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

das leis? Ou o direito dos juristas? Qual a melhor opção? O direito inglês norte-americano? O direito francês? Ou o direito alemão?

Realmente, há diferenças profundas entre as duas grandes tradições jurídicas, que influenciaram sobremaneira a legislação e o pensamento jurídico moderno e contemporâneo nos últimos duzentos anos. Em cada sistema jurídico há razões históricas, culturais e políticas a justificar a criação e o desenvolvimento de um sistema jurídico peculiar que seja capaz de encampar os ideais revolucionários que o fizeram emergir.

É nesse contexto revolucionário e de cultura racionalista que nasce o Código Civil francês de 1804, fruto do pensamento iluminista e com a convicção de um legislador universal, com a premissa fundamental de que todo direito está na lei, a ponto de não reconhecer o direito natural enquanto não codificado, o monopólio da criação jurídica pelo Estado, a busca incessante pela vontade do legislador e o culto da lei<sup>97</sup>.

Cada tradição jurídica tem um modo específico de lidar com os textos jurídicos, a doutrina e o papel exercido pelo juiz na atividade de criação, interpretação e aplicação do direito positivo. Cada sistema jurídico foi criado e se desenvolveu de maneira diferente. Nessas tradições, os textos jurídicos, a doutrina e o juiz são componentes do direito. O que diverge é a primazia que se lhes atribui, a eficácia que se lhes confere e a maneira de operá-los<sup>98</sup>.

A codificação, por exemplo, é uma experiência típica da Europa continental, não se encontrando presente nos países anglo-saxônicos, o que implica dizer que não é uma condição comum a todos os países civilizados<sup>99</sup>, nem mesmo as razões que motivaram a codificação na França e na Alemanha podem ser tidas como comuns.

Nos países anglo-saxônicos, a doutrina e os juízes destacaram-se na produção legislativa e na definição e reformulação dos institutos jurídicos, e as razões históricas, culturais, políticas, teóricas e filosóficas que precederam a positivação do direito alemão no século XIX são bem diferentes das que precederam, por exemplo, a codificação francesa.

Contudo, o ponto comum presente na tradição continental e na tradição anglo-saxônica é a tentativa exitosa de superação do jusnaturalismo pelo juspositivismo, em que cada sistema jurídico aponta para uma direção que refletirá diretamente na forma como o

---

97 PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998.

98 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

99 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

direito deverá ser aplicado<sup>100</sup>. Acrescenta-se: não só na interpretação e aplicação, mas também na tentativa de cada escola de definir o que se entende por direito.

Esse percurso histórico é bem explanado por Liziero<sup>101</sup>, que aponta três movimentos presentes nas duas grandes tradições jurídicas. O primeiro movimento é o iniciado pela Escola da Exegese francesa, do início do século XIX, com o Código Napoleão de 1804, em que há presença marcada do racionalismo iluminista da segunda metade do século XVIII.

O segundo movimento desponta pelo utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832), que nasce com uma proposta crítica ao sistema *common law*, além de tomar o direito como fato e não como valor. Em seguida, John Austin (1790-1859), influenciado por Bentham, formula sua teoria positivista, considerada por muitos a primeira teoria positivista surgida na Inglaterra<sup>102</sup>.

O terceiro e último movimento juspositivista é a Escola Histórica na Alemanha no século XIX, tendo Gustavo Hugo como seu precursor e Friedrich Carl von Savigny como seu grande corifeu<sup>103</sup>, e suas derivações, Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudência dos Interesses, Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Valores.

É nessa quadra histórica alemã que os estudiosos do direito se destacam, com suas propostas teóricas recepcionadas por essas escolas, com repercussão imediata e direta na atividade jurisdicional. O relevante papel de Friedrich Carl von Savigny, Friedrich Puchta, Rudolf von Ihering, Philipp Heck e Eugen Ehrlich, e dos positivistas do Círculo de Viena, Rudolf Carnap, Otto Neurath e Moritz Schlick, foi mais um esforço para não se reconhecer o direito natural como direito e se realizar um raciocínio jurídico isento de juízos de valor<sup>104</sup>.

Não há dúvidas, pois, que as diversas manifestações teóricas, debates filosóficos e inúmeras escolas do pensamento jurídico, do início do século XIX ao século XXI, provocaram profundos impactos na teoria do direito contemporâneo, seja no campo epistemológico, seja no campo da aplicação do direito, exigindo do pesquisador uma volta ao estudo/reanálise dos vários aspectos inerentes às teorias do direito e da interpretação e aplicação<sup>105</sup>.

100 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

101 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

102 Nesse sentido, é a afirmação de Dimoulis ao considerar Austin o fundador da teoria geral do direito na Inglaterra.

103 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

104 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

105 Macedo Junior menciona que as dimensões e os impactos das novas agendas filosóficas introduzidas na teoria do direito são múltiplos, e entre os mais importantes estão a necessidade de retomada do estudo sobre a natureza descritiva e/ou avaliativa das teorias jurídicas, a objetividade na interpretação jurídica, as respostas

Na Alemanha, a obra de Gustavo Hugo, de 1978, “Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo” (*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*)<sup>106</sup>, preparou o terreno para o surgimento do direito positivo. Isso porque reduziu o direito natural a uma filosofia do direito positivo, ao dispensar o tratamento do direito natural diferente do direito positivo em prol da abordagem de um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo, que assinala rigorosamente a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista<sup>107</sup>.

Contudo, é preciso deixar claro que foi a Escola Histórica que preparou o terreno para a passagem da filosofia jusnaturalista para a filosofia juspositivista. É a crítica feita pelo historicismo ao direito natural que abre caminho para o surgimento do direito positivo germânico, no entanto o historicismo não pode considerado como precursor do positivismo jurídico germânico, ou seja, a causa imediata do positivismo jurídico na Alemanha. Como alerta Bobbio:

Mas, dito isto, é mister salientar que a escola histórica do direito deve ser considerada precursora não tanto do positivismo jurídico quanto de certas correntes jusfilosóficas (como a escola sociológica e realista que se desenvolveu principalmente no mundo anglo-saxão), que, no fim no século XIX e no início do século XX, assumiram uma posição crítica frente ao juspositivismo<sup>108</sup>.

Na doutrina jurídica alemã do primeiro terço do século XIX, as teses mais conhecidas da Escola Histórica de Savigny têm um acento sociológico, no sentido de que o direito não nasce da vontade acidental arbitrária do soberano, como defendia Hobbes, mas como um produto anônimo e espontâneo no seio da nação, de que não se deve separar os fenômenos jurídicos dos fenômenos políticos, dos costumes, e sobretudo da língua, e de que o direito retira sua força e sua vida do espírito nacional, do *Volksgeist*<sup>109</sup>. Aqui é um exemplo claro de uma perspectiva sociológica do direito/abordagem empírica, em que a ciência do direito retira sua validade dos fatos sociais a que se refere, cuja abordagem será severamente combatida por Kelsen em sua teoria pura do direito.

---

construtivas ao ceticismo e ao relativismo moral e jurídico, a revitalização das teorias da justiça e o surgimento de novas formulações do direito natural, além, é claro, do estatuto teórico do direito e da separação entre o direito e a moral na teoria jurídica (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013).

106 HUGO, Gustavo. **Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo**. [S. l.: s. n.], 1978.

107 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

108 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 54.

109 CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Tradução Diogo Leite de Campos. Coimbra: Editora Almedina, 1979.

Observe-se que no entendimento da Escola Histórica o direito não é obra de um soberano ou do legislador, mas produto da história, em que as instituições jurídicas são construídas pelo espírito do povo. Assim, a autoridade do direito está no espírito do povo, não na obra codificada como expressão máxima da legislação. Embora Savigny equipare direito a lei, não o faz na mesma lógica da Escola da Exegese do início do século XIX, em que a lei é fruto do legislador. A lei, para Savigny, é a expressão máxima do espírito do povo e das forças históricas.

Para Savigny, direito é igual ao espírito do povo, primeiro uma ciência histórica e depois também uma ciência filosófica<sup>110</sup>. Nas palavras certas proferidas por Streck, é um equívoco “identificar a escola histórica com um positivismo do tipo exegético, e considerar Savigny um legalista (entendendo por legalista o tipo de experiência que se tem no ambiente francês)”<sup>111</sup>.

Segundo a Jurisprudência dos Conceitos, a realidade poderia ser integralmente captada pelos conceitos, que seriam a representação intelectual da realidade. Com essa pretensão universalizante, o jurista deve-se ocupar das leis positivistas, que compreenderiam a totalidade da realidade, posição teórica bem parecida com a ideia de completude do ordenamento jurídico e da Escola da Exegese.

À semelhança do que ocorreu com a Escola da Exegese, o *Corpus Juris Civilis* tornou-se, para a Escola Pandectista, um padrão de racionalidade exaustivo a ponto de seus defensores não aceitarem a utilização de critérios decisórios fora da codificação, limitando sobremaneira o papel criativo do intérprete. Em razão dessa postura, o direito é confundido com os textos do direito romano.

Apesar de o nome da escola – jurisprudência - induzir o leitor a pensar que o direito seria o produzido pela atividade dos tribunais, o termo referenciado é aqui empregado no sentido de ciência jurídica, e fazer ciência jurídica para essa escola seria uma tarefa dos frades professores tedescos<sup>112</sup>.

Na verdade, são as codificações do final do século XVIII e início do século XIX a causa direta e imediata do surgimento e do desenvolvimento do positivismo jurídico na tradição europeia continental, que representam a um só tempo a onipotência do legislador, do Estado e a expressão máxima da racionalidade iluminista. Essa afirmação, porém, necessita de

---

110 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

111 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 89.

112 MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

um esclarecimento para que seja bem compreendida.

Sob o viés epistemológico, ou seja, a partir de um critério avalorativo, a Revolução Francesa, a codificação e o positivismo jurídico exegético não estabeleceram propriamente uma teoria do direito positivista<sup>113</sup>, pela simples presença do caráter ideológico nessas manifestações jurídicas. Como já frisado, o caráter avalorativo é uma das características centrais do positivismo contemporâneo, tendo como marco temporal o positivismo normativista de Kelsen.

Esse movimento de codificação não ficou imune a críticas, principalmente de Savigny, que era contra a codificação, por entender que a Alemanha não passava por um momento cultural favorável, muito embora não tenha indicado qual seria o momento cultural adequado para receber a codificação. Para Savigny<sup>114</sup>, as fontes do direito seriam o direito popular, próprio das cidades em formação, o direito científico, próprio das cidades mais maduras, e o direito legislativo, próprio das cidades em decadência, de modo que a codificação do direito alemão seria uma forma de gravar essa decadência.

Apesar da resistência de Savigny, Thibaut defendeu a codificação, que deveria apresentar uma perfeição formal, isto é, normas claras e precisas e que regulassem todas as relações sociais, com a pretensão de universalização do direito e de unificação do povo alemão, até então sujeito aos regimes normativos locais e difusos e ao direito romano, que foi aplicado por intermédio da atividade de jurisprudência, e não da atividade legislativa, como ocorreu com a aplicação do *Code Napoléon*, de 1804.

Na tradição jurídica francesa, é o Parlamento quem se destaca no Estado de Direito. Produto do pensamento iluminista e da crença da razão, o positivismo jurídico francês produz forte influência nos sistemas jurídicos ocidentais, modernos e contemporâneos, entre eles o brasileiro<sup>115</sup>. Antes, porém, das codificações do início do século XIX, o ensino jurídico nas universidades francesas, do início do século XIII ao final do século XVIII, era embasado no direito romano e nos costumes, estes últimos de maneira muito superficial<sup>116</sup>.

O Código Civil napoleônico de 1804 é o ponto marcante do positivismo francês, tendo como principal característica uma forte aderência do intérprete à literalidade do texto, a ponto de resumir o direito à lei. A metodologia empregada na interpretação era a da

113 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

114 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

115 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

116 DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. Revisão técnica e da tradução Isabela Soares Micali. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

subsunção, em que o juiz deveria se limitar a encaixar o fato analisado nas hipóteses previstas em lei, que também continha as consequências dele decorrentes.

Essa postura se justificava devido à desconfiança dos franceses na atuação dos juízes, não escolhidos pelo povo, apesar da extinção do *ancien régime* pela Revolução Francesa, e viam na lei a expressão máxima da representação popular, que não deveria ser alterada por quem não foi escolhido pelo povo.

O direito romano exerceu influência marcante na tradição ocidental do *civil law*, o que não pode ser dito em relação ao *common law*, tendo em vista o papel irrelevante ou muito limitado desempenhado na formação desses sistemas<sup>117</sup>. O formalismo conceitual alemão da Jurisprudência dos Conceitos, por exemplo, é uma consequência direta da influência do direito romano, com a ideia de conceitos com valor absoluto.

Antes da codificação alemã, havia uma dualidade normativa entre direitos particulares (*ius proprium*) e o direito romano (*ius commune*), de modo que a autoridade dos glosadores ou comentadores do *Corpus Juris Civilis* seria aplicada quando o *ius proprium* não resolvesse o conflito<sup>118</sup>. Os pandectistas dedicaram-se especialmente à segunda parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, as Pandectas, vindo daí o nome dessa escola, que tinha como principais representantes Bernhard Windscheid (1871-1892), Christian Friedrich von Glück (1755-1831), Alois Ritter von Brinz (1820-1887), Heinrich Dernburg (1829-1907) e Ernst Immanuel von Bekker (1827-1916)<sup>119</sup>.

O ponto comum entre essas duas tradições jurídicas (alemã e francesa) é a premissa de reduzir significativamente o papel do intérprete na criação do direito e a ideia de que as regras de direito formuladas tanto pelos doutrinadores<sup>120</sup> quanto pelo legislador são expressões gerais da população e possuem o caráter de generalidade, além da influência direta e presença marcante do direito romano e dos direitos locais na formação do pensamento jurídico de ambos. Essa influência perdurou até o final do século XVIII, pois a partir do século XIX a compilação de Justiniano foi substituída pelas codificações iluministas e racionais<sup>121</sup>.

117 DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. Revisão técnica e da tradução Isabela Soares Micali. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

118 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

119 HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)**. 10. ed., rev., ampl. e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e leis posteriores. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

120 Não havia sequer diferença qualitativa entre a doutrina e o direito fruto da consciência popular/o direito consuetudinário (DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

121 LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus**. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo:

Na fronteira, contudo, a base da codificação de cada tradição jurídica não é comum. Se na França a base da codificação foi a proposta iluminista e racionalista, a proposta romano-germânica utilizada para rechaçar essa tese foi o historicismo e a facticidade. Em Torrano:

Tal como o processo jurídico como um todo, o direito foi considerado como resultado orgânico do “foro íntimo” inundado em intersubjetividade, materializado na tradição e nos costumes espontaneamente surgidos no conviver diário. Bem por isso, teve o direito consuetudinário especial destaque na hierarquia das fontes do direito, uma vez que somente os costumes seriam capazes de ilustrar com alguma precisão o “espírito do povo”, a “consciência nacional”, o “direito popular”<sup>122</sup>.

Bem-sucedida, a lógica científica das ciências naturais foi recepcionada pelo racionalismo iluminista e aplicada nas codificações, no formalismo alemão e no positivismo legalista, e a busca pelo conhecimento verdadeiro também passou a ser um objetivo das ciências humanas e do direito.

Para alcançar esse objetivo, foram estabelecidos dogmas, o direito como teoria do ordenamento jurídico, com a ideia de coerência e completude do ordenamento jurídico, a ausência de lacunas, a interpretação como uma atividade lógica dedutiva, desenvolvida por silogismo e a interpretação mecânica do direito, tendo o intérprete uma postura de deferência à codificação vigente, vez que direito e lei se equiparavam.

Esses dogmas, contudo, não são encontrados no pensamento da tradição inglesa e americana. Daí a certa observação de Castanheira Neves<sup>123</sup> ao chamar a atenção para o fato de que o positivismo legalista do início do século XIX deve ser entendido nas suas três vertentes distintas, conforme o local de surgimento.

Como exemplos de positivismo legalista pode-se apontar os positivismos francês, inglês e alemão, com origens e formações diversas, tendo, no entanto, em comum o fato de estarem presos a um estrito legalismo ou dogmatismo. As Escolas da Exegese, de origem francesa, dos Pandectistas, de origem alemã, e Analítica de Jurisprudência de John Austin, de origem inglesa, todas do século XIX, formam o bloco do positivismo legalista, que resume o direito à lei.

Nas palavras de Herkenhoff<sup>124</sup>, as três escolas encarnam a projeção, na

---

Editora WMF Martins Fontes, 2022.

122 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 68, grifos do autor.

123 CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

124 HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)**. 10. ed., rev., ampl. e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e leis posteriores. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.



hermenêutica, do positivismo francês, com a premissa fundamental de culto à vontade do legislado e completude dos códigos; do positivismo alemão, que, apesar de não subordinar o direito ao legislador, construiu uma teoria do direito com a pretensão de abarcar a totalidade da realidade mediante conceitos oriundos do positivismo jurídico; e do positivismo inglês, que reduziu o direito aos precedentes judiciais e à lei.

Para o positivismo legalista, a funcionalidade do sistema jurídico estava na dependência de dois níveis de decisão: (i) um nível superior, da legislação sobre regras gerais, que é ao mesmo tempo o plano da política; (ii) um segundo nível, o jurídico-técnico, que é o de resolução dos casos práticos, que não pode se intrometer no espaço da legislação, dizer o que seria melhor, justo ou injusto. Nesse contexto, segundo se pronunciam Kaufmann e Hassemer<sup>125</sup>, “se o decisor do segundo nível procurar entrar nos domínios do primeiro, colocando em dúvida a validade de uma decisão tomada no primeiro nível, estará a perturbar a ordem mecânica”. Com essa proposta, o positivismo formalista/legalista defendia que o conteúdo da lei deveria ser definido única e exclusivamente pela lei, no caso do direito francês, pela doutrina, no caso do formalismo alemão, ou pelos precedentes, no caso do positivismo inglês.

Essa primeira fase é rompida inicialmente com o positivismo normativista de Kelsen e se consolida com o positivismo analítico de Hart, ruptura essa nem sempre bem compreendida por aqueles que se apressam em criticar o positivismo jurídico de maneira geral, sem atentar para o fato de que o positivismo legalista do início do século XIX, ora atrelado à lei, como é o caso do positivismo francês, com a Escola da Exegese, ora atrelado à doutrina, como acontece no positivismo alemão, com a Jurisprudência dos Conceitos e suas derivações, ora atrelado ao precedente, situação encontrada no positivismo inglês, com a Escola Analítica de Jurisprudência de John Austin (1790-1859), veio a ser superado pelo positivismo de Kelsen e Hart.

Como diz Dalla Barba, o positivismo vai reaparecer fortalecido no cenário jurídico com novas formulações e traços completamente distintos dos daquele que vigorou no século XIX, assumindo, agora, uma segunda (e nova) versão. Contudo, mesmo antes das reformulações positivistas, ainda no século XX, diversas escolas jurídicas se posicionaram contra o método lógico-formal de construção jurídica e o método lógico-jurídico de interpretação jurídica, denunciando, entre outros aspectos, a impossibilidade de o formalismo jurídico dar conta de todos os fatos jurídicos, atos e vontades humanas, o apego exagerado à

---

125 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 212.

vontade do legislador, o Estado como única fonte do Direito e a ideia de discricionariedade judicial presente na interpretação.

A partir dessas constatações, surgiram escolas e movimentos justamente para combater o formalismo e o legalismo do positivismo clássico do século XIX, entre eles o Movimento do Direito Livre<sup>126</sup>, de origem francesa, com uma perspectiva moderada representada por Eugen Ehrlich, e uma perspectiva radical capitaneada por Hermann Kantorowicz, o realismo escandinavo e norte-americano e a Jurisprudência dos Interesses, de origem alemã, todos com a proposta de delegar ao juiz a tarefa de buscar elementos extrajurídicos para a interpretação do direito.

Apesar das reformulações e das diversas perspectivas, o critério epistemológico de proposta descritiva permanece presente em todas as versões positivistas. O ataque não é contra a proposta epistemológica de analisar o direito como uma teoria descritiva (tese da descrição), em que a validade jurídica dos fatos não se confunde com a validade moral (teses da separação e do fato social), mas sim contra a forma pela qual o direito foi concebido e interpretado.

Por isso que se diz que o maior ataque feito pela teoria do direito ao positivismo formalista/legalista tem vindo da hermenêutica jurídica, por não compactuar com a tese de identidade entre direito e lei, e sim com a premissa de que “o conteúdo de uma lei depende sempre, também, do seu intérprete”<sup>127</sup>.

#### **2.4.2 A tradição positivista anglo-saxônica<sup>128</sup>: a tradição inglesa e norte-americana**

Logo de início, é preciso citar a advertência de David<sup>129</sup> de que o direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa

126 A perspectiva moderada conferia ao juiz ampla liberdade para decidir quando houvesse lacuna. A proposta radical defendia que o juiz deveria aplicar a lei somente se ela fosse justa. Se a lei fosse injusta, caberia ao juiz construir uma interpretação compatível com a justiça social, e se isso não fosse possível, competir-lhe-ia a tarefa de criar uma regra individual para o caso, mesmo contra disposição legal.

127 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 213.

128 A concepção anglo-saxônica não seguirá a concepção normativista de Hans Kelsen. Em Kelsen, a fonte de fundamento de validade de todo o sistema jurídico está na norma fundamental, que é uma ficção, uma hipótese de validade objetiva da ordem jurídica a que se dirige, e se encontra no topo do ordenamento jurídico, o que leva à conclusão lógica de que sua criação é posterior à própria criação das demais normas jurídicas. Disso resulta outra conclusão: o fundamento do ordenamento vem de cima para baixo, enquanto as concepções anglo-saxônicas vão defender a criação e o fundamento das normas jurídicas a partir dos fenômenos humanos.

129 DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. Revisão técnica e da tradução Isabela Soares Micali. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha.

A origem histórica do modelo inglês (anglo-saxônico) se identifica com o *common law*, apegada às relações sociais, ou seja, aos costumes, e à prática judiciária, ou seja, ao precedente, e com o *statute law*, que é o direito produzido pelo rei, ao exercer a jurisdição, e pelo Parlamento. Apesar dessa dicotomia, o direito inglês sempre esteve vinculado à supremacia do *common law*, é dizer, dos costumes e dos precedentes sobre o direito produzido pelo rei e pelo Parlamento, razão pela qual a monarquia inglesa nunca teve poder ilimitado, bem diferente das monarquias absolutas continentais, a exemplo da francesa, que sucumbiu com a codificação do início do século XIX.

Não é por outra razão que Bobbio<sup>130</sup> afirma que “na Inglaterra permaneceu sempre nominalmente em vigor o princípio segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum”, acrescente-se, enquanto não violar os costumes e os precedentes.

Diferentemente do que ocorreu com o direito francês, o direito britânico não é produto da legislação produzida pelo Parlamento, “mas pelas experiências judiciais concretas, o que levou os ingleses a repudiar as construções jurídicas dos estudiosos de Bolonha sobre o antigo Direito Romano”<sup>131</sup>.

No sistema de justiça inglês, a figura do juiz tem papel destacado na interpretação, aplicação e criação do direito para o caso concreto. O protagonismo judicial não é autocrático nem imposto, mas sim fundado na função de curatela do<sup>132</sup> *common law*<sup>133</sup>, que tem prevalência sobre o *statute law*, ou seja, sobre o direito de origem legislativa. David revela o caráter secundário, corretivo e complementar do direito legislado, ao concluir que:

Por maior que seja o seu interesse (inglês) em formular regras de forma concreta, tão casuística quanto possível, o legislador não está colocado, salvo nos casos em que se limita a fornecer um *erratum à common law*, na posição dos juízes; as disposições que formula só serão plenamente assimiladas ao sistema do direito inglês quando forem retomadas e reafirmadas – por vezes alteradas - pelos tribunais nas condições de elaboração normais da *common law*<sup>134</sup>.

130 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 33.

131 DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 26.

132 Lopes Filho (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016) utiliza a expressão *common law* no masculino, enquanto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995) a utiliza no feminino.

133 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

134 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998, p. 326, grifos do autor.

O sistema de justiça americano, apesar da colonização inglesa e da influência política, não acatou integralmente o sistema *common law*, de modo que seguiu o caminho de aproximação à lei e à constituição escrita, expressão formal da soberania popular e do constitucionalismo. Rapidamente, em 1803, os Estados Unidos criaram o controle judiciário difuso de constitucionalidade das leis, no célebre caso *Marbury versus Madison*, em que a Suprema Corte Americana afirmou a força normativa da constituição ao declarar a inconstitucionalidade de um ato legislativo contrário à constituição, no caso, do ato de sustação praticado pelo então Secretário de Estado James Madison, que havia revogado a nomeação de William Marbury feita pelo presidente Thomas Jefferson, que havia derrotado John Adams. Madison observou que vários magistrados nomeados ainda não haviam recebido a carta de nomeação e sustou todas as nomeações pendentes, entre as quais estava a nomeação de William Marbury, que ajuizou uma ação contra Madison, dando ensejo ao célebre caso sobre a supremacia da constituição, em razão da existência de conflito entre a constituição americana e a lei federal.

Nesse julgamento, o juiz Marshall, chefe da Suprema Corte norte-americana, decidiu pela inconstitucionalidade do ato legislativo que sustou a nomeação de William Marbury, por ser contrário à constituição, reafirmando a superioridade jurídica da constituição, que não pode ser violada ou alterada por ato normativo inferior.

Esse julgamento, além de reafirmar a supremacia da constituição escrita ante os demais atos normativos inferiores, inaugurou o *judicial review* - controle de constitucionalidade de origem anglo-saxã. A um só tempo consagrou o poder criativo do magistrado no caso concreto, inerente ao sistema do *common law*, e superou a desconfiança inglesa nos atos normativos produzidos pelo Parlamento.

## **2.5 Os principais positivistas de tradição anglo-saxônica**

Este tópico deve começar justificando o porquê de apenas se destacar a teoria positivista de tradição anglo-saxônica. A resposta não parece tão difícil, embora não seja fácil, especialmente quando se pretende expor as teses principais de cada positivista ligado a essa tradição e os diversos ajustes e aperfeiçoamentos por que passou o positivismo jurídico nos últimos duzentos anos.

Ora, como dito, a tradição continental positivista encarava o direito a partir de uma visão lógico-dedutiva, valorizando conceitos abstratos e sistêmicos e se afastando muito da realidade e dos fenômenos sociais, na busca pela previsibilidade e certeza sobre os diversos

aspectos tratados pelo direito. Nessa tradição, parte-se de uma análise conceitual do direito desinteressada da consciência social, que é a fonte genuína do fenômeno jurídico.

Na tradição britânica/americana, há uma preocupação com a prática social dos indivíduos, um olhar voltado para o direito criado pelo intérprete da norma. As doutrinas de origem inglesa têm um tom mais empirista<sup>135</sup>, pragmático, voltado para o homem exterior, em que a vontade humana, e não a razão, cria ou estabelece o direito positivo<sup>136</sup>. Essa diferenciação é bem resumida por Torrano:

A concepção desta última corrente (positivismo jurídico britânico/americano) não valoriza preceitos abstratos, e sim o uso de conceitos na experiência histórica de indivíduos concretos. Ao tratar do ordenamento jurídico ou da Constituição, onde a tradição continental viu “unidade”, “coerência”, “ausência de contradições”, “ausência de lacunas”, “força de expansão lógica” e “impossibilidade de criação do direito pelo magistrado”, a tradição britânica/americana viu “fatos sociais”, “convenções”, “práticas sociais”, “contradições”, “lacunas” e possibilidade lógica – dado o direito ter “limites” e ser “aberto” – de criação do direito pelo intérprete da norma<sup>137</sup>.

A ideia nesse momento é trabalhar com os principais expoentes do positivismo jurídico de tradição anglo-saxônica, na tentativa de demonstrar as diversas sistematizações e os afeiçoamentos do positivismo jurídico descritivo conceitual ao longo de sua jornada histórica até os dias atuais. Nesse percurso histórico, serão estudados os positivismos de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Herbert Hart e as críticas levadas a cabo por Ronald Dworkin. Os demais autores de origem americana, tais como Scott Shapiro, Jules Coleman, Neil MacCormick e Joseph Raz também serão mencionados no ponto em que interessa para assentar as teses centrais do positivismo descritivo conceitual.

Essa imersão não possui importância meramente histórica. Procura, antes de tudo, destacar os pontos centrais do direito defendido por esses teóricos, e as críticas feitas pelos autores que se sucederam, tudo com vista a encontrar o melhor conceito de direito, ou, pelo

---

135 No rol de positivistas empiristas estão Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, certamente. O positivista empirista reduz o direito a um conjunto de fatos, esvaziando a teoria do direito de sua normatividade. A proposta teórica de Kelsen procura justamente combater o esvaziamento da normatividade do direito, ao mesmo tempo em que também procura refutar o jusnaturalismo, sob o argumento de que o fundamento de validade das leis positivas não é a moral, a razão ou a divindade, ou seja, para Kelsen, o fundamento de validade de todo o sistema jurídico está no *grundnorm*, na norma hipotética fundamental (CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016). Ao se afastar do jusnaturalismo, Kelsen consegue separar o direito da moral e conferir normatividade ao direito posto, cujo fundamento é a norma, e não o fato, como queriam os empiristas.

136 VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

137 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 82, grifos do autor.

menos, o conceito de direito que encontra menos resistência teórica ou mais aceitação da maior parte dos positivistas contemporâneos. Nesse sentido é que é possível entender o conceito de direito de Hart e as críticas por ele formuladas em face do conceito de direito de Austin, cujas críticas também alcançam as versões positivistas de Hobbes e Bentham.

Após a apresentação das críticas, estuda-se o próprio conceito de direito de Hart e as teses centrais de sua teoria original publicada em 1961. No capítulo seguinte, apresentam-se as críticas de Dworkin à regra de reconhecimento de Hart/concepção original, e os erros da teoria hartiana apontados por Raz e as discussões que se sucederam à publicação da obra “O conceito de direito”, de Hart, em 1961, com o objetivo maior, já dito e frisado, de trazer à tona as teses centrais do positivismo contemporâneo em torno das quais gira um certo consenso.

### 2.5.1 *Thomas Hobbes (1588-1679)*<sup>138</sup>

Thomas Hobbes de Malmesbury pode realmente ser considerado o fundador do positivismo jurídico? O que caracteriza a teoria política e jurídica de Hobbes? Enquadrar Hobbes como positivista ou jusnaturalista não é tarefa fácil. Há mais controvérsias que propriamente consenso em torno da temática. Bobbio<sup>139</sup>, por exemplo, considera-o um positivista, mas Murphy<sup>140</sup> o classifica como um jusnaturalista, assim como Weber<sup>141</sup>.

O que interessa nesse momento, porém, é a teoria jurídica de Hobbes, que pode ser considerado o precursor<sup>142</sup> do positivismo jurídico, justamente por inaugurar uma das três teses centrais do positivismo jurídico contemporâneo, a teoria da fonte social, isto é, o direito posto pelo poder soberano, em que introduz a moderna relação súdito-soberano e oferece uma nova configuração e legitimidade epistemológicas à autoridade do poder<sup>143</sup>.

O consenso fica restrito ao fato de que o projeto político-jurídico de Hobbes fez parte de um movimento de transição do estado de natureza para o Estado Social, da

138 As diversas teorias positivistas que surgiram ao longo do século XVII até o início do século XX convergem para um ponto central, um ponto comum, que é a ideia de reduzir o direito a um universo de normas jurídicas criadas e impostas pelo Estado. Exponentes desse pensamento são a Escola Pandectista, na Alemanha, representada por Bernhard Windscheid, a Escola da Exegese francesa e a Escola Analítica, na Inglaterra, com a ideia de codificação dos textos legais, defendida principalmente por John Austin (SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006).

139 BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

140 MURPHY, Mark C. Was Hobbes a legal positivist? *Ethics*, Chicago, v. 105, n. 4, p. 846-873, July 1995.

141 WEBER, Tadeu. Hobbes: um positivista ou um jusnaturalista? *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1568-1581, 2017.

142 ARGÜELLES *apud* ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico*: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

143 MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito*: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

substituição da fé pela razão, na tentativa de alcançar a ordem e a paz mediante uma nova formação de legitimação do poder soberano. Na sua visão, o único capaz de fazer respeitar as leis é o soberano, pois as leis no estado de natureza obrigam no foro interno<sup>144</sup>, mas no foro externo nem sempre obrigam, e só serão cumpridas na medida em que beneficiam o próprio sujeito. Daí não reconhecer a existência de leis anteriores ao Estado, já que o direito não é constituído pela sociedade, mas imposto pelo soberano, o que implica negar força ao *common law*. Sua ênfase está na lei positiva como uma ordem da pessoa da república, que obriga os homens a obedecer.

Essa formulação permite apontar dois pressupostos básicos do positivismo jurídico: (i) a unidade política: só existe um ordenamento jurídico, que é o ordenamento do Estado, não havendo mais a dualidade jurídica Igreja-Estado e o contraste Rei-Parlamento; e (ii) a unidade jurídica: a única fonte do direito é a lei imposta pelo soberano, que tem o poder de dizer o que é direito e aquilo que não é, inclusive no tocante às normas consuetudinárias<sup>145</sup>.

Nesse mesmo sentido, Bobbio destaca que é possível encontrar no positivismo jurídico de Hobbes<sup>146</sup> dois caracteres típicos da concepção positivista: o formalismo, segundo o qual o direito é definido a partir de um elemento puramente formal, caso do positivismo de Kelsen, sem referência ao conteúdo, ao fim e aos resultados. A definição do direito é dada apenas com base na autoridade, no soberano, na teoria de Hobbes; e o imperativismo, em que o direito é definido como um conjunto de normas impostas pelo soberano.

A doutrina do direito de Hobbes promove uma verdadeira inversão no conceito de direito, que não será mais visto como a solução mais justa (*dikaio - id quod justum est*), mas como um conjunto de leis, não a Torá ou a lei natural moral, mas as leis impostas pelo soberano, único capaz de criar a ordem social e fugir do estado de natureza. Esse soberano,

---

144 E a ciência dessas leis é a verdadeira e única filosofia moral. Porque a filosofia moral não é mais do que a ciência do que é bom e mau, no convívio e na sociedade humana. O bem e o mal são nomes que significam os nossos apetites e aversões, os quais são diferentes conforme os diferentes temperamentos, costumes e doutrinas dos homens. E homens diversos não divergem apenas, no seu julgamento, quanto às sensações do que é agradável ou desagradável ao gosto, ao olfato, ao ouvido, ao tato e à vista; divergem também quanto ao que é conforme ou repulsivo à razão, nas ações da vida cotidiana. Mais, o mesmo homem, em momentos diferentes, diverge de si mesmo, às vezes louvando, isto é, chamando bom aquilo mesmo que outras vezes despreza e a que chama mau. Daqui procedem disputas, controvérsias e, finalmente, a guerra. Portanto, enquanto os homens se encontram na condição de simples natureza (que é uma condição de guerra), o apetite pessoal é a medida do bem e do mal. Daí concluir que esses ditames da razão são impropriamente chamados de lei (HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Organização Richard Tuck. Supervisão edição brasileira Eunice Ostrensky. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2003).

145 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

146 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

produto do contrato social, passa a ser a fonte do direito<sup>147</sup>. Parte do pressuposto de que é possível definir o direito de forma objetiva, desde uma construção empírica e da análise do direito positivado, oriundo de uma autoridade soberana<sup>148</sup>. Contudo, essa teoria enfrentou forte resistência cultural e política, justamente no que constituía seu objeto central - a pretensão de substituição do direito tradicional constituído pela sociedade e pelo clero por um direito imposto.

Essa ordem soberana surge justamente em razão da necessidade de que haja um Estado forte e opressor, um poder soberano, como único capaz de pôr fim ao estado de natureza individualista, de guerra de todos contra todos<sup>149</sup>. O soberano é o ponto social em que reside o poder, e o poder não pode obrigar-se a si próprio. Se um poder superior tiver de existir, trata-se do poder do soberano. O soberano é absoluto<sup>150</sup>.

Na concepção de Hobbes, justo passa a ser o que os homens convencionarem como tal, e o pacto firmado deve ser fruto da vontade de um grande número de pessoas, a fundamentar a saída do estado de natureza e o ingresso no Estado civil, necessário para remover a insegurança e suprir a falta de um poder central, que terá de ser capaz de obrigar a todos os participantes, que aceitam renunciar ao seu direito sobre todas as coisas e se submeter ao uso da força para a solução dos conflitos e a garantia de proteção dos bens e da vida de todos.

Nesse acordo, em que participantes aceitam voluntariamente submeter-se à vontade daquele que os representa, transferindo a um homem ou a uma assembleia de homens, com características pelas quais se pode distinguir em que homem ou assembleia de homens se localiza e reside o poder soberano, é que se encontra a essência da soberania<sup>151</sup>. Como diz Engelmann<sup>152</sup>, “desta forma, haverá uma verdadeira submissão da vontade de todos à vontade daquele que os represente, e das suas decisões à sua decisão”.

147 VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Reedição apresentada por François Terré. Revisão técnica Ari Solon. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

148 Com essa proposta metodológica, o critério de validade do direito posto é apenas e tão somente formal/procedimental, desvinculado de considerações morais, religiosas ou divinas, é dizer, considerações que estão além do sistema jurídico, metajurídicas.

149 Conforme alerta Lobban, o povo não tinha unidade antes de criar um soberano para governar. Encontravam-se em estado de natureza, em que não havia lei para impor obrigações às pessoas (LOBBAN, Michael. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 8: a history of the philosophy of law in the common law world, 1600-1900. Edição Enrico Pattaro. Nova York: Springer Publishing, 2016).

150 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

151 HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**.

Organização Richard Tuck. Supervisão edição brasileira Eunice Ostrensky. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2003.

152 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 25.



Thomas Hobbes enumera os direitos que constituem a essência da soberania, as marcas pelas quais se pode distinguir em que homem, ou assembleia de homens, localiza-se e reside o poder soberano. Veja-se<sup>153</sup>:

Em primeiro lugar, na medida em que pactuam, devem entender que não se encontram obrigados por um pacto anterior a nada que contradiga o atual.

Em segundo lugar, como o pacto é celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano. Veja-se que o soberano não assina o pacto, pois o soberano ainda não existe. Ele é fruto do pacto. Consequentemente, o soberano não poderá quebrar o pacto e nenhum súdito poderá libertar-se da sujeição, sob pena de infração.

Em terceiro lugar, se a maioria, por voto de consentimento, escolher um soberano, os que tiverem discordado devem passar a consentir juntamente com os restantes. Ou seja, devem aceitar e reconhecer todos os atos que ele venha a praticar, ou então serem justamente destruídos pelos restantes. Aos discordantes só restam duas alternativas: aceitar os atos praticados pelo soberano ou então retornar ao estado anterior de guerra, no qual poderão ser destituídos por qualquer um, sem que possam alegar injustiça.

Em quarto lugar, dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado dano a nenhum daqueles que, por conseguinte, não o podem acusar de injustiça.

Em quinto lugar, e em consequência do que foi dito por último, aquele que detém o poder soberano não pode justamente ser morto, nem de nenhuma outra maneira ser punido pelos seus súditos. Pois, uma vez que todo súdito é autor dos atos do seu soberano, cada um estaria castigando outrem pelos atos cometidos por si mesmo.

Em sexto lugar, pertence ao soberano o papel de ser juiz de quais opiniões e doutrinas são contrárias à paz e quais as que lhe são propícias. E, em consequência, de em que ocasiões, até que ponto e o que se deve conceder àqueles que falam a multidões de pessoas, e de quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes de serem publicados.

Em sétimo lugar, está anexado à soberania o poder de prescrever as regras mediante as quais todo homem pode saber de que bens pode gozar e que ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum dos seus concidadãos.

Em oitavo lugar, está anexada à soberania a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis

---

<sup>153</sup>A sintetização dos direitos do poder soberano de Hobbes foi feita por ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

como naturais, ou com respeito aos fatos.

Em nono lugar, está anexado à soberania o direito de fazer a guerra e a paz com outras nações e repúblicas. Quer dizer, o de decidir quando a guerra corresponde ao bem comum e qual a quantidade de forças que devem ser reunidas, armadas e pagas para esse fim, e de arrecadar dinheiro entre os súditos, a fim de pagar as suas despesas.

Em décimo lugar, está anexada à soberania a escolha de todos os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários, tanto na paz como na guerra.

Em décimo primeiro lugar, é confiado ao soberano o direito de recompensar, com riquezas e honras e o de punir, com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu.

O soberano tem o direito de conceder títulos de honra, bem como de decidir a ordem de lugar e dignidade que cabe a cada um, e os sinais de respeito que cada homem deverá expressar em relação aos outros.

Dos direitos do soberano resulta que o pacto é irrevogável, pois o soberano não o assina, absoluto, no sentido de que todos os poderes lhe foram transferidos, e indivisível, tendo em vista que não há indivíduo com características similares às do soberano<sup>154</sup>.

É a fonte da teoria de Hobbes que o faz se distanciar profundamente de todos os filósofos positivistas que creditam à razão (*civil law*) ou à soberania dos tempos (*common law*) o papel de fontes do direito, de onde emanam as regras de condutas. Para Hobbes, a fonte do direito é a razão soberana, é a razão soberana que dita as regras de condutas, o que já é suficiente para diferenciá-lo de Sir Edward Coke (1552-1634), John Selden e Sir Matthew Hale, e enquadrá-lo na categoria de um imperativista.

Hobbes é um cético moral por acreditar que o fundamento do direito não pode ser a filosofia moral, dada a diversidade de pontos de vista sobre quase todos os assuntos da vida, de modo que a única coisa racional a fazer é confiar inteiramente ao soberano o direito de julgar as ações dos indivíduos e abandonar o estado de natureza<sup>155</sup>.

Ao seguir esse caminho, Hobbes defende a monopolização do direito posto<sup>156</sup> pelo soberano, ao não reconhecer um direito preexistente e independente deste<sup>157</sup>, o que o faz se distanciar de Coke, ferrenho defensor do *common law*, isto é, do direito de elaboração

---

154 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

155 POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Cambridge: Oxford University Press, 2019.

156 O direito posto possui um sentido restrito, como sendo aquele produzido exclusivamente pelo Estado.

157 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

judiciária. O soberano cria o Estado civil, e com ele o conjunto de regras.

Logo, a hipótese central da tese positivista de Hobbes é a ideia de monopolização do direito pelo Estado, no caso, o soberano, por isso é tido como o maior teórico da onipotência do legislador<sup>158</sup>, embora não seja um autor de grande influência no pensamento jurídico inglês.

### 2.5.2 *Jeremy Bentham (1748-1832)*

O “Newton da legislação”, é assim que Jeremy Bentham é conhecido<sup>159</sup> por ter elaborado uma teoria da codificação, leia-se, uma teoria, e não a codificação do direito, que não ocorreu na Inglaterra. Seu espírito iluminista, que lhe rendeu o título de cidadão francês, moveu-o a tentar fazer uma reforma no direito inglês, desenvolvido a partir do trabalho dos juízes, que não têm competência para instituir leis, e não de legisladores, como deveria sê-lo na visão de Bentham, a exemplo do que ocorreu na França, e nesse aspecto encontrou a resistência de Blackstone, defensor do *common law*, assim como Hobbes encontrou a resistência de Coke.

Sobre as críticas de Bentham ao sistema do *common law*, Morbach conclui que:

Para Bentham, a teoria clássica do *common law* não apresentava qualquer descrição minimamente clara do direito enquanto fenômeno ou de como o direito anglo-saxão desenvolvia suas próprias regras; e, quanto mais Bentham clarificava a teoria clássica, mais a via como inadequada e problemática<sup>160</sup>.

Na sua análise construtivista do direito<sup>161</sup>, Bentham trabalha com duas maneiras de abordagem do fenômeno jurídico: a (i) *expository jurisprudence* e a (ii) *censorial jurisprudence* ou teoria jurídica censória. A primeira vertente realiza um estudo descritivo e expositório do direito positivo tal como ele é, independentemente de seu mérito. Trata o

158 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

159 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

160 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 75.

161 Para Bentham, o direito positivo “[...] *may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power: such volition trusting for its accomplishment to the expectation of certain events which it is intended such declaration should upon occasion be a means of bringing to pass, and the prospect of which it is intended should act as a motive upon those whose conduct is in question*” (BENTHAM, Jeremy. **Principles of Legislation**: The collected works of Jeremy Bentham. H. L. A. Hart. Edition. London: The Athlone Press, 1970, p. 1).

direito como ele efetivamente o é, e, na doutrina de Bentham, o direito é um comando do soberano seguido de uma sanção, na hipótese de descumprimento. Portanto, a punição e as sanções são elementos essenciais na construção do sistema jurídico de Bentham. Macedo Junior<sup>162</sup> conclui que Bentham, assim como Austin, também oferece uma explicação fisicalista<sup>163</sup> do dever jurídico ao afirmar que “dever jurídico (political duty) é um evento externo ao sujeito”.

A segunda vertente é uma teoria da legislação, por meio da qual “[...] busca encontrar racionalmente, com o auxílio do seu famoso princípio da utilidade<sup>164</sup>, as regras

---

162MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

163 O fisicalismo a que se refere Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 67-68) é uma ideia da filosofia moderna que prega a descrição objetiva do mundo independentemente das convicções ou avaliações do estudioso relativas ao objeto que pretende conhecer. Para essa nova forma de pensamento, há uma separação radical entre o sujeito cognoscente e o objeto, cuja representação deve ser feita pelo paradigma da física, que descreve o mundo como é percebido. A ciência do direito nos últimos séculos tem se esforçado para explicar e interpretar os fenômenos jurídicos em termos de fatos brutos. A missão do jurista moderno seria a de tentar conciliar a interpretação do direito como um dado objetivo da realidade constituído pela linguagem, como fez Hart, com a análise do ponto de vista interno das regras (MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

164 No livro “Fundamentação da metafísica dos costumes”, Immanuel Kant (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007) criticará profundamente a doutrina utilitarista Bentham, ao entender que a fundamentação moral e política de um sistema jurídico não pode se fundar em termos quantitativos ou em considerações empíricas, ou seja, na leitura que Sandel (SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2022, p. 138) faz de Kant de que “só porque uma coisa proporciona prazer a muitas pessoas, isso não significa que possa ser considerada correta. O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa”. Com isso, Kant (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007) entende que o fundamento da obrigação moral não deve ser buscado na natureza do homem ou nas circunstâncias em que vive, nas considerações empíricas, como interesses, vontade, desejos e preferências, como citado por Sandel (SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2022). A fundamentação da obrigação moral é *a priori*, e se localiza na razão humana, na metafísica dos costumes, de modo que a ação será avaliada pelo parâmetro da moral categórica/imperativo categórico, e não por suas consequências ou contingências. Nas palavras de Kant, “Do aduzido resulta claramente que todos os conceitos morais têm a sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isto tanto na razão humana mais vulgar como na especulativa em mais alta medida; que não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico e por conseguinte puramente contingente; que exactamente nesta pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servirem de princípios práticos supremos; que cada vez que lhes acrescentemos qualquer coisa de empírico diminuimos em igual medida a sua pura influência e o valor ilimitado das acções.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 46). É com esse discurso filosófico que Kant irá trabalhar a separação intransponível entre ser e dever-ser, entre valor e realidade, valor e direito positivo, que será de grande valia para Kelsen trabalhar a separação entre direito-objeto e ciência do direito, ciência do direito e ciência política, a diferença entre forma e conteúdo, norma jurídica e proposição jurídica, interpretação jurídico-científica da interpretação jurídico-política. Essa é a fonte de Kelsen. Como diz Maia, “seja como for, o mais importante para os fins deste estudo é entender a leitura que o movimento neokantiano fez dessa separação entre ser e dever-ser: a partir de Kant, mas muitas vezes contra Kant. É nessa fonte que Kelsen bebe” (MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010, p. 202).

jurídicas que deveriam ser estabelecidas por todos os sistemas jurídicos”<sup>165</sup>, ou seja, uma fundamentação moral e política para as regras jurídicas e, para tanto, como dito, criou a doutrina utilitarista, segundo a qual a coisa certa a fazer é aquela que produz mais prazer ou felicidade.

O filósofo do utilitarismo identifica o justo com o útil, tal qual postulam as doutrinas utilitaristas<sup>166</sup>. Nas palavras de Sandel:

Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento”<sup>167</sup>.

A formação binária de análise do fenômeno jurídico<sup>168</sup> revela que Bentham não pode ser tido como um positivista somente descritivo<sup>169</sup>. Embora contrário à doutrina jusnaturalista, ante a impossibilidade de verificação empírica, defende a viabilidade de uma ética objetiva empiricamente verificável de que cada homem deve buscar a própria utilidade<sup>170</sup>. Aproxima-se dos jusnaturalistas quando defende a existência de um princípio ético fundamental - ética objetiva -, mas afasta-se quando resguarda uma ética objetiva empiricamente verificável, que não se origina da natureza humana, como querem os jusnaturalistas, mas de manifestações humanas. Para Mota<sup>171</sup>, “Bentham encarou o direito como algo que tem origem na vontade humana, e que é por ela criado e posto [...],

165 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015, p. 311.

166 Nesse sentido, CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Tradução Diogo Leite de Campos. Coimbra: Editora Almedina, 1979.

167 SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2022, p. 48.

168 O positivismo clássico de Austin, Bentham e Kelsen adota a concepção absoluta do mundo, que Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013) denomina de fysicalismo jurídico, consistente na busca pela objetividade científica. A metodologia de Hart promove uma novidade, ao trazer para o campo jurídico os estudos da filosofia da linguagem e da filosofia analítica, e com isso construir seu conceito de direito e sua teoria do direito, que deixa de ser meramente naturalista ou física. Destaque-se, ainda, que a teoria pura do direito de Kelsen também representou um avanço em relação às teorias jurídicas que a precederam, especialmente em relação ao positivismo exegético/legalista do início do século XIX, ao defender, entre outros aspectos, a tese de que o direito não se resume à lei e que o juiz possui discricionariedade judicial nos casos complexos. Embora a teoria pura do direito de Kelsen seja considerada um avanço, mantém-se presa à concepção objetivista do direito, que será rompida por Hart, ainda que Kelsen aceite e reconheça a discricionariedade judicial.

169 STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, jul./set. 2017.

170 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

171 MOTA, Louise Menegaz de Barros. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 283-295, out./dez. 2012, p. 283-284.

instrumento a serviço da vontade humana”.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que Bentham entendia que o direito deveria sofrer avaliação e crítica moral, que nominou de moralidade crítica, justamente por entender que não se deve confundir direito com moral, validade jurídica com validade moral. Para usar uma expressão de Austin, “o direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra”. Daí a divisão de sua teoria em *expository jurisprudence*, que procura descrever o direito como é – abordagem descritiva, e *ensorial jurisprudence*, que procura determinar como o direito deve ser – abordagem normativa. A moral, logo, não era fonte do direito ou critério de validade jurídica, ao contrário, “o papel da moral residia justamente em avaliar criticamente o direito posto”<sup>172</sup>.

Com esse esclarecimento, o positivismo jurídico de Bentham e Austin, por exemplo, relaciona-se com a moralidade positiva e a moralidade crítica<sup>173</sup>, na medida em que a moralidade positiva (*expository jurisprudence*) representa o conjunto de padrões e princípios aceitos, e a moralidade crítica (*ensorial jurisprudence*) estabelece os princípios e os critérios a serem utilizados para avaliar a moralidade positiva. Nesse estágio, é possível afirmar que o direito possui um conteúdo normativo, uma prescrição, que é se afastar da moral para descrever os fenômenos jurídicos.

Ao comentar sobre o utilitarismo de Bentham, Sandel<sup>174</sup> afirma que ele rejeitava profundamente a ideia dos direitos naturais, e que seus pressupostos filosóficos exercem até hoje uma poderosa influência sobre o pensamento de legisladores, e que sua base moral é a do utilitarismo, entendido como doutrina ética segundo a qual a finalidade da manifestação humana deve ser maximizar o prazer ou felicidade e evitar a dor ou sofrimento.

O inglês Jeremy Bentham é um moralista, não por entender que o fundamento do direito é a moral, mas pelo fato de que toda legislação deve maximizar a felicidade e evitar a dor e o sofrimento. É em razão desse objetivo moral que ele deve ser considerado um moralista, ao contrário de Thomas Hobbes, que é considerado um cético moral, com a ideia de reorganização sistemática do direito inglês, a projeção de uma espécie de Digesto do direito inglês e uma reforma radical do direito inglês, com uma codificação completa<sup>175</sup>.

Nesse sentido, seu projeto de teoria jurídica censória é uma tentativa de destruição

172 MOTA, Louise Menegaz de Barros. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 283-295, out./dez. 2012, p. 284.

173 ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

174 SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2022.

175 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

do sistema do *common law* inglês, mas o seu pensamento revolucionário não foi compartilhado por Austin, no aspecto em que procurava atacar o sistema do *common law* inglês, e nem pela jurisprudência positivista subsequente, que preferiu realizar uma abordagem eminentemente descritiva do direito, razão pela qual Austin foi e continua a exercer grande influência sobre o estudo do positivismo jurídico<sup>176</sup>.

### 2.5.3 John Austin (1790-1859)

A teoria de Austin foi de enorme contribuição para o desenvolvimento da teoria descritiva de Hart, que a tomou como ponto de partida de construção de sua própria teoria, em 1961. Se a obra de Austin foi de grande valia e inspiração para a criação e desenvolvimento da teoria de Hart, o mesmo pode ser dito em relação às obras de Hobbes e Bentham, de onde Austin extraiu os fundamentos de sua teoria<sup>177</sup>, mas com um viés diferente do adotado na empreitada desenvolvida por Bentham.

A teoria de Austin é uma abordagem expositória do fenômeno jurídico, o que significa dizer que sua preocupação é a construção de uma teoria analítico-descritiva do fenômeno jurídico, enquanto a preocupação maior de Bentham<sup>178</sup> seria com uma abordagem normativa do fenômeno jurídico<sup>179</sup>, uma abordagem sobre as manifestações humanas constituídas pelo positivismo jurídico, e não uma análise dos valores morais, divinos ou de outra origem. Em uma só palavra, sua preocupação é com as leis humanas e com o direito positivo, e não com as leis divinas.

Se Sir William Blackstone defende que as leis de Deus são superiores em obrigação a todas as outras leis<sup>180</sup>, Austin entende que “*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*”, é dizer, a existência do direito é uma coisa, e seu mérito ou demérito é outra. A existência da lei independe da aprovação ou desaprovação moral. Com

176 POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 11: legal philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer Publishing, 2011.

177 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

178 Essa seria a primeira diferença teórica entre Austin e Bentham. A segunda seria de natureza política, em que Austin seria contrário às reformas parlamentares e ao sufrágio popular (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020).

179 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

180 “*Sir William Blackstone, for example, says in his ‘Commentaries’ that the laws of God are superior in obligation to all other laws; that no human laws should be suffered to contradict them; that human laws are of no validity if contrary to them; and that all valid laws derive their force from that Divine original.*” (AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Wilfrid E. Rumble Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 157).

esse pensamento, Austin<sup>181</sup> funda duas grandes teses do positivismo jurídico: (i) a tese da separabilidade entre o direito e a moral, no sentido de que não há nenhuma relação conceitual ou necessária entre essas duas disciplinas; e (ii) a tese das fontes sociais, no sentido de que o direito válido é aquele produzido por uma fonte social autorizada.

A validade da norma jurídica procede exclusivamente do ordenamento jurídico, sem qualquer vinculação com a moral. Submete-se exclusivamente ao critério da validade. A norma jurídica será válida se pertencer ao ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo.

E, nesse aspecto, a teoria de Austin sobre o direito é estreme de dúvidas ao assegurar que seu objetivo é o de realizar uma análise do direito separada da moral, em que uma coisa é a existência do direito, e outra coisa é o seu mérito ou demérito, o que implica dizer que a validade de uma norma jurídica não depende de sua correspondência com o conceito de justiça, de ser boa ou ruim.

Sua teoria seria descritiva, despida de qualquer função normativa, tão pura quanto a teoria pura do direito de Kelsen<sup>182</sup>, embora essa adote uma concepção pluralista do conhecimento ao realizar um estudo normativo dos fatos constitutivos na norma, o seu aspecto interior ou normativo, ao aplicar a metodologia de que os fatos brutos<sup>183</sup> devem ser conhecidos a partir de um critério fenomenalista, formal e normativo, em que o significado dessa realidade é dado pela ciência jurídica e pela norma jurídica, e não pela ciência da natureza ou da causalidade<sup>184</sup>. A teoria de Kelsen vai mais além. Vê o ordenamento jurídico como um modelo dinâmico de produção de normas, e não apenas como um modelo estático de direito, como o é o modelo de direito de Austin, formado exclusivamente por normas primárias, que não conferem poderes, não estabelecem regras de julgamento, muito menos possibilitam a criação ou alteração do sistema jurídico.

A teoria de Austin assume os postulados do positivismo clássico do século XIX, segundo os quais não há direito além do posto pelo Estado, a revelar uma única fonte de

---

181 STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo jurídico, afinal? E qual positivismo? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 890-902, set./dez. 2018.

182 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

183 Essa expressão é de ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. On brute facts. **Analysis**, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 69-72, Jan. 1958.

184 Nesse aspecto, Kelsen acaba por assumir os postulados do positivismo clássico do século XIX, segundo os quais não há direito além do posto pelo Estado, identificando a validade empiricamente, em decorrência dos atos de vontade das autoridades, sem nenhuma exigência de correspondência com a moral ou valor transcendentais. O único critério a que fica submetido o direito posto é o da validade formal (PONTES, José Antonio Siqueira. Fundamentos para uma leitura crítica de Hans Kelsen no século XXI: em busca de um modelo kelseniano clássico. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, São Paulo, v. 110, p. 589-639, jan./dez. 2015).



produção normativa: o soberano, de cima para baixo<sup>185</sup>, tese com a qual, por exemplo, Hart não concordará, por entender que nos tempos modernos o juiz não age por delegação do legislador, ou, na visão de Austin, por delegação do soberano, e que há uma variedade de instâncias produtoras de normas jurídicas de baixo para cima, como é o caso dos costumes, que não são produzidos pelo soberano, mas pela sociedade<sup>186</sup>.

Contudo, a teoria de Kelsen apresenta uma clara evolução epistemológica e metodológica em relação ao positivismo de Austin, que identificava o direito como uma ordem jurídica emanada da autoridade soberana, como poder. Kelsen estuda os fatos brutos de um ponto de vista normativo/fenomenológico, distantes das crenças políticas e da metodologia tradicional. “A ordem jurídica confunde-se com a ordem de justiça; o poder confunde-se com o direito”. Essa observação serve para identificar o positivismo de Austin, mas não o de Kelsen, justamente por não haver essa equiparação<sup>187</sup>.

Na sua concepção do direito positivo, Austin<sup>188</sup> diferencia dois tipos de normas a partir de onde se originam: as leis divinas, postas por Deus, e as leis humanas, postas pelos homens. Estas subdividem-se em leis positivas, o direito positivo e a moralidade positivada<sup>189</sup>. Diferem tendo em vista que o direito positivo é aquele constituído e imposto pelo soberano, numa sociedade política independente, enquanto a moralidade positiva é imposta por quem não possui a qualidade de soberano, e na categoria da moralidade positiva há leis propriamente ditas e leis impropriamente ditas, em razão dos comandos presentes naquelas e ausentes nestas<sup>190</sup>.

---

185 Hart rejeita as teorias anteriores que concebiam o ordenamento jurídico de “cima para baixo” para trazer uma teoria jurídica em sintonia com as realidades jurídicas da democracia moderna (POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 11: legal philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer Publishing, 2011).

186 Hart (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 65) defende que a teoria que equipara o direito a ordens coercitivas oriundas de uma única fonte, em Austin, a fonte do soberano, falha por não conseguir responder que “algumas normas do direito têm origem no costume e não devem seu status jurídico a qualquer ato deliberado de criação do direito”.

187 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 386.

188 Basicamente, e o que nos interessa nesse momento, é a teoria imperativista e da soberania de Austin, que será criticada por Hart (AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Wilfrid E. Rumble Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

189 “*The name morality severs them from positive law, while the epithet positive disjoins them from the law of God. And to the end of obviating confusion, it is necessary or expedient that they should be disjoined from the latter by that distinguishing epithet. For the name morality (or morals), when standing unqualified or alone, denotes indifferently either of the following objects: namely, positive morality as it is, or without regard to its merits; and positive morality as it would be, if it conformed to the law of God, and were, therefore, deserving of approbation.*” (AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Wilfrid E. Rumble Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 20).

190 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

Para esse autor, o direito positivo é identificado como comando emanado de um soberano<sup>191</sup> que detém o poder político numa sociedade independente, comumente obedecido, sem obedecer a ninguém. A teoria jurídica de Austin é uma estrutura de comando, obediência habitual e sanção<sup>192</sup>. A clareza de sua proposta epistemológica o coloca no grupo dos representantes de uma concepção imperativista do direito, justamente por entender que o direito positivo é um comando geral e abstrato de um soberano político para um subalterno passível de sanção, se não for obedecido.

A teoria jurídica de Austin inclui elementos do conhecimento, do poder, do comando e da obediência, todos esses unidos e orientados pelo utilitarismo<sup>193</sup>. O soberano é aquela pessoa que é habitualmente obedecida pela maioria ou pela generalidade de uma sociedade política independente<sup>194,195</sup>, no entanto, não é subordinada a quem quer que seja e não deve obediência a qualquer outra pessoa dessa sociedade política.

A concepção de direito de Austin pode ser definida como um comando geral abstrato apoiado por ameaças expedido por um poder soberano ou por um corpo soberano de pessoas que é habitualmente obedecido, mas não obedece habitualmente a ninguém, dirigido a todos os integrantes de uma sociedade política. O conceito de direito de Austin está assentado nas seguintes premissas:

(i) direito positivo: identifica-se integralmente com o modelo simples de ordens apoiadas por ameaças;

(ii) poder soberano: que é habitualmente obedecido, entretanto não obedece habitualmente a ninguém, é dizer, consistente em poder juridicamente ilimitado ou ilimitável; e

(iii) abordagem descritiva do direito positivado: estuda o direito positivado como fato, não como valor. Essa opção metodológica consiste em um meio de se alcançar a

191 Na leitura de Hart: “Se, conformando-nos à terminologia de Austin, denominarmos soberano a tal pessoa ou grupo de pessoas, supremos e independentes, as leis de qualquer país consistirão nas ordens gerais, apoiadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou por seus subordinados em obediência a ele.” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 33).

192 A afirmação de que o direito de Austin deve ser compreendido como um fato do mundo e não como um valor, é uma representação clara da tese do fiscalismo jurídico, a que se refere MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

193 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

194 AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Wilfrid E. Rumble Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

195 Austin lega uma metodologia à tradição positivista jurídica da resposta à pergunta “o que é o direito?”, e sua base epistemológica não é de um simples positivista conceitual. Sua teoria teve um papel revolucionário e reformista, deixando claro que o direito é instrumento de governo (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).

objetividade jurídica, que posteriormente será trabalhada por Hart de forma diferente, não em razão do estudo do direito como fato, mas da forma como essa objetividade jurídica deverá ser alcançada.

#### 2.5.4 *Herbert Hart*

O conceito de direito de Hart<sup>196</sup> constitui uma reconstrução do conceito de direito formulado por aqueles que o antecederam, especialmente do conceito de direito de Austin, concepção de onde partiu para fundamentar a construção de sua teoria analítica. A sua definição de direito é uma crítica ao conceito clássico de direito desde Hobbes até chegar a Austin<sup>197</sup>, e promove uma nova virada metodológica no estudo da teoria do direito<sup>198</sup>.

Hart passa a desenvolver uma teoria que seja capaz de compreender e responder adequadamente à seguinte pergunta: o que é o direito? A obtenção de resposta para essa pergunta passa pela oferta de resposta correta às seguintes perguntas, igualmente formuladas por Hart<sup>199</sup>: O que são normas? Em que essas diferem dos meros hábitos ou simples regulamentos do comportamento? Existem tipos radicalmente diferentes de normas jurídicas? Como podem as normas se relacionar entre si? O que significa o fato de as normas formarem um sistema? De que maneira as normas jurídicas relacionam-se, de um lado, com as ameaças e, de outro, com as exigências morais?

Na visão de Hart, o positivismo clássico compreendia mal a natureza obrigatória do direito, ao entender as regras jurídicas mais como um comando externo exercido sobre os indivíduos, que se sentiam obrigados a cumprir o direito mais pela ameaça da violência nele contida do que propriamente pelos recursos dos indivíduos, o que implica dizer que a origem dessa obrigação, para Hart, é mais uma questão interna do que externa<sup>200</sup>, que pressupõe uma

196 A obra de Hart “o conceito de direito” é amplamente considerada como o apogeu do positivismo jurídico (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012), e foi publicada pela primeira vez em 1961.

197 Hart não abandona a proposta descritiva de Austin, mas a descrição por ele apresentada (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020). Hart afirma que seu livro, “O conceito de direito”, pretende elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

198 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

199 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

200 Essa é a conclusão que Morrison (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012) retira sobre a concepção de direito de Hart.

análise sociológica e linguística, sob pena de não se conseguir compreender a essência das práticas e, conseqüentemente, do que é constituído o direito.

Para Hart, o significado do comportamento humano e das práticas sociais depende de inúmeros modos e do contexto em que são empregados. Assim, o verdadeiro significado das expressões jurídicas, das regras, e, portanto, do que é direito, depende do uso que se faz dessas expressões nas práticas sociais. Assim, se o direito quiser ser uma representação fiel dessa relação, deve operar dentro de um jogo de linguagem, fazer uso prático da filosofia.

Sobre a causa fundamental do fracasso do modelo simples do direito como um conjunto de ordens fundamentais, Hart destaca que “[...] os elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças -, não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma norma, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito”<sup>201</sup>.

A questão metodológica já havia sido objeto de preocupação do positivismo jurídico pré-hartiano, com Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen, todos ancorados na ideia de fatos sociais e na busca pelo conhecimento objetivo da realidade. Daí ser razoável destacar que o significado de direito pretendido por Hart se volta contra os que defendem uma postura epistemológica reduzida do significado de direito a um conjunto de fatos, poder, soberano, obediência, sanção, etc., sem qualquer preocupação com o significado das expressões jurídicas determinado pelo comportamento dos cidadãos, dos oficiais do sistema e pela linguagem. Morrison define bem o equívoco da teoria jurídica anterior:

A aplicação [da teoria de Hart] ao estudo do direito parece agora evidente. A teoria jurídica anterior esteve dominada por uma falsa concepção da linguagem em vez de procurar aquela essência ou entidade pura à qual a palavra “direito” deve remeter; a teoria do Wittgenstein da maturidade argumenta que devemos atentar para nosso uso da linguagem. Em sua aula inaugural em 1954, *Theory and Definition in Jurisprudence*, Hart parece afirmar que as tentativas anteriores de definir o significado do direito foram equivocadas. Elas ignoravam as importantes maneiras em que o verdadeiro significado de termos ligados ao direito, ou o como uma expressão jurídica é efetivamente usada, são inerentes a nosso uso cotidiano da linguagem. Por não darmos a devida atenção a nosso uso da linguagem, a especulação anterior sobre o direito era inadequada. Para Hart, ao examinarmos os modos como usamos termos relativos ao direito – direito, deveres etc. - podemos intuir seu verdadeiro significado<sup>202</sup>.

201HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 233.

202MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 430.

Sua investida teórica não é, pois, contra as teses centrais do positivismo jurídico<sup>203</sup>, mas contra a postura epistemológica de todos aqueles que tentam explicar o sentido do direito como um fato social, ou seja, como um conjunto de práticas factuais existentes no mundo (ou fatos brutos), ou como um sistema normativo, embora todos compartilhem da tese da separabilidade entre o direito e a moral<sup>204</sup>.

As propostas anteriores ignoravam o fato de que o verdadeiro significado das expressões jurídicas é inerente ao uso cotidiano da linguagem<sup>205</sup>, de que são os jogos de linguagem que fornecem o sentido das expressões jurídicas e do próprio conceito de direito, que é constituído e determinado pela linguagem.

A consequência direta da postura epistemológica de Hart é que o conhecimento jurídico, e a própria definição do direito, compreende a análise dos fatos brutos, a realidade objetiva, e uma dimensão interna do agente a quem o direito se dirige<sup>206</sup>, o que resultará em uma proposta teórica de conciliação do normativismo com o fato social, analisados sob a perspectiva da filosofia analítica.

Em relação aos seus predecessores bem próximos, Hart critica a simplicidade da doutrina imperativista de Austin, por entender que o direito não se resume a regras coercitivas apoiadas por ameaças. Nos sistemas modernos, há diversos tipos de leis e nem todas ordenam

---

203 Deixe-se claro que a proposta metodológica de Hart é a de estudar a natureza do direito sem qualquer justificativa moral ou correção material, embora concorde, especialmente após as críticas de Dworkin, que a regra de reconhecimento poderá incorporar valores morais como critério de validade de uma determinada prática social, mas essa incorporação é contingencial e não uma necessidade, pois a validade do direito não é dependente da correspondência das práticas sociais com a moral. Daí ser certo afirmar que as duas características essenciais da teoria de Hart são: (i) proposta geral, no sentido de explicar qualquer sistema jurídico; e (b) proposta descritiva, no sentido de que a estrutura e o funcionamento do ordenamento jurídico independem de justificativa moral (STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007).

204 Não é um positivismo dos simples fatos, mas um positivismo brando (*soft positivism*) que permite a incorporação de princípios morais ou valores substantivos como critérios de validade jurídica. A norma de reconhecimento não é uma questão de *pedigree*, ou um critério apenas formal de criação e validade das leis. Essa norma pode aceitar outros critérios factuais de identificação e validade das leis que não sejam exclusivamente formais, sem que isso desconfigure a natureza descritiva de sua abordagem. Como já dito, o critério epistemológico de análise do fenômeno jurídico e dos fatos não é o mesmo empregado por seus antecessores, mas isso não quer dizer que a sua abordagem seja prescritiva. Quer-se dizer que o direito pode e deve ser explicado a partir de uma visão externa – análise objetiva dos fatos - e interna do fato, ou seja, práticas reguladas por regras sociais (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

205 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

206 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

que se faça ou se deixe de fazer determinada coisa<sup>207</sup>, pois há leis que não se apoiam em ameaças. Essas leis possuem uma função social totalmente diferente das de direito penal.

Ora, quando se descumpre uma lei penal, há uma transgressão à qual se impõe uma sanção, mas quando se viola uma norma que outorga poderes ou faculdades jurídicas aos indivíduos, não há propriamente transgressão ou ofensa passível de sanção, e o que se segue não é a aplicação dessa sanção, mas a nulidade do ato praticado<sup>208</sup>. Daí Hart concluir que:

Não obstante a engenhosidade desses dispositivos, o modelo das ordens apoiadas em ameaça mais obscurece do que revela a natureza do direito; o esforço para reduzir a variedade das leis a essa única forma simples acaba por impor-lhes uma falsa uniformidade. Aqui, buscar a uniformidade pode ser de fato um erro, pois [...] uma das características distintivas do direito, se não a mais proeminente, é a fusão de diferentes tipos de normas<sup>209</sup>.

Demonstrada a insuficiência do modelo simples de direito, composto exclusivamente por ordens coercitivas, Hart avança para rejeitar a teoria da soberania no seu duplo aspecto: a ideia de um hábito de obediência e de um soberano com poder juridicamente ilimitado e ilimitável. O hábito de obediência não passou pelo teste da continuidade da autoridade de legislar presente na sucessão de diferentes legisladores, e a persistência da autoridade das leis mesmo diante do desaparecimento de quem as elaborou e de quem as obedecia habitualmente.

Na lição de Hart, a ideia da obediência habitual fracassa de duas maneiras diferentes, mas relacionadas, na tentativa de explicar a continuidade do direito, quando um legislador sucede a outro. A primeira consiste na impossibilidade de um legislador outorgar ao novo legislador o hábito de obediência, pois o hábito de obediência nem sempre é pleno,

207 O conjunto de ordens coercitivas a que se refere Austin é o campo máximo de atuação do direito penal, e mesmo assim não serve para explicar corretamente o funcionamento de um sistema jurídico, seja pela existência de outras normas que outorgam poderes jurídicos, seja pelo fato de que essas normas penais também se aplicam a quem as editou, inclusive ao soberano, tese com a qual Austin não compartilha (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

208 "O poder assim outorgado aos indivíduos para pactuar suas relações jurídicas uns com os outros através dos contratos, testamentos, laços matrimoniais, etc. é uma das grandes contribuições do direito à vida social; e essa característica é obscurecida ao representarmos o direito em sua totalidade como composto de ordens apoiadas por ameaças. A diferença radical entre as funções das leis que outorgam esses poderes e as da lei penal se reflete em muitas fórmulas que utilizamos normalmente para falar daquele tipo de leis. Ao redigirmos nosso testamento, podemos ou não 'cumprir com o disposto na seção 9ª da Lei dos Testamentos, de 1837, quanto ao número de testemunhas'. Se não cumprirmos essa cláusula, o documento que redigirmos não será um testamento 'válido' que cria direito e deveres; será 'nulo', sem 'força' ou 'efeito' jurídicos. Mas, embora seja nulo, nosso não-cumprimento daquela disposição legal não constitui 'infração' ou 'violação' de nenhuma obrigação ou dever, nem tampouco uma 'transgressão', e seria confuso entendê-lo nesses termos." (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 37-38).

209 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 66.

tranquilo ou irreflexivo, principalmente diante das normas que exigem pagamento de impostos. A segunda é que a vigência das leis criadas não se limita ao tempo da vida do legislador, tendo como característica mais evidente “[...] sua capacidade obstinada de sobreviver a seus criadores e ‘àqueles que obedeciam habitualmente a estes’”<sup>210</sup>.

Torrano resume bem as três críticas de Hart contra a teoria imperativista e soberana de Austin:

1. Na doutrina atacada, o hábito geral de obediência do súdito não encontra correspondência no soberano, que, eximido deste hábito, fica fora do alcance de qualquer lei; mas mesmo as leis penais, padrões mais próximos à noção austiniana de ordem coercitiva, impõem deveres tanto aos indivíduos quanto às próprias autoridades que as elaboram.
2. Qualquer sistema jurídico possui leis positivadas cuja função não é exigir ou permitir que pessoas façam ou deixem de fazer algo, mas sim conferir-lhe poder para a livre criação de direitos e deveres jurídicos; mas do que isso, nem toda a normatividade do direito advém da promulgação das leis, ou, mais estritamente, de ordens dirigidas de cima para baixo, existindo nas sociedades ao menos uma parcela de normas cujo *status* de “jurídicas” advém da espontaneidade dos costumes, e não de um ato deliberado de autoridade.
3. Se a normatividade do direito advém de um hábito de obediência, então a teoria da imperatividade não consegue explicar a continuidade das ordens jurídicas, pois esse ato adquire caráter personalíssimo: morto o soberano habitualmente obedecido, não se torna sequer provável a obediência habitual ao seu sucessor, e, até que se estabeleça um novo hábito de obediência a este segundo soberano, haverá um intervalo no qual nenhum direito existe<sup>211</sup>.

Hart romperá justamente com a proposta metodológica de Kelsen, ao entender que a tão desejada objetividade dos fatos brutos não deve ser alcançada em termos normativos, como quis Kelsen, mas sob a influência da filosofia analítica e da hermenêutica. E, para ele<sup>212</sup>, a “chave” para a ciência do direito está na combinação de dois tipos de normas: as normas primárias e as normas secundárias.

Justamente em razão da influência da filosofia analítica e da filosofia da linguagem, a obra de Hart pode ser lida de duas maneiras: (i) como um ensaio de sociologia descritiva; e (ii) como um ensaio de teoria jurídica analítica, que pretende revelar ou explicar as características centrais do direito<sup>213</sup>.

210 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 82.

211 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 73.

212 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

213 Nesse sentido, MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

A leitura da obra de Hart como uma sociologia descritiva pode ser sentida na preocupação em buscar a validade do sistema jurídico na regra de reconhecimento, que está na base social e depende da aceitação de todos aqueles que participam do sistema jurídico<sup>214</sup>, indivíduos e autoridades públicas. Essa norma de reconhecimento fornece critérios fáticos válidos para que os indivíduos e as autoridades públicas identifiquem as normas primárias válidas. Nos sistemas complexos, esses critérios podem se referir a um texto, a um ato legislativo, à prática consuetudinária, a declarações gerais de pessoas específicas ou a decisões judiciais anteriores sobre casos específicos<sup>215</sup>.

Com essa metodologia, Hart entende que nos sistemas jurídicos modernos há várias “fontes” do direito, mas todas elas decorrem da prática geral dos indivíduos ou das autoridades públicas, que será utilizada por eles mesmos para analisar a validade das normas primárias.

Em Hart, a análise do fato social deixa de ser feita a partir apenas do ponto de vista normativista, como ocorreu em Kelsen, para ser combinada com elementos da hermenêutica e da filosofia analítica, de modo que o critério de verificação da validade da norma por uma dupla perspectiva, interna e externa, sem qualquer fundamentação valorativa ou moral, pelo menos em sua posição original, posteriormente foi revisto, após as críticas de Dworkin, para aceitar que a regra de reconhecimento pode, contingencialmente, adotar algum aspecto material, substantivo, moral, com o objetivo de evitar incorreções do sistema<sup>216</sup>, o que resultará na criação do positivismo inclusivo, exclusivo e normativista.

A leitura da obra como um ensaio de teoria jurídica analítica tem como objetivo o “[...] de elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas”<sup>217</sup>. Se em Kelsen, Bentham e Austin as abordagens jurídicas do final do século XIX e início do século XX possuíam um caráter mais científico e objetivo, é dizer, uma abordagem fisicalista, para usar uma expressão de Macedo Junior<sup>218</sup>, em Hart as práticas sociais de uma sociedade serão identificadas como direito com o uso de uma metodologia inovadora: a linguagem.

214MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

215HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

216FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

217HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, prefácio.

218MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.



É a linguagem, e não a razão ou o empirismo, o critério utilizado por Hart para identificar uma prática social como direito, e a partir dela descrever o que verdadeiramente pode ser encarado como direito. “A linguagem torna-se o centro das especulações filosóficas e esse paradigma repercute nos mais variados campos científicos, inclusive no Direito”<sup>219</sup>. A abordagem fisicalista da realidade não consegue compreender a essência dos fatos no mundo, pois a essência do mundo é apenas controlada pelo método, que quase sempre deixa de fora aspectos importantes que deveriam ter sido utilizados na compreensão do fenômeno jurídico.

Com a teoria objetivista da linguagem, os fatos presentes no mundo passam a ser constituídos pela própria linguagem, não são dados por ela, mas essencialmente constituídos por ela, é a essência do mundo, podendo-se falar em uma identidade entre linguagem e ação, a expressar diversas formas de vida, ações, sentidos, uso. A linguagem não revela apenas o sentido das palavras, das coisas e dos objetos, é antes de tudo um modo de constituição dessas palavras, não é um elemento externo, mas um elemento constitutivo do sentido das ações.

Nas palavras de Oliveira, a linguagem é uma “expressão de *praxis* comunicativa interpessoal”; há tantos modos, há tantos contextos, há tantos sentidos, há tantos usos, que Wittgenstein fala em jogos de linguagem<sup>220</sup>. Nesse sentido, ocorre uma inversão hermenêutica, em que a realidade passa a ser controlada pela linguagem, com o significado das coisas construído pelas práticas sociais. Não é a realidade que constitui a linguagem, mas esta que condiciona a realidade, não havendo que se falar em significado fora da linguagem, dos usos, dos contextos e das práticas sociais.

A virada hermenêutica de Hart consiste justamente no abandono da abordagem científica e objetiva/fisicalista para se utilizar da linguagem e a partir dela explicar as regras sociais. Com essa, Hart incorpora a reviravolta linguística da filosofia pragmática no estudo da ciência jurídica, ao mesmo tempo em que rompe definitivamente com os pressupostos da filosofia clássica objetivista de Descartes<sup>221</sup>.

---

219 OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 33-41, jan./abr. 2017, p. 35.

220 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 138.

221 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Com a filosofia da linguagem de origem britânica<sup>222</sup>, Hart traz para a ciência do direito a noção de que o significado das expressões jurídicas é determinado pelo uso, ou seja, de que “a linguagem é uma forma de ação e não de descrição do real”<sup>223</sup>, e com isso se aproxima da reviravolta linguística do segundo Ludwig Wittgenstein, com seus jogos de linguagem<sup>224</sup>, que ocorreu nos anos 30-40 do século XX, em que o conhecimento não se dá previamente por meio do método ou da razão, mas pela linguagem prática, que não é mais considerada uma terceira coisa entre o intérprete o objeto, mas sim condição de possibilidade de todo conhecimento, o caminho por onde se chega ao conhecimento, sem vinculações prévias ou regras metodológicas.

A tese final<sup>225</sup> de que os enunciados jurídicos não têm conteúdo cognitivo sofreu a influência direta do trabalho de Peter Winch e indiretamente do trabalho do segundo Ludwig Wittgenstein. É do trabalho de Winch, por exemplo, que Hart se utiliza para desenvolver os conceitos de hábitos e regras e identificar um ponto de vista interno das regras jurídicas, tão importante para abandonar a concepção absoluta do mundo e assumir uma nova concepção de objetividade, em que seja possível descrever algo que não faz parte do mundo físico, o ponto de vista interno das normas<sup>226</sup>, que se reporta à existência de razões e de fatos.

Ora, com a rejeição do método fisicalista de reduzir o fenômeno jurídico a fatos brutos ou a algo constituído por um ato de conhecimento, Hart utiliza a linguagem pragmática para defender justamente a tese de que os sujeitos participantes de um determinado sistema jurídico podem sim determinar o conteúdo das regras jurídicas, pois não meros expectadores externos, sujeitos a consequências jurídicas no caso de descumprimento dos deveres jurídicos.

Essa conclusão é resultante do fato de que a definição do que pode ser considerado jurídico não pode ser totalmente explicada pela concepção absoluta da

---

222 O pragmatismo europeu se desenvolveu de forma diferente do pragmatismo americano. O pragmatismo americano procurou descrever estruturas lógico-científicas por meio da dimensão pragmática da linguagem, que é o uso que os usuários fazem dela, enquanto o pragmatismo europeu se atentou para a linguagem cotidiana, a comunicação usual de fato (TEIXEIRA JÚNIOR, Valdomiro Pinheiro. A linguagem como ponto de partida: os caminhos da filosofia após a virada linguística. *Revista Eletrônica de Filosofia*, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 291-302, jul./dez. 2020).

223 MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 12.

224 BUSATO, Paulo César. Base de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 42, p. 101-121, 2011.

225 Na fase inicial de desenvolvimento, a tese de Hart de que os enunciados jurídicos não tinham um conteúdo cognitivo era compatível com a concepção fisicalista da objetividade e muito semelhante à concepção do realismo escandinavo, mas essa concepção foi abandonada em 1968, quando sofreu a influência direta de Peter Winch e do segundo Ludwig Wittgenstein. Nesse sentido, MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

226 MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

objetividade, especialmente os aspectos internos, que não estão no mundo absoluto e não podem ser matematicamente ou empiricamente avaliados como verdadeiros ou falsos. Não há outro caminho senão “admitir que existe ao menos algo que não pode ser explicado por esta forma de conceber a objetividade”<sup>227</sup>.

A introdução da perspectiva do participante na teoria jurídica descritiva - isso mesmo, a abordagem hermenêutica de Hart não o fez abandonar a abordagem da proposta descritiva do positivismo jurídico<sup>228</sup> - é uma das contribuições mais significativas de Hart para a filosofia jurídica anglo-americana. O aspecto interno das regras e o ponto de vista interno do agente foram centrais para a crítica de Hart ao positivismo jurídico de Austin<sup>229</sup>.

Além disso, a abordagem fisicalista do direito não seria capaz de compreender todos os aspectos dos fenômenos sociais, especialmente a perspectiva interna do agente, as intenções e os propósitos, já que uma das exigências das abordagens científicas e objetivas é justamente se voltar para aquilo que exista fisicamente no mundo e que possa ser empiricamente comprovado, deixando de fora dessa abordagem muitos aspectos que estão presentes na ordem jurídica. A preocupação analítica de Hart é a de encontrar uma metodologia que seja capaz de compreender se não todos, pelo menos a grande maioria dos aspectos importantes e que estão presentes nos fenômenos jurídicos.

Bix<sup>230</sup> questiona, inclusive, o que há de errado em tentar tornar a teoria jurídica mais científica no sentido de enfatizar fatos passíveis de fácil mensuração, ratificação e de falsificações. O autor diz que a resposta básica de Hart é que “uma abordagem científica do direito falhará, e falhará muito, em capturar muito do que acontece dentro de um sistema legal, e muito do que é importante”.

---

227 MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 121.

228 “Contudo, não deixa de considerar a função descritiva da teoria, apenas admite que o objeto descrito tem dimensão relevante na linguagem, a qual deve ter papel principal na investigação. Continua, por isso, buscando indicar os elementos comuns daquilo que as várias sociedades ao longo do tempo denominam Direito em função do respectivo uso do termo, especialmente a partir do que denomina de ponto de vista interno (próprio daqueles que integram a sociedade regulada e que encaram o conjunto de normas como obrigatório) e externo (próprio de quem não integra o grupo social e não possui qualquer censo de obrigatoriedade, encarando os comportamentos exclusivamente de uma dimensão fática e de padrão de conduta observados).” (LOPES FILHO, Juraci Mourão; MATIAS LOBO, Júlio César; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, São Leopoldo, v. 10, n. 3, p. 348-361, set./dez. 2018, p. 353).

229 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, Dallas, v. 52, p. 167-199, 1999.

230 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, Dallas, v. 52, p. 167-199, 1999, p. 172.

Ao fazer uma leitura de Alf Ross, Hart afirma que Ross alegou que o único método apto a ser utilizado na ciência do direito seria aquele que compartilhasse a estrutura e a lógica das afirmações da ciência empírica, mas Hart entende que esse método deixa de fora “uma dimensão importante da linguagem, cujo uso não é confinado a textos legais”<sup>231</sup>, não conseguindo explicar “a distinção crucial que existe entre mera regularidade do comportamento humano e comportamento governado por regras”.

Daí a sua conclusão de que “*for the understanding of this the methodology of the empirical sciences is useless; what is needed is a 'hermeneutic' method which involves portraying rule-governed behaviour as it appears to its participants, who see it as conforming or failing to conform to certain shared standards*”<sup>232</sup>.

Hart entende, pois, que é possível depreender dos fenômenos sociais “um enunciado que explicita a origem do fundamento de juridicidade para qualquer sistema jurídico”<sup>233</sup>, sendo apenas necessário que os participantes dessa prática aceitem esse padrão de comportamento como sendo válido. A aceitação geral é um fenômeno complexo, pois abrange regras legisladas e costumeiras, e de certo modo é dividida entre autoridades – juízes, funcionários do sistema - e cidadãos comuns<sup>234</sup>.

Para Hart, as regras possuem um aspecto interno e externo, que as diferenciam de uma mera prática. Para que uma regra seja reconhecida como direito, é dizer, para que exista, ela deve ser capaz de interferir no comportamento daquele a quem se dirige e exigir da maioria um certo padrão de conduta, indicando a necessidade de que haja “[...] um certo grau de conformidade entre a exigência de uma regra e o comportamento das pessoas”<sup>235</sup>. No aspecto externo da regra, não se analisa a opinião ou a avaliação do sujeito a quem ela se dirige. Verifica-se, apenas, se ela tem o poder de interferir no comportamento das pessoas.

---

231 HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983, p. 13.

232 HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983, p. 13.

233 BORTOLOZZO, Lucas Dutra. Aceitação, interpretação e objetividade: um ensaio sobre a juridicidade de regras e princípios no projeto hart-dworkiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, p. 126-142, dez. 2007, p. 127.

234 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

235 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 443. Contudo, Morrison destaca, ainda, que Hart não consegue explicar o grau de conformidade exigido para que essa norma seja reconhecida como jurídica ou até mesmo quando essa mesma norma deixará de válida quando for sistematicamente descumprida ou desconhecida.

O aspecto interno das regras é o que as fazem se diferenciar dos costumes, hábitos ou de uma mera prática. Faz-se necessário que “haja uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como um modelo comum”<sup>236</sup>.

A partir do critério da aceitação de uma regra é que se torna possível diferenciar hábitos de regras, e analisar as normas jurídicas a partir do ponto de vista interno – ponto de vista do sujeito que integra a comunidade e se vê obrigado a cumprir as normas - e do ponto de vista externo – ponto de vista daqueles que não integram a sociedade, e por isso mesmo não se veem obrigados a cumprir as normas, e que veem os comportamentos como meros hábitos. Nas lições de Hart:

Qual é essa prática mais complexa? Em que consiste a aceitação de uma norma? A essa altura, precisamos recomençar a investigação já esboçada no Capítulo I. Para lhe responder à pergunta precisamos afastar-nos, por enquanto, do caso especial das regras jurídicas. Em que um hábito difere de uma norma? Qual é a diferença entre dizer de um grupo que tem um hábito, por exemplo, de ir ao cinema nas noites de sábado e dizer que existe nesse grupo uma norma estipulando que os homens descubram a cabeça ao entrar na igreja?<sup>237</sup>

Um traço comum nas normas e nos hábitos, o fato de um comportamento individual, por exemplo, a norma que manda despir a cabeça na igreja, ser geral, isto é, ser repetido pela maior parte do grupo quando a ocasião se repetir, está implícito na frase “em regra eles fazem isso”<sup>238</sup>, mas a aceitação de um comportamento a que Hart se refere não significa apenas aceitar ou desaprovar certo comportamento por ser honrado ou desonrado.

Determinado comportamento aceito<sup>239</sup> como obrigatório é aquele que impõe ao indivíduo uma avaliação crítico-reflexiva, colocando-o sob o jugo da censura social que o pressiona a obedecer a norma. Portanto, o que distingue um hábito de uma regra<sup>240</sup> é a

236HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

237HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 73.

238HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 74.

239 Para Bortolozzo, a aceitação é um fenômeno social, um compartilhamento de um critério público de julgamento, de uma cultura, uma linguagem. Portanto, os critérios de aceitação precisam ser públicos, compartilhados e consensuais (BORTOLOZZO, Lucas Dutra. Aceitação, interpretação e objetividade: um ensaio sobre a juridicidade de regras e princípios no projeto hart-dworkiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, p. 126-142, dez. 2007).

240 “Em primeiro lugar, para que o grupo tenha um hábito, basta que haja de fato convergência em seu comportamento. O afastamento da conduta social não precisa ser alvo de nenhuma crítica. Mas essa convergência geral ou mesmo identidade de comportamento não é suficiente para caracterizar a existência de uma norma exigindo aquele comportamento: quando existe tal regra, os desvios são normalmente vistos como lapsos ou erros sujeitos à crítica, e as ameaças de desvio sofrem pressão no sentido da obediência, embora as

presença de um ponto de vista interno, que se dá quando o indivíduo percebe que determinados comportamentos não são válidos e/ou aceitos pelos demais participantes dessa prática social, de modo que possui razões para atuar de acordo com as normas aceitas pelo grupo social.

Há, por parte do indivíduo, uma atitude crítico-reflexiva<sup>241</sup> diante de certos padrões de comportamento<sup>242</sup>, que lhe impõe a aceitá-los e a obedecê-los. O que diferencia o aspecto interno do aspecto externo das normas não é uma mera questão de “sentimentos” ou de comportamento físico, mas uma atitude crítico-reflexiva diante de certos comportamentos aceitos como um modelo comum. O sentido interno da regra reporta-se à existência de razões internas, e não a fatos<sup>243</sup>.

Embora reconheça que a concepção do direito em Austin seja suficiente para diferenciar uma regra das meras ordens de um assaltante, Hart entende que essa postura não consegue ir além do binômio comando-ameaça, razão pela qual avança para acrescentar,

---

formas de crítica e de pressão variem com os diversos tipos de normas. Em segundo lugar, onde existem essas normas, não apenas essa crítica é feita como também o desvio em relação ao padrão é aceito, em geral, como uma boa razão para que seja feita. A censura aos desvios é, nesse sentido, encarada como legítima ou justificada, assim como as exigências de observância ao padrão quando há ameaça de desvio. Além disso, à exceção de uma minoria de infratores impedidos, essa crítica e tais exigências são encaradas como legítimas ou justificadas tanto pelos que as fazem como por aqueles a quem se dirige. Não se sabe exatamente quantos membros do grupo precisam usar o comportamento habitual, da maneira que citamos, como um padrão para suas críticas, nem com que frequência e por quanto tempo precisam fazê-lo para justificar a afirmativa de que o grupo possui uma norma; esses temas não devem nos preocupar mais do que aquela pergunta sobre quantos fios de cabelo um homem pode ter para que ainda seja considerado calvo. Basta recordar que a afirmativa de que um grupo possui determinada norma é compatível de uma minoria que apenas infringe essa norma mas também se recusa a encará-la como o padrão, seja para si, seja para outros. A terceira característica que distingue as normas sociais dos hábitos está implícita na que já dissemos, mas é tão importante, e tão frequentemente ignorada e mal interpretada na teoria do direito, que vamos analisá-la de forma mais pormenorizada aqui. Trata-se de uma característica que chamaremos, ao longo desse livro, de *aspecto interno* das normas. Quando um hábito é generalizado num grupo social, essa generalidade é apenas uma constatação de um fato sobre o comportamento observável da maior parte do grupo. Para que tal hábito exista, não é preciso que nenhum membro do grupo pense no comportamento geral, ou mesmo que saiba que o comportamento em questão é geral, ou mesmo que se esforce para ensiná-lo ou pretenda conservá-lo. É insuficiente que cada um se comporte, de sua parte, da mesma forma como os outros de fato fazem. Por outro lado, para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas enceram o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma norma social tem um aspecto interno, além do aspecto externo que partilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que um observador pode registrar.” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 74-76, grifo do autor).

241 Na explicação de Michelon Júnior, “aceitar um padrão de conduta significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão” (MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

242 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

243 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

além das características da generalidade, da permanência ou da persistência e o hábito de obediência<sup>244</sup>, o aspecto interno da norma:

A distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo do participante está no exemplo do assalto mencionado por Hart<sup>245</sup> para explicar a diferença entre a afirmação de que alguém “foi obrigado” a fazer alguma coisa e a de que “tinha obrigação” de fazê-la.

Do ponto de vista externo do participante, é quase impossível distinguir a ação do sujeito que foi obrigado a fazer alguma coisa da ação do sujeito que tinha a obrigação de fazer alguma coisa. Somente do ponto de vista interno é que será possível saber se o comportamento do sujeito está ou não regulado por uma regra. O indivíduo, por exemplo, que forneceu seus documentos para uma autoridade policial, agiu com a consciência de que o fez por imposição de uma norma, enquanto o indivíduo que entregou seus bens ao assaltante, embora também tenha sido obrigado, não o foi por uma norma que lhe impusesse essa obrigação, de modo que não podia assumir uma atitude crítica em relação a esse comportamento.

Com a ideia do ponto de vista interno do agente, a existência da regra é um motivo para agir, e, mesmo que a maioria não compartilhe da ideia de concepção interior de obediência à norma, mas resolva obedecer por simples hábito, ainda assim é possível falar em sistema jurídico funcional, mas o ideal é que nos sistemas democráticos a maioria dos cidadãos assumam uma atitude interna de obediência, pois são partícipes e integram esse sistema.

Hart entende que a única proposta teórica capaz de não deixar de fora do conceito de direito aspectos importantes dos fenômenos jurídicos é a que procura explicar o direito a partir da perspectiva interna dos participantes das práticas jurídicas, tendo por critério de objetividade a linguagem ordinária utilizada nas e pelos participantes dessas práticas.

Apesar de Hart considerar as perspectivas interna e externa do agente, ainda continua metodologicamente fiel à filosofia analítica, no sentido de que, apesar de estudar as razões internas do participante, limita-se a descrevê-las de um ponto de vista externo, sem emitir juízo de valor sobre essas razões.

#### *2.5.4.1 A união de normas primárias e secundárias*

---

244HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

245HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Para Hart, somente nas comunidades pequenas com base sólida estável, estreitamente unidas por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, é que seria possível viver exclusivamente sob o regime de normas primárias de obrigação, que ele chama de “não-oficiais”. Isso porque, nas sociedades com estruturas complexas, essa estrutura social se mostraria deficiente e necessitaria de vários tipos de complementação<sup>246</sup>, razão pela qual a passagem de uma sociedade primitiva – não oficial - para uma sociedade complexa – oficial - pressupõe a presença de outras normas, justamente para suprir as deficiências de um grupo social composto exclusivamente por normas primárias.

A passagem do mundo pré-jurídico, estrutura social apenas com normas primárias, para o mundo jurídico – estrutura social com normas primárias e secundárias -, pressupõe a correção da incerteza, do caráter estático e da ineficiência apresentados pelas sociedades primitivas. Hart diz que:

A introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico<sup>247</sup>.

Para Hart, o sistema formado exclusivamente por normas primárias não tem instrumentos para resolver a incerteza sobre a essência das normas ou sobre o âmbito de aplicação, nem meios para adaptar deliberadamente as normas à mudança ou para saber se uma norma aceita foi ou não violada. As normas que orientam esse sistema não constituem propriamente um sistema, em razão da ausência de elemento comum de identificação. São, na verdade, um conjunto de partes isoladas<sup>248</sup>.

Os defeitos dessa forma mais simples de organização social somente poderiam ser corrigidos por um sistema jurídico constituído pela junção das normas primárias com as normas secundárias. Se em Austin a chave para a ciência do direito estava na noção de ordens coercitivas, para Hart está na combinação de dois tipos de normas: as normas primárias e as normas secundárias.

---

246HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

247HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 121.

248HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.



Como bem elucida Shapiro<sup>249</sup>, enquanto há regras que são projetadas para colocar obstáculos no caminho dos indivíduos, outras existem precisamente para removê-los. As que impõem obstáculos são as regras primárias, e as que removem os obstáculos são as regras secundárias.

As normas primárias são dirigidas tanto aos cidadãos quanto aos órgãos encarregados de aplicar o direito, e impõem condutas ou determinam o que é permitido ou proibido. Identificam-se quase integralmente com as normas previstas na seara penal.

As normas secundárias são dirigidas aos operadores do sistema jurídico com competência para identificar, modificar ou aplicar as normas primárias. Enquanto as normas primárias se referem aos atos que os indivíduos devem ou não praticar, todas as normas secundárias dizem respeito às normas primárias, razão pela qual são chamadas de metarregras, já que não norteiam as condutas dos indivíduos, mas as formas pelas quais as regras primárias podem ser determinadas, introduzidas, alteradas ou eliminadas do sistema jurídico<sup>250</sup>.

Desse modo, as normas secundárias são utilizadas para remediar as patologias do sistema formado exclusivamente por normas primárias, e se dirigem aos oficiais do sistema. Para Shapiro, a regra de reconhecimento nada mais é do que uma prática entre funcionários legais<sup>251</sup>. Em suas palavras, “*Thus, the rule of recognition is generated through the convergent and critical behavior of official identification of certain rules because the rule of recognition is nothing but this practice among officials.*”<sup>252</sup>

Na versão inicial da obra “O conceito de direito”, de 1961, Hart atribuiu às normas secundárias apenas o papel de outorgar poderes aos entes públicos ou privados<sup>253</sup>, diferenciando-as das normas primárias pelo simples fato de que estas impõem deveres e aquelas conferem poderes. Contudo, essa compreensão passou por refinamentos, pois tanto as regras primárias como as secundárias impõem deveres e conferem poderes. Com a ajuda de Shapiro, Torrano conclui que a distinção entre normas primárias e normas secundárias está em que:

249SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

250HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

251 Funcionários legais seriam aqueles que têm o poder de decidir, tais como juízes, legisladores e promotores, para citar alguns (SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011).

252SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 80.

253HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

[...] As primeiras – normas primárias – adquirem a sua validade jurídica das normas secundárias e destinam-se a todos os subordinados à autoridade do direito, enquanto as últimas (normas secundárias) não adquirem validade de nenhum outro tipo de normas, mas sim da prática e aceitação de certos padrões de conduta por parte de indivíduos investidos de autoridade, quais sejam, os oficiais dos sistemas (magistrados, policiais, membros do Ministério Público, auditores fiscais e assim por diante)<sup>254</sup>.

Para remediar o problema da incerteza, utiliza-se a regra de reconhecimento (*rule of recognition*); para remediar a imobilidade, utiliza-se a regra de modificação (*rule of the change*); e para remediar a ineficiência, utiliza-se a regra de julgamento (*rule of adjudication*).

As regras de alteração/modificação outorgam poderes a uma fonte autorizada para alterar as normas, quando houver necessidade. As regras de julgamento ou de prestação jurisdicional indicam os órgãos encarregados de decidir se uma regra primária foi ou não violada.

As regras de modificação e de julgamento não demandam outros esforços além dos já mencionados para sua compreensão, diferentemente da regra de reconhecimento, bem mais complexa e densa, razão pela qual será abordada em tópico separado.

#### 2.5.4.2 A regra de reconhecimento

A norma de reconhecimento é a solução encontrada para identificar não apenas as normas primárias de obrigação, mas todas as outras regras do sistema<sup>255</sup>. Sua função primária é a de fornecer critérios de validade para o ordenamento em que atua<sup>256</sup>. É a regra mais importante do sistema jurídico, justamente por fornecer os critérios de determinação da validade de todas as regras que o compõem, e, por ser a norma suprema, não recolhe seu fundamento de validade jurídica de outras normas, nem esse fundamento é presumido, postulado ou constitui uma hipótese, como alerta Hart.

Para ele, “a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios”<sup>257</sup>.

254TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 77.

255RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

256POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 11: legal philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer Publishing, 2011.

257HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 142.

A norma de reconhecimento é identificada a partir do comportamento tanto dos indivíduos quanto das autoridades públicas, que podem ser a referência a um texto autorizado, a um ato legislativo, à prática consuetudinária, declarações gerais de pessoas específicas ou decisões judiciais anteriores sobre casos específicos<sup>258</sup>.

Hart<sup>259</sup> quer dizer com isso que a validade do sistema jurídico depende a um só tempo de duas condições mínimas, necessárias e suficientes. A primeira condição é que os cidadãos aceitem as normas como padrões comuns de comportamento e reconheçam a obrigação de obediência a essas normas. A segunda condição é que as autoridades do sistema aceitem as normas de reconhecimento, de modificação e julgamento como padrões críticos comuns para o comportamento oficial.

A regra de reconhecimento existe como uma prática social complexa, que pode ser empiricamente verificada. Seu fundamento está no modo do ser<sup>260</sup>, é uma realidade social, e não uma ficção, como é o caso da Norma Fundamental de Kelsen, cujo fundamento deve ser buscado no puro pensamento, na ciência do direito, e não fora dela, ou seja, no mundo do dever-ser jurídico.

Embora a regra de reconhecimento exista como prática social complexa, seu conteúdo não é determinado de modo fiscalista por essa prática, mas pela congruência entre o ponto de vista interno da obediência e da aceitação por parte dos cidadãos e o ponto de vista interno da aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram essas normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial.

É a regra de reconhecimento que confere unidade ao sistema jurídico, tendo em vista que é por seu intermédio que as regras primárias são identificadas e incorporadas a esse sistema, conferindo unidade e coerência ao ordenamento jurídico. Trata-se de regra definitiva, pois sua existência não depende de qualquer outra regra, mas somente de sua aceitação e prática<sup>261</sup>. Como a regra de reconhecimento não extrai sua validade de nenhuma outra regra, sua existência é uma questão de fato ou de pura prática social.

---

258HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

259HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

260 Também é a conclusão a que chega Oliveira (OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Coleção Saberes do Direito, 50]). Contudo, não se concorda com a sua conclusão sobre Hart de que, para existir o direito, é necessário um mínimo de direito natural. Na verdade, a melhor interpretação do pós-escrito de Hart é a de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, consistindo em um positivismo brando (*soft positivism*), sem que isso signifique uma conexão necessária com a moral, a ponto de ser considerado como direito válido apenas aquele que corresponder a algum padrão moral ou a valores substantivos.

261SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

## 2.6 Critério epistemológico e as teses centrais comuns ao positivismo jurídico

O positivismo jurídico elegeu o direito positivo como seu objeto empírico de estudo e, para tanto, utiliza um princípio metodológico fundamental: descrever o que é e como é o direito positivo, e não prescrever como ele deveria ser. Essa premissa fundamental está clara em Kelsen<sup>262</sup>, quando diz que a teoria do direito não se importa em saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito, ou seja, procura descrever unicamente seu objeto de estudo, afastando dessa análise qualquer juízo de valor político, sociológico, ético ou econômico.

Com isso, Kelsen quis afastar seu projeto teórico de toda e qualquer ideologia ou elementos externos ao próprio objeto de estudo, na tentativa de conferir às ciências culturais, como é o caso do direito, o *status* de ciência, patamar que já havia sido alcançado pelas ciências naturais. O emprego do adjetivo “pura” na qualificação de sua teoria tem justamente o propósito de excluir tudo que não possa, rigorosamente, determinar como direito.

No mesmo sentido é a teoria de Hart<sup>263</sup> quando afirma que sua exposição é uma teoria geral no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico e descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificação. Destaque-se, contudo, que essa foi a proposta original formulada em 1961, segundo a qual a pretensão científica da teoria positivista não poderá ser definida fora da perspectiva epistêmica descritiva do fenômeno jurídico, que foi posteriormente modificada, no *postscript*, em razão das críticas de Dworkin, para admitir, contingencialmente, que a moral ou qualquer outro critério material poderão ser utilizados para determinação do conteúdo e do significado nas normas jurídicas, resultando no surgimento da tese do positivismo brando (*soft positivism*)<sup>264</sup>.

Portanto, antes de sustentar a superação do positivismo jurídico, exige-se do pesquisador, com o rigor que se espera de uma pesquisa séria, além de conhecer adequadamente as diversas teorias e ideologias positivistas, que aponte e justifique a faceta do positivismo que foi superada, o que inclui obviamente analisar as diversas evoluções por que passou ao longo de quase dois séculos de existência.

A afirmação de que a teoria positivista foi superada pelo pós-positivismo ou que o positivismo jurídico justificou o nazismo é uma prova cabal de que foi feita uma leitura

---

262 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

263 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

264 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

maldosa e equivocada do positivismo jurídico<sup>265</sup>. Da mesma forma, também não se pode sustentar que a teoria pura do direito teria legitimado o regime nazista. Ora, os reflexos políticos da teoria kelseniana, especialmente a separação entre o direito e a moral, jamais poderiam justificar o regime nazista justamente pelo fato de que, no âmbito político, Kelsen teria escolhido seu próprio valor, a democracia representativa e liberal, que é essencial sobretudo para que recusasse o autoritarismo e mantivesse preservado o Estado de Direito<sup>266</sup>.

Para se manter como Estado Democrático e, portanto, Estado de Direito, esse mesmo Estado precisa respeitar a liberdade como autonomia, em que o indivíduo aceita se submeter a uma ordem jurídica justamente por ter participado de sua criação, e as decisões desses indivíduos são tomadas por maioria, embora haja espaço para proteção das minorias, mediante a previsão de direitos e liberdade nas constituições democráticas, o que implica dizer que só é considerado democrático o regime político que contém liberdades individuais.

Como bem acentua Consani<sup>267</sup>, fazendo a leitura de Kelsen, é o direito que se impõe em face da política, por conseguinte, é a política que está submissa ao direito, o que implica dizer que a validade do direito não é afetada pela política, assim como a validade do direito não é afetada pela moral. Logo, continua a autora<sup>268</sup>, a respeito da interpretação que faz de Kelsen sobre direito e política,

Isso significa que a política deve ser realizada dentro dos parâmetros e limites formalmente estabelecidos pelo Direito, tais como os procedimentos elencados em uma constituição para a criação e revogação de normas jurídicas. No âmbito substantivo ou material, novamente, o Direito estabelece como limite para a política os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente. Afora isso, respeitados os procedimentos legais previamente estipulados, não há restrição de conteúdo para aquilo que se permite decidir por meio da política.

A partir dessa separação entre o direito e a política, pode-se refutar a tese de que o positivismo jurídico de Kelsen teria legitimado o nazismo com a simples conclusão, à qual também chegou Consani<sup>269</sup>, de que o nazismo seria um regime político contrário ao regime jurídico da Constituição de Weimar, liberal e protetiva de direitos individuais. O fato de os direitos individuais estarem protegidos, ainda que contingencialmente essa proteção atingisse

265 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

266 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

267 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

268 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016, p. 164.

269 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

apenas os interesses da maioria, tendo em vista a inexistência de impedimento de tutela dos direitos da minoria em outro momento da história democrática, é um importante sinal de que as atrocidades cometidas não foram autorizadas ou desejadas pelo direito.

As atrocidades praticadas o foram mais em nome das ideologias políticas da época do que em decorrência do normativismo, ou seja, mais por força de uma autocracia do que de desrespeito à democracia representativa e liberal, que recusa justamente o autoritarismo. Nesse aspecto, é imprescindível destacar que Carl Schmitt, fervoroso defensor do regime político alemão, jamais “abjurou de sua lealdade com o regime político que produziu a mais horrorosa tragédia política do século XX”<sup>270</sup>.

A concepção schmittiana era a de pregar justamente uma concepção absoluta de política sobre todas as demais ordens de organização social, inclusive sobre o próprio direito, que deveria ceder diante da vontade política do chefe da nação, a quem competiria definir o conteúdo desse direito. Essa concepção política seria uma espécie de reverso da teoria kelseniana do direito. Se Kelsen postula uma teoria pura do direito, Schmitt queria uma teoria pura da política<sup>271</sup>.

Feitos esses esclarecimentos, necessários, aliás, impõe-se a seguir pesquisar o ponto de intercessão dos diversos positivismos que formam a base do positivismo jurídico<sup>272</sup>, assim como definir com clareza as suas teses centrais, a fim de evitar que o positivismo jurídico seja caracterizado a partir de teses que não são verdadeiramente as definidas pela melhor doutrina, sendo, a partir dessas, alvo de críticas ou tendo decretada sua superação ou inutilidade.

Um exemplo claro disso é a afirmação de que o positivismo jurídico teria abraçado a tese da subsunção, ao negar qualquer poder criativo ao juiz. Um dos principais expoentes e defensor do pós-positivismo jurídico, Luís Roberto Barroso<sup>273</sup>, defende que “A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma.”

---

270 BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *In*: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 145-172, p. 146.

271 BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *In*: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 145-172.

272 MACHADO, Roberto Denis. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun. 2008.

273 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001, p. 20.

Ora, essa é uma faceta da Escola da Exegese, cujo processo de declínio se iniciou no ano de 1880 e se encerrou em 1889<sup>274</sup>, que não é defendida por nenhuma corrente positivista, especialmente a premissa central da referida escola de que a atividade interpretativa estava totalmente circunscrita ao texto da lei, não sendo dado ao intérprete ir além dele<sup>275</sup>, e que jamais poderia ser utilizada para sustentar a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo, como o foi por Barroso.

Aliás, Kelsen<sup>276</sup>, que é considerado um dos maiores positivistas de todos os tempos, e aqui talvez a única objeção que se possa fazer a essa afirmação seja por colocá-lo na lista dos maiores positivistas, mas em hipótese alguma fora da lista dos positivistas, é claro ao afirmar que “[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar, tem igual valor [...]”.

Essa é justamente a evolução do positivismo normativista de Kelsen em relação ao positivismo exegético do início do século XIX, ao defender o poder criativo do juiz no processo de construção da norma individual. O juiz é um agente político, com responsabilidades e poder de decisão. Como diz Machado<sup>277</sup>, a tese da subsunção não foi “abraçada por nenhum teórico do positivismo”.

Portanto, as diversas críticas e ataques formulados não levam em consideração as características ou as três formas de se abordar o positivismo jurídico, que não estão necessariamente interligadas. Uma crítica a uma feição do positivismo não implica a aceitação automática das demais, até porque as diversas facetas passaram ao longo das últimas décadas por reformulações, nem sempre bem compreendidas ou até mesmo esquecidas pelos opositores do positivismo.

A essa altura já não há mais dúvidas de que o positivismo jurídico é uma entre várias teorias do direito que procura explicar o fenômeno jurídico. Diante da possibilidade de o fenômeno jurídico ser analisado por outras teorias do direito e por outras ciências, como a sociologia, a política e a ética, faz-se necessário destacar os elementos centrais e que devem

274 Perelman destaca que a Escola da Exegese passou por três fases. A primeira teve início logo após a promulgação do Código Civil Francês, de 1804 até entre 1830 e 1840. A segunda fase, de maior apogeu, durou até 1880, e a terceira e última fase ocorreu em 1889, e coincide com a obra de François Geny (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899), com a criação do Sistema da Livre Investigação Científica do Direito (PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998).

275 LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

276 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

277 MACHADO, Roberto Denis. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun. 2008, p. 341.

estar presentes para que uma abordagem sobre o fenômeno jurídico possa ser caracterizada como uma abordagem positivista.

Nesse sentido, a finalidade deste tópico é justamente a de destacar as teses mais ou menos consensuais<sup>278</sup>, é dizer, o núcleo duro do positivismo, que se encontra presente em praticamente todas as abordagens positivistas, apesar das divergências internas e das reformulações dessas teses pelos autores que sucederam Hart. Se esses pressupostos estiverem presentes, torna-se possível afirmar que o fenômeno jurídico está sendo analisado sob o ângulo do positivismo jurídico.

Por outro lado, se esses pressupostos comuns não estiverem presentes, há seguramente uma abordagem não positivista, talvez uma abordagem interpretativa, mas não positivista, razão pela qual não pode ser utilizada para sustentar a inutilidade ou a superação da abordagem positivista<sup>279</sup>. Portanto, as teses centrais e as subteses do positivismo são critérios que permitem identificar entre as múltiplas formas de abordagem do fenômeno jurídico qual a que pode ser considerada positivista.

Destaque-se, contudo, que as três teses a que se refere Hart constituem o que pode ser chamado de positivismo original, formulado em 1961, e que após as críticas, principalmente de Dworkin, o positivismo jurídico agregou subteses que, “a seus modos, tentam dar conta do panorama complexo que envolve o fenômeno jurídico nas democracias constitucionais”<sup>280</sup>, sem que essa perspectiva deixe de ser positivista.

As três teses comuns do positivismo jurídico foram discutidas por Hart no texto “*El nuevo desafío del positivismo jurídico*”, numa conferência apresentada na Universidade Autônoma de Madrid, no dia 29 de outubro de 1979. Para Hart<sup>281</sup>, as teses centrais do positivismo jurídico são:

(i) Tese da separação conceitual entre o direito e a moral. Para Hart, embora existam numerosas e importantes conexões entre o direito e a moral, e frequentemente haja

278 Essa é a expressão utilizada por Torrano para se referir aos pressupostos comuns presentes no positivismo descritivo contemporâneo de tradição inglesa e americana (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019).

279 Foi com essa tese de que o positivismo jurídico realiza uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico que Hart entendeu que a abordagem interpretativista de Dworkin não poderia ser utilizada para se contrapor à sua versão descritiva. São empreendimentos antagônicos, apesar das contribuições de uma abordagem avaliativa e justificativa para a teoria do direito (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

280 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 41.

281 HART, Herbert Lionel Adolphus. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. **Sistema**, Madrid, n. 36, p. 3-18, Mayo 1980.



correspondência de fato entre o direito de algum sistema jurídico e as exigências da moralidade, tais conexões são apenas contingenciais, não necessárias lógica nem conceitualmente;

(ii) Tese das fontes sociais. Para que o direito exista, deve haver alguma forma de prática social que inclua juízes e cidadãos comuns, prática que determina o que em qualquer sistema jurídico dado são as fontes últimas do direito ou os critérios últimos ou testes últimos de validade jurídica. A partir dessas fontes, critérios ou testes últimos de validade jurídica é possível distinguir uma norma juridicamente válida de normas juridicamente inválidas, assim como normas jurídicas das normas morais ou de outras normas pertencentes a qualquer outro sistema normativo de regulação de conduta.

(iii) Tese da Discricionabilidade Jurídica. Hart sustenta que em qualquer sistema jurídico haverá sempre certos casos não previstos ou regulamentados pelas normas, o que torna o direito parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos, nomeados por Dworkin de casos difíceis, terminologia também acatada por Hart, o juiz deve exercer seu arbítrio, criar lei nova e a aplicar ao caso.

As primeiras críticas de Dworkin ao positivismo jurídico como um todo e ao positivismo jurídico de Hart, exposto no livro “O conceito de direito”, publicado em 1961, foram feitas no artigo *The Model of Rules*<sup>282</sup>, publicado originalmente em 1967, e no artigo *The Model of Rules I*, que constitui o capítulo II da obra “Levando os direitos a sério”, de 1977.

Nas palavras de Dworkin, “quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de Herbert Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”<sup>283</sup>. Seu ataque se inicia com a leitura que ele próprio faz das teses centrais do positivismo jurídico, desde o modelo de Austin até o positivismo mais elaborado de Hart. Para Dworkin, o esqueleto do positivismo jurídico seria:

(i) o direito de uma comunidade pode ser identificado e distinguido de outros tipos de regras sociais, em geral agrupadas como “regras morais”, a partir de critérios específicos, que não têm nada a ver com o seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas;

(ii) o conjunto dessas regras que formam o direito de uma comunidade é coextensivo com “o direito”, no sentido de que há uma equivalência entre direito, obrigação e

282 DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, Autumn 1967.

283 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 35.

regras validadas pelo teste de *pedigree*. Se o direito de uma pessoa não estiver claramente coberto por uma dessas regras, é lógico afirmar que o caso no qual esteja envolvido não pode ser decidido mediante a aplicação do direito, justamente porque não existe regra, já que o direito é constituído apenas pelas regras oriundas desse teste de *pedigree*. As regras esgotam o direito. Nessa situação, o caso deve ser decidido por alguma autoridade pública, mediante o exercício de sua discricionariedade – seu discernimento pessoal –, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de regra já existente;

(iii) por fim, afirmar que alguém tem determinada obrigação jurídica, direito jurídico, poder jurídico, privilégio ou imunidade jurídicos equivale a dizer que a situação em que se encontra se enquadra em determinada regra juridicamente válida de acordo com o teste de *pedigree*. Se não existir essa regra, também não existirão obrigação, direito, poder, privilégio ou imunidades jurídicos, e o juiz decidirá o caso de acordo com sua discricionariedade, mas ele não fará valer um direito jurídico correspondente a esse caso.

Nessas críticas, Dworkin está concentrado em afirmar que, para os positivistas de um modo geral, o direito seria composto unicamente por um sistema de regras jurídicas, haveria equivalência entre direito, obrigação e regras jurídicas válidas de acordo com o teste de *pedigree*, e a autoridade pública usaria de discricionariedade quando não houvesse regra jurídica, criando direito novo.

Para Dworkin, esse modelo de regras apresentado pelo positivismo, que equipara normas jurídicas a regras jurídicas, é falho justamente por ignorar a existência de padrões normativos com as características dos princípios, frequentemente utilizados na interpretação e aplicação do direito, e que são, na visão de Dworkin, absolutamente incompatíveis com a regra de reconhecimento, já que não são validados pelo teste de *pedigree*, em razão do conteúdo moral que encerram. Não é a fonte que atesta a existência e validade dos princípios, mas o seu conteúdo. Com isso, conclui que esse padrão normativo contraria as três teses centrais do positivismo jurídico de Austin a Hart, pois existiria obrigação jurídica mesmo nas situações nas quais o positivismo jurídico não previu uma regra clara.

O positivismo jurídico também se mostra falho ao afirmar que nos casos não regulados por regras jurídicas, a autoridade pública teria discricionariedade para agir em sentido forte, “isto é, eles não estão vinculados a algum padrão normativo emanado da autoridade a que se subordinam (no caso, o direito)”<sup>284</sup>.

284 NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. (Col. Hermenêutica, teoria do direito e argumentação, v. 5, Coordenação Lenio Luiz Streck), p. 43.

A partir desse primeiro ataque, os positivistas se recompuseram<sup>285</sup> e se reagruparam em novas correntes, dando origem ao positivismo inclusivo/*soft*<sup>286</sup> e ao positivismo exclusivo/*hard*<sup>287</sup>, havendo ainda no âmbito dessas correntes divergências internas, mas todas comprometidas com o critério epistemológico da abordagem descritivista e apoiadas na tese de que não há uma relação necessária entre o direito e a moral.

As críticas de Dworkin dirigidas especificamente ao positivismo analítico de Hart foram feitas no livro “O império do direito”<sup>288</sup>, de 1986, e no livro “Justice in robes”<sup>289</sup>, de 2006. Nesse livro, critica o positivismo analítico pelo fato de essa corrente do pensamento jurídico pressupor que todos os conceitos, inclusive o de direito, são conceitos criteriosais<sup>290</sup>.

Com as abordagens *soft* e *hard*, o positivismo jurídico conseguiu responder à altura os questionamentos de Dworkin sobre a equiparação das normas jurídicas a regras jurídicas e a discricionariedade forte, mas Dworkin impôs um novo desafio ao questionar a abordagem meramente descritivista que o positivismo jurídico faz do direito e as explicações que o positivismo jurídico oferece para resolver desacordos teóricos no direito.

A proposta da abordagem interpretativista de Dworkin, portanto, é a de oferecer uma visão do positivismo jurídico que seja ao mesmo tempo capaz de descrever e justificar as práticas jurídicas.

No capítulo seguinte serão trabalhadas com mais profundidade as críticas e os ataques de Dworkin ao positivismo jurídico em geral e ao positivismo de Hart, assim como as derivações positivistas desse embate teórico, tudo com o propósito de se fazer enxergar o critério epistemológico comum utilizado por todas as versões positivistas, e o critério epistemológico utilizado por Dworkin para a construção e desenvolvimento de sua teoria do direito.

Encontrado o critério epistemológico comum a todas as teorias positivistas e o critério epistemológico da teoria do direito de Dworkin, será possível enxergar os elementos constitutivos e os critérios avaliativos utilizados por cada uma dessas teorias para explicar a

---

285LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 425-455.

286COLEMAN, Jules. **The practice of principles: in defence of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

287SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

288DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

289DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

290MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

constituição e o funcionamento do direito, e avaliar se se trata de perspectivas teóricas comuns ou díspares.

Se se trata de propostas teóricas díspares, ou, como diz Hart<sup>291</sup>, empreendimentos tão diferentes, torna-se imprescindível saber qual seria a “melhor luz”, na linguagem de Dworkin<sup>292</sup>, para descrição, explicação e interpretação do direito. Essa pesquisa se faz necessária talvez não somente para sustentar a tese de que a proposta teórica de Dworkin não é um empreendimento que possa rivalizar com a abordagem positivista realizada por Hart, mas igualmente para identificar os elementos originais e as verdadeiras contribuições de sua teoria para a teoria do direito.

---

291HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.  
292DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

### 3 O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

No caminho trilhado para a construção de sua teoria pura do direito<sup>293</sup>, Kelsen foi influenciado por três eventos teóricos marcantes ocorridos no século XX, fato que impulsiona este pesquisador ao estudo da periodização de sua empreitada teórica, que não é igualmente imune a controvérsias.

Paulson<sup>294</sup>, no seu artigo *Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen's legal theory*, questiona a periodização dos estágios de desenvolvimento que Carsten Heidemann fez da teoria jurídica de Kelsen. Um dos questionamentos levantados por Paulson é o de que a fase clássica ou neokantiana de Kelsen persiste até 1960, e que somente no biênio 1960-1962 é que ocorre uma ruptura, enquanto Heidemann sustenta que a ruptura teórica radical da teoria de Kelsen com o neokantismo teria ocorrido no início dos anos 1940.

Apesar das controvérsias, procura-se adotar a periodização realizada por Paulson, assim como fizeram Maia<sup>295</sup> e Consani<sup>296</sup>, e nos limites em que interessa a esta pesquisa, que são os de analisar a influência teórica neokantiana na construção da teoria do direito e da teoria pura do direito de Kelsen, que só ocorreu, na linha de raciocínio de Paulson<sup>297</sup> e citando o próprio Kelsen sobre essa mudança, após a publicação da segunda edição da teoria pura do

293 Quer-se dizer com isso que a contribuição de Kelsen para a teoria do direito não se resume à teoria pura do direito que, no Brasil, talvez seja a obra mais lida e conhecida, mas pouco compreendida, entretanto. Da mesma forma, a busca por autonomia epistemológica da ciência do direito se deu por toda a vida, obra e vida quase se confundem. Além disso, não há como negar a contribuição de Kelsen para a teoria do direito, especialmente o desenvolvimento filosófico sobre a objetividade, a pureza, a autonomia epistemológica e a tese da separação entre direito e moral (MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito**: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito. 2017. 177 f. Tese [Doutorado em Direito] – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017).

294 PAULSON, Stanley L. *Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen's legal theory*. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, n. 2, p. 351-364, Summer 1999a.

295 MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

296 Seguindo a periodização realizada por Paulson, Consani destaca que “a primeira fase (1911-1921), denominada ‘construtivismo crítico’, caracteriza-se pela afirmação da ciência jurídica como disciplina normativa e pela construção dos conceitos fundamentais do direito. Nessa fase, a ascendência kantiana sobre Kelsen manifesta-se na purificação de conceitos centrais da ciência jurídica. A segunda fase (1921-1960) é chamada ‘fase clássica’. É nesta fase que Kelsen publica a primeira edição da Teoria Pura do Direito (1934) e os argumentos neokantianos são invocados como meio para resolver o problema da normatividade. Ao longo deste período verifica-se também a influência empirista e da lógica formal aplicada ao direito. Essas influências distintas marcam a divisão da fase clássica em dois períodos: o neokantismo (1921-1935) e o período híbrido (1935-1960), no qual o neokantismo funde-se com elementos analíticos. Na terceira fase (1960-1973), denominada ‘fase cética’, Kelsen abandona as doutrinas kantianas familiares à fase clássica. É desta fase a publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960) e dos textos publicados após a sua morte sob o título Teoria Geral das Normas (cf. Paulson, 1998a, p. xxiv-xxx)” (CONSANI, Cristina Foroni. **Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política**. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016, p. 137).

297 PAULSON, Stanley L. *Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen's legal theory*. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, n. 2, p. 351-364, Summer 1999a.

direito em 1960, quando abordou sua mudança sobre a norma hipotética fundamental na conferência de Salzburg sobre direito natural, realizada em agosto de 1962, ao defender que sua norma básica<sup>298</sup> é uma ficção<sup>299</sup> e pressupõe um ato de vontade *fictício* a partir do qual ela passa a servir de fundamento para as demais normas do sistema jurídico.

É a partir do estudo do movimento teórico kantiano e neokantiano que será possível compreender com exatidão os reflexos dessa concepção filosófica na teoria do direito de Kelsen, assim como os reflexos no modelo epistemológico purista adotado na construção da teoria pura do direito, que busca a unidade e a pureza<sup>300</sup>.

É a metodologia<sup>301</sup> adotada por Kelsen que permite trabalhar a separação entre direito-objeto e ciência do direito, ciência do direito e ciência política, e a diferença entre forma e conteúdo, norma jurídica e proposição jurídica, interpretação jurídico-científica e interpretação jurídico-política. Partindo de um ponto de vista eminentemente normativo,

---

298 Sobre a natureza ficcional ou hipotética da norma básica, Morrison destaca que, após 1963, a norma deixa de ser um pressuposto de pensamento para ser produto fictício de uma vontade fictícia, e que essa mudança poderá ser vista como uma exigência lógica, se Kelsen quiser ser coerente com a sua ideia de que as normas são criações humanas da vontade humana. Assim, somada a norma básica, que é pressuposta, necessária para interromper a possibilidade de regresso ao infinito, ter-se-ia uma autoridade imaginária, uma ficção, com ato de vontade, sendo a norma básica daí decorrente. Ora, para ser coerente com sua própria teoria, uma norma jurídica só pode decorrer de um ato humano, e não de um ato de pensamento, de modo que a manutenção dessa coerência impõe a autoridade imaginária como ato de vontade que não corresponde à realidade. É uma contradição em si e uma contradição da própria realidade (MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).

299 Nesse mesmo sentido, Consani, que ainda explica a diferença entre hipótese e ficção: “a diferença entre hipótese e ficção é que a hipótese deve ser comprovada e pode ser tomada como verdadeira apenas se descrever a realidade de forma fiel. A função da hipótese é evitar que o conhecimento científico seja contraditório. Já a ficção pode conviver com contradições, pois não tem a atribuição de descrever a realidade de forma objetiva, mas sim de lidar com a realidade de modo a fundar uma visão inventada – e não descoberta – da própria realidade”. Essa distinção é relevante para se entender a mudança de entendimento de Kelsen sobre a norma suprema (CONSANI, Cristina Foroni. *Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política*. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016, p. 145).

300 A gnosiologia indica conhecimento mais amplo, enquanto a epistemologia seria um tipo de conhecimento com maiores pretensões à exatidão, certeza, rigorismo metódico. A gnosiologia seria gênero do qual a epistemologia seria uma espécie (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996).

301 Tanto a ciência do direito como a sociologia jurídica procuram descrever o que seria direito, mas somente a ciência do direito poderia descrever adequadamente o direito, pelo fato de que a sociologia só pode definir o fenômeno do direito, o direito positivo de uma comunidade particular, recorrendo ao conceito de direito tal como definido pela ciência do direito (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998). Silveira chega à conclusão de que Kelsen negava a dualidade de ramos do conhecimento sobre o estudo do direito, em razão da dependência conceitual da sociologia jurídica à dogmática jurídica. Contudo, o citado autor reconhece o mérito de Weber, justamente por distinguir o âmbito de atuação da sociologia jurídica e da ciência do direito, assim como a metodologia de cada uma, o método empírico-causal e o lógico-normativo, respectivamente, e que ambos possuem métodos e objetos próprios para realizar uma abordagem científica do fenômeno jurídico, no caso da ciência do direito, e identificar se as normas jurídicas estão sendo seguidas e em que grau pelos seus destinatários, no caso da sociologia jurídica (SILVEIRA, Daniel Barile da. *Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas*. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006).

Kelsen não procura investigar as questões atinentes à produção dos textos legais como parte essencial dos estudos jurídicos, como fizeram, por exemplo, Bentham e Austin<sup>302</sup>.

A aplicação dessa metodologia pode ser sentida tanto na definição como na interpretação da teoria jurídica de Kelsen. Na definição da ciência do direito, para Kelsen, jamais deverá ser trabalhada com a mesma lógica das ciências da natureza e dos enunciados prescritivos, e não interessa a essa metodologia o conteúdo da norma, mas apenas o seu aspecto formal, pois a norma é produto do dever-ser, e não do organismo social que a constitui. Na interpretação do direito, Kelsen defende uma posição cognitiva, deixando para o aplicador do direito uma posição voluntarista, e com isso cinde a interpretação do direito em dois momentos: a interpretação como ato de conhecimento, realizada pela ciência do direito, e a interpretação como ato de vontade, a ser realizada pelos órgãos jurídicos.

Não significa dizer com isso que Kelsen tenha defendido a interpretação de que o direito não tenha nenhuma relação com a moral ou que apenas as normas jurídicas regulam a conduta humana. As normas morais também regulam comportamentos humanos e também podem ser utilizadas para descrição e conhecimento de normas sociais. Existem, portanto, “dois mundos”, o mundo do direito e o mundo da moral, e não existe relação de dependência do mundo jurídico com o mundo da moral, é dizer, a validade jurídica não depende de corresponder a algum conteúdo moral mínimo ou satisfazer padrões de justiça.

Além desse fundamento, Kelsen<sup>303</sup> defende a inexistência de um valor moral absoluto, não havendo possibilidade de determinar o que é que tem de ser compreendido, em todas as circunstâncias, como bom e mau, justo e injusto. Não só o positivismo normativista de Kelsen, como também o positivismo jurídico *stricto sensu* adotam uma concepção plena e radical da separação entre o direito e a moral<sup>304</sup>. O direito não pode ser justificado pela moral ou pela justiça, mas “uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer justiça”<sup>305</sup>:

Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós

302 Essa é a conclusão a que chega SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9. n. 26, p. 6-31, jan./jun. 2005b.

303 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

304 O positivismo jurídico em *stricto sensu* é aquele que defende a tese da inexistência de conexão entre o direito e a moral, enquanto o moralismo jurídico defende a existência dessa conexão, havendo, ainda, uma rica distinção entre correntes positivistas *stricto sensu*: positivismo inclusivo e positivismo exclusivo (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006).

305 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos<sup>306</sup>.

Seguindo essa pureza metodológica, Kelsen constrói uma teoria da cognição especificamente jurídica, além de se afastar de elementos estranhos em busca de respostas para questões jurídicas<sup>307</sup>. Warat<sup>308</sup> anuncia que a teoria pura do direito de Kelsen possui cinco níveis de purificação: (i) purificação política e ideológica; (ii) purificação antijusnaturalista; (iii) purificação antinaturalista ou anticausalista; (iv) purificação intranormativa; e (v) purificação monista ou antidualista.

Apesar dos níveis de purificação da teoria pura do direito, não há que se negar legitimidade às análises feitas pela sociologia, psicologia, ética ou pela teoria política, apenas se deve restringir o estudo da teoria do direito aos limites de um método epistemológico eminentemente normativo<sup>309</sup>.

### 3.1 A teoria pura do direito de Hans Kelsen (1881-1973)

O austríaco Hans Kelsen<sup>310</sup> é o autor de uma teoria positivista geral, descritiva, pura e autônoma do fenômeno jurídico, por defender uma versão do positivismo jurídico<sup>311</sup>

306 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

307 PAULSON, Stanley L. The neo-kantian dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 12, n. 3, p. 311-332, 1992.

308 WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

309 WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

310 As quatro pretensões da teoria pura do direito de Kelsen estão expostas no primeiro capítulo de sua obra. O primeiro parágrafo trata da generalidade de sua teoria, que é uma teoria do direito positivo em geral; o segundo parágrafo trata da metodologia descritiva de sua teoria, que procura estudar o direito positivo como ele é, e não como deveria ser, desenvolvendo um estudo avaliativo para compreender e descrever fenômenos jurídicos valorativos. O terceiro parágrafo cuida da pureza metodológica, consistente em estudar o fenômeno jurídico do ponto de vista da norma jurídica, realizando uma análise interna/jurídica de tudo aquilo que é constitutivo da norma jurídica; por fim, a autonomia de sua teoria significa que o estudo da ciência jurídica é autônomo em relação ao das demais ciências que também se propõem a estudar partes da realidade sob uma perspectiva jurídica, e não sociológica ou política, por exemplo. Dito de outro modo, o objeto de estudo da ciência jurídica é o aspecto normativo dessa ordem jurídica, o conjunto de proposições do dever-ser, fruto de um ato de vontade humana constitutivo das normas jurídicas, que são compreendidas de um ponto de vista interno da ciência jurídica (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

311 Durante anos, o positivismo jurídico foi confundido com a teoria pura do direito, de modo a serem entendidos como expressões sinônimas (VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022). Não é preciso muito esforço para denunciar o grave equívoco dessa percepção. Basta verificar que o positivismo jurídico possui diversas percepções e significados, se não menos conflitantes, mas de abordagens profundamente diferentes, como é o caso da abordagem hartiana, que fundamenta a validade de uma norma jurídica desde a base social até as instituições, enquanto para Kelsen a fundamentação da ordem jurídica vem de cima para baixo, da norma suprema.



livre de toda ideologia política<sup>312</sup>, sociológica<sup>313</sup> e cultural das ciências naturais, que se desenvolveram e alcançaram o apogeu e o declínio nos séculos XVIII e XIX. Nas suas palavras, “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo”. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta pergunta: “o que é e como é o direito?”<sup>314</sup>

Trata-se de uma ciência do direito, e não de uma política do direito<sup>315</sup>. A teoria pura do direito pode ser resumida em quatro teses fundamentais, que são bem sintetizadas por Dias<sup>316</sup>: (i) todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo, *secundum non datur*; (ii) o primado do relativismo; (iii) ser e dever-ser como modos de conhecimento; (iv) a tese da pureza como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma, que serão exploradas neste capítulo.

Na explicação de Larenz, a ciência do direito de Kelsen não tem relação com os fatos e atos, mas com os fatos e atos prescritos juridicamente, contidos na norma jurídica como objeto do direito positivo. Os fatos e atos são objeto das normas jurídicas, as normas jurídicas são objeto do direito positivo, e o direito positivo é objeto da ciência do direito:

Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objecto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva “puro” de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência<sup>317</sup>.

Apesar de Kelsen destacar que sua obra fornece uma teoria da interpretação, é

312 Kelsen não quer excluir da pesquisa os problemas relativos à origem histórica, os efeitos sociais e a valoração moral do positivo jurídico. Apenas quer deixar claro que essas investigações devem ser feitas em esferas científicas próprias, ou seja, na história do direito, na sociologia jurídica ou na ética (WALTER, Roberto. **La doctrina del Derecho de Hans Kelsen**. Trad. e introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1999. [Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 13]).

313 A ciência do direito de Kelsen estuda o dever-ser, enquanto o estudo do ser do direito deve ficar a cargo da sociologia do direito. Nesse sentido, SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do Direito vivo) de Eugen Ehrlich. **Direito em debate**, Ijuí, ano 11, n. 20, p. 115-135, jul./dez. 2003.

314 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

315 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

316 DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

317 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 93.

preciso deixar ressalvado que a teoria da interpretação a que alude não se destina a resolver problemas concretos de interpretação e aplicação do direito, ou a saber qual é a interpretação correta do direito, pois é isso que é tarefa da política do direito, e não do cientista do direito.

Na verdade, sua teoria da interpretação<sup>318</sup>, é dizer, a interpretação da ciência jurídica, não procura ir além de uma consideração formal-normativa/lógico-normativa das normas jurídicas<sup>319</sup>, não se destina a resolver casos concretos, justamente para se manter fiel à sua proposta de que a teoria positivista deve ficar à margem das influências políticas, pois procurar responder à pergunta “o que é e como é o direito?”, e não como ele deve ser feito é da seara da ciência jurídica e não da política do direito<sup>320</sup>.

Esse rigor metodológico também foi observado na teoria da interpretação, nem sempre bem compreendida pelos que se propõem a estudar e/ou a criticar o normativismo de Kelsen. Esquecem-se, pois, da missão de Kelsen na teoria pura do direito: descrever o direito positivo – as normas jurídicas – mediante proposições jurídicas, sem se preocupar em saber como surge ou é aplicado<sup>321</sup>. A postura descritiva também está presente na interpretação.

Assim, a interpretação jurídico-científica é a realizada pelo cientista do direito e pela doutrina, que não é vinculante, e por isso mesmo é uma interpretação não autêntica, que produz atos de conhecimento, e a interpretação jurídico-política, a cargo dos órgãos de poder, e que constitui uma interpretação autêntica, em razão do seu caráter vinculante, constituindo ato de vontade, havendo, necessariamente, discricionariedade no ato de escolher o melhor sentido entre os diversos sentidos previstos dentro da moldura<sup>322</sup>.

---

318 Cunha esclarece que se há um tema sobre o qual Kelsen não se debruçou em demasia foi o da hermenêutica jurídica, o que poderia sinalizar que sua análise seria mais simples. Contudo, não é isso o que ocorre, sobretudo pelo fato de a hermenêutica de Kelsen se encontrar conectada com outros postulados de sua teoria (CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 279-291, out./dez. 2008).

319 A interpretação da ciência jurídica a que se refere Kelsen limita-se a determinar o sentido cognoscitivo das normas jurídicas, a estabelecer os possíveis sentidos de uma norma jurídica, não sendo de sua competência apontar qual dos sentidos da norma deve ser escolhido pelo cientista do direito (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

320 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 1.

321 Embora Maia (MAIA, Paulo Sávio Peixoto. *Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen*. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010) afirme que isso tenha mudado, quando Kelsen trabalhou pela primeira vez, em 1914, a diferença entre aplicação do direito e teoria do direito, preocupou-se apenas em anunciar essa distinção, sem desenvolver uma teoria da interpretação jurídica de natureza prática. A partir da diferença entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica, a ciência jurídica se limitaria a fornecer uma moldura interpretativa, e não a eleger um sentido em particular (SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen e a interpretação jurídica*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 277-292, jul./dez. 2005a).

322 Kelsen admite a existência de uma polissemia no interior da moldura semântica, cabendo ao intérprete escolher um dos sentidos possíveis (TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. 2. ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. [Col. *Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação*, Coord. Lenio Luiz Streck]). O próprio Kelsen é claro ao informar que dentro da moldura há várias possibilidades de aplicação jurídica. Com suas palavras, “o ato

Ora, se a interpretação autêntica implica ato de vontade, necessariamente há juízo de valor, o que já é motivo suficiente para Kelsen não desenvolver uma teoria da interpretação jurídica prática. Esse aspecto, nem sempre bem compreendido por aqueles que se apressam em criticar Kelsen, será objeto de um tópico mais detalhado logo à frente.

Nesse contexto é que surge a teoria pura do direito, com proposta epistemológica clara e inovadora, ao tornar possível a explicação do direito independente dos fatos e dos valores que lhe deram origem<sup>323</sup>, ou seja, por meio de uma busca rigorosa pela neutralidade científica aplicada à ciência jurídica e pela diferenciação entre política do direito e ciência do direito. Nesse aspecto é que a teoria pura do direito representou uma inovação<sup>324</sup> em relação às concepções existentes no século XX, especialmente o jusnaturalismo e o realismo jurídico<sup>325</sup>.

Sua concepção normativista reconhece a facticidade do direito e sua conexão, mas sua pesquisa está voltada exclusivamente ao aspecto normativo do fenômeno jurídico<sup>326</sup>, a

---

jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulam mutuamente” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390).

323 VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

324 Kelsen adota o método não empírico da normatividade como critério único de validação normativa. Com esse método único, Kelsen se afasta da tese das fontes sociais do direito, de matriz anglo-saxã, a que se refere o positivismo jurídico de Hart, o positivismo jurídico exclusivo e inclusivo, em que todos adotam a tese das fontes e a sua abertura ou não a critérios morais (ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese [Doutorado em Filosofia] - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017).

325 Trata-se de um estudo descritivo da teoria jurídica, mas de uma descrição particular, uma descrição fenomenológica com foco na capacidade que o homem tem de compreender a realidade, os fatos brutos, empiricamente verificáveis, sob o ponto de vista interno ou normativo, razão pela qual a metodologia utilizada não é a mesma empregada pelas ciências naturais. Os fatos brutos não serão estudados sob o ponto de vista e com a metodologia das ciências causais/ciências naturais, e sim com a metodologia da ciência normativa, com os princípios da imputação, da causalidade, da norma jurídica e da preposição jurídica (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).

326 Na metodologia empregada para estudar os fatos brutos é que a teoria pura do direito de Kelsen se distancia das dos seus predecessores (Hobbes, Bentham e Austin). O fato externo não é estudado a partir da lei da natureza, de causa e efeito, e como tal não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico, pois não é jurídico. O que o transforma em jurídico, lícito ou ilícito, e atrai a atenção do direito, não é a causalidade ou a natureza, mas a norma jurídica que lhe empresta significado jurídico. Nesse caso, a norma, alerta Kelsen, funciona como esquema de interpretação, é a interpretação normativa – a norma jurídica - que empresta a esse fato uma significação jurídica, que, por sua vez, recebe a significação jurídica de outra norma. É nesse sentido que se fala em estudo normativo dos fatos sociais, do normativismo de Kelsen, e com essa metodologia se realiza um estudo eminentemente normativo dos fatos brutos. Nas suas palavras (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4): “o fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato

partir de uma avaliação deôntica, independentemente de qualquer elemento fático ou valorativo. Com esse dualismo metodológico entre o ser (direito) e o dever-ser (ciência do direito), Kelsen estuda o comportamento jurídico a partir de uma perspectiva inovadora. A conduta humana só é relevante para Kelsen quando constitui conteúdo de normas jurídicas. Por isso ele diz que a ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista da ciência do direito, intrajurídico, sem recorrer às categorias metafísica e/ou suprapositiva.

Ao percorrer esses dois caminhos, com o estudo do direito separado da moral e das demais ciências, sociologia, política, por exemplo, e realizar um estudo normativo das relações humanas apenas quando forem determinadas nas normas jurídicas como pressupostos ou consequências, Kelsen põe sua teoria em um meio-termo entre as tradições jusnaturalistas e positivistas correntes na Alemanha do século XX<sup>327</sup>, uma confluência do positivismo até então existente e do neokantismo<sup>328</sup>.

Para Kelsen, os objetos do mundo exterior devem ser identificados a partir de um critério fenomenológico, e quando assim o são ingressam na ciência jurídica e recebem a roupagem de um fenômeno jurídico, cujo significado é produzido por uma norma jurídica, regida pelo princípio da imputação normativa, e não pelo princípio da causalidade física, típico das ciências da natureza, e que procura pela causa dos fenômenos naturais. É nesse sentido que a teoria pura do direito adotou uma concepção pluralista do conhecimento, ao

---

num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. Que a mencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil. O ser um documento, um testamento válido, não só segundo o seu sentido subjetivo, mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condições impostas por este código para que possa valer como testamento. Se uma assembléia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante - por outras palavras: se estes fatos têm esta significação -, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida”.

327 VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

328 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

tempo em que procurou defender uma concepção humanista do homem em face da imaginação científica dominante nos séculos XIX e XX.

O mérito da teoria pura do direito de Kelsen reside justamente no estudo da ciência do direito separado dos fatos e valores que constituem o objeto das normas jurídicas. Desse modo, a ciência jurídica tem por objetivo apreender seu objeto sob o ponto de vista do direito, da “[...] junção da negação metafísica com a busca pela análise formal do direito enquanto objeto”<sup>329</sup>. E assim o faz por entender que a ciência do direito não seria capaz de controlar o relativismo moral<sup>330</sup>. Essa tarefa seria da política do direito, no momento da aplicação do direito.

A proposta metodológica de Kelsen deixa claro que ciência jurídica e direito não se confundem, e na sua visão devem ser cindidos, mas em momento algum o jurista austríaco afirmou que o direito deve ser separado da moral. Na verdade, é a ciência do direito que deve ser separada da moral, e não o seu objeto de estudo, que é o direito positivado/direito, por ser cientificamente impossível fornecer um padrão de conduta absoluto, uma moral válida em todos os tempos e em toda parte, mas vários sistemas morais diferentes entre si. Como diz Kelsen:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito Positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wetfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito<sup>331</sup>.

A teoria pura do direito procura descrever o que é direito, e não como deve ser o direito ou como ele deve ser feito. Na lição de Kelsen<sup>332</sup>, “Quando a si própria se designa

---

329 LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

330 Kelsen adere ao relativismo filosófico e político, por acreditar na inexistência de uma única moral válida e de (um valor) uma justiça absoluta. Acredita na existência de uma teoria relativa de valores e verdades, a justificar a distinção entre direito e moral, direito e justiça. Nas suas palavras, “a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral e imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e ‘a’ Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 75-76).

331 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 77, grifo do autor.

332 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 1.

como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.

### 3.2 Kant e o positivismo científico: as influências remotas de Kelsen. Neokantismo<sup>333</sup> e o neopositivismo jurídico: as influências próximas de Kelsen

Warat<sup>334</sup> informa que

[...] tradicionalmente sustenta-se que Kelsen sofre influência de uma dupla fonte de inspiração em suas ideias metodológicas vertebrais: Kant e o positivismo científico, respectivamente redefinidos pelo neokantismo e o positivismo lógico. A fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a teoria pura do Direito.

Na mesma linha de raciocínio, Ferreira Neto<sup>335</sup> entende que o positivismo científico de Comte influenciou de forma difusa e indireta a teoria pura do direito, mediante as considerações ontológicas e epistemológicas que foram utilizadas para definições de realidade, ciência e filosofia, e diretamente nas considerações do fenômeno jurídico.

#### 3.2.1 O positivismo científico de Auguste Comte e o positivismo lógico do Círculo de Viena

O filósofo francês Isidore Auguste Marie François Xavier Comte<sup>336</sup> (1798-1857), no “Curso de filosofia positiva”, entende que o desenvolvimento do pensamento humano é regido por uma lei fundamental, que denomina de lei dos três estados, que representa o estágio de desenvolvimento histórico desse pensamento. Esse progresso compreende um progresso que vai do primário ao mais complexo. Esses estados seriam o teleológico, o metafísico e o positivo.

No estágio teleológico, o homem está preso às crenças religiosas, e o conhecimento não é alcançado pelos sentidos ou pela razão, mas pela revelação. No estágio

333 “O neokantismo, que domina a filosofia acadêmica pelos menos durante o meio século entre 1870-1920, todavia, não quer simplesmente repetir mecanicamente Kant. Em regra, seus representantes estão convencidos de que ‘compreender Kant é ir além dele’ (Wildelband).” (HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005, p. 333).

334 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2, p. 131.

335 FERREIRA NETO, Arthur Maria. O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico. 2013. 301 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

336 COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Buenos Aires: Editora Need, 2004.

metafísico, que é considerado uma transição para o estado positivo, há uma substituição do aspecto religioso, sobrenatural, pelas forças abstratas, que são entidades físicas capazes de compreender e revelar os sentidos dos fenômenos observados.

O terceiro e último estado é o estado positivo. Em razão da falibilidade e incapacidade humana de conhecer a origem e a finalidade do universo, o ser humano passa a compreender os fenômenos por meio do método científico e de uma filosofia que permita superar os três estados<sup>337</sup>, que, para Comte, é a filosofia positiva.

É nesse momento que surge o positivismo científico, com uma proposta metodológica clara de libertar o homem do estado teleológico – crenças religiosas – e da metafísica – daquilo que não pode ser empiricamente comprovado. Nas palavras de Conceição<sup>338</sup>, “o positivismo surgiu do interesse de Comte em libertar o homem das crenças religiosas e da especulação metafísica, calcada na objetividade, de tal forma que a sociedade deveria ser encarada como objeto de pura observação e considerava pura pretensão a busca pela verdade ou a ideia de sociedade justa”.

Ao seguir o curso do avanço científico do início do século XIX, o positivismo de Comte reconheceu e recebeu o cientificismo justamente para organizar o conhecimento humano a partir de um método científico e empírico, e se afastar completamente da metafísica, e com isso aceitar a ideia reinante desse período histórico de que o único conhecimento válido e, portanto, científico, é aquele produzido a partir da racionalidade do método das ciências da natureza, o que implica dizer que o fenômeno jurídico deveria ser estudado com o método das ciências da natureza.

O positivismo da virada do século até meados do século XX – positivo clássico de Comte - também está imbuído do sentimento de objetividade do conhecimento e da neutralidade axiológica como condição para o conhecimento ser considerado científico. Logo, para que o conhecimento positivista fosse considerado como científico, tinha que satisfazer as exigências da objetividade e neutralidade.

Nesse sentido, o critério epistemológico utilizado por Comte para estudar a sociologia, por exemplo, seria o mesmo a ser empregado no estudo da ciência jurídica, não havendo um rigor da linguagem jurídica, mas certa dependência da sociologia, como se a teoria positivista dependesse da sociologia para construir sua estrutura.

---

337 SOUZA, Daniele Cristina. O positivismo de Auguste Comte e a educação científica no cenário brasileiro. **REAMEC - Rede Amazônica de Educação em Ciências e Matemática**, Cuiabá, v. 8, n. 1, p. 29-42, jan./abr. 2020.

338 CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique da. Positivismo, política e educação: notas acerca do pensamento político comtiano. **Temas & Matizes**, [s. l.], v. 5, n. 9, p. 43-56, jan./jun. 2006, p. 45.

Ora, a ciência positivista de Comte “pautava-se em uma não-diferenciação de estatuto, na qual os pressupostos epistemológicos atenderiam às demandas tanto do investigador da realidade natural como aquelas decorrentes da realidade social”<sup>339</sup>, o que será duramente questionado por Kelsen, na sua obra “Teoria pura do direito”.

O positivismo lógico se insere no campo de estudo do Círculo de Viena, importante concepção filosófica da ciência, e analisou o fenômeno jurídico sob a premissa fundamental do Empirismo Lógico, além de estudar questões relativas à ciência, à lógica e à linguagem, constituída inicialmente por Hans Hahn, Otto Neurath, Victor Kraft, Herbert Feigl, Friedrich Waismann, Philipp Frank, Carl Hempel, Karl Popper, Moritz Schlick e Rudolf Carnap<sup>340</sup>.

Cofré<sup>341</sup> entende que entre 1915 e 1925 foi gestado o pensamento filosófico-científico e antimetafísico que ficou conhecido como a Escola de Viena, e posteriormente, em 1930, consolidou-se como o Círculo de Viena, de grande influência na construção epistemológica da nova ciência europeia. Porém, Haller<sup>342</sup> descreve que existiram dois Círculos de Viena, o primeiro nascido em 1907 e permanecendo ativo até 1912, cujos representantes foram Hans Hahn, Otto Neurath, Victor Kraft, Herbert Feigl, Friedrich Waismann, Philipp Frank, Carl Hempel, Karl Popper, Moritz Schilick e Rudolf Carnap, mas não descreve o início e o fim do segundo Círculo de Viena. Acrescenta que os temas centrais de suas discussões das quintas-feiras eram os problemas da filosofia da ciência e da metodologia, e a partir de Frank eram também os problemas políticos, históricos e até religiosos.

Por sua vez, o positivismo lógico, também chamado de neopositivismo, é uma proposta que pretende estudar o fenômeno jurídico a partir do critério epistemológico do verificacionismo lógico. A ideia central do neopositivismo ou empirismo lógico é a de estudar um “dado” da realidade, é dizer, um recorte fático e concreto da realidade, distante dos parâmetros de cognoscibilidade da metafísica, assim como fez o positivismo científico, mas se distancia na medida em que o sentido dessa realidade, que o positivismo lógico chama de proposição, precisa ser avaliado como coerente ou incoerente, verdadeiro ou falso, de um

339 LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003, p. 15.

340 LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

341 COFRÉ, Juan O. Kelsen, el formalismo y el “Círculo de Viena”. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 35, n. 2, p. 36-47, jul./dez. 2011.

342 HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**: questões. Tradução Norberto de Abreu e Silva Neto. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1990.



ponto de vista eminentemente lógico, e não empirista.

Nas palavras de Luz<sup>343</sup>, tem-se, “de um lado, uma perspectiva empirista, quando elege a demarcação do critério de verdade a partir da verificação do ‘dado’ que pode ser expresso pela proposição e, de outro, a lógica, que trata de avaliar a coerência das proposições na aferição de suas verdades ou falsidades”.

A análise dessa proposição é de um plano eminentemente lógico, independentemente de corresponder à realidade, ou com a pretensão de contrariar o que diz a natureza. O empirismo lógico enuncia que uma proposição pode ser logicamente possível, sem que a sua veracidade ou falseabilidade esteja a depender de um verificacionismo empírico, mas exclusivamente de um verificacionismo lógico.

Sua aproximação em relação ao positivismo lógico se dá quando Kelsen se afasta das especulações metafísicas e traz para a ciência do direito a metalinguagem do direito, uma linguagem lógica de construção dos conceitos jurídicos a partir da linguagem-objeto. Dessa forma, a ciência jurídica possui uma linguagem lógica – a metalinguagem – independente da linguagem objeto, procurando constituir um conhecimento puro, racional e lógico. Com esse rigor conceitual, está construída a base sólida que separa o dever-ser do ser, a realidade social da realidade jurídica.

Com a metalinguagem, o positivismo lógico traz mais uma importante contribuição para retirar a ciência do direito do campo das especulações metafísicas, e com isso dar um passo à frente em relação ao positivismo científico, a ponto de receber a denominação de neopositivismo.

Em resumo, as influências do neopositivismo na teoria kelseniana são: “(i) a cisão entre linguagem objeto e metalinguagem; (ii) a aposta em critérios lógicos na construção da metalinguagem; e, por fim, (iii) o afastamento de toda especulação metafísica, tendo como base sempre o empírico”<sup>344</sup>.

### **3.2.2 Kant e o neokantismo**

A influência de Kant na teoria do direito de Kelsen ocorreu justamente na fase clássica de Kelsen (1921-1960), precisamente no segundo período dessa fase (1921-1935), em que os argumentos neokantianos são invocados como meio para resolver o problema da

343 LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. *Seqüência*, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003, p. 19.

344 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 42.

normatividade da teoria pura do direito. E o argumento tomado emprestado de Kant para conferir normatividade à realidade examinada é o primado do princípio da pureza metodológica<sup>345</sup>, utilizado tanto para se afastar da metafísica quanto para se afastar da abordagem realizada pelo empirismo<sup>346</sup>.

É nessa fase que o Mestre de Viena inaugura seu próprio construtivismo jurídico, por entender que a ciência do direito constrói seus próprios conceitos a partir do direito positivo, ou seja, das normas postas, já que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas, e não dos fatos como entendia Jhering. A realidade, é dizer, as normas jurídicas, é reconstruída mediante proposições jurídicas, um conceito eminentemente científico, criado pela ciência do direito. Dessa forma, “Kelsen segue a Filosofia transcendental kantiana e neokantiana de construção de conceitos científicos”<sup>347</sup>, “mas [a] aplica de forma parcial, [...] somente para estabelecer os conceitos deônticos intelectivos puros, constitutivos do sistema normativo legal, as condições a priori da ordem jurídica positiva, as categorias jurídicas”<sup>348</sup>.

Paulson<sup>349</sup> destaca que o desenvolvimento inicial de Kelsen contra a facticidade e a introdução da tese da normatividade fazem parte de sua primeira fase, e que o construtivismo crítico quase não recebeu atenção da literatura americana. Construtivismo crítico<sup>350</sup> é uma continuação genealógica que se iniciou com a Escola Histórica do Direito, com Savigny, passou pela Jurisprudência dos Conceitos e por Jhering tardio, até chegar a ser recepcionado de forma crítica por Kelsen, o qual defendeu um construtivismo racional, por meio do qual seria possível a construção de um sistema jurídico a partir do dever-ser, segundo o qual toda lei é produto da vontade do legislador.

---

345 Com a aplicação do princípio da pureza metodológica, Kelsen defende a tese de que a ciência do direito deve se preocupar exclusivamente com a explicação do domínio normativo. Nas explicações de Warat, “Kelsen considera válida a multiplicidade de abordagens sobre o fenômeno jurídico, exigindo apenas uma complementariedade externa que não comprometa a formulação de um critério deliberativo para as proposições jurídicas da Ciência Jurídica. Este critério deve basear-se necessariamente em elementos normativos.” (WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 115).

346 Justamente por não se fundar na realidade, mas em uma norma que não existe, pois é uma ficção, e por não conseguir descer na prática a ponto de não explicar o costume jurídico, a teoria de Kelsen é criticada (LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus**. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022).

347 MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito**. 2017. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017, p. 39.

348 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2, p. 146.

349 PAULSON, Stanley L. **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Reino Unido: Oxford University Press, 1999b.

350 Nesse sentido, MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito**. 2017. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

Contudo, é o Kant da “Crítica da razão pura<sup>351</sup>”, e não o Kant da “Crítica da razão prática”, da “Fundamentação da metafísica dos costumes” e da “Metafísica dos costumes” que ajudará Kelsen a desenvolver a normatividade de sua teoria pura do direito. Isso porque o Kant da “Crítica da razão prática”, da “Fundamentação da metafísica dos costumes” e da “Metafísica dos costumes” entende que a fundamentação última do direito está na metafísica e nos princípios universais da razão/jusnaturalismo, enquanto Kelsen procura se afastar da especulação metafísica, ao reconhecer que a ciência jurídica deve se preocupar com o sentido objetivo a ser extraído da norma jurídica a partir de um critério eminentemente jurídico, leia-se, da metalinguagem.

Para se afastar da fundamentação metafísica, Kelsen<sup>352</sup> afirma que tanto as normas da moral como as normas do direito positivo são o sentido de fatos empíricos, e tanto a ética como a ciência jurídica podem ser designadas como ciência empírica, mesmo que não tenham por objeto fatos, mas sim normas.

Nesse aspecto, há um distanciamento de Kelsen em relação a Kant, e uma aproximação em relação ao positivismo científico e ao neopositivismo lógico. Essa informação, contudo, merece ser melhor explicitada, em razão da necessidade de se explicar aspectos pontuais do positivismo científico e do neopositivismo lógico que foram utilizados para a construção da teoria pura do direito.

O positivismo jurídico de Kelsen, enquanto objeto da ciência jurídica, é fruto de condutas humanas<sup>353</sup>, e nesse aspecto se aproxima do pensamento do filósofo francês<sup>354</sup>, mas o

---

351 Para Kelsen, o termo metafísica é empregado em um sentido bem mais restrito do que o utilizado por Kant. Em Kelsen, a metafísica pode ser entendida como tudo aquilo que não pode ser empiricamente comprovado, ou seja, apreendido pelos sentidos. Na sua opinião, “o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 246). Em Kant (*apud* ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 24), porém, “o termo metafísica é empregado em sentido muito amplo, significando tanto a investigação dos fundamentos filosóficos da ciência quanto o conjunto de questões que o homem se coloca diante do mundo”.

352 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 405, Nota de rodapé 1 do capítulo 2.

353 Somente a partir da segunda edição da “Teoria pura do direito”, de Kelsen, que aconteceu nos anos 1960, é que os fatos e os atos passaram a integrar o conteúdo da norma jurídica, passaram a ser objeto de estudo da ciência jurídica. Nesse sentido, é a afirmação de MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito**: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito. 2017. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

354 O filósofo francês entende que se faz necessário reconhecer as realidades coletivas e que as leis devem ser retiradas da experiência, e não de conceitos *a priori*, metafísicos, como fizeram os legisladores do Código Civil Francês de 1804 (CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Tradução Diogo Leite de Campos. Coimbra: Editora Almedina, 1979). Em linhas gerais, o positivismo científico de Comte legou ao direito a valorização dos discursos de validade em detrimento dos discursos de legitimidade, a centralização dos estudos na legislação e/ou precedentes que puderem ser empiricamente observados e/ou comprovados, e a utilização de métodos lógicos-substantivos na interpretação e aplicação do direito (STRECK, Lenio Luiz.

fundamento não é sociológico, e sim normativo, no sentido de que a ciência do direito procura estudar o direito posto do ponto de vista do mundo do dever-ser, e não do mundo do ser, ou seja, procura realizar uma avaliação deôntica das atividades humanas. Procura, em última análise, estudar as normas, e não os fatos, mesmo que as normas se refiram a fatos empíricos.

Esse é o ponto utilizado por Kelsen para, diferentemente do que foi anunciado pelo positivismo científico, defender que o fenômeno jurídico deveria ser estudado a partir de uma linguagem lógica de atribuição de significados construída pela própria ciência do direito, “que não fosse refém da subjetividade da linguagem natural (linguagem objeto)”<sup>355</sup>.

Kelsen não pretende estudar os fatos constitutivos das normas jurídicas, que têm a missão de descrever o direito positivado, muito menos emitir juízo de valor sobre a realidade. Como dito, da ordem do ser não pode derivar o dever-ser, como bem descreve a guilhotina de Hume. Kant, por exemplo, na obra “A metafísica dos costumes”, fundamenta o direito na razão<sup>356</sup> e no direito natural, que teria precedência sobre as leis positivas<sup>357</sup>, o que contraria o princípio da pureza metodológica de Kelsen.

Os fenômenos jurídicos não se constituem por sua mera faticidade, não é a mera observação empírica das atividades humanas que faz surgir a qualificação jurídica<sup>358</sup>. O que qualifica uma atividade humana como jurídica é uma avaliação deôntica. “Os conceitos fundamentais têm que provir do pensamento e não de experiência, através do qual sua apresentação racional é necessariamente apriorística e como condição de sentido lógico do conhecimento<sup>359</sup>.” Com esse entendimento, Kelsen dá um salto para se distanciar do positivismo científico e construir uma abordagem própria e específica dos fenômenos sociais, a partir das contribuições do Círculo de Viena, com o neopositivismo, também chamado de positivismo lógico.

---

**Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017).

355 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 40.

356 “O que está estatuído como Direito (quid sit juris), quer dizer, aquilo que as leis dizem ou disseram num dado lugar e num dado momento pode ele muito bem indicá-lo: mas se também é justo aquilo que prescreviam e o critério geral para reconhecer tanto o justo como o injusto (iustum et iniustum) permanecer-lhe-ão em absoluto ocultos se ele não abandonar por algum tempo aqueles princípios empíricos e se não buscar as fontes daqueles juízos na mera razão (mesmo que essas leis possam para tal servir perfeitamente como fio condutor) como único fundamento de uma legislação positiva possível. Uma doutrina do Direito meramente empírica é (tal como a cabeça de madeira da fábula de Pedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro.” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad., apresentação e notas de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 48).

357 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad., apresentação e notas de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

358 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2.

359 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2, p. 136.

Estabelecida a premissa de que o problema maior não é o de saber se se pode conhecer por intermédio da razão ou da experiência, mas sim o de estabelecer os limites do conhecimento racional e empirista, e ainda diante do fracasso do idealismo alemão, surgido nas décadas de 1870 a 1920, a revalorização da doutrina empírico-científica de Kant<sup>360</sup> pode ser vista como uma necessidade inadiável, que se denominou de neokantismo.

Em Consani<sup>361</sup>, “o neokantismo é um movimento de retorno ao pensamento de Immanuel Kant, surgido na Alemanha em meados do século XIX”, com a proposta clara de revalorização da doutrina empírico-científica de Kant (e não de seu enfoque mais idealista), e um redimensionamento da filosofia, que passa a ser vista como uma teoria do conhecimento<sup>362</sup>.

O neokantismo<sup>363</sup> possui duas escolas<sup>364</sup>: a Escola de Marburgo, representada por Friedrich Albert Lange, Hermann Cohen (1842-1918), Paul Natorp (1854-1924) e Ernest Cassirer (1874-1945), e a Escola de Baden<sup>365</sup> e Heidelberg, integrada por Wilhelm Windelband (1848-1915), Heinrich Rickert (1863-1936), Wilhelm Dilthey (1833-1922), Max Weber (1864-1920), Georg Simmel (1858-1918) e Bruno Bauch. A primeira Escola concentra-se no estudo sobre a “Crítica da razão pura” de Kant, publicada em 1788, e sobre os conceitos de valor e dever-ser, constituindo uma deontologia<sup>366</sup>. A segunda Escola investiga as condições do sujeito diante da teoria do conhecimento<sup>367</sup>. Foi o neokantismo da Escola de

---

360 MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

361 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016, p. 127.

362 MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

363 O neokantismo também é chamado de segundo retorno a Kant, pois o primeiro retorno a Kant seria o idealismo. Por isso se diz que o neokantismo surgiu em razão da ruína do idealismo alemão (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996).

364 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

365 Na primeira escola tem-se o desenvolvimento da filosofia como teoria do conhecimento e como disciplina fundante das ciências naturais matemáticas e das ciências culturais (do espírito). A segunda escola do neokantismo, chamada de Heidelberg ou sudoeste alemã (bádica), trabalha a diferença metodológica entre as ciências da cultura (do espírito) e as ciências naturais, além de ter desenvolvido uma teoria constitutiva do significado dos valores (HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005).

366 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

367 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

Marburgo que mais influenciou Kelsen<sup>368</sup>, que realizou um estudo gnosiológico do objeto da ciência jurídica para alcançar a pureza metodológica<sup>369</sup>. Apesar das ramificações, o neokantismo possui uma base comum, a negação da metafísica e a redução da filosofia à teoria do conhecimento<sup>370</sup>.

É justamente na negação da metafísica que Kelsen se aproxima do neokantismo, na medida em que adota um critério epistemológico formal-normativo fornecido pelo próprio direito para estudar os fenômenos jurídicos. Quando rejeita a metafísica, deseja se afastar de tudo aquilo que não pode ser cientificamente testado, validado e comprovado. E para que isso seja possível, recorre às normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas, é dizer, a partir da diferenciação entre direito e ciência do direito.

Assim como é possível uma interpretação dos fatos naturais alheia a toda metafísica, Kelsen defende que isso também seja possível na ciência do direito<sup>371</sup>, desde que o sistema seja visto como um conjunto de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas. Nos seus excertos:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo<sup>372</sup>.

368 MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

369 Adeodato diz que o reflexo da Escola de Marburgo pode ser visto na filosofia do direito de Rudolf Stammler, Hans Kelsen e do italiano Giorgio del Vecchio, ao transferirem para o estudo do direito parte da gnosiologia e a busca pela pureza metodológica (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996).

370 CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

371 “Com isso, percebe-se que duas coisas parecem bem importantes a Kelsen para que a autonomia da ciência do direito seja fundamentada. Uma é separar direito de ciência do direito; a outra é diferenciar dois planos lógicos incomunicáveis, o ser e o dever-ser, uma forma que parece ser um pressuposto de suas considerações. Mas Kelsen não a inventa. Ele, aqui, realiza suas observações a partir de uma posição semântica muito difundida à sua época. O entendimento da pureza da teoria pura depende dessa contextualização.” (MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010, p. 201).

372 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 225-226.

Kelsen também se aproxima de Kant ao promover a distinção entre ser (*Is*) e dever-ser (*Ought*), tão essencial para fundamentar a autonomia metodológica da ciência do direito. E essa distinção não precisa de muito aprofundamento, por ser um dado imediato da consciência, e ninguém pode negar que um enunciado por meio do qual se descreve um fato é distinto de um enunciado com o qual se descreve uma norma<sup>373</sup>. Ainda na linha de raciocínio de Kelsen, descrever um ser fático, o ser – a norma jurídica –, é bem diferente de enunciar uma proposição jurídica – dever-ser –, com a qual se descreve uma norma, e da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser.

Kelsen<sup>374</sup> defende que “é impossível deduzir uma conclusão de ética de premissas inteiramente não-éticas”, que o conhecimento do dever-ser deve ser alcançado dentro do direito, a partir dele e em função dele, e não a partir do ser, ou seja, que é impossível passar do ser para o dever-ser, inferir um valor a partir de um fato<sup>375</sup>.

Apesar de se aproximar de Kant, a diferença entre ser e dever-ser é uma construção teórica de Hume<sup>376</sup>, o qual “afirmava ser inviável a construção de um sistema moral a partir da ontologia, como acreditavam alguns de seus contemporâneos”. É a “guilhotina de Hume”, é dizer, a impossibilidade de passar do ser para o dever-ser<sup>377</sup>. O mundo do dever-ser não deriva do ser, do ser não derivam proposições jurídicas.

Na “Crítica da razão pura”, Kant<sup>378</sup> vai refutar o ceticismo de Hume e explicar o fato de que o homem pode estabelecer uma correspondência entre juízos intelectuais e objetos sensíveis, objetos produzidos pela mente e que estão fora dele<sup>379</sup>. Sua preocupação consiste em construir uma teoria do conhecimento que tenha por base fixar os limites do conhecimento empírico e racional. Nas explicações de Adeodato:

---

373 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

374 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 399.

375 *Apud* MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

376 *Apud* MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010, p. 195.

377 Hume era um ceticista, ao concluir que o empirismo não tinha plausibilidade enquanto teoria do conhecimento, e que o conhecimento não é apenas em vão como também impossível (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996). Nas palavras de Kant, Hume é talvez o mais habilidoso de todos os céticos (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. e notas de Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015).

378 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. e notas de Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015.

379 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

A pergunta fundamental é: quais as condições de possibilidade da razão pura e da experiência, como existem elas em nós e diante de nós? Ou em outras palavras: como é possível ao aparato cognoscente do ser humano, que é interior e subjetivo, afirmar, negar ou transmitir algo sobre um mundo que é interior a nós mesmos? Encontrada a resposta, pelo menos assim o julgava Kant, estaria estabelecida a ponte entre os dois mundos e a base de todo o conhecimento<sup>380</sup>.

A construção do sistema jurídico de Kelsen não parte da vontade do legislador ou de fatos empíricos, mas do ato de conhecer as normas jurídicas mediante a proposição jurídica, que faz um conhecimento objetivo de um ato subjetivo. “Kelsen salva a incomunicabilidade entre ser e dever-ser, entre forma e conteúdo, sendo profundamente neokantiano”<sup>381</sup>.

Com essa proposta, Kelsen inicia sua empreitada teórica para construir uma metodologia própria, e com isso deixar assentado que o único método capaz de conferir caráter científico à ciência do direito<sup>382</sup> é o método lógico-normativo, justamente porque o normativismo de Kelsen deduz o direito a partir das normas mediante as proposições jurídicas. As normas são ato de vontade, mas o estudo que se faz dessas normas é descritivo, uma análise puramente objetiva, mantendo-se a diferença entre vontade e conhecimento, que será de grande importância para o entendimento do capítulo VIII - interpretação jurídica - da “Teoria pura do direito” de Kelsen. Vontade contida na norma jurídica, que é o objeto de estudo da ciência do direito, e estudo descritivo dessa norma jurídica mediante proposição jurídica.

Fala-se, por isso, em norma jurídica como ato de vontade – subjetivo – direito positivo -, e em proposição jurídica como ato de conhecimento – objetivo - ciência do direito. O normativismo de Kelsen não cria ou produz as normas, apenas as estuda de um ponto de vista normativo, científico.

### 3.3 Ciência da natureza e ciência do direito: causalidade e imputação

O paradigma epistemológico científico-naturalista reinante no início do século

380 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 24.

381 MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010, p. 210.

382 Para Warat, a ciência do direito produz seu próprio objeto, mas essa produção não pode ultrapassar o território gnosiológico, misturar-se com as formas de produção e aplicação do direito realizadas pelos diversos órgãos com autoridade jurídica (WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983).



XVII até a última década do século XIX<sup>383</sup> era o método investigativo das ciências da natureza (*naturwissenschaften*), inadequado, segundo Kelsen, ao estudo da ciência do direito, enquadrada por Dilthey<sup>384</sup>, um dos integrantes do neokantismo alemão e da Escola de Baden, como ciência do espírito (*geistwissenschaften*).

Em Kelsen<sup>385</sup>, as chamadas leis naturais são determinadas por uma ordem das coisas ou um sistema de elementos ligados uns com os outros numa relação de causa e efeito, de modo que a ciência social deve descrever seu objeto segundo o princípio da causalidade, que procura investigar a causa dos fenômenos sociais por meio da lógica do ser, “dado A, é B”. Quando um metal é aquecido, dilata-se. Há uma relação de causa e efeito entre o calor e a dilatação. As ciências humanas e as ciências naturais têm métodos e objetos de estudos diferentes, por isso a ciência do direito não pode se utilizar do método das ciências naturais para estudar o direito<sup>386</sup>.

Mas é quando a análise tem por objeto a conduta dos homens entre si sempre que determinada por normas, ou seja, as normas que determinam essa conduta, diz Kelsen<sup>387</sup>, que se pode considerar uma sociedade como diferente da outra, no caso, uma sociedade normativa, uma ciência normativa, diferente da sociedade causal, de uma ciência causal da natureza:

Somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguindo da

383 LIMA, Guilherme Almeida de. A dualidade epistemológica da metapsicologia freudiana: ciências da natureza ou ciências do espírito. **Revista Paranaense de Filosofia**, União da Vitória, v. 2, n. 1, p. 97-118, jan./jun. 2022.

384 Na obra “Introdução às ciências do espírito”, de 1883, e publicada no México em 1949, o alemão Wilhelm Dilthey desenvolveu um método de estudo para o conhecimento das ciências do espírito. O método correto para analisar as ciências do espírito seria a compreensão, e a explicação como método das ciências da natureza, que investigam a causa dos fenômenos sociais, enquanto as ciências humanas investigam a compreensão dos fatos históricos (DILTHEY, Wilhelm. **Introdução a las ciencias del espíritu**: en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia. Versão revisada, prólogo e notas de Eugenio Imaz. México: Editora Fondo de Cultura Economica, 1949).

385 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

386 Sobre a diferença do método e do objeto das ciências humanas e das ciências naturais, Martins destaca que Dilthey estabeleceu o método e o objeto de estudo não apenas da ciência da história, mas também de todas as ciências humanas, inclusive da ciência do direito. O objeto das ciências naturais seriam os fatos naturais, e o método para estudá-los seria o princípio da causalidade. O objeto de estudo das ciências humanas seria o mundo sócio-histórico e o método seria o da compreensão dos fatos históricos (MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito**: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito. 2017. 177 f. Tese [Doutorado em Direito] – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017).

387 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza<sup>388</sup>.

Mantendo-se firme no propósito de alcançar pureza metodológica, o objeto de sua teoria será analisado a partir de critério epistemológico desenvolvido e limitado pela própria ciência do direito. Esse objeto de investigação é o direito, ou seja, um sistema de normas, uma ordem normativa, o direito positivo, que será estudado pela ciência do direito mediante o princípio da imputação<sup>389</sup>.

Ora, se a ciência da natureza descreve seu objeto de estudo mediante o princípio da causalidade, como uma ordem de coisas que estão ligadas umas com as outras numa relação de causa e efeito, lógica do ser, a ciência do direito descreve seu objeto, o direito positivado, mediante a imputação, lógica do dever-ser, “dado A, deve-ser B”.

Tem-se, portanto, o princípio da causalidade, que rege o objeto de estudo da lei natural, e o princípio da imputação<sup>390</sup>, que rege a lei jurídica.

### 3.4 Norma jurídica e proposição normativa

Na relação entre o direito e a ciência do direito, e para delimitar o objeto da ciência jurídica, Kelsen distingue entre norma jurídica e proposição jurídica. Se o direito é um conjunto de normas jurídicas, a ciência do direito precisa de um conceito para descrever as normas de dever-ser, para explicar que, se ocorrer o suporte fático contido na norma jurídica, deverá ocorrer a consequência nela prevista, sem qualquer sentido prescritivo, tão somente descritivo.

388 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

389 Com essa estruturação, a ciência do direito alcançou o *status* científico, pois contou com objeto de estudo, o direito positivo, um método adequado, o princípio da pureza metodológica, e um rigor conceitual das estruturas analisadas. Nesse sentido, conferir MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

390 “Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação. Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve seu objeto, o Direito – quer seja um Direito Nacional ou o Direito Internacional –, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. [...] Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. [...] Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto –, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 86-87).

A norma jurídica (*rechtsnorm*) seria um enunciado prescritivo, um comando, atribuição ou autorização no âmbito do dever-ser prescrito por atos volitivos das autoridades jurídicas, legislador, Administração Pública ou juiz<sup>391</sup>, ao impor certas obrigações ou conferir direitos. A norma não se confunde com a vontade que a constituiu, apesar da vinculação, já que inexistente norma sem vontade que sempre a constitua. A norma é um dever-ser.

Ressalta Valadão<sup>392</sup> que se concebeu uma definição de norma jurídica compatível com as exigências de pureza do conceito de ciência do direito nas obras tidas como as principais da teoria pura do direito, a saber: i) “Problemas fundamentais da teoria do direito público”, de 1911; ii) “Teoria geral do Estado”, de 1925; iii) “Teoria pura do direito”, 1ª edição, de 1934; iv) “Teoria geral do direito e do Estado”, de 1945; v) “Teoria pura do direito”, 2ª edição, 1960; e vi) “Teoria geral das normas”, obra póstuma editada e publicada em 1979.

A norma é uma interpretação objetiva de uma vontade subjetiva. Com Kelsen<sup>393</sup>, “na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”. Com Streck<sup>394</sup>, a descrição objetiva e neutral das normas produz proposições, e essa relação entre normas e proposição é meramente sintática.

As normas jurídicas são, pois, prescrições, é dizer, um comando, uma permissão ou uma autorização proveniente de quem tem autorização legal para produzir direito, o que implica dizer que se constitui no próprio objeto do direito positivo, pouco importando o conteúdo dessa norma, pois todo e qualquer conteúdo pode ser direito<sup>395</sup>. O fundamento de validade de uma norma jurídica está na afirmação de que essa norma foi produzida em conformidade com a norma fundamental<sup>396</sup>. O que importa, portanto, é a forma, a origem, e não o conteúdo que encerra.

A norma jurídica funciona como esquema de interpretação, pois é a norma que confere significado jurídico ao fato ou à conduta humana. “A norma jurídica funciona como esquema de interpretação determinante do sentido deontico dos fatos”<sup>397</sup>. Em Kelsen:

391 Nesse sentido, CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 279-291, out./dez. 2008.

392 VALADÃO, Rodrigo Borges. A delimitação do objeto da ciência jurídica na teoria pura do direito. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 468-493, set./dez. 2019.

393 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 6.

394 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

395 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

396 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

397 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2, p. 133.

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma<sup>398</sup>.

Já as proposições jurídicas (*rechtssatz*) seriam enunciados descritivos no âmbito do ser reconstrutivos das normas jurídicas, não prescritores de qualquer conduta. São estruturadas como juízos hipotéticos, nos termos de que “Se A, deve-ser B”. Sua função primordial não é de prescrever condutas, mas de anunciar e reescrever as normas jurídicas de acordo com o seu conhecimento. São enunciados formulados pela ciência do direito, por meio dos quais o cientista do direito descreve seu objeto de estudo, que é a realidade normativa, a norma jurídica, não havendo a mínima dúvida de que a proposição jurídica é uma atividade gnosiológica. Como bem esclarece Luz<sup>399</sup>, “se a proposição jurídica é produto de uma atividade gnosiológica, a norma jurídica é produto da autoridade jurídica”.

Assim, no campo do objeto da ciência do direito tem-se as proposições jurídicas, com a função meramente cognitiva e descritiva, e no campo do objeto do direito tem-se a norma jurídica, como ato de vontade<sup>400</sup>. A distinção entre proposição jurídica e norma jurídica é de natureza qualitativa (prescrição/descrição)<sup>401</sup>. Outra diferença é que as normas jurídicas podem ser válidas ou inválidas, a depender de serem provenientes ou não de outra norma válida.

As proposições são avaliadas a partir do crivo da veracidade ou inveracidade, em que será possível verificar a veracidade ou não da descrição propositiva da norma jurídica. A descrição objetiva do dado contido na norma pode ou não corresponder à vontade contida na norma, o que invariavelmente remete ao empirismo lógico conceitual do Círculo de Viena, o

398 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

399 LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003, p. 24.

400 Para Kelsen, “a distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verdadeiras ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverídicas” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 82).

401 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 279-291, out./dez. 2008.

que só reforça a tese de que Kelsen sofreu influência do neopositivismo lógico<sup>402</sup>.

Por essa razão é que Kelsen traz a interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade, em que se deve distinguir a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito da interpretação realizada pela ciência jurídica, entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica e, portanto, entre o produto de uma e de outra. Por consequência lógica, o cientista do direito, no âmbito da ciência do direito, não pode fazer qualquer juízo de valor ao descrever uma proposição jurídica, sob pena de ferir de morte o princípio da pureza metodológica e valorativa da teoria pura do direito<sup>403</sup>.

Kelsen parte, ainda, da distinção entre causalidade, regida pela lógica do ser e da natureza, portanto, categoria metajurídica, e imputação, categoria do conhecimento normativo e objeto de análise do cientista do direito, para diferenciar o estudo do comportamento humano feito pela ciência do direito do estudo levado a cabo pelas ciências da natureza. O nexa da ciência jurídica com o objeto estudado é de imputação, e não de causalidade, pois a ligação de causa e efeito existente na proposição jurídica é produzida por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, enquanto a ligação de causa e efeito independe de qualquer intervenção dessa natureza<sup>404</sup>.

A descrição da norma jurídica pela ciência do direito será feita mediante uma proposição jurídica, mas o procedimento metodológico utilizado para a construção dessa proposição jurídica não será o mesmo empregado pelas ciências da natureza. A conexão entre a norma jurídica, o mundo fático e a ciência do direito, que lhe conferirá normatividade, será feita pelo princípio da imputação, presente no âmbito do dever-ser, da normatividade. A norma jurídica, portanto, será descrita pela proposição jurídica, que realizará uma descrição científica neutra da conduta humana positivada, a partir de um critério normativo.

Como o objeto de estudo é a ordem normativa de conduta, o direito deve descrever seu objeto, alerta Kelsen<sup>405</sup>, segundo um princípio diferente do da causalidade, por desejar exclusivamente uma interpretação normativa do comportamento humano, sem qualquer preocupação com o aspecto volitivo das manifestações humanas. Essa preocupação deve constituir o objeto de estudo da política do direito, mas não da ciência do direito.

---

402 Nesse sentido é o entendimento de Luz (LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003) e de Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017).

403 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

404 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

405 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Logo, não é do interesse de sua teoria pura estudar as causas e os efeitos desse comportamento, mas somente o aspecto normativo que o envolve. É nesse sentido que se diz que na teoria pura do direito de Kelsen a conduta humana é apenas objeto da ciência do direito enquanto constitui objeto das normas jurídicas, é dizer, objeto formal de estudo do direito.

Por ser uma ciência normativa, procura-se realizar uma descrição formal da norma jurídica, uma abordagem formalista da ciência do direito, sem considerações ou interesses práticos. Não é por outra razão que Kelsen<sup>406</sup> chega a afirmar que sua teoria não exerce qualquer função ético-política, tão somente uma função teórico-gnoseológica, é dizer, não serve nunca para necessidades práticas<sup>407</sup>.

### 3.5 O fundamento da norma fundamental

O fundamento da norma fundamental deve ser buscado no puro pensamento, na ciência do direito<sup>408</sup>, e não fora dela, ou seja, no mundo do dever-ser jurídico, e não no mundo do ser. A norma representa o fundamento de validade de outra norma, a norma inferior busca seu fundamento na norma superior, e essa norma superior, mais elevada, tem de ser pressuposta, vez que não pode ser posta por uma autoridade superior, pois essa autoridade também teria que se fundar em uma autoridade ou norma superior, o que conduziria ao infinito, a um elo interminável de fundamentação, *regressus ad infinitum*.

---

406 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

407 MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito**. 2017. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

408 Comparando-se com a regra de reconhecimento de Hart, pode-se afirmar que a norma fundamental de Kelsen fecha o sistema jurídico a partir de uma linguagem lógico-formal, analisando os fenômenos sociais sob o prisma da normatividade, enquanto a regra de reconhecimento de Hart é aberta, sendo influenciada pelas metáforas do jogo segundo Wittgenstein e pela porosidade da linguagem, inclusive da linguagem jurídica. Em razão dessa abertura é que Hart irá defender no pós-escrito que a regra de reconhecimento poderá incorporar critérios morais de validade jurídica (ANDRADE FROELICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese [Doutorado em Filosofia] - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017).

Essa norma fundamental é uma ficção<sup>409</sup>, uma abstração, puro pensamento, não positivada, que apenas se pressupõe como sendo o fundamento de validade de todas as normas do sistema jurídico, válidas a partir de um sistema eminentemente formal, dinâmico e piramidal.

Na obra póstuma “Teoria geral das normas”, Kelsen corrige-se a si mesmo, dando à norma fundamental conceituação nova e definitiva. Nessa nova conceituação, a norma fundamental passou a ser vista como uma norma fictícia<sup>410</sup>, concebida abstratamente pela consciência, e não pela realidade ou pela vontade. Ora, por ser uma abstração, a norma fundamental contradiz a realidade e a si mesma.

Kelsen<sup>411</sup>, sobre a natureza do fundamento de validade, distingue dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico.

No sistema de normas do tipo estático, as condutas individuais são deduzidas a partir das normas gerais, do particular ao geral, e a conduta do indivíduo se deve ao seu conteúdo, porque todas as condutas já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, sendo deduzidas pela via de uma operação lógica, mediante uma conclusão do geral para o particular.

Segundo Kelsen<sup>412</sup>, “como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo de norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular”. Nesse caso, a

---

409 Martins entende que a norma fundamental é uma norma hipotético-lógico-transcendental, de natureza essencialmente epistemológica, para que o cientista jurídico possa descrever o próprio direito. Proposição jurídica descritiva da norma jurídica, acrescenta-se. Contudo, a natureza da norma fundamental adotada neste trabalho é a de uma ficção. Isso porque, após a edição da segunda edição da “Teoria pura do direito” surgida em 1960, na conferência de Salzburg sobre direito natural, realizada em agosto de 1962, Kelsen defendeu que sua norma básica é uma ficção e pressupõe um ato de vontade *fictício* a partir do qual ela emite fundamento para as demais normas do sistema jurídico (MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito**: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito. 2017. 177 f. Tese [Doutorado em Direito] – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017).

410 “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana. Filosofia do Como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem religiosa: ‘Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição’ – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferência de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isso parte de uma autoridade - com certeza apenas fictícia – que está acima dessa autoridade.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 226).

411 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

412 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 218.

norma pressuposta fornece o fundamento de validade e o conteúdo da norma inferior, é dizer, das normas deduzidas por meio dessa operação lógica.

Para Kelsen<sup>413</sup>, uma norma fundamental que fornece ao mesmo tempo o conteúdo e a validade das normas deduzidas só pode assim ser considerada quando o seu conteúdo for imediatamente evidente, dado pela razão, o que seria insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer.

No sistema de normas do tipo dinâmico, a norma fundamental pressuposta não tem conteúdo, e por isso mesmo não define o conteúdo das normas deduzidas. Tem apenas uma exigência de regularidade formal das normas jurídicas, “um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”<sup>414</sup>.

Essa norma superior, a *grundnorm*, porém, não pode ser validada por qualquer outra norma, ou posta por uma autoridade, tendo em vista que essa autoridade teria que buscar seu fundamento em outra norma superior. “A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por elas fixadas.”<sup>415</sup>

A ordem jurídica tem sobretudo caráter jurídico, o que implica dizer que uma norma jurídica não é válida “porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta”<sup>416</sup>. Desse modo, a validade jurídica se restringe única e exclusivamente ao teste de *pedigree*<sup>417</sup>.

Provém desse fundamento a afirmação de que todo e qualquer conteúdo pode ser direito. A norma é válida pelo simples fato de ter sido produzida em consonância com a norma fundamental, que, de acordo com o princípio dinâmico, fornece o fundamento de

413 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

414 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 219.

415 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 217.

416 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 221.

417 O teste de *pedigree* seria uma exigência do positivismo duro, que admite tão somente fatos sociais como critérios de validade do sistema jurídico. O positivismo brando, versão defendida por Hart (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009), admite, contingencialmente, que a validade do sistema jurídico esteja assentada em fatos sociais e em padrões de moralidade de ou justiça.



validade da ordem jurídica, a partir de uma relação formal de validade<sup>418</sup>, permitindo uma variação conteudística dentro da moldura do quadro normativo a que se refere Kelsen no capítulo VIII da teoria pura do direito.

Nesse sistema dinâmico, a constituição emerge como o primeiro ato de vontade realizado com alicerce na norma fundamental, permanecendo fora de toda questão a identificação do conteúdo que tem essa constituição e a ordem jurídica produzida a partir dela, é dizer,

[...] se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é firmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo<sup>419</sup>.

### 3.6 A interpretação jurídica em Hans Kelsen: o tão criticado e (in)compreendido capítulo VIII da teoria pura do direito

Somente a partir da 2ª edição da “Teoria pura do direito”, em 1960, o jurista de Viena passou a cuidar da interpretação do direito, e o fez no último capítulo, o VIII, de sua obra. O modelo de interpretação de Kelsen segue o mesmo paradigma epistemológico utilizado por ele para construir o seu conceito de ciência do direito e o objeto de estudo dessa ciência. O estudo dessa ciência e das normas jurídicas será de cariz epistemológico, inclusive na interpretação.

Para Kelsen<sup>420</sup>, a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. A concepção escalonada do ordenamento jurídico estabelece que a norma superior determina não apenas o processo de criação da norma inferior, mas eventualmente pode determinar o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar<sup>421</sup>, embora nem sempre seja possível determinar parte do ou o próprio conteúdo, ficando a cargo do órgão jurídico a responsabilidade política para tanto.

418 A norma fundamental tem uma relação formal de validade com as demais normas do sistema jurídico, sem determinar o conteúdo dessas normas, tendo por conteúdo apenas um fator produtor de normas, uma concessão de poder a uma autoridade legisladora (CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 22. n. 43, p. 1-19, 2019).

419 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 225.

420 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

421 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

Em busca da objetividade e exatidão, a ciência do direito é estudada sob o ponto de vista exclusivamente normativo, excluindo-se do seu âmbito de conhecimento todos os elementos considerados metajurídicos. Para alcançar a autonomia metodológica da ciência do direito, Kelsen distingue ser de dever-ser, conhecimento de vontade, direito-objeto de ciência do direito, ciência do direito de ciência política, forma de conteúdo, vontade de conhecimento epistemológico, norma jurídica de proposição jurídica e interpretação jurídico-científica de interpretação jurídico-política.

As demais categorias já foram analisadas nos tópicos anteriores, restando a este tópico trabalhar a cisão feita por Kelsen entre interpretação jurídico-científica e interpretação jurídico-política, nem sempre bem compreendida, que tem ajudado a defender uma caricatura do positivismo jurídico, sem especificar, inclusive, à qual faceta do positivismo jurídico se refere, de que a metodologia tradicional de interpretação jurídica defendida pelo positivismo jurídico seria um fracasso<sup>422</sup>. Talvez o equívoco dessa percepção resida justamente na incompreensão ou na deturpação da teoria da interpretação de Kelsen<sup>423</sup>.

Mas a teoria da interpretação de Kelsen obviamente não está imune ao debate e às críticas, característicos do conhecimento científico, como adverte Popper<sup>424</sup>, mas a correta compreensão de sua teoria da interpretação é imprescindível para que a crítica seja adequada e coerente com o que ele procurou desenvolver. É uma teoria científica do direito e, por consequência lógica, a teoria da interpretação também deve sê-lo. Compreendida nesse sentido, a crítica de Dimoulis<sup>425</sup> à visão kelseniana sobre a interpretação é válida e coerente.

---

422 Essa é a posição de Oliveira, o qual se utiliza basicamente de três argumentos para sustentar o fracasso da metodologia tradicional de interpretação jurídica: (i) conceber o direito como uma ciência nos moldes da matemática ou da física; (ii) opor-se à utilização da lógica tradicional no direito, o silogismo, que seria incapaz de dar conta da ambiguidade; e (iii) confrontar a reação irracionalista, que se opôs ao postulado da racionalidade do direito. Essas críticas serão analisadas no curso deste capítulo (OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Coleção Saberes do Direito, 50]).

423 A abordagem normativista de Kelsen é cientificamente viável. Popper (POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978, p. 22) ensina que “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista”. Embora o cientista empregue seus valores e convicções na condução de sua pesquisa, isso não o impede de cindir o objeto de seu estudo em dois sentidos: o que realmente ele é, puro dever-ser, e o que se espera que ele seja, desejável. É possível, portanto, descrever uma realidade sem valorá-la negativa ou positivamente. Essa neutralidade na identificação do direito é imprescindível à teoria positivista e visa preservar a própria noção de normatividade (ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico**. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012).

424 Popper (POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978) e Machado Segundo (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016) entendem que o conhecimento científico é provisório, falseável, passível de ser refutado mediante novas pesquisas: não há espaço para dogmas no atual estágio da ciência.

Primeiro, por reconhecer a cisão entre a interpretação como ato de conhecimento e a interpretação como ato de vontade. Segundo, porque a interpretação como ato de vontade não foi desenvolvida o bastante para controlar a discricionariedade do órgão jurídico quando tiver que escolher o melhor sentido disponibilizado pela moldura normativa, ou até mesmo para impedir que o órgão jurídico aplicador do direito desrespeite a moldura.

Kelsen defende que a interpretação autêntica<sup>426</sup>, realizada pelo órgão aplicador do direito, tem a possibilidade de escolher não apenas um dos sentidos revelados pela moldura a que a norma se refere, mas também um sentido que esteja completamente fora da moldura<sup>427</sup>. Portanto, há uma margem discricionária no preenchimento dessa moldura pelo órgão jurídico, juiz ou tribunal, não se sabendo ao certo qual será o conteúdo dessa norma individual produzida pelo órgão encarregado de preencher a moldura ou até mesmo de criar um conteúdo que não esteja dentro dessa moldura. Não há qualquer certeza nessa atuação judicial<sup>428</sup>.

Na terceira fase, que Paulson<sup>429</sup> identifica como cética (1960-1973), Kelsen reconhece um voluntarismo na justificação do objeto do direito, mas não na ciência do direito. É de todo importante ressaltar, portanto, que o fenômeno jurídico não é um sistema fechado aplicado de modo silogístico. Há dois níveis de compreensão do fenômeno jurídico: o nível científico, cognoscitivo, e o nível prático jurídico, o único com justificação moral no momento da aplicação do direito. É com esse cuidado que se deve sustentar que Kelsen abandonou a inspiração kantiana de objetividade do direito a que Paulson se refere como sendo a fase cética.

Isso ignifica dizer, portanto, que Kelsen<sup>430</sup> não tratou da interpretação do direito no momento da sua aplicação, ou seja, da interpretação concreta, preferindo abordar uma

---

425 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

426 Kelsen diferencia a interpretação autêntica da interpretação não autêntica. Esta seria aquela realizada pela ciência do direito, sem criação jurídica, não podendo fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica, sem tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas. Aquela seria a interpretação realizada pelo aplicador do direito, que efetuará uma escolha entre as possibilidades reveladas mediante a interpretação cognoscitiva (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

427 A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

428 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

429 PAULSON, Stanley L. **Normativity and norms**: critical perspectives on kelsenian themes. Reino Unido: Oxford University Press, 1999b.

430 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

interpretação cognoscitiva, deixando para os seus operadores a tarefa de escolher a “melhor” interpretação, pois a decisão de escolher o “melhor” sentido não é tarefa da teoria do direito, mas sim da política do direito, até porque, em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, não há apenas uma interpretação “correta”. Como Kelsen<sup>431</sup> diz, “isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”.

Foi uma escolha justamente para se manter fiel à sua concepção normativa, que procura conhecer o direito e o seu objeto, a norma jurídica, a partir de um caráter puramente cognitivo, é dizer, interpretação jurídico-científica, por entender que não há um único método capaz de conduzir a um resultado que seja o único correto. Todos os métodos de interpretação elaborados conduzem tão somente a um resultado apenas possível<sup>432</sup>.

É guiado pelo respeito à tradição positivista do rigor científico iniciada pela Jurisprudência dos Conceitos que Kelsen desenvolve a teoria da interpretação igualmente de caráter eminentemente científico, ao mesmo tempo em que procura combater o crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre<sup>433</sup>, que passaram a usar padrões extrajurídicos complementares à normatividade na interpretação do direito, tudo que Kelsen não queria e ajudou a combater ao decidir desenvolver uma interpretação jurídico-científica.

Deve-se clarear a ideia de que a aproximação de Kelsen à Jurisprudência dos Conceitos é de interesse puramente semântico e não significa em hipótese alguma retorno às premissas da Escola da Exegese francesa, que foi deixada de lado por Kelsen justamente, entre outros aspectos, por não admitir a discricionariedade judicial, inerente à moldura kelseniana.

Kelsen se insere no campo amplo da filosofia formal ou analítica, particularmente na tradição da filosofia consciencial transcendental a partir de uma análise fenomenológica. “Fenomenologia é a pesquisa descritiva pura das vivências e, enquanto tal, é uma psicologia descritiva.”<sup>434</sup> Na filosofia da consciência transcendental, a intersubjetividade é a fonte de

431 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 396.

432 Sobre os chamados métodos de interpretação, Kelsen ressalta que, “apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou de outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 391).

433 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

434 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 37.

todo processo cognitivo, por meio da qual “[...] passa-se dos objetos para o espírito finito como condição de possibilidade do processo de objetivação da realidade”<sup>435</sup>.

Na filosofia da consciência, uma análise fenomenológica dos conceitos não necessita da “mediação lingüística, pois pressupõe uma relação sujeito-objeto livre de qualquer mediação lingüística”<sup>436</sup>, e nada diz sobre a realidade ou o sujeito, já que se situa no campo cognoscitivo e se submete unicamente ao critério da verdade. A realidade é intencionalmente desprezada para dar lugar à absolutização do conhecimento humano, separando duas realidades, a ciência e a realidade, o dever-ser do ser, a ciência do direito do seu objeto.

Nesse paradigma, a produção do conhecimento está baseada em uma relação de sujeição do objeto frente ao sujeito cognoscente, de completa dominação dos objetos pela consciência, pela razão e pelo método, tendo a razão importância secundária, meramente instrumental da compreensão e subordinada à autonomia e à autossuficiência do sujeito pensante. “Antes da virada lingüística, as investigações filosóficas se davam sobre o sentido das próprias coisas ou na representação intelectual efetuada pela mente”<sup>437</sup>. Não é por outra razão que Kelsen afirma que uma proposição jurídica pode ser verdadeira ou falsa, bastando para essa análise verificar se corresponde ou não à norma jurídica que procura descrever.

Embora se distancie da interpretação realizada pela Escola da Exegese, a interpretação jurídica de Kelsen ainda permaneceu presa ao paradigma **semântico-sintático**, desprezando intencionalmente a dimensão pragmática dos conceitos jurídicos à que se refere Wittgenstein<sup>438</sup>, o qual defende que o significado das expressões não pode prescindir do seu contexto, da realidade na qual se encontram inseridas.

Com as contribuições de Wittgenstein, a hermenêutica jurídica evoluiu para compreender que o conhecimento das expressões e dos signos não se inicia e termina apenas em uma realidade sintático-semântica, como entendiam as escolas formalistas históricas de Gustav Hugo (1764-1844) e de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha, de Friedrich Puchta (1798-1846) e de Rudolf von Ihering (1818-

---

435 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 36.

436 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 42.

437 OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta lingüística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 33-41, jan./abr. 2017, p. 35.

438 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1975.

1892, a Escola da Exegese francesa do século XIX, a Escola Analítica de John Austin (1790-1859) e de Jeremy Bentham (1748-1832), na Inglaterra do século XIX<sup>439</sup>.

Mas Kelsen desejou apenas construir um conhecimento **sintático-semântico** dos conceitos jurídicos, elaborar um conceito descritivo e normativo da ciência do direito e, por coerência, realizar uma interpretação igualmente descritiva e normativa, sem a interferência dos eventos metajurídicos, restrita apenas ao campo da filosofia consciencial transcendental analítica, ou, nas palavras de Streck<sup>440</sup>, com ênfase na semântica, deixando a análise prática dos conceitos jurídicos a cargo da filosofia avaliativa pragmática da qual se afastou, a ser feita no âmbito das ciências metajurídicas.

Ao reconhecer a discricionariedade judicial, Kelsen afasta-se da Escola da Exegese, como dito, porque entende que a discricionariedade não deve ser estudada pela ciência do direito, mas pela dimensão pragmática da filosofia da linguagem, do ponto de vista externo àquela, por isso não estava no seu raio de atuação científica estudá-la. Reside fundamentalmente aí a diferença entre a interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade.

Mas daí a dizer que o positivismo jurídico de Kelsen é adepto da aplicação silogística<sup>441</sup> das leis é no mínimo desconhecer a função das normas no sistema dinâmico, que nunca fixam completamente o conteúdo da norma inferior a ser produzida, apenas atribuem poder a uma autoridade legislativa ou a uma regra que diz como as regras gerais e individuais devem ser criadas, cabendo ao aplicador do direito escolher determinar o sentido e o alcance da norma criada, inclusive criando direito novo para além do disposto na moldura normativa<sup>442</sup>.

Kelsen<sup>443</sup> deixa claro que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica é de determinação ou vinculação, em que a norma superior regula o

439 DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio César Matias; VIANA, Janile Lima. A aplicação do princípio do dubio pro societate à luz da virada hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 186, ano 29, p. 259-281, dez. 2021.

440 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

441 Essa é a conclusão a que chega Barroso sobre a interpretação jurídica tradicional, sob o argumento de que a resposta para todos os problemas está integralmente no sistema jurídico, cabendo ao juiz apenas a tarefa de aplicar a norma aos fatos, mediante subsunção (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006). Essa não é, contudo, a conclusão a que chega Kelsen, quando afirma que nos casos de indeterminação, intencional ou não, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica, sem que seja possível afirmar com certa dose de segurança qual o melhor sentido.

442 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Seqüência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95-114, dez. 2008.

443 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

processo em que a norma inferior ou o ato de execução serão criados, e eventualmente o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução. Contudo, a norma superior nunca pode vincular em todas as direções, ficando sempre uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, uma margem a ser voluntariamente construída pelo órgão jurídico. Essa indeterminação do ato de aplicação do direito pode ser intencional ou não intencional, conforme esteja ou não na intenção do órgão que estabeleceu a norma a ser aplicada.

Nos exemplos citados por Kelsen, uma lei de sanidade que determina a aplicação de certas disposições para evitar um alastramento da doença numa pandemia, é um exemplo de indeterminação intencional, pois deixou a cargo da autoridade administrativa o poder de determinar as disposições por diferentes maneiras. A lei penal que prevê a aplicação de pena pecuniária ou de prisão para a hipótese de cometimento de determinado crime também é uma hipótese intencional de autorização de escolha pelo aplicador do direito.

Pode ocorrer também, com mais frequência do que se imagina, que a indeterminação não esteja na intenção do órgão que estabeleceu a norma a ser aplicada, mas seja consequência da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime. Como diz Kelsen<sup>444</sup>, “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”. A indeterminação pode ocorrer ainda, acrescenta Kelsen, quando duas normas igualmente válidas pretendem valer simultaneamente, uma contradição total ou parcial.

Conclui Kelsen<sup>445</sup>, pois, que em qualquer dos casos de indeterminação, intencional ou não, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica, cabendo ao órgão jurídico escolher um dos sentidos, decisão que não indica a existência de apenas uma solução correta, “senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”<sup>446</sup>.

É justamente por conta dessa cisão entre interpretação como ato de conhecimento - ciência do direito - e ato de vontade - direito - que Kelsen admite a existência de discricionariedade do intérprete no momento da aplicação da norma, pelo fato de que “[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo

---

444 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 389.

445 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

446 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 391.

a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor [...]”<sup>447</sup>.

Essa cisão entre interpretação jurídico-científica e jurídico-política foi proposital e não se pode dizer que Kelsen não tinha consciência da importância da interpretação concreta no momento da aplicação do direito, apenas preferiu ser fiel à sua abordagem eminentemente descritiva do direito ao desenvolver apenas a interpretação jurídico-científica:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem<sup>448</sup>.

Desse modo, motivadas por esse “espaço” deixado pelo positivismo normativista de Kelsen acentuam-se as críticas à sua teoria da interpretação. Contudo, essas críticas não são adequadas quando procuram realizar uma interpretação valorativa a partir de uma interpretação meramente cognoscitiva. Ora, como bem alerta Larenz<sup>449</sup>, a interpretação jurídica de Kelsen “é por completo uma consequência do conceito positivista de ciência e que, se se comunga deste conceito, essa teoria é perfeitamente inatacável”.

Contudo, adverte Larenz<sup>450</sup>, do ponto de vista prático, seus resultados são escassos, mas como teoria atinge o mais alto nível. De fato, a teoria da interpretação de Kelsen<sup>451</sup> não exerce qualquer função ético-política, sendo tão somente uma função teórico-gnoseológica, é dizer, não serve nunca para necessidades práticas<sup>452</sup>, mas está longe de ser uma imperfeição ou deficiência do projeto teórico de Kelsen. Trata-se de uma insuficiência

447 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

448 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 395-396.

449 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 108.

450 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

451 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

452 São as versões mais modernas do positivismo jurídico, especialmente as teses do *postscript* de Hart, que procuram resolver os desacordos morais razoáveis das democracias constitucionais. A integralidade dessas teses é considerada positivista, o que só reafirma a tese de que o positivismo jurídico é uma teoria viável e capaz de abordar adequadamente o fenômeno jurídico.



intrínseca<sup>453</sup>.

A crítica de Larenz<sup>454</sup> ao nível prático da teoria pura do direito se dá em razão da difícil compatibilização da interpretação jurídica de Kelsen, que se limita à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, entre as quais tem o aplicador da norma de escolher, com as constituições modernas<sup>455</sup>.

Com relação a essa formulação, duas observações ainda se fazem necessárias. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen apresenta caráter cognitivo e deve ser compreendida como uma consequência do conceito positivista de ciência. Esse é o ponto de saída e de chegada. Não se presta a resolver dilemas morais, práticos, não deseja passar do campo cognoscitivo para o volitivo, ou, como diz Engelmann<sup>456</sup>, não deseja fazer recomendações aos órgãos aplicadores.

Para Kelsen, uma regra jurídica é válida pelo simples fato de ter sido produzida por uma fonte autorizada, que pode ser a legislação, a decisão judicial e o costume, etc., mas é faticamente possível que uma determinada conduta e/ou um fato não sejam regulados previamente pelo direito, deixando para o órgão jurídico o poder de criar o direito para solucionar esse caso concreto. Há, certamente, a criação de direito novo, há discricionariedade.

Agora, saber como o juiz agirá e de que padrões morais se valerá para resolver esse caso concreto já não é tarefa do cientista do direito, mas da política do direito, que não foi desenvolvida por Kelsen, justamente para se manter fiel à sua epistemologia metodológica, que é clara e segura: direito é o ato ou o fato contido na norma jurídica, produzida pela fonte autorizada da legislação, da decisão judicial ou dos costumes, que será objeto de estudo da ciência do direito, que, por sua vez, estuda o direito positivado, a norma jurídica, sob o prisma eminentemente científico/normativo.

A norma jurídica é direito pelo simples fato de ter sido produzida por uma fonte autorizada, e não por corresponder a certos tipos de padrões morais. O critério da normatividade foi o escolhido por Kelsen para diferenciar o que é direito do que não é direito,

---

453 VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017.

454 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

455 “As constituições longas e densas e a extensão do modelo democrático têm exigido uma reflexão mais concentrada acerca da normatividade do direito e das razões de sua legitimidade” (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 16).

456 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

assim como o fez Raz<sup>457</sup> com a tese dos “limites do direito”.

Com o mesmo rigor científico desenvolve sua interpretação, que não se dispôs a resolver questões práticas, porque questões práticas envolvem preferências e desejos que não possuem valor absoluto em qualquer época e lugar. Esse relativismo<sup>458</sup> é incompatível com a ideia de unidade e pureza de sua teoria, e por essa mesma razão não é analisado por sua teoria.

É nesse sentido que a teoria pura do direito de Kelsen se insere no contexto da filosofia da razão prática, especificamente no âmbito da jurisprudência analítica ou formal. Nas palavras de Almeida<sup>459</sup>, “A Analítica é a única ferramenta capaz de gerar uma autêntica Teoria ‘Geral’ do Direito, no sentido de desvendar quais são as genuínas propriedades que diferenciam, em toda e qualquer sociedade, o fenômeno jurídico.”

Desse modo, uma abordagem descritiva do direito, como a que fez Kelsen, é plenamente possível e viável, porque o direito, inclusive sua interpretação, pode ser conceitualmente definido sem referência ou vinculação a qualquer conteúdo moral ou político. O fato de as constituições modernas do pós-guerra positivarem valores morais, pela via dos princípios constitucionais e com força jurídica, não invalida a tese de que o direito pode ser conceitualmente definido como fato social desvinculado da moral, é dizer, não invalida as teses centrais do positivismo<sup>460</sup>. Significa, portanto, que é possível conceitualmente a separação entre direito e moral, entre direito e política, e que a validade do sistema jurídico não está vinculada ou subordinada materialmente à moral.

Portanto, Kelsen não está preocupado com elementos externos nem no conhecimento/descrição nem na interpretação do direito. Sua missão é informar o que é

457 *Apud* ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

458 Deixe-se claro que o relativismo filosófico do neokantismo é recebido por Kelsen como um relativismo axiológico, justamente por não admitir a existência de valores absolutos. Nesse sentido, PIRES, Manuel da Nave. **Tensões no liberalismo de Kelsen**. 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

459 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 58.

460 Rafael Escudero realizou um estudo na tentativa de demonstrar a desnecessidade da atribuição de qualificativos ao modelo básico do positivismo hartiano. Esse autor divide a teoria positivista contemporânea em dois grandes grupos: o positivismo jurídico com qualificativos e o positivismo jurídico sem qualificativos. No grupo do positivismo jurídico sem qualificativos estão aqueles que aceitam a reconstrução de Hart e a demonstração da viabilidade e suficiência das teses hartianas para explicar e justificar o fenômeno jurídico na atualidade. Para esse grupo, as teses centrais do positivismo jurídico são: (i) a separação conceitual entre direito e moral; (ii) a tese das fontes sociais do direito; e (iii) a tese da discricionariedade judicial. No grupo do positivismo jurídico com qualificativos há aqueles que defendem, por uma questão conceitual, que a validade de um sistema jurídico não depende de considerações morais (positivismo jurídico exclusivo/duro), e os que defendem que é conceitualmente possível, mas não necessário, que a validade do sistema jurídico dependa da incorporação de princípios de justiça ou valores morais (positivismo inclusivo/brando) (*apud* DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020).

direito e o que não é direito, sem que isso signifique que o conteúdo do direito não seja importante, e que o direito não deve perseguir a justiça. Longe disso, como alerta Almeida<sup>461</sup>, “uma sociedade moralmente próspera é um objetivo válido no plano político, mas é falso acreditar que o Direito só tenha prestado, historicamente para o bem”. Citando Kelsen, Bobbio e Green, destaca que o direito já foi um meio tanto para perseguição de objetivos morais mais honrosos quanto para a realização de atrocidades contra a dignidade humana, e isso não muda mesmo que se diga que uma norma só é válida se for justa<sup>462</sup>.

A segunda e última observação decorre justamente da necessidade de se partir de onde a teoria de Kelsen não quis desenvolver uma teoria prática da interpretação. Não se trata de uma reformulação integral da teoria pura do direito ou da rejeição integral às teses centrais do positivismo jurídico, mas de uma atitude de redefinição da tarefa metodológica-jurídica, que agora precisará desenvolver um procedimento embasado na efetivação dos direitos fundamentais, princípio da democracia, Estado de Direito e Estado Social<sup>463</sup>.

Não se pode perder de vista, contudo, que as constituições abertas do pós-guerra e o debate Dworkin-Hart, no qual Dworkin se contrapõe ao positivismo hartiano e aos positivismos em geral, impuseram ao positivismo jurídico novos desafios. Daí Figueroa<sup>464</sup> afirmar que o positivismo jurídico enfrentou, como qualquer outra doutrina ameaçada, uma alternativa difícil: agir moderadamente para se integrar em suas próprias fileiras dissidentes, ou então entrincheirar-se em seus dogmas de duas maneiras: reafirmando a pureza de seus princípios ou retornando ao positivismo normativo.

O positivismo escolheu aceitar em suas fileiras os dissidentes, e apesar das nuances e diferenças que guardam entre si e dos diferentes modos como cada um se portou diante do *general attack* de Dworkin, as novas facetas do positivismo continuam no caminho metodológico-conceitual hartiano<sup>465</sup>, e não no interpretativismo de Dworkin ou no conceito não positivista de direito, de vinculação conceitual do sistema jurídico à moral, ou no desejo de retorno ao jusnaturalismo.

---

461 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 58.

462 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

463 Essa é a afirmação de DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

464 FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2009. (Colección Estructuras Y Procesos, Serie Derecho).

465 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

Esses novos positivismos, que incluem o positivismo inclusivo/*soft*<sup>466</sup> e o exclusivo/*hard*<sup>467</sup>, compactuam da tese comum de que a validade das fontes sociais do direito não está vinculada a padrões morais ou a qualquer padrão de justiça. Também compartilham da tese comum de que é possível que determinadas normas jurídicas adotem como critério de validade princípios de justiça ou valores morais substantivos<sup>468</sup>, ou até mesmo que juízes se utilizem de argumentos morais para justificar determinadas decisões<sup>469</sup>.

E mesmo aqueles que aceitam a tese da vinculação contingencial<sup>470</sup>, é dizer, que advogam a tese de que somente a regra de *pedigree* não seria suficiente para caracterizar o conteúdo e a validade do direito e que eventualmente o sistema jurídico tenha que recorrer a critérios morais ou de justiça para reconhecimento e validade jurídica, defenderão “que são as próprias fontes sociais que tornam esses critérios morais relevantes como critérios”<sup>471</sup>.

Da mesma forma, mesmo que o juiz adote uma posição corretiva, é dizer, utilize-se de argumentos morais na fundamentação de determinadas decisões, a validade dessas decisões não decorre da circunstância de corresponderem a algum padrão de moralidade, mas de esses fatos morais estarem em conformidade com a regra de reconhecimento e terem sido produzidos por uma fonte autorizada.

No pós-escrito, Hart<sup>472</sup> refutou Dworkin ao sustentar que os critérios para identificação do direito não são decorrentes dos simples fatos. Os sistemas jurídicos podem incorporar explicitamente, como critérios de validade, além do “*pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo das restrições jurídicas constitucionais”.

Esse debate travado entre a tese hartiana e a sua antítese dworkiana se insere no

---

466 São representantes dessa corrente positivista David Lyons, Jules Coleman, Herbert Hart e Wil Waluchow (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020).

467 O positivismo exclusivo/*hard* entende que, “muito embora haja leis (em sentido lato) cujo conteúdo envolve conceitos morais, essas leis são leis, válidas, em razão de seu pedigree”. São representantes dessa corrente Scott Shapiro, Joseph Raz e Andrei Marmor (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 194-195).

468 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

469 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

470 Esses pertencem ao positivismo inclusivo também chamado de *soft positivism* ou positivismo brando, para utilizar uma expressão hartiana.

471 J. PATTARO, Enrico (ed.). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 11. *Legal philosophy in the Twentieth Century: the common law world*. Nova York: Springer, 2011, p. 407 *apud* MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 190.

472 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 319-320.

panorama jusfilosófico anglo-americano, em que não há identidade de abordagens do positivismo jurídico. Ora, o positivismo jurídico de Kelsen, Hart e de seus predecessores e seguidores está preocupado com uma abordagem eminentemente descritiva do fenômeno jurídico, enquanto a abordagem de Dworkin é eminentemente prescritiva e interpretativa, o que implica dizer que está preocupada em controlar ou superar a discricionariedade judicial, que é inerente ao positivismo jurídico, e em indicar um modelo ideal – axiológico-normativo do direito - ao qual o direito positivo deveria tender<sup>473</sup>.

Embora também seja essa a finalidade de sua teoria, qual seja, superar ou controlar a moralidade, Almeida defende que “Dworkin não oferece nenhuma pista de qual seria o critério para chegar, com alguma probabilidade de acerto, a uma tal moral comunitária”<sup>474</sup>.

Não seria, pois, tarefa do positivismo jurídico descritivo e das suas diversas facetas desenvolver uma teoria para controlar a discricionariedade judicial ou dizer com certo grau de precisão qual é a moral comunitária ou a moral institucionalizada<sup>475</sup>, pois a análise da discricionariedade se insere no âmbito da teoria política. Trata-se de um problema político, e não da teoria do direito.

As análises positivistas com ênfase na identificação do direito a partir das normas, e as perspectivas programáticas, excessivamente convencionalistas, mostraram-se insuficientes para lidar com o modelo de Estado Constitucional contemporâneo, razão pela qual se faz necessária uma nova matriz teórico-política para o direito, com fundamento pragmático-formal<sup>476</sup>.

Nesse sentido, a proposta que se procura defender neste trabalho é de uma ciência do direito baseada menos em critérios semânticos e mais em critérios pragmáticos, numa perspectiva menos estrutural e mais funcionalista, denunciando ao mesmo tempo a insuficiência das teorias positivistas para lidar com a discricionariedade e a necessidade de que essas abordagens científicas do direito sejam analisadas em conjunto com as implicações político-sociais, cuja consequência é a necessidade imperiosa de uma abordagem do

---

473 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

474 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013, p. 64.

475 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

476 ROCHA, Leonel Severo. Artigos e ensaios. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. **Seqüência**, Florianópolis, n. 24, p. 10-24, set. 1992.

fenômeno jurídico a partir de matriz teórico-política<sup>477</sup>.

O trabalho então caminha para encontrar uma teoria dogmática positivista que seja capaz, ao mesmo tempo, de fornecer o melhor conceito do direito e de lidar com o Estado Constitucional contemporâneo e com a democracia, em que o intérprete deve assumir uma postura de respeito à legislação democrática e ao sistema *civil law*, no qual se está inserido, mesmo quando precisar se utilizar de argumentos de justiça substantiva para interpretação constitucional. É com esse sentimento de maior aderência à legislação democrática do sistema do *civil law* que o intérprete deve lidar com a discricionariedade, e que orientará o desenvolvimento desta pesquisa.

É nesse aspecto que as duas teorias<sup>478</sup> de Waluchow<sup>479</sup> se apresentam úteis e adequadas para explicar adequadamente o positivismo jurídico e também preencher o vazio deixado pelas diversas facetas do positivismo sobre a interpretação e aplicação do direito constitucional.

### 3.7 Positivismo legalista ou exegetico: o juiz boca-da-lei e o positivismo normativista

A partir da influência histórico-política do movimento iluminista dos séculos XVII e XVIII, difundiu-se na Europa, a partir da metade do século XVIII e durante todo o século XIX, o movimento de codificação, com a proposta de criar um direito universal e eterno, fundamentado na razão humana, com sua base integrada por princípios evidentes por si mesmos para a razão humana, de onde seriam deduzidas normas jurídicas para regular todos os casos juridicamente relevantes<sup>480</sup>.

A pretensão seria a criação de um sistema jurídico preciso, completo e coerente<sup>481</sup>. Rapidamente, o movimento da codificação foi aceito pela Europa continental, não só por incorporar os ideais revolucionários burgueses que o antecederam, mas também em razão da qualidade jurídica superior ao regime jurídico anterior, que era esparso e confuso, pois “a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas

---

477 ROCHA, Leonel Severo. Artigos e ensaios. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea.

**Seqüência**, Florianópolis, n. 24, p. 10-24, set. 1992.

478 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

479 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A common law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

480 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão da Tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

481 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão da Tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados”<sup>482</sup>, que dificultavam a compreensão, além de causar insegurança jurídica, tudo que a burguesia vitoriosa não desejava.

Com a Revolução Francesa, o advento do progresso das ciências exatas e o desenvolvimento da economia de mercado, completamente desvinculada da economia feudal, a burguesia vitoriosa ressentia-se de um regime jurídico assentado nos dogmas da completude, previsibilidade e da proteção da liberdade individual absoluta, em que cabia ao Estado a tarefa mínima de proteger a propriedade privada, garantir a livre circulação de mercadorias e a autonomia da vontade privada, manifestada mediante os contratos e os testamentos<sup>483</sup>.

É nesse solo racionalista e de insatisfação com o regime jurídico anterior, que o Código Civil francês de 1804 foi criado, que foi interpretado pelas diversas escolas que se propuseram a estudá-lo como uma proposta que pretendia excluir da interpretação jurídica elementos metajurídicos, que via na lei escrita a única fonte do direito com um profundo detalhamento da legislação e da ideia de inexistência de lacuna, a ponto extremado de defender que, em face de situações não previstas pelo legislador, deveria o juiz abster-se de julgar, e outros menos radicais aceitavam o uso da analogia<sup>484</sup>.

Essa codificação “era a exaltação grandiosa da legalidade”<sup>485</sup>, em que a interpretação da lei deveria se limitar a buscar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), e na hipótese de lacuna o intérprete deveria se valer dos recursos fornecidos pela analogia e pelos princípios gerais do direito<sup>486</sup>. A subordinação do juiz à lei era uma construção teórica e política do idealizador da teoria da separação dos poderes, Montesquieu, no livro “O espírito das leis”, de onde surgiu a expressão “juiz-boca-da-lei”, com a ideia de uma forma fixa de julgar, em que a sentença é apenas um texto preciso da lei, e com leis que regem e contêm tudo<sup>487</sup>.

Assim como Montesquieu, Beccaria também é considerado responsável intelectual pela criação da teoria da monopolização do direito por parte do legislador e

---

482 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 65.

483 LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

484 HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 10. ed., rev., ampl. e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e leis posteriores. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

485 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 156.

486 LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

487 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1996.

precursor da concepção liberal do direito, especialmente no direito penal<sup>488</sup>, com a criação da teoria do silogismo. Sobre quem seria o legítimo intérprete das leis no campo penal, Beccaria<sup>489</sup> respondeu que seria o soberano, e nunca o juiz, que teria o dever limitado de apenas verificar se o homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis, mediante um silogismo perfeito, pois se elaborar um raciocínio a mais, tudo se torna incerto e obscuro.

As teorias que se formaram em torno da Escola da Exegese sofreram inúmeras influências<sup>490</sup>, que acabaram por determinar o surgimento de um modelo de interpretação no qual o intérprete deve ter uma postura restrita ao texto da lei, tendo por escopo sempre reconstruir a vontade do legislador, que deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade, com a utilização do método literal. Somente diante da insuficiência do método gramatical ou literal, é que o intérprete poderia fazer uso do método lógico, sistemático, histórico, da analogia e dos princípios gerais do direito, reduzindo o processo interpretativo a um processo mecânico de lógica dedutiva<sup>491</sup>.

Apesar de ser assente que o princípio da onipotência do legislador seria uma criação do Código de Napoleão<sup>492</sup>, essa ideia é mais uma intenção das escolas interpretativas do que propriamente uma realidade da própria codificação. O Código de Napoleão não deveria ser um ponto de partida absolutamente novo, mas antes uma síntese do passado em que fosse possível a sobrevivência e a aplicação do direito passado (costume e direito comum romano) quando o código fosse omissivo<sup>493</sup>, podendo, ainda, ser utilizada a equidade e os costumes como um recurso externo ao sistema para solucionar o caso, mas na visão dos juristas que se dedicaram a estudá-la o *Code Civil* deveria ser considerado como algo absolutamente novo, que deveria ser explicado sem qualquer relação com o passado<sup>494</sup>.

Havia, portanto, expressa autorização legal para o juiz aplicar o direito anterior quando o direito novo, a codificação, fosse omissiva, sendo vedado, inclusive, o juízo de *non*

---

488 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

489 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Editora, 2000.

490 A Escola da Exegese sofreu a influência das ideias filosóficas de Kant e de Comte, e do estatismo e do racionalismo dos grandes pensadores franceses do século XVIII (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Prefácio de John Gilissen. Tradução António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1995).

491 LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

492 Nesse sentido, LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

493 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

494 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Prefácio de John Gilissen. Tradução António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.



*liquet*. O artigo 4º do Código de Napoleão previa que “o juiz que se recusa a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Segundo a solução dos redatores do artigo 4º do Código de Napoleão, no caso de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, o juiz poderia se utilizar dos costumes, da equidade e do direito comum romano, ou seja, de uma regra exterior ao sistema jurídico, com fundamento na moral ou no direito natural<sup>495</sup>, mas essa não foi a solução adotada pelo positivismo legalista, que preferiu se valer do dogma da onipotência do legislador e, por consequência lógica, do dogma da completude e da autointegração do ordenamento jurídico<sup>496</sup>.

Nessa perspectiva, é com fundamento no dogma da onipotência do legislador e da completude e da autointegração do ordenamento jurídico que aparece a corrente do positivismo exegético ou legalista do início do século XIX, vindo a ser considerada mais uma invenção das escolas interpretativas<sup>497</sup> do que propriamente uma realidade do Código Civil napoleônico de 1804.

Feito esse devido reparo, é chegado o momento de afirmar que essa versão clássica do positivismo não é aceita pela maioria esmagadora das correntes positivistas. Ora, o positivismo exegético/legalista da Escola da Exegese reduziu o direito ao direito legislado, tese que não será aceita pelo positivismo normativista de Kelsen. O próprio positivismo reconheceu o exagero do postulado extremamente legalista e formalista da Escola da Exegese, a ponto de Almeida<sup>498</sup> sustentar que “o positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado”.

Em razão disso, é um erro metodológico imperdoável equiparar o positivismo

---

495 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

496 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

497 A Escola da Exegese se desenvolveu em três fases: (i) a fase de instauração, que se inicia com a promulgação do Código Civil, em 1804, e termina entre 1830 a 1840; (ii) o seu apogeu, ocorrido na segunda fase, que se estendeu até 1880; e (iii) a terceira fase, de declínio, que ocorreu em 1899, quando a obra de Gény anunciou-lhe o fim. (PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998). Apesar de falar no fim da Escola da Exegese, é preciso destacar que essa Escola ainda exerce nos dias atuais grande influência sobre o ensino e a prática jurídica, razão pela qual não é de todo errado sustentar que ainda está em vigor “uma quarta fase”, que deve ser entendida sem os dogmas que lhe atribuíram as escolas legalistas do século XIX.

498 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012, p. 6469.

normativista de Kelsen e o analítico de Hart com a Escola da Exegese<sup>499</sup>, como faz Barroso<sup>500</sup> ao dizer que “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”. Pode-se sustentar que a Escola da Exegese coincide com a versão embrionária do positivismo jurídico, que se iniciou aos fins do século XVII, mas não com a versão normativista, analítica, exclusiva e inclusiva.

Em verdade, essa perspectiva positivista havia sido abandonada ainda no século XIX, mais precisamente no ano de 1889, que coincidiu com o declínio metodológico da Escola da Exegese Francesa<sup>501</sup> e da Jurisprudência dos Conceitos<sup>502,503</sup>.

Com o declínio da Escola da Exegese, o método lógico-dedutivo e o formalismo jurídico tiveram que se valer de métodos metafísicos para corrigir as distorções causadas pelos rigores do formalismo, abrindo espaço para o surgimento de escolas que buscam a redução da distância entre uma abstração excessiva e a realidade, a solução do problema das lacunas jurídicas e a aplicação silogística mecânica do direito.

Numa só palavra, o positivismo reconheceu que os códigos não dão conta de abarcar a realidade, que se apresenta sempre mais complexa e dinâmica, e também que há situações fáticas que não se enquadram na formulação jurídica e situações jurídicas marcadas

---

499 A Escola da Exegese surgiu na França para interpretar o Código Civil Napoleônico, desde o seu apogeu em 1804 até o seu declínio em 1880, tendo como representantes Demolombe, Laurent, Marcadé, Aubry-Rau e Lacantinerie (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009).

500 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 214.

501 Mostra-se de todo equivocada a conclusão de Camargo quando afirma que o pós-positivismo é um movimento de reação ao legalismo. O próprio positivismo, ainda no século XIX, mostrou-se insatisfeito com o formalismo e o legalismo exacerbados da Escola da Exegese, fato, inclusive, que a levou ao declínio em 1880, resultando no surgimento das escolas reacionárias ao formalismo jurídico: (a) a revolução metodológica de Ihering; (b) a Escola da Livre investigação científica do Direito de Gény; (c) a Escola do Direito Livre; (d) o Realismo Jurídico, nos Estados Unidos; (e) a Jurisprudência dos Interesses; e (f) a Jurisprudência Sociológica. Todas elas não podem ser consideradas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. E o critério para excluí-las é bem simples: surgiram antes da metade do século XX, que é o marco temporal inicial do movimento impreciso e retórico que se denominou de neoconstitucionalismo (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003).

502 A Escola da Jurisprudência dos Conceitos é de origem alemã, tendo como representante Puchta (1798-1846), considerado seu fundador, e Ihering (1818-1892), que posteriormente se tornou um de seus maiores críticos, assim como da Escola Histórica e da própria Jurisprudência dos Conceitos, que ajudou a construir, principalmente na segunda fase de seu pensamento (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011).

503 A Escola da Jurisprudência dos Conceitos pode ser definida como aquela que “[...] reflete uma teoria jurídica lógico-racionalista, na medida em que atribui aos conceitos jurídicos a possibilidade de enclausurar o direito, sendo desnecessária qualquer valoração para a compreensão das regras jurídicas, mas sim a sua recondução a conceitos superiores” (ROCHA, Sérgio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP**, Petrópolis, n. 1, p. 77-160, 2009, p. 81).

pela indeterminação e vagueza. Nessas hipóteses, há certamente discricionariedade a ser resolvida, segundo Kelsen, pela interpretação jurídico-política, ou seja, pelo direito, e não pela ciência do direito.

Essa constatação só reforça a tese de que a discricionariedade não consiste em uma ideia ventilada apenas pelo neoconstitucionalismo, pelo contrário, o próprio positivismo normativo já atentou para esse problema, apesar de ter desistido conscientemente de desenvolvê-lo.

Nesse rol de escolas que surgiram como movimentos de reação ao formalismo exacerbado da Escola da Exegese Francesa e das Escolas Históricas<sup>504</sup> e da Jurisprudência dos Conceitos de origem alemã, podem-se apontar: (a) a Escola Analítica de Austin (1790-1859); (b) a Escola da Livre Investigação Científica do Direito de Gény (1861-1959), na França; (c) a segunda fase do pensamento de Ihering, que o levou a ser considerado o precursor das concepções sociológicas do direito e da chamada Jurisprudência dos Interesses; (d) a Escola da Jurisprudência dos Interesses, que tem como precursor Heck (1858-1943), na Alemanha; (e) a Escola do Movimento para o Direito Livre, de Bulow, também na Alemanha; (f) o realismo jurídico norte-americano de Holmes (1841-1935), Pound (1870-1964), Cardozo (1870-1938), Llewellyn (1893-1962), Cohen (1907-1953) e Frank (1889-1957); e (g) o Realismo Escandinavo de Hägerström (1868-1939), Lundstedt (1882-1955), Olivecrona (1897-1980) e Ross (1899-1979).

O estudo das escolas mencionadas demonstra que o positivismo jurídico tem passado por um processo de atualização e evolução, sendo possível constatar que foi identificado ainda no início do século XIX como um positivismo exegético-legalista-formalista, que posteriormente evoluiu para o positivismo normativista de Kelsen e para o analítico de Hart<sup>505</sup>, até chegar ao estágio atual do positivismo inclusivo de Himma e

504A Escola Histórica teve início com Hugo (1764-1844) como seu precursor e com Savigny (1779-1861) como seu corifeu, e “[...] legou à jurisprudência dos conceitos alguns dos fundamentos sobre os quais esta se desenvolveu: seu caráter positivo, sua sistematicidade e a própria busca de justificação do mais específico no mais geral” (ROCHA, Sergio André. *Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo*. **Lex Humana, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP**, Petrópolis, n. 1, p. 77-160, 2009, p. 80).

505Hart rejeita a ideia de que o direito seja um modelo de simples reunião de ordens coercitivas. Há no ordenamento jurídico normas desprovidas de ameaças, o que torna inadequado equiparar o direito a ordens apoiadas por ameaças. Por isso, o sistema jurídico é explicado por Hart como uma combinação de normas primárias e regras secundárias. As normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, enquanto todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias, ou seja, especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas. São subespécies das normas secundárias: (i) a norma de reconhecimento: forma mais simples de solução para a incerteza própria do regime de normas primárias. É ela que estabelece os critérios de validade das regras primárias. Essa norma de reconhecimento é um fato social, a *ultimate rule*, e não pressuposta, como o é a norma hipotética fundamental de Kelsen, e sua força jurídica decorre justamente da sua aceitação como obrigatória

Waluchow, e do exclusivo de Raz e Shapiro.

Sendo assim, seguramente, a perspectiva teórica do neoconstitucionalismo suplantou apenas o positivismo exegético-legalista-formalista-primevo<sup>506</sup>, deixando intocadas as teses centrais do positivismo normativo, analítico, inclusivo e exclusivo. Não sem razão Barberis<sup>507</sup> conclui que “[...] a maior parte das teses neoconstitucionalistas, como já foi visto, não é somente errada, mas desastrosamente errada”.

Em verdade, a base comum de todas as facetas do positivismo consiste na abordagem descritiva do direito, atividade racional, com a exclusão de juízos de valor e de todos os elementos metafísicos que não possam ser identificados objetivamente, na existência de discricionariedade<sup>508</sup>, e na separação conceitual entre o direito e a moral, temas que também fazem parte da agenda do neoconstitucionalismo, muito embora não tenha construído uma teoria da interpretação prática, por insuficiência intrínseca, como bem alerta Valadão<sup>509</sup>.

---

pelo grupo social que rege, sendo, por isso mesmo, um fato social; (ii) normas de modificação: são a solução para o caráter estático do regime de normas primárias. A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas; (iii) norma de julgamento: normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las. Além de identificar os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

506 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do árbitro. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

507 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006, p. 24.

508 No pós-escrito de sua obra “O conceito de direito”, Hart (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009) chegou a admitir a tese do poder discricionário do intérprete e aplicador do direito para regulamentar os casos que ele deixa parcialmente não regulamentados. Mas essa liberdade, leia-se poder discricionário, não é absolutamente livre, é diferente de um poder legislativo, é um poder intersticial, também sujeito a muitas restrições substantivas, que em momento algum adota uma postura interpretativa de correção do direito. Os valores morais são extrínsecos ao direito (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011).

509 VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017.

#### 4 DWORKIN-HART E AS DERIVAÇÕES POSITIVISTAS DECORRENTES DESSE EMBATE TEÓRICO

Antes de iniciar com o estudo das críticas feitas por Dworkin à teoria positivista como um todo e ao próprio positivismo de Hart, convém destacar que não está nos planos deste trabalho desenvolver, neste capítulo, um extenso aprofundamento dos argumentos utilizados por aqueles que se dispuseram a fazer uma defesa do positivismo jurídico como um todo contra os ataques de Dworkin. Da mesma forma, as obras de Dworkin serão mencionadas somente nos pontos que tocam o positivismo jurídico e a teoria do direito desenvolvida por Hart, considerada por Dworkin a mais influente versão contemporânea do positivismo jurídico<sup>510</sup>.

Serão explorados, porém, com maior profundidade, os argumentos utilizados por Hart para refutar as críticas de Dworkin formuladas em face de sua teoria, os argumentos positivistas empregados no desenvolvimento das vertentes do positivismo inclusivo e exclusivo, para se contrapor ou concordar com o ataque de Dworkin e para atualizar as teses centrais do positivismo jurídico, mas somente na medida em que sejam úteis e adequados para a correta compreensão dessas vertentes e como elo para o desenvolvimento do capítulo sobre o neoconstitucionalismo, no qual serão levantados questionamentos sobre a utilidade dessa abordagem frente à abordagem positivista exclusiva e inclusiva.

Assim será feito pelo fato de que o debate entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo permanece circunscrito ao âmbito conceitual do direito, limitando-se a descrever o que os juízes fazem quando estão diante de normas morais, sem qualquer repercussão no âmbito da aplicação do direito, em que se discute a forma e os critérios que devem ser utilizados para controlar a discricionariedade judicial na interpretação e aplicação dessa norma moral.

Na explicação de Shapiro<sup>511</sup>, tanto o positivismo exclusivo quanto o positivista inclusivo concordam que o juiz está obrigado a aplicar normas morais quando os padrões de *pedigree* se esgotarem. Para o positivismo jurídico inclusivo, o juiz está aplicando norma jurídica. Para o positivismo exclusivo, o juiz está criando norma jurídica. Sendo assim, o resultado imediato desse embate teórico é apenas o conhecimento acerca de como o

---

510 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

511 SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

positivismo exclusivo e inclusivo descrevem o que o juiz está fazendo, deixando em aberto a discussão sobre como deve portar-se o juiz diante da discricionariedade.

Tanto o positivismo jurídico inclusivo quanto o positivismo jurídico exclusivo vão apenas e tão somente descrever a postura adotada pelos juízes quando estão obrigados a aplicar normas morais não previstas no teste de *pedigree* ou na regra de reconhecimento, mas nenhuma das posturas positivistas internas dizem como os juízes devem fazer, sendo uma consequência direta e imediata a afirmação de que carecem de uma abordagem prática. São teorias que se situam no âmbito da filosofia analítica, preocupadas em identificar as características essenciais do direito em qualquer sociedade. Portanto, não são teorias sobre decisão jurídica.

Disso resulta uma conclusão que consolida a integralidade do pensamento positivista. As inúmeras vertentes e versões positivistas realizam apenas e tão somente uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico. A teoria positivista, independentemente da versão e da posição ocupada no debate interno, dos avanços e aprimoramentos de suas teses centrais, de Austin até o positivismo anglo-americano, está abraçada com uma postura descritiva do fenômeno jurídico. Estão, pois, preocupados em responder à seguinte pergunta: o que é o direito?

Explorados os elementos centrais das diversas teses positivistas e não positivistas, será possível enxergar se o neoconstitucionalismo pode ser encarado como uma teoria do direito que superou o positivismo jurídico. Se a resposta a esse questionamento for positiva, impõe-se analisá-la para o fim de destacar suas premissas fundamentais, sua utilidade e sua adequação com o Estado Democrático de Direito. Porém, se a resposta for negativa, a pesquisa deve seguir para encontrar uma nova matriz teórico-política para o direito, com fundamentação pragmático-formal, que seja ao mesmo tempo capaz de descrever adequadamente o melhor conceito de direito e compatível com o Estado Democrático de Direito.

Nessa discussão, é possível dividir as teorias conceituais do conceito do direito em duas categorias exclusivas e conjuntamente exaustivas<sup>512</sup>, que disputam a primazia sobre o melhor conceito de direito há mais de duzentos anos<sup>513</sup>: a teoria positivista e a não positivista. A teoria positivista defende que o direito deve ser conceituado<sup>514</sup> sem a inclusão de qualquer

512 HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

513 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés *et al.* Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

514 Todos os positivistas defendem a tese da separação entre o direito e a moral, no sentido de que o direito deve ser conceituado sem a inclusão de qualquer elemento moral. Por defender a inexistência de uma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, é que o positivismo incluyente é uma distorção

elemento moral em sua caracterização, não havendo uma conexão necessária entre o direito e a moral. Para Himma, o conteúdo do direito é um artefato totalmente fabricado por meio de certas atividades sociais, inteiramente determinado pelas atividades sociais daqueles que fazem, julgam e aplicam o que caracterizam como lei<sup>515</sup>.

A teoria não positivista, por sua vez, defende a tese da vinculação necessária entre o direito e a moral, por entender que o direito é conceitualmente vinculado à moral, sendo tradicionalmente interpretada a negar que o conteúdo de validade seja determinado pelas práticas dos indivíduos. Para que uma norma seja válida, seu conteúdo deve estar de acordo com algum conjunto de princípios morais objetivos<sup>516</sup>.

Na conceituação do direito pelo positivista, há dois elementos que são tomados como essenciais: (i) a legalidade conforme o ordenamento ou legalidade dotada de autoridade, segundo a qual a validade de uma norma não requer sua validade moral e a validade moral não decorre da validade jurídica; e (ii) a eficácia social, para quem a existência do direito depende exclusivamente de um conjunto de práticas ou ações realizadas por membro de uma comunidade jurídica (tese das fontes sociais).

A partir desses elementos e do grau de intensidade conferido a cada um deles<sup>517</sup>, é que surgem as diversas concepções acerca do conceito de direito, do positivismo exclusivo e do positivismo inclusivo. No conceito de direito elaborado pelo não positivista, além desses elementos essenciais, há ainda a tese da vinculação necessária entre o direito e a moral, com a ideia de correção moral do direito, mas nenhum deles pode excluir do conceito de direito a legalidade conforme o ordenamento jurídico e a eficácia social, se quiser ser levado a sério<sup>518</sup>. Para esse grupo, pode-se afirmar que uma “lei injusta não é lei”.

Se a ênfase do conceito de direito estiver exclusivamente na correção material, tem-se um conceito de direito puramente jusnaturalista, que é a visão não positivista ou interpretativista, como é o caso da abordagem jusnaturalista, neoconstitucionalista e interpretativista de Dworkin. Se a ênfase estiver puramente nos elementos da legalidade conforme o ordenamento jurídico ou na eficácia social, o conceito de direito pode ser visto como expressão de uma abordagem positivista.

---

inaaceitável do positivismo jurídico. Nesse sentido, TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

515 HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

516 HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

517 DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

518 ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés *et al.* Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

O que se defende é que a validade do direito independe de um conteúdo moral ou de qualquer justificativa moral, mas a defesa da tese da separação conceitual entre direito e moral não implica o desconhecimento da transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra, com a incorporação de direitos sociais e de princípios carregados de valores, fenômeno conhecido como a positivação dos valores.

De fato, com o pós-guerra, o conteúdo das constituições passou a ficar carregado de valores e princípios. Quanto a isso não há nenhuma discussão. A discussão que se trava atualmente é a de saber como interpretar esses valores e princípios, como controlar a discricionariedade dos juízes no momento de aplicar esses valores. É nesse sentido que se defende a elaboração de uma nova matriz teórico-política para o direito.

Portanto, para a abordagem positivista, a discussão não é no âmbito conceitual, mas no âmbito da aplicação do direito, em que se discute a forma e os critérios que devem ser utilizados para controlar a discricionariedade judicial na interpretação e aplicação desses valores, e atualmente são três as “linhas de pensamento que buscam explicar o conteúdo moralmente carregado do direito”<sup>519</sup>. As três linhas de pensamento que procuram explicar o conteúdo moralmente carregado do direito são a não positivista ou antipositivista<sup>520</sup>, também chamada de pós-positivista, e as duas correntes anglo-americanas do positivismo excludente e do positivismo includente, que são consideradas como refinamentos do positivismo jurídico após as críticas de Dworkin. Essas duas concepções surgiram justamente para contrapor as primeiras críticas de Dworkin ao positivismo geral.

O primeiro ataque de Dworkin é uma crítica ao positivismo jurídico, e se encontra estruturado na tese dos direitos (*the rights thesis*), que ensejou o aprimoramento da tese do fato social e da regra de reconhecimento e o surgimento das versões positivistas excludente e includente. Nesse primeiro ataque, Dworkin critica o conceito positivista de direito, a discricionariedade e a regra de reconhecimento.

#### **4.1 O primeiro ataque contra a tese dos fatos sociais: padrões normativos diversos das regras e discricionariedade em sentido forte**

---

519 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 85.

520 No rol dos antipositivistas ou pós-positivistas, segundo Torrano, estão, entre outros, Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Finnis, Legaz y Lacambra e Mark Greenberg, com a Teoria do impacto moral (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019).



Em 1967, o jurista estadunidense Ronald Dworkin (1931-2012), no artigo *The model of rules*<sup>521</sup>, realizou o primeiro ataque geral ao positivismo jurídico. No artigo *The model of rules I*, que posteriormente foi publicado no capítulo 2 da obra “Levando os direitos a sério”, de 1977<sup>522</sup>, Dworkin se contrapôs ao positivismo jurídico de Hart, por ser a versão mais aperfeiçoada do positivismo jurídico, na visão dele.

Em 1994, Hart responde às críticas de Dworkin no pós-escrito de sua obra “O conceito de direito”<sup>523</sup>, que veio a ser publicado por seus amigos Penelope Bullock e Joseph Raz, em razão do falecimento de Hart. A tréplica de Dworkin só veio a ser publicada em 2004<sup>524</sup>, no escrito *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, que compõe o capítulo 6 da obra “A justiça de toga”<sup>525</sup>. Esse debate é considerado um dos mais importantes da história da teoria do direito<sup>526</sup>, e foi a partir dele que surgiram as modernas concepções do

---

521 DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, Autumn 1967.

522 O livro “Levando os direitos a sério”, do professor Dworkin, é fruto da reunião de treze artigos sobre a sua teoria do direito, e todos os diferentes capítulos definem e defendem uma teoria liberal do direito, com uma proposta teórica contra a teoria popular e dominante do direito. Essa teoria dominante tem duas partes e insiste na independência de cada uma delas. A primeira parte é a teoria do positivismo jurídico, que procura definir o que é direito e estabelecer as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica. A segunda parte é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o direito e as suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão somente isso. Ambas derivam da filosofia de Bentham. Dworkin se volta contra o positivismo jurídico e contra o utilitarismo de Bentham (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002).

523 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bullock e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

524 BERNSTES, Luísa Giuliani; DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dworkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/diario-classe-debate-hart-dworkin-critica-doutrina-discricionariedade-judicial>. Acesso em: 17 ago. 2022.

525 DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

526 O pensamento de Dworkin se encontra situado no contexto jurídico do sistema *common law* norte-americano, no qual os precedentes judiciais assumem papel relevante no processo de formação e criação do direito, diferentemente do sistema europeu continental do *civil law*, como é o caso do sistema alemão e brasileiro, em que há preponderância do direito legislado sobre as decisões judiciais. No sistema *common law* norte-americano, “as decisões judiciais passadas dos tribunais contam como fontes do direito” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 123). Sua teoria está voltada para uma prática específica, na qual o juiz assume papel de destaque na produção do direito, além de um compromisso moral e político na justificativa de uma prática jurídica. Dworkin afirma que “nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 231). A vinculação ao sistema *common law* norte-americano e a perspectiva metodológica do compromisso moral como critério de identificação do direito, exigem do leitor um cuidado a mais quando pretender aplicá-la no Brasil, que é vinculado ao sistema europeu continental do *civil law*, ou utilizá-la para sustentar a superação do positivismo jurídico. Ora, o positivismo jurídico possui compromisso com a filosofia analítica, enquanto o interpretativismo de Dworkin está metodologicamente compromissado com uma abordagem normativa. São teorias que não dialogam entre si, com visões diferentes para explicação

positivismo inclusivo e exclusivo, por exemplo, sem abandonar, contudo, a tese da descrição dos fenômenos jurídicos e as teses centrais do positivismo jurídico. O que ocorreu foram reformulações e aprimoramentos dessas teses, que quase sempre não são bem compreendidas por aqueles que insistem em sustentar a superação do positivismo jurídico. Não é outra a razão pela qual “os anti-positivistas atribuem aos positivistas determinadas teses e então as criticam”<sup>527</sup>.

Para Dworkin, as três teses centrais e organizadoras do positivismo jurídico<sup>528</sup> são:

(a) **Tese do fato social (tese do *pedigree*)**: o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento merece proteção jurídica. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Os testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como "regras morais") que a comunidade segue, mas não faz cumprir por intermédio do poder público.

(b) **Tese da obrigatoriedade exclusiva das regras**: o conjunto dessas regras jurídicas corresponde ao que é direito, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, "exercendo seu discernimento pessoal", o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que a oriente na confecção de nova regra.

(c) **Tese da discricionariedade**: dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa (dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que

---

do fenômeno jurídico. Contudo, em razão da importância dos argumentos utilizados por Dworkin, o positivismo jurídico teve que se reinventar para continuar sendo uma teoria dominante que melhor explica o fenômeno jurídico.

527 MACHADO, Roberto Denis. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun. 2008, p. 339.

528 Para Himma, as teorias positivistas são tipicamente pensadas para serem fundamentadas em três teses centrais: (i) a tese da separabilidade entre o direito e a moral; (ii) a tese do artefato, no sentido de que o conteúdo de toda norma é inteiramente determinado por certas atividades sociais; e (iii) a tese da convencionalidade, ao defender que os critérios de validade são determinados pelo conteúdo de uma regra de reconhecimento, que rege como os funcionários devem cumprir seus deveres e como podem exercer seus poderes institucionais (HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019).

outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.

Segundo Dworkin<sup>529</sup>, esse seria um esqueleto do positivismo jurídico compartilhado por diferentes positivistas, havendo apenas diferentes versões, sobretudo na forma de descrição do teste fundamental de *pedigree* para que uma regra seja aceita como regra jurídica, mas todos compartilham da tese de que os fenômenos sociais passam pelo teste fundamental de *pedigree* para que sejam reconhecidos como regras jurídicas e passem a integrar o direito de uma determinada sociedade.

Dworkin refuta a tese positivista de que existe um teste fundamental reconhecido como válido para determinar quais padrões contam como direito e quais não contam, pois essa tese não se aplica aos princípios, às políticas e aos demais padrões normativos que são reconhecidos em razão do seu conteúdo, e não em razão da sua fonte. Nesse momento, o ataque é contra a tese do fato social da teoria positivista, que Dworkin chama de teste de *pedigree*. O argumento central de Dworkin está na existência de padrões normativos que não podem ser identificados e distinguidos com o auxílio de critérios ou testes que têm a ver com sua fonte, apenas com o seu conteúdo.

Explica que em cada comunidade política há um teste de *pedigree* como critério último para verificar se determinado padrão normativo integra ou não o direito daquela comunidade. Na comunidade política de Austin, por exemplo, há o soberano, representado por uma pessoa ou por um grupo determinado ao qual as outras pessoas habitualmente obedecem, mas que não tem o hábito de obedecer a ninguém, que tem o poder de criar regras gerais com a ameaça de sanção para o caso de descumprimento.

Como o soberano não detém a capacidade de prever todas as hipóteses de incidência da norma, diz Dworkin<sup>530</sup> que algumas das ordens desse soberano são inegavelmente vagas ou abertas, delegando aos encarregados de cumprir suas ordens o poder de criar novas ordens para solucionar casos “inéditos ou problemáticos”. Para saber se a regra criada é válida, é dizer, se pertence ao ordenamento jurídico, basta verificar se foi produzida pelo soberano ou se a sua criação foi autorizada pelo soberano. Se não tiver sido oriunda do

---

529 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

530 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

soberano ou se não tiver sido por ele autorizada, esse padrão de conduta não é válido, e não deve ser obedecido ou cumprido.

Esse mesmo teste de *pedigree* é encontrado na versão positivista de Hart, que é bem mais complexa que a versão positivista de Austin, destaca Dworkin. Para Hart, a versão de Austin de que toda regra é uma ordem de caráter geral sujeita a uma penalidade no caso de descumprimento, oblitera a distinção entre ser compelido a fazer alguma coisa e ser obrigado a fazê-lo, existente entre uma regra jurídica e uma ordem. Nas palavras de Dworkin, “uma regra difere de uma ordem por ser normativa, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação”<sup>531</sup>.

Com isso, Hart constrói seu conceito de direito, em que a autoridade de suas regras não está no elemento externo da força física do soberano, da sanção do soberano. A autoridade da regra de Hart decorre da aceitação dessa regra pela comunidade como um padrão de conduta obrigatório a ser seguido e como uma razão para criticar aquele que não segue esse padrão de conduta, e de sua validade, que significa ter sido criada “de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária”<sup>532</sup>.

Na visão de Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”<sup>533</sup>. A conclusão a que chega é que a regra de *pedigree* como único teste fundamental para identificar padrões normativos válidos não é capaz de dar conta de outros padrões normativos que não são regras.

Esses padrões normativos a que Dworkin se refere são os princípios, políticas e outros tipos de padrões, que se diferenciam das regras mencionadas pelo positivismo jurídico pelo fato de que o critério para seu reconhecimento e validade não decorre da sua fonte, do teste de *pedigree*, mas de seu conteúdo, relacionado seja a algum aspecto econômico, político ou social, seja a uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Na conclusão a que chega Dworkin, o direito não se esgota nas regras, como fazia crer o positivismo jurídico. É possível identificar pelo menos três padrões normativos diferentes, atrelados seja à fonte, ao teste de *pedigree*, seja ao conteúdo: normas-princípios,

---

531 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 32.

532 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 33.

533 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 36.

normas-regras e normas-políticas. O autor ainda menciona outros tipos de padrões, mas não chega a explicá-los. Ele utiliza a expressão princípios para explicar todo esse conjunto de padrões que não são regras<sup>534</sup>.

Após alertar para a existência de outros padrões normativos, Dworkin segue para diferenciar um princípio de uma regra, e para tanto se utiliza do famoso caso *Riggs* contra *Palmer*<sup>535</sup>. Em 1889, um tribunal de *New York* decidiu que um herdeiro nomeado no testamento de seu avô não poderia receber a herança deixada, pelo fato de ter assassinado o próprio avô que o beneficiou em testamento, sob o argumento moral de que ninguém poderá beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime, mesmo diante de regra jurídica que confere ao herdeiro assassinado o direito de receber a propriedade deixada por seu avô. Afirma Dworkin que o herdeiro assassinado não recebeu a herança.

Dworkin citou mais um exemplo. Em 1969, um tribunal de Nova Jérsei analisou o caso *Henningsen* contra *Bloomfield Motors, Inc.*, em que deveria decidir se, ou até que ponto, um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso de o automóvel ser defeituoso. Ao adquirir um carro, *Henningsen* assinou contrato de seguro que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos limitava-se ao “conserto” das partes defeituosas, e que “essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidade”. *Henningsen*, apesar de ter assinado o contrato e não apontar uma lei que proibisse ou invalidasse os termos desse contrato, argumentou que o fabricante deveria ser responsabilizado pelas despesas médicas e de outros tipos das pessoas feridas em uma colisão.

Segundo Dworkin, o tribunal utilizou padrões normativos que não são do tipo que se toma como regras jurídicas, especialmente a fundamentação de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça. Dworkin cita outros argumentos utilizados pelo tribunal para decidir pela responsabilização da fabricante do veículo, todos eles nos padrões de princípios.

Com esses dois exemplos, Dworkin quer afirmar que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Com suas palavras:

---

534 Para Dworkin, “**princípio político** é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. **Princípio** é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”. Na sua linha de distinção, um padrão normativo que estabelece a redução dos acidentes automobilísticos será uma política, e o padrão segundo o qual nenhuma pessoa deve beneficiar-se de sua própria torpeza, seria um princípio (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 36, grifos nossos).

535 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão<sup>536</sup>.

Porém os princípios não são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, nem mesmo nos casos em que se assemelham a regras, pois não pretendem criar condições que tornem sua aplicação necessária. Destaca Dworkin “que a distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras”<sup>537</sup>.

Dworkin aponta que a diferença entre regras e princípios aponta para outra característica: os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Quando os princípios se inter cruzam, há uma dimensão de peso em que não é possível resolver o conflito sem se levar em conta a força relativa de cada um. As regras não têm essa dimensão de peso, de modo que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”<sup>538</sup>.

Por fim, Dworkin destaca que um padrão normativo nem sempre deixa claro se se trata de regra ou princípio. “Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”<sup>539</sup>, e quando isso ocorre essa disposição pode funcionar, do ponto de vista lógico, como uma regra, e, do ponto de vista substantivo, como um princípio.

Quando uma regra inclui, por exemplo, palavras como razoável, negligente, injusto e significativo, “a utilização desses termos faz com que a regra se semelhe mais a um princípio, mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e política dos quais pode depender a regra”<sup>540</sup>

---

536 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 39.

537 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 42.

538 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 43.

539 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 44.

Com isso, Dworkin conclui que os princípios jurídicos são tipos particulares de padrões normativos, diferentes das regras, no que se refere ao modo de aplicação (lógica do tudo ou nada/padrões não conclusivos), ao modo de solução de conflito (válido ou inválido/dimensão de peso) e quanto à fonte de validade (formal/conteúdo), que aparecem de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis, e que somente quando o caso é decidido com a utilização dos princípios é que surge uma regra específica, que não existia antes da solução dos casos<sup>541</sup>.

Como a autoridade e o peso dos princípios são intrinsecamente controversos, Dworkin conclui que a regra de reconhecimento de Hart não poderia comportar princípios morais, o que comprometeria a tese da objetividade fraca das fontes, segundo a qual a identificação das fontes sociais dotadas de autoridade deve ser feita de forma objetiva, sem recursos a critérios morais. A utilização dos princípios jurídicos certamente envolve desacordos morais, que seriam incompatíveis com o caráter incontrovertido da convenção ou da fonte social<sup>542</sup>.

Uma vez comprovada a existência de um padrão normativo específico diferente das regras, que não é identificado pelo teste de *pedigree*, Dworkin conclui que, para o positivismo jurídico:

(i) o direito se esgota nas regras, não existindo outro padrão normativo diverso das regras. Como a ideia de obrigação jurídica se apoia na existência de regras, e não há regra para regular o caso, Dworkin conclui que o juiz criaria direito novo. A regra específica foi criada pelo juiz após o fato. Nas suas palavras, “diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do ‘direito’), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar”<sup>543</sup>.

(ii) não havendo regra específica para regular o caso, o juiz teria discricionariedade em sentido forte, ao criar direito novo, aplicado *ex post facto*. Na interpretação que Dworkin faz do positivismo jurídico, “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para

---

540 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 45.

541 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

542 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

543 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 47.

decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação”<sup>544</sup>. Nesse caso, não haveria lacunas na lei.

A conclusão sobre a existência de padrões normativos diversos de regras que não estariam presentes na teoria positivista, levou Dworkin a sustentar a premissa de que o juiz positivista deve decidir o caso exercendo seu poder discricionário - em sentido forte<sup>545</sup>. Partindo da existência de padrões normativos diversos de regras (princípios e princípios políticos, especialmente), Dworkin passa a sustentar a discricionariedade em sentido forte como uma das teses centrais do positivismo jurídico<sup>546</sup>, a partir do raciocínio de que as situações não reguladas por regras, zona de penumbra, ficariam no âmbito da discricionariedade, pois o juiz não está obrigado por qualquer padrão normativo. Na leitura de Streck, “ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural”<sup>547</sup>.

A leitura que Dworkin faz do positivismo jurídico é que o direito se esgota nas regras e, quando não há regras, não há padrão jurídico a obrigar o juiz, caso em que ele deve se utilizar de padrões extrajurídicos no exercício de sua discricionariedade, em sentido forte, que retiram sua condição normativa de uma justificação externa. Como a condição de existência e validade de uma norma depende de sua origem, ou fonte legal, e esses padrões normativos a que se refere Dworkin possuem uma justificação fora do ordenamento jurídico, a autoridade não teria uma norma para aplicar ao caso, e sim discricionariedade em sentido forte.

Para Dworkin, a discricionariedade em sentido fraco está presente quando, “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não o podem ser mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar [...], quando o contexto não é por si só esclarecedor” e “[...] quando os pressupostos de nosso público não incluem esse

---

544 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 50.

545 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

546 A conclusão a que chega Dworkin é que os positivistas defendem o sentido forte de discricionariedade.

Diante da ausência de regra para aplicar ao caso, o juiz possui o poder de discricionariedade, pois os padrões jurídicos aplicados, e que não são regra, não impõem obrigações aos juízes, justamente por não serem padrões normativos. Isso na visão de Dworkin, no sentido de que o positivismo jurídico não reconheceria outro padrão normativo que não fosse reconhecido pela tese do fato social, a que Dworkin chama de teste de *pedigree* (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002).

547 STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo jurídico, afinal? E qual positivismo? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 890-902, set./dez. 2018, p. 897.



fragmento de informação”<sup>548</sup>. A discricionariedade em sentido forte surge quando o funcionário público não está limitado pelos padrões da autoridade a quaisquer padrões formulados pela autoridade superior que se tem em mente quando se coloca a questão do poder discricionário<sup>549</sup>.

Comprovada a existência de padrões normativos diversos de regras e que não podem ser identificados pela regra de *pedigree*, restariam aos positivistas, na visão de Dworkin, duas alternativas<sup>550</sup>:

(i) reconhecer a existência e o caráter jurídico dos princípios, com a conclusão lógica de que não seriam oriundos da tese das fontes sociais (teste de *pedigree*); ou

(ii) admitir que os princípios não são reconhecidos como direito da mesma forma que são reconhecidas as regras pela tese da fonte social ou pela regra secundária de reconhecimento de Hart.

De qualquer forma, a conclusão a que chegou Dworkin é que o positivismo jurídico não seria uma teoria adequada para descrever adequadamente o fenômeno jurídico, por não ser “[...] capaz de descrever uma prática que apresente padrões jurídicos que transcendem a mera noção de regras”<sup>551</sup>, e de combater a discricionariedade do juiz quando não há regras para tratar do caso. Justamente para combater essa discricionariedade, é que Dworkin introduz o conceito de princípio e de políticas como padrões normativos pertencentes ao sistema jurídico, para quem os princípios devem seguir padrões de coerência e integridade.

Na prática, a proteção dos direitos com base em princípios é mais importante do que com base nas regras ou em políticas, já que são trunfos políticos diante da afirmação de que os tribunais devem fundamentar suas decisões em diretrizes políticas<sup>552</sup>. Com isso, Dworkin quer dizer que os princípios descrevem direitos individuais como trunfos políticos a serem utilizados para proteção dos direitos das minorias contra as diretrizes políticas que se voltam para a proteção dos interesses da coletividade.

548 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 51.

549 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

550 NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. (Col. Hermenêutica, teoria do direito e argumentação, v. 5, Coordenação Lenio Luiz Streck).

551 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 163.

552 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

Na explicação de Neves, “então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso”<sup>553</sup>.

O entendimento de Maranhão é que os *hard cases* explorados por Dworkin não se referem aos casos de penumbra, mas sim aos casos nos quais a regra do *pedigree* é clara, mas a solução por ele apontada é claramente injusta, moral ou politicamente indesejável. Quando isso ocorre, muitas vezes os princípios prevalecem sobre a solução jurídica apontada pela regra, o que demonstra seu caráter vinculante, mesmo não sendo proveniente da regra de reconhecimento.

Com esse raciocínio, Dworkin coloca em questão a tese da objetividade forte das fontes<sup>554</sup>, porque os princípios de moralidade política apresentam um conteúdo necessariamente controverso, e o positivismo jurídico adota uma convenção objetiva de identificação e validade do direito para solucionar casos previstos nas normas, cuja objetividade, justamente em razão da existência da norma, não estaria presente nos casos não regulados pelo direito. O que há, na verdade, é uma disputa teórica para identificar o melhor direito, que será necessariamente construído pelos juízes a partir de um engajamento moral e político, e não apenas identificado por critérios abstratos e suficientes. O direito seria fruto de uma construção interpretativa moral e politicamente engajada, em que a moralidade política já se encontra incorporada ao direito.

Com esse conceito interpretativo do direito, Dworkin ataca de uma só vez a tese da separação entre o direito e a moral e a tese das fontes sociais defendidas pelo positivismo jurídico. Os princípios de moralidade política fazem parte do direito e, por serem controversos, não podem ser identificados pela fonte social ou pela convenção, já que não haveria um critério previsível e objetivo para identificar o que é e o que não é direito. Como os princípios de moralidade política estão incorporados ao direito, na verdade, na visão de Dworkin, necessariamente incorporados ao direito, não há como defender a tese da separação.

A crítica inicial de Dworkin, na esteira do que concluiu Neiva, ainda que partisse da distinção entre regras e princípios, e esse foi o propósito central do capítulo II - *O modelo de regra I* - do livro “Levando os direitos a sério”, “procurava atacar justamente a doutrina

---

553 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 52.

554 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

positivista da regra de reconhecimento e dos limites do direito, e o “real problema que os positivistas, a partir de então, deveriam enfrentar”<sup>555</sup>.

Apesar da amplitude da crítica de Dworkin, Joseph Raz, no artigo *Legal principles and the limits of law*<sup>556</sup>, procurou sobretudo questionar a distinção entre regras e princípios formulada por Dworkin, e somente no artigo *Legal positivism and the sources of law*, que faz parte do livro “The authority of law”<sup>557</sup>, faz uma defesa robusta da tese do fato social do positivismo jurídico e da regra secundária de reconhecimento de Hart.

Após os primeiros ataques, os positivistas se recompuseram<sup>558</sup> e se dividiram em duas correntes positivistas: os inclusivos e os exclusivos, cada um acolhendo e rejeitando parte das críticas formuladas por Dworkin em face da teoria positivista.

No grupo do positivismo jurídico sem qualificativos estão aqueles que aceitam a reconstrução de Hart e a demonstração da viabilidade e suficiência das teses hartianas para explicar e justificar o fenômeno jurídico na atualidade. Para esse grupo, as teses centrais do positivismo jurídico são: (i) a separação conceitual entre o direito e a moral; (ii) a tese das fontes sociais do direito; e (iii) a tese da discricionariedade judicial.

Nas palavras de Duarte e Pozzolo<sup>559</sup>, trata-se de “um positivismo jurídico que exclui a moral, enquanto instância valorativa, dos mecanismos de identificação do direito; que rechaça o critério material de validade normativa e que aceita, sem nenhum problema, uma margem de discricionariedade judicial em sentido forte”.

No grupo do positivismo jurídico com qualificativos há aqueles que defendem, por uma questão conceitual, que a validade de um sistema jurídico não depende de considerações morais (positivismo jurídico exclusivo/duro), e os que defendem que é conceitualmente possível, mas não necessário, que a validade do sistema jurídico dependa da incorporação de princípios de justiça ou valores morais (positivismo inclusivo/brando).

Waluchow informa que a versão conceitual do positivismo jurídico vem em pelo menos duas variedades nitidamente diferentes: o positivismo inclusivo e o positivo exclusivo, e que as teorias de Hart, Austin e Bentham são versões do primeiro. A teoria de Raz é um

555 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 75.

556 RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 8, p. 823-854, 1972.

557 RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

558 Expressão utilizada por Lopes para se referir ao surgimento de duas correntes positivistas que se dispuseram a responder às críticas de Dworkin: inclusivos e exclusivos (LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar [coord.]. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 425-455).

559 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 31.

exemplo do segundo. Destaca, ainda, e sob o risco de uma simplificação excessiva, que é possível caracterizar essas duas versões conceituais do positivismo da seguinte forma: “*Exclusive Legal Positivism: As a matter of conceptual necessity, determinations of law can never be a function of moral consideration. Inclusive Legal Positivism: It is conceptually possible, but not necessary, that determinations of law can be a function of moral consideration.*”<sup>560</sup>

Como representantes do positivismo inclusivo (ou *soft positivism*), podem-se citar Herbert Hart, Jules Coleman, Will Waluchow<sup>561</sup>, Philip Soper e David Lyons e como positivistas exclusivos (ou *hard positivists*) Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro. Além de citar os nomes dos integrantes dos positivismos inclusivo e exclusivo, Macedo Junior<sup>562</sup> destaca Ronald Dworkin como interpretativista, John Finnis, Robert George e Germain Grisez como jusnaturalistas contemporâneos, Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther como teóricos da razão comunitária, mas todos eles são agrupados genericamente como pós-positivistas.

Por fim, é preciso deixar claro que essas versões (positivismos exclusivo e inclusivo) são consideradas versões positivistas, e a razão desse enquadramento teórico está na adoção das teses que caracterizam o positivismo jurídico: (i) tese da descrição; (ii) tese da separação entre o direito e a moral; e (iii) tese das fontes sociais autorizadas.

Na visão dessas versões, a teoria do direito, que é um ramo da filosofia do direito, deve descrever seu objeto, que é o direito, de forma valorativamente neutra, sem utilizar elementos de justificação ou recomendação. A função da teoria do direito é a de dizer o que é e como é o direito, e não a de saber como deve ser o direito, que seria uma função da jurisprudência normativa, que se propõe a responder à pergunta “como deve ser o direito?”, enquanto a função da teoria do direito seria a de responder à pergunta “o que é o direito?”. Essa é a tese da descrição.

A segunda tese, da separação entre o direito e a moral no plano da validade, sustenta que a validade jurídica independe de sua validade moral. Para o direito, o critério de validade jurídica é autônomo em relação ao critério moral de correção, pois a validade

---

560 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. The many faces of legal positivism. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 48, n. 3, p. 387-449, Summer 1998, p. 394.

561 Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013) cita os três primeiros autores como representantes do positivismo incluyente. E Torrano (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019) cita os dois últimos como positivistas incluyentes.

562 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

jurídica de um padrão normativo não depende dos critérios morais de correção. Logo, é possível que um padrão normativo, por exemplo, uma regra jurídica seja válida e moralmente injusta, sem que isso contamine a validade dessa regra, pois a normatividade do direito decorre do seu próprio critério de validade, assim como a validade de uma regra moral também depende unicamente de um critério estabelecido pela própria moral.

A tese da separação defendida pelo positivismo jurídico não implica afirmar que o direito não tem conteúdo moral ou que não sejam utilizados argumentos morais na interpretação e na justificação das decisões judiciais. Na verdade, como já dito, a separação entre direito e moral ocorre no plano da validade, e não no do conteúdo. O direito possui conteúdo, os juízes utilizam argumentos morais nas decisões dos casos apreciados, mas não é o emprego da moral que torna essas decisões válidas. É da discussão de qual deve ser o papel da moral na identificação do direito que surgem as modernas versões do positivismo jurídico (exclusivo e inclusivo), que buscam, cada um a seu modo, explicar a relação entre direito e moral.

Por fim, a tese das fontes sociais, identificada e autorizada por cada comunidade política, afirma que só é direito válido aquilo que foi produzido por fontes sociais, legislativas, decisões judiciais ou quaisquer outras fontes permitidas pela comunidade política, que podem ser identificadas a partir de critérios objetivos e de um ponto de vista circunscrito ao critério da validade. Nas palavras de Raz<sup>563</sup>, a existência e o conteúdo do direito dependem exclusivamente de fatos da conduta humana, descritos de forma neutra e sem recursos a critério de modalidade.

Essas teses serão exploradas e aprofundadas ao longo do desenvolvimento deste capítulo, especialmente quando forem mencionadas para afastar as caricaturas que Dworkin fez do positivismo jurídico. Nesse momento, a intenção deste pesquisador foi apenas a de informar ao leitor que, apesar dos ataques de Dworkin, o positivismo jurídico está vivo e bem, e se encontra em boa forma para manter afastados seus principais adversários, entre os quais se destaca Dworkin com sua teoria jusnaturalista<sup>564</sup>.

#### ***4.1.1 Positivismo exclusivo***

---

563 RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979.

564 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

A regra de ouro do positivismo jurídico exclusivo é a tese forte<sup>565</sup> das fontes sociais do direito<sup>566</sup> ou da convenção social (*the social thesis*), ao defender que o direito é uma criação humana que deriva de fontes sociais autorizadas, empíricas e objetivas<sup>567</sup>, de uma questão de fato ou convenção social, sendo irrelevantes as opiniões morais e políticas de cada um acerca do que deve ser o direito. Nas palavras de Raz, “uma teoria jurisprudencial só é aceitável se seus testes para identificar o conteúdo da lei e determinar sua existência dependem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de serem descritos em termos de valor neutro e aplicados sem recorrer a argumentos morais”<sup>568</sup>.

Para o positivismo jurídico exclusivo, direito é aquilo que foi produzido por uma determinada fonte social autorizada, é dizer, produzido por autoridades competentes e legítimas, que podem ser identificadas a partir de critérios objetivos. O critério de juridicidade do direito decorre única e exclusivamente de questões factuais suscetíveis de determinação objetiva<sup>569</sup>, independentemente de critérios morais ou políticos. A autoridade das regras decorre da identificação da fonte social que comandou a regra e não do que foi comandado. É nesse aspecto que reside a versão forte da tese dos fatos sociais, pois, para essa versão, a identificação da fonte que comandou a regra seria o conteúdo de uma regra obrigatória<sup>570</sup>.

A lei, ainda que injusta, é válida. É a tese da autonomia conceitual do direito em relação à moral<sup>571</sup>. Na leitura que Andrade Froehlich faz de Raz e Marmor, “o direito não depende de razões/considerações morais para definir o que é o direito. Alguns sistemas

---

565 A diferença entre a versão fraca e a forte da tese das fontes sociais reside no entendimento de que, para a versão fraca, as fontes dotadas de autoridade são identificadas a partir de determinado critério, enquanto a versão forte entende que a identificação da fonte dotada de autoridade seria o conteúdo do padrão normativo, que seria válido não pelo seu conteúdo, mas sim pelo fato de ter sido produzido por uma fonte autorizada (MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012). Por fim, o conceito de fonte deve ser empregado em sentido mais amplo do que o sentido de fontes formais, a incluir também fontes interpretativas, ou seja, todos os materiais interpretativos relevantes (RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979).

566 Torrano destaca que seis argumentos conceituais, entre outros possíveis, têm sustentado a tese da fonte social: (i) o caráter institucionalizado do direito; (ii) as funções sociais do direito; (iii) a tese da diferença prática; (iv) a tese da autoridade; (v) a tese da convenção; e (vi) a tese do planejamento social (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019).

567 A tese de objetividade das fontes também pode ser dividida em duas versões: a versão fraca defende que a identificação das fontes sociais dotadas de autoridade deve ser feita de forma objetiva, sem recursos a critérios morais; a versão forte defende que, além de a identificação das fontes sociais dotadas de autoridade ser feita de forma objetiva, pelo menos parte do conteúdo do direito também deve sê-lo de forma objetiva (MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012).

568 RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979, p. 39-40.

569 RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979,

570 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

571 RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason**. Nova York: Oxford University Press, 2009.

utilizam a linguagem moral, mas a moral não pode servir de critério de validade do direito”<sup>572</sup>, pois é conceitualmente impossível que o direito incorpore critérios morais. Direito e moral não se misturam no plano conceitual e da validade. Direito não pode ser definido com ou a partir de critérios morais. Assim como a validade jurídica é autônoma em relação à validade moral, a validade moral também é autônoma em relação à validade jurídica.

Para que uma norma exista como padrão normativo, não se exige justificação externa de qualquer natureza, pois a sua condição de norma jurídica e a respectiva validade decorrem exclusivamente do fato de pertencer ao ordenamento jurídico, decorrem da tese das fontes sociais ou convenção social, decorrem de sua fonte social autorizada. Na leitura de Gardner, “em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é legalmente válida e, portanto, se faz parte da lei desse sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos”<sup>573</sup>. Essa afirmação pode ser interpretada com a conclusão de que a existência e a validade do direito não dependem de critérios morais ou políticos. São as fontes sociais ou a convenção social os únicos critérios de existência e validade do direito.

Embora as crenças compartilhadas possam influenciar na maior ou menor aceitação do sistema, ou ser utilizadas pelo grupo para rechaçar seu próprio sistema jurídico, ou até mesmo que juízes se utilizem de argumentos morais para resolver os conflitos, especialmente nos *hard cases*, a legitimidade e a juridicidade dessa norma individual criada decorrem exclusivamente de uma pretensão de autoridade jurídica, que é autônoma em relação às razões em que se baseiam a construção e a adesão ao ordenamento jurídico<sup>574</sup>.

Para os exclusivistas, os princípios morais e políticos não fazem parte do direito, e o fato de os tribunais utilizarem razões morais e políticas para fundamentar suas decisões comprova apenas a tese da discricionariedade, sem força para infirmar a tese exclusivista de que é impossível a incorporação de critérios morais na definição do direito. O direito sempre reivindica autoridade e implica preempção, o que significa dizer que as normas jurídicas têm primazia sobre as razões morais individuais, cancela as razões que o indivíduo teria para agir e as substitui por suas próprias razões<sup>575</sup>.

Desse modo, quando a legislação ou a constituição faz referência a critérios morais, o positivismo jurídico exclusivo entende que isso é apenas uma autorização para a

---

572 ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017, p. 76.

573 GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 myths. **American Journal of Jurisprudence**, [s. l.], v. 46, n. 1, p. 199-227, 2001, p. 199.

574 ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. A função da autoridade aplicada ao direito: contribuições do positivismo exclusivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 327-353, jan./jun. 2015.

575 RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **The Monist**, [s. l.], v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985.

utilização da discricionariedade judicial, mas não que a validade jurídica dessa regra decorra desse padrão moral. Ao contrário, a validade desse padrão moral decorre exclusivamente do fato de ter sido incorporado pela fonte social, no caso, pela legislação, pelos costumes, pelas decisões judiciais, pelos *officials*, enfim, por alguma fonte social autorizada, permanecendo intacta a tese de que os princípios morais não fazem parte do direito ou que constituam razões jurídicas. “Como a identificação do direito não é mais possível por meio da referência a fontes sociais, a discricionariedade surge como parte do processo de criação do direito no caso concreto – assim a tese das fontes é mantida intacta.”<sup>576</sup>

A verdade da afirmação de que o desenvolvimento do direito tem sido influenciado pela moral e pelos ideais convencionais de grupos específicos, não deve levar à conclusão de que um sistema jurídico deve necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou com a justiça, como bem alerta Hart<sup>577</sup>. Há leis válidas, por exemplo, que são moralmente reprováveis, assim como pode haver decisões judiciais moralmente indesejáveis<sup>578</sup>. Uma coisa é validade jurídica, outra coisa é a validade moral. Uma lei não será válida apenas e tão somente se também for moralmente aceitável. Da mesma forma, a validade de uma lei moralmente aceitável não depende de sua validade jurídica. Há, portanto, uma desconexão entre direito e moral, uma justificação independente do conteúdo, como destaca Hart.

Nessa hipótese, o juiz está autorizado pela fonte ou pela convenção para decidir o caso, inclusive com o poder discricionário de recorrer a critérios extrajurídicos, abstraindo-se de questionar o conteúdo ou os critérios utilizados na construção do padrão normativo a ser aplicado, é dizer, não importa como é decidido, mas o que é decidido<sup>579</sup>.

Para Raz, o direito é normativo, por pretender guiar o comportamento humano de duas maneiras: constituindo uma razão convencional para abstenção de determinada conduta ou constituindo uma razão para executar ou não a conduta prevista pela norma; institucionalizado, porque o direito é criado, aplicado e modificado por instituições; e coercitivo, porque sua obediência e sua aplicação são garantidas pelo uso da força, mediante a aplicação de uma sanção externa e institucionalizada. Toda teoria dos sistemas jurídicos deve

576 GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A resposta de Wil Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, v. 14, n. 1, p. 33-47, jan./jul. 2022a, p. 37.

577 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

578 Os juízes não são infalíveis. Assim como há decisões que são incapazes de oferecer uma defesa moral, há leis também que são incapazes de assegurar uma defesa moral, como no caso do *apartheid* na África do Sul, como bem esclarece WALUCHOW, Wilfrid Joseph. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

579 MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.



ser compatível com uma explicação dessas características, e a ênfase na interpretação, nas inter-relações e na relativa importância dessas características é o que diferencia a teoria de Raz das teorias de Kelsen e Hart<sup>580</sup>.

Embora a normatividade seja uma característica importante do direito, há leis que não são regras de comportamento, ou seja, normas que não podem ser impostas, pois conferem poderes, e logicamente não são impostas, razão pela qual a descrição completa exige que, além de normativo, o sistema jurídico seja institucionalizado e coercitivo. Essas características permitem construir uma descrição completa do sistema jurídico, capaz de diferenciá-lo dos demais sistemas normativos que igualmente regulam comportamentos humanos, como a moral e a religião.

A diferença entre os sistemas jurídicos e outras normas e sistemas normativos reside na natureza institucionalizada<sup>581</sup> do direito, isto é, na existência de certos órgãos aplicadores da lei, pois nem toda lei é criada por órgãos legislativos. Nesse aspecto, Raz se distancia de Bentham, Austin e Kelsen, “pois todos enfatizaram a importância dos órgãos criadores da lei e consideravam seu modo particular de criar as leis uma das características distintivas dos sistemas jurídicos”, mas para esse autor o que caracteriza um sistema jurídico é a existência de órgãos especialmente indicados para aplicação organizada das leis, que não deixam de ser leis mesmo que sejam amplamente rejeitadas e desconsideradas. O aspecto importante é que essas leis sejam reconhecidas por esses órgãos<sup>582</sup>.

O caráter institucionalizado do direito decorre da combinação de três aspectos: (i) os sistemas jurídicos são inclusivos; (ii) os sistemas jurídicos reivindicam autoridade e supremacia (tese da autoridade e da supremacia); e (iii) os sistemas jurídicos são abertos. Os sistemas jurídicos são inclusivos porque reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento de um certo modo e não necessariamente de todos os modos de uma determinada comunidade. Não significa dizer que os demais sistemas normativos, a religião e

---

580 RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

581 “Sistemas institucionalizados em geral são definidos principalmente por suas propriedades estruturais. Eles consistem em normas que estabelecem órgãos primários e em todas as normas que essas instituições são obrigadas, em virtude das normas que elas praticam, a aplicar.” (RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 147).

582 A natureza institucionalizada do direito apresentada por Raz foi trabalhada por Salmond, tanto é que Raz o segue completamente, embora destaque que a importância dos órgãos aplicadores das leis no direito se manifesta de várias maneiras, sem que isso implique o abandono das ideias de Salmond, pelo contrário, trata-se apenas de uma explicação mais detalhada acerca das várias formas de manifestação dos órgãos aplicadores do direito (RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012; SALMOND, John William. **Salmond on Jurisprudence**. 11. ed. London: Sweet & Maxwell Publisher, 1957).

a moral, por exemplo, não possam regular qualquer tipo de comportamento. O que se quer dizer é que os sistemas jurídicos reivindicam autoridade quando regulam esses comportamentos, “isto é, eles contêm normas que regulam esses comportamentos ou que conferem poder para decretar outras normas que os regulariam caso fossem decretadas”<sup>583</sup>.

Os sistemas jurídicos reivindicam supremacia/autoridade para proibir, permitir ou impor o funcionamento de outros sistemas institucionalizados pela comunidade que igualmente se propõem a regular qualquer tipo de comportamento. Essa condição reivindica autoridade tanto para conceder permissões excludentes a comportamento regulador pelas normas quanto para não regular comportamento ou reivindicar autoridade para regulá-lo<sup>584</sup>.

Por fim, os sistemas jurídicos são abertos “no sentido de que ele[s] cont[ê]m normas cujo propósito é conceder força vinculante a outras normas que não pertencem a ele”<sup>585</sup>. As normas reconhecidas não fazem parte do sistema. São reconhecidas pelo sistema em função de ele ser um sistema aberto, mas somente se as normas adotadas satisfizerem um destes dois critérios: o primeiro é que as normas pertençam a outro sistema normativo, que sejam praticadas pelos sujeitos e as normas em vigor sejam aplicadas a esses mesmos sujeitos; o segundo critério é que essas normas sejam feitas pelos sujeitos ou com o consentimento deles, “por meio do uso de poderes concedidos pelo sistema a fim de habilitá-los a organizar seus próprios assuntos conforme quiserem”<sup>586</sup>.

Para Raz, as sanções se distinguem das reações críticas, embora nenhuma das características<sup>587</sup> das sanções tenha o poder de distinguir toda sanção legal de toda reação crítica. As sanções substituem em larga medida as razões críticas, mas não completamente, pois “é próprio do direito que as violações dos deveres legais se deparem com reações críticas

---

583 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 148-149.

584 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

585 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 151.

586 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 151.

587 Para Raz, as sanções se distinguem das reações críticas em quatro aspectos importantes: (i) as reações críticas alcançam um campo de privação bem superior ao campo das sanções; (ii) a execução das sanções é em grande parte garantida pelo uso da força para impedir possíveis obstaculizações, o que nem sempre acontece com as reações críticas; (iii) a natureza da sanção é determinada com relativa precisão no direito, enquanto a natureza das reações críticas pela violação dos deveres seja determinada apenas vagamente pelas regras, sem a fixação de limites para o número de reações críticas pela violação de um dever; (iv) a aplicação das sanções é organizada e regulada por autoridades designadas pela lei, enquanto a aplicação das reações críticas é pulverizada, confiada geralmente à parte ofendida, à pessoa que possui alguma relação com a vítima ou transgressor ou ao público em geral (RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012).

até mesmo de pessoas que consideram o direito ruim, conquanto não cruel”<sup>588</sup>. Por essa razão, o mais importante é analisar a reação crítica, externa e institucionalizada dos órgãos que aplicam a lei, principalmente quando essas instituições deixam clara a existência de um dever e de uma sanção, nem sempre facilmente perceptíveis nas reações críticas<sup>589</sup>.

A partir dessa descrição completa de sistema jurídico, Raz procurou resolver um problema não solucionado por Hart, que foi a ausência de uma teoria satisfatória acerca de como conectar afirmações sobre a existência de regras gerais com problemas particulares, é dizer, uma teoria da argumentação jurídica que fosse capaz de resolver satisfatoriamente a conexão conceitual entre a obrigação jurídica e a obrigação moral que vincula o agente a um determinado curso de ação, sem abandonar as premissas básicas da teoria das fontes sociais e da separação conceitual entre direito e moralidade<sup>590</sup>.

Para resolver esse ponto, Raz parte do conceito de autoridade dos sistemas jurídicos. Para ele, toda ordem jurídica reivindica autoridade, em que a norma positiva impõe uma razão excludente e protegida que se sobrepõe às razões que o indivíduo teria para agir de outro modo. A vida em sociedade implica a realização de escolhas racionais por parte do indivíduo, que poderá optar entre agir de uma forma ou de outra. Quando alguém, por exemplo, dá um conselho a alguém, ao ouvinte caberá seguir ou não o conselho que lhe foi dado. O mesmo ocorre nos pedidos e orientações. Podemos pedir a alguém para fazer ou deixar de fazer algo. Podemos orientar alguém a agir de determinada forma em vez de outra.

Nesses casos de pedidos, conselhos e orientações, a diretiva apontada é apenas uma razão entre inúmeras outras existentes, cabendo ao sujeito sopesar suas razões com as razões da diretiva para decidir o que será feito. O sujeito age segundo um balanço de razões<sup>591</sup>. O agente avaliará se há boas razões para agir de uma forma ou de outra. Nas palavras de Raz, “os conflitos entre razões são resolvidos pela força ou peso relativo das razões conflitantes que determina qual das razões prevalece”<sup>592</sup>.

---

588 RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 202.

589 RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

590 A ideia central desses argumentos foi desenvolvida por Michelon na apresentação da obra RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

591 Esse tópico foi construído a partir da explicação do professor André Coelho em COELHO, André Luiz Souza. Raz: direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo grego**, 19 nov. 2012a. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 2 set. 2022.

592 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 27.

Contudo, nos sistemas jurídicos não é assim que acontece, pois “o indivíduo ou a instituição que dá as diretrizes tem autoridade [tese da autoridade] sobre o outro indivíduo para quem a diretriz é dada”<sup>593</sup>. As razões institucionais têm primazia sobre as razões individuais, e suspendem o direito de o indivíduo agir de acordo com o balanço de razões, de acordo com seu juízo individual. Assim, a autoridade jurídica instaura “não apenas razões de segunda ordem, mas certo tipo de razões de segunda ordem que têm (ou pelo menos reivindicam ter) primazia ou prioridade sobre todas as possíveis razões de segunda ordem concorrentes”<sup>594</sup>.

Como toda ordem jurídica reivindica autoridade, o direito se utiliza dessa autoridade para impor suas razões de segunda ordem excludentes e protegidas que têm primazia sobre todas as razões de segunda ordem concorrentes, já que impõe ao indivíduo o dever de “obedecer e agir como a diretriz lhe indicou que agisse qualquer que seja o seu juízo individual sobre a melhor maneira de agir”<sup>595</sup>. As razões de segunda ordem são excludentes porque, como a própria expressão revela, excluem de qualquer sopesamento as possíveis razões em contrário, e são razões protegidas porque têm uma razão de primeira ordem positiva, ao exigir que algo seja feito, e uma razão negativa de segunda ordem, que exclui toda e qualquer razão em sentido contrário à de primeira ordem<sup>596</sup>.

Daí a conclusão de Raz de que todas as normas impositivas promulgadas por autoridades são razões excludentes, e não servem a seus propósitos se não forem tratadas como razões excludentes. A norma promulgada tem autoridade prática e se justifica por exigências de coordenação, em que o indivíduo se submete aos julgamentos da autoridade e age com base nas instruções da autoridade, e não a partir de um balanço de razões. Os indivíduos aceitam as razões excludentes da autoridade e passam a agir segundo essas razões, desconsiderando outras razões que teriam para agir, ainda que considerem as razões da autoridade equivocada<sup>597</sup>.

---

593 COELHO, André Luiz Souza. Raz: direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo grego**, 19 nov. 2012a. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 2 set. 2022.

594 COELHO, André Luiz Souza. Raz: razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. **Filósofo grego**, 21 nov. 2012b. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>. Acesso em: 2 set. 2022 (grifo nosso).

595 COELHO, André Luiz Souza. Raz: direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo grego**, 19 nov. 2012a. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 2 set. 2022.

596 ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. A função da autoridade aplicada ao direito: contribuições do positivismo exclusivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 327-353, jan./jun. 2015.

597 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

É nesse contexto que se insere a tese da diferença prática, segundo a qual, para ser direito, os padrões normativos devem ser capazes de fazer uma diferença prática na conduta do agente, isto é, uma diferença na estrutura ou conteúdo da deliberação e ação<sup>598</sup> do indivíduo. O direito é um sistema normativo institucionalizado que promulga norma com autoridade prática capaz de orientar a conduta dos indivíduos, de forma epistêmica ou motivacional<sup>599</sup>. Esse indivíduo, apesar de compreender o que a norma determina, pode agir em desacordo ao que ela prescreve, ou pode agir segundo as razões excludentes da autoridade.

Em razão disso, o direito é capaz de fazer uma diferença prática na atuação do agente, que agiria de outro modo se a norma jurídica não existisse. A autoridade prática do direito retira do indivíduo a faculdade de ponderar as razões de sua atuação. As razões impostas pelo direito são de um tipo especial e excludentes, e impõem, na prática, uma solução diante do conflito de razões, ao impor suas razões e impedir que o indivíduo recorra à moral para tomar sua decisão ou determinar o conteúdo do direito.

Para o positivismo jurídico exclusivo, se o direito incorporasse critérios morais, não seria capaz de fazer uma diferença prática na atuação dos indivíduos, pois não teria autoridade prática para impor suas próprias razões excludentes, cancelar e substituir as razões que o indivíduo teria para agir de determinada maneira, e que seriam utilizadas caso o direito não reivindicasse sua autoridade e suas próprias razões. Com a incorporação de critérios morais, o direito perde seu poder de superar outras razões e de conformar a conduta do indivíduo às suas próprias razões, pois o balanço de razões para agir será devolvido ao indivíduo, que terá a diretiva de agir de acordo com seu juízo individual, e não segundo as razões do direito.

A tese da preempção é mais um argumento para reforçar a tese da autoridade, ao defender que o direito possui autoridade para cancelar<sup>600</sup> as razões que o indivíduo teria para agir e substituí-las por suas próprias razões, que devem ser obedecidas<sup>601</sup>, e a utilização de critérios morais retira do direito o poder de exercer autoridade para impor suas razões, cancelar e substituir as razões do indivíduo sobre o qual o direito exerce autoridade. Com a

598 COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the concept of law. New York: Oxford University Press, 2001. p. 99-148.

599 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

600 As expressões cancelamento e substituição foram utilizadas por Coelho para explicar a tese da preempção de Raz, na palestra "Positivismo Jurídico Exclusivo", em 22 de fevereiro de 2016 (GRUPO DE ESTUDOS PURA TEORIA DO DIREITO; LIGA ACADÊMICA JURÍDICA DO PARÁ. COELHO, André. Palestra: "Positivismo Jurídico Exclusivo" [André Coelho, palestrante]. III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas contemporâneas. **Youtube**, 22 fev. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc>. Acesso em: 15 set. 2022.

601 RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **The Monist**, [s. l.], v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985.

retirada das razões de segunda ordem, que são típicas do direito, e o ingresso dos critérios morais, que são razões de primeira ordem, o direito transferiria para o indivíduo a possibilidade de examinar se o critério moral utilizado pela norma seria justo ou não, ficando sob a decisão exclusiva do destinatário avaliar a validade moral dessa ordem.

A decisão tomada pelo indivíduo seria conforme suas próprias razões e não em função das regras. A discussão sobre a correção ou justeza da moralidade contida nas normas jurídicas ficaria sempre em aberto e indefinida, e nunca seria peremptória, é dizer, terminante, ao contrário, sempre estaria sujeita a um balanço de razões a cargo do indivíduo cuja conduta o direito pretende regular, impedindo o direito de exercer seu papel mediador que a tese da autoridade como serviço lhe confere. Segundo essa tese, o direito sempre possui a pretensão de legitimidade, que pode até não existir, de deliberar sobre as melhores razões para orientar e vincular a conduta do indivíduo, que ficará em melhor situação se resolver seguir as razões escolhidas pelo direito.

O direito possui autoridade para ser o mediador entre o sujeito e as razões que ele teria para agir, e, ao escolher as melhores razões para o indivíduo agir, acredita-se que o sujeito estará em melhores condições se resolver agir segundo as razões escolhidas pelo direito do que se resolver agir segundo suas próprias razões. Em razão dessa presunção e da autoridade que o direito reivindica, está excluído e precluso o balanço de razões para o indivíduo seguir ou não as regras jurídicas. Ele deverá agir segundo o juízo de balanço já mediado e deliberado como sendo a melhor razão para o indivíduo agir. É essa preclusão que permite diferenciar regras jurídicas de regras morais, que estão sempre sujeitas a um balanço de razões.

Para Raz, seu principal idealizador e discípulo de Hart, em termos mais gerais, a tese social positivista afirma que “o que é o direito e o que não é é uma questão de fato social”<sup>602</sup>. Nas palavras de Neiva<sup>603</sup>, essa formulação bastante genérica da relação entre o direito e os fatos sociais, permite inclusive que a tese dos fatos sociais seja subscrita por não positivista.

Contudo, para evitar isso, Raz oferece uma versão forte da tese das fontes sociais, com a radical separação conceitual entre o direito e a moral, em que a validade do direito decorre exclusivamente da identificação das fontes<sup>604</sup>. Como todo direito possui uma fonte social, torna-se plenamente possível que determinados direitos não estejam previstos nessa

602 RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979, p. 37.

603 NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. (Col. Hermenêutica, teoria do direito e argumentação, v. 5, Coordenação Lenio Luiz Streck).

fonte. Nesse caso, a determinação do conteúdo desses direitos depende exclusivamente de critérios extrajurídicos, que, embora sejam irrelevantes para determinar a validade do direito, são relevantes para suprir essa lacuna.

Essa norma criada, ao ser reconhecida e positivada, desvincula-se da razão que a criou, tendo sua validade jurídica reconhecida diante da possibilidade de sua fonte ser factualmente reconhecida. “Surge daí a sua semelhança com o argumento de autoridade, pois ela requer simplesmente que se faça uma referência correta à sua fonte (origem da posituação), sendo dotada de validade, pelo menos a princípio, simplesmente a partir dessa conexão.”<sup>605</sup>

A adoção da tese forte das fontes sociais, portanto, implica a aceitação e o reconhecimento da existência de discricionariedade para decidir quando há dúvida interpretativa, lacuna ou norma de baixa densidade normativa<sup>606</sup>. A utilização da discricionariedade judicial é um aviso de que não é mais possível utilizar critérios jurídicos para identificação do direito, em razão seja da existência de lacuna, seja de indeterminação semântica. Nesses casos, a descoberta da norma pelo juiz está autorizada pela tese da fonte social forte e, “naturalmente, suas decisões nesses casos dependem, pelo menos em parte, de considerações morais e outras considerações extralegais”<sup>607</sup>.

O próprio Hart defende que haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente, em que o direito é parcialmente indeterminado (indeterminação semântica) ou incompleto (lacuna). O direito é finito. As convenções esgotam-se e as texturas abertas podem gerar dúvidas. Nesses casos, para que o juiz possa proferir sua decisão, exercerá discricionariedade judicial, criando e aplicando o direito novo ao caso julgado, “o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder”<sup>608</sup>.

A tese dos limites do direito deixa claro que é impossível eliminar a discricionariedade do direito diante da textura aberta da linguagem e das regras jurídicas, e

---

604 Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017) explica que o positivismo exclusivo adota a versão forte da tese das fontes sociais, em que a normativa do direito decorre exclusivamente dos fatos sociais, sem qualquer vinculação com a moral, e prega uma separação radical entre o direito e a moral.

605 ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. A função da autoridade aplicada ao direito: contribuições do positivismo exclusivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 327-353, jan./jun. 2015, p. 331.

606 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

607 RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979, p. 50.

608 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 351.

aponta a impossibilidade de o próprio direito regular todos os atos e ações humanos ou todas as hipóteses de incidência dos padrões normativos. Diante dos limites do direito e da inevitável existência da discricionariedade é que existem critérios para diferenciar o que é direito do que não é direito<sup>609</sup>, é que o direito é um sistema normativo aberto na medida em que contém normas cujo propósito é conceder força vinculante a normas que não pertencem a esse sistema<sup>610</sup>.

Hart não aceita a versão que Dworkin constrói do positivismo jurídico, de que o direito não é incompleto ou indeterminado, mas a imagem que dele faz o positivista, pois o direito inclui, além das regras jurídicas explícitas, identificadas pelas fontes sociais, os princípios jurídicos explícitos, que devem ser utilizados para solucionar os “*hard cases*” ou “casos difíceis”, que não seriam identificados pelas fontes sociais, mas pela dimensão moral.

Com esse argumento, Hart afasta a caricatura de Dworkin de que o positivismo jurídico se esgota nas regras jurídicas ou no teste de *pedigree* e de que não existiriam obrigações derivadas dos princípios. O positivismo não é formado exclusivamente por regras, e as obrigações também podem derivar de princípios, os quais também podem ser identificados a partir de sua fonte. Hart defende que os princípios jurídicos podem ser identificados por critérios derivados de uma norma de reconhecimento, por entender que a regra de reconhecimento não oferece só critérios de *pedigree*. Na verdade, Hart<sup>611</sup> diz que a regra de reconhecimento pode assumir qualquer critério ou mais de um critério válido, como a referência a um texto autorizado, a um ato legislativo, à prática consuetudinária, a declarações gerais de pessoas específicas ou, em casos particulares, a decisões judiciais anteriores sobre casos específicos.

Esclarece Hart<sup>612</sup> que uma cláusula de uma constituição escrita ou uma lei pode ser interpretada de uma maneira não conclusiva que caracteriza os princípios, e que em outras ocasiões esse mesmo sentido pode ser afastado diante de outros argumentos mais fortes. Da mesma forma, certos princípios básicos do *common law* são identificados como parte do direito pelo teste de *pedigree* e utilizados para fundamentar decisões, o que implica dizer que os princípios fazem parte do direito e são compatíveis com a regra de reconhecimento.

---

609 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

610 RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

611 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

612 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.



Contudo, o positivismo jurídico exclusivo discorda que os princípios de moralidade sejam definidores de direito. Isso porque a regra de reconhecimento é um critério formal para identificação de direito, e não se pode trazer para dentro de um critério formal um critério substantivo, que levaria à confusão entre direito e moral e à extinção da tese da separabilidade, pilar do positivismo jurídico. Além disso, a regra de reconhecimento é regra secundária, que não tem a função de dizer qual moralidade política deve ser adotada pelos oficiais, mas somente a de identificar as regras pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios de moralidade política podem ser utilizados para solução dos casos de desacordos morais razoáveis, mas o positivismo jurídico exclusivo entende que eles não pertencem ao sistema jurídico<sup>613</sup>.

O positivismo jurídico inclusivo entende que sim. Hart, com o positivismo moderado ou *soft positivism*, é um defensor de que a regra de reconhecimento pode incorporar critérios morais ou substantivos de identificação do direito. Uma relação contingencial e possível entre o direito e a moral. Não há, pois, discordância, para o positivismo jurídico inclusivo, entre o teste de *pedigree* e a regra de reconhecimento, o que afasta a caricatura da tese do *pedigree* de Dworkin. Numa só palavra, os positivistas exclusivos entendem que os princípios não fazem parte do direito. Dworkin, por sua vez, entende que sim, cabendo ao juiz na solução dos casos difíceis buscar o melhor argumento moral para solucionar o caso.

O positivismo jurídico reage, ainda, para defender que o juiz tem discricionariedade em sentido fraco, mesmo nos casos não regulados por regras em que o juiz não está vinculado a qualquer padrão normativo. Nesses casos, o juiz não aplica o direito, vai além dele, porém a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois os poderes dos juizes “estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha”, são poderes intersticiais, “além de sujeitos a muitas restrições substanciais”<sup>614</sup>.

Nesses casos, a discricionariedade não pode ser vista como uma modalidade de criação de direito antidemocrática e injusta, conforme afirma Dworkin, pois o direito criado não deve provocar a criação de códigos ou realizar reformas abrangentes, mas apenas criar normas para a solução de casos específicos, sem a pretensão da generalidade e da abrangência presentes na criação do direito pelo Legislativo, embora se exija do juiz a utilização de razões

---

613 ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

614 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 352.

gerais na fundamentação de sua decisão<sup>615</sup>. Esse direito criado não é igualmente injusto ou *ex post facto*, por uma razão muito simples: nos casos difíceis, não há regulamentação jurídica, não havendo que se falar em frustração de expectativas daqueles que depositam nas leis as consequências jurídicas de seus atos<sup>616</sup>.

Desse modo, não há a menor dúvida que a discricionariedade é uma tese central do positivismo jurídico e um dado presente nos fenômenos jurídicos contemporâneos, e mesmo quando o juiz se utiliza de considerações morais ou extralegais para criar um direito novo a ser aplicado ao caso, o critério importante a ser analisado é o de saber se o direito foi criado por uma fonte social autorizada, sem qualquer vinculação com o valor moral desse direito. Esse direito novo é direito pelo simples fato de ter sido produzido por uma fonte autorizada, no caso, pelo juiz. “O que é relevante é que a norma seja criada por uma fonte autorizada, pouco importando seu conteúdo e as intenções daquele que a criou.”<sup>617</sup>. No exemplo trabalhado por Gardner, defensor do positivismo jurídico exclusivo, se uma lei declarar que somente as leis razoáveis serão válidas, a validade de outra norma que trate sobre a razoabilidade, a despeito de aparência, não decorrerá do fato de ser razoável, mas em razão da delegação conferida a algum funcionário, por exemplo, o juiz, de validar essa norma, declarando-a razoável. A validade dessa norma não vem de sua razoabilidade, de seu mérito, mas sim do fato de uma fonte autorizada ter declarado essa norma razoável<sup>618</sup>.

Mesmo recorrendo a questões morais e extrajurídicas para solucionar casos quando as fontes sociais juridicamente vinculantes não fornecem a solução, o positivismo jurídico de Raz e da maioria dos positivistas do *common law* limita-se a indicar a fonte de onde deve partir o julgador para resolver o caso, sem apontar como o juiz deve decidir. “É, pois, um problema de identificação das fontes do Direito, e não dos sentidos internos deste conjunto.”<sup>619</sup>

Para Raz, se o direito é uma instituição social, todas as regras pertencentes a esse tipo social são regras legais, por mais censuráveis que sejam moralmente<sup>620</sup>, pois buscam seu fundamento de validade exclusivamente nas fontes sociais, sem qualquer referência ao seu

615 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

616 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

617 TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. (Col. Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, Coord. Lenio Luiz Streck), p. 144.

618 GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 myths. *American Journal of Jurisprudence*, [s. l.], v. 46, n. 1, p. 199-227, 2001.

619 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 50.

620 RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

conteúdo. Aqui já é uma defesa da regra secundária de reconhecimento de Hart, no sentido de que o conjunto de normas de uma sociedade tem sua validade confirmada exclusivamente pelo teste de *pedigree*, independentemente de seu conteúdo moral, mas se distancia de Hart na medida em que a moral não pode ser utilizada em hipótese alguma como critério de identificação ou de validade do direito positivo, ainda que de forma eventual, como defende Hart.

Para a tese social forte, subscrita por Raz, há uma radical separação entre o direito e a moral, uma incompatibilidade entre a teoria da incorporação e a teoria da separação<sup>621</sup>. A regra de reconhecimento de uma comunidade jamais poderá incorporar critérios morais de verificação de validade de uma regra jurídica. O direito é uma questão de fato social, que pode ser descrito sem vinculação a qualquer critério ou conteúdo moral. As leis são válidas em razão exclusivamente do teste de *pedigree*<sup>622</sup>, mesmo quando o julgador se utiliza de critérios extrajurídicos para criar direito novo a ser aplicado ao caso submetido à sua apreciação.

Para Raz, a tese social fraca, embora possa fornecer todos os ingredientes necessários para identificar se um sistema normativo é um sistema jurídico e se está em vigor em um determinado país, é dizer, embora possa satisfazer certo grau de eficácia e institucionalidade, é insuficiente para caracterizar o positivismo jurídico, no sentido de que todas as leis têm fontes sociais, por ser compatível com o argumento de que “(i) às vezes, a identificação de algumas leis gira em torno de argumentos morais, mas também com o de que (ii) em todos os sistemas jurídicos, a identificação de algumas leis gira em torno do argumento moral”<sup>623</sup>.

No primeiro caso, há a possibilidade de a regra de conhecimento incorporar algum padrão moral como critério de validade jurídica em certos casos, tese com a qual Raz não compactua. A conexão do direito com a moral não seria necessária, apenas contingencial, mas não pode ser aceita como positivista diante da possibilidade, ainda que contingencial, de a norma de reconhecimento incorporar valores morais no critério de identificação e validade do direito.

---

621 HIMMA, Kenneth Einar. Law's claim of legitimate authority. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 271-309.

622 “A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human.” (RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979, p. 39).

623 RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality**. New York: Oxford University Press, 1979, p. 47.

No segundo caso, haveria uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral, o que na leitura de Raz não seria uma abordagem positivista, mas uma abordagem jusnaturalista, em razão da exigência da moral como critério de validade do direito. Seria uma abordagem não positivista, por desrespeitar a tese fundamental positivista da separabilidade entre o direito e a moral.

A expressão positivismo exclusivo decorre justamente da adoção da tese da fonte social, no sentido de defender que o teste de *pedigree* social de identificação do direito decorre exclusivamente de fatos sociais, e somente de fatos sociais, sem recorrer a princípios morais de raciocínio. Destaque-se, contudo, na esteira de Shapiro<sup>624</sup>, que o positivismo jurídico exclusivo não nega a existência de leis que contêm conceitos morais, a exemplo da regra contratual americana de que contratos abusivos não são executáveis e da regra de responsabilidade civil americana de que os indivíduos têm o dever de cuidados razoáveis para com os outros.

O que o positivismo jurídico exclusivo prega é que, no campo exclusivo da validade, o direito é separado e autônomo da moral, ou seja, para ser válido, o direito não precisa corresponder a algum padrão de moralidade, já que seu conteúdo é um artefato social. Contudo, essa separação não existe no momento da aplicação do direito, tanto é verdade que geralmente são utilizados padrões morais na aplicação do direito sem que a validade desse direito esteja condicionada a algum padrão moral.

Para o positivismo exclusivo, essas regras são leis porque têm *pedigree*, são leis porque foram aprovadas por uma legislação, oriundas de uma decisão judicial ou de uma decisão administrativa. O positivismo exclusivo nega, portanto, que os fatos morais utilizados como padrões sejam responsáveis pela identificação ou determinação do conteúdo dessas leis. A validade jurídica dessas leis reside única e exclusivamente na fonte social autorizada a produzi-las, pois, como sustenta Marmor<sup>625</sup>, a validade jurídica é inteiramente dependente de fontes do direito convencionalmente reconhecidas.

#### **4.1.2 Positivismo inclusivo**

O positivismo jurídico inclusivo é um conceito pós-hartiano<sup>626</sup>, sendo fruto do

624 SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

625 MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

626 Hart alinha-se ao positivismo jurídico inclusivo, e o faz na obra “O conceito de direito”, no capítulo IX, no ponto 3, quando trata sobre *A influência da moral sobre o direito*. Nesse subtópico, Hart é claro ao afirmar que “O direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias morais mais abrangentes” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**.

debate Dworkin-Hart, em particular como resposta às objeções de Dworkin no modelo de regras. Com a possibilidade de inclusão de princípios morais políticos na regra de reconhecimento, o positivismo jurídico inclusivo surge como uma versão mais forte e elaborada. Pode-se afirmar que, a partir das críticas de Dworkin, o positivismo jurídico teve que se reinventar para continuar como uma teoria viável para explicar o lugar da moral no discurso jurídico.

Também chamado de *incorporationism*, moderado ou *soft positivism*, surgiu na década de 1970 e foi capitaneado por David Lyons<sup>627</sup>, Herbert Hart<sup>628</sup>, Wilfrid Waluchow<sup>629</sup> e Jules Coleman<sup>630</sup>, para citar apenas os mais celebrados representantes dessa corrente, e continua a defender a tese da separabilidade entre o direito e a moral<sup>631</sup>, no sentido de que não há conexão conceitual necessária entre legalidade e moralidade, mas, diferentemente do positivismo exclusivo, que defende uma clara separação entre direito e moral, aceita que elementos morais possam ser utilizados como critérios de validade jurídica, desde que a convenção social (*social convention*) inclua esses valores morais como critérios de definição e aplicação do direito<sup>632</sup>. Adota a tese da incorporação (*incorporation thesis*).

---

Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 263). No pós-escrito, Hart reage a Dworkin para defender que seu positivismo não é uma teoria jurídica positivista dos simples fatos (positivismo semântico). Hart é claro ao afirmar que em sua teoria, “[...] a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, [...] e que sua doutrina consiste no que tem sido chamado de ‘positivismo brando’ (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin num positivismo ‘dos simples fatos’” (p. 323, grifos do autor).

627 LYONS, David. Principles, positivism, and legal theory. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977.

628 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

629 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. Esse livro é a tese de doutorado em teoria do direito de Wil Waluchow, elaborada sob a orientação de Herbert Hart, em que procura responder ao desafio interpretativista de Dworkin realizado contra o positivismo jurídico. Waluchow também foi aluno de Dworkin na década de 1980, na Universidade de Oxford, onde também concluiu seu doutorado.

630 COLEMAN, Jules. **The practice of principles**: in defence of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2001. Esse livro reúne diversas ideias que foram publicadas em artigos anteriores, trazendo uma visão bem completa sobre o positivismo jurídico inclusivo. Além desse livro, o autor publicou os seguintes artigos: COLEMAN, Jules. Taking rights seriously. *California Law Review*, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 885-919, Jul. 1978; COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. *The Journal of Legal Studies*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982; COLEMAN, Jules. On the relationship between Law and Morality. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 2, n. 1, 1989; COLEMAN, Jules. Rules and social facts. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 703-725, 1991; e COLEMAN, Jules. Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (ed). **The autonomy of law: essays on legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 287-319.

631 Na leitura de Dimoulis, “o PJI não abandona a tese da separação entre direito e moral, mas lhe atribui um significado que se aproxima do jusmoralismo” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 139).

632 Para Campis, “o positivismo inclusivo aceita que termos morais podem ser parte de critérios suficientes ou necessários de validade em um sistema jurídico, mas insiste que o uso desses critérios morais deva ser contingente, e não da natureza própria do direito” (CAMPIS, Francisco Kliemann A. A cisão do Positivismo Jurídico: inclusivistas x exclusivistas. *Consultor Jurídico*. [S. l.], 23 jul. 2022. Disponível em:

Essa afirmação, porém, não quer dizer que o positivismo jurídico inclusivo seja a melhor representação do positivismo jurídico atual. Na verdade, essa vertente do positivismo jurídico encontra fortes resistências por parte dos defensores do direito como fundamentalmente uma questão de fato ou convenção social. A justificação de decisões jurídicas com base em princípios, que seriam razões jurídicas em função da autorização das fontes sociais, na leitura do inclusivista, não é aceita pelos exclusivistas, basicamente por força de três argumentos, aqui sintetizados por Maranhão<sup>633</sup>: (i) “a regra de reconhecimento é uma afirmação sobre uma convenção de fato”; (ii) “a incorporação de critérios morais de validade, por seu caráter controverso, leva inevitavelmente ao colapso entre direito e moral”; e (iii) “a incorporação desses critérios como fundamento de validade é incompatível com a obviedade de que as regras têm autoridade em nossas deliberações práticas”.

O âmago dessa discussão, ou, como diz Maranhão, o fiel da balança nessa discussão<sup>634</sup> não está na adequação empírica de a regra de reconhecimento conter critérios de moralidade política como critérios de validade jurídica ou como critérios de interpretação dos direitos fundamentais, mas sim na verificação da compatibilidade dos critérios morais com a tese das fontes e seus pressupostos de objetividade que caracterizam o positivismo jurídico.

Do ponto de vista conceitual, os positivismos inclusivo e exclusivo defendem que é plenamente possível, conceitualmente, explicar o direito separado da moral. Podem existir relações entre a moral e o direito, em que a moral assuma um papel relevante na identificação do direito, especialmente nos sistemas constitucionais do pós-guerra. Da mesma forma, também há sistemas jurídicos que não guardam nenhuma relação com a moral. Disso resulta claro que a relação entre direito e moral não é conceitual ou necessária, mas tão somente contingencial, eventual.

Por essa razão, o positivismo jurídico inclusivo defenderá que, circunstancialmente, é possível que a própria convenção do sistema jurídico utilize a moral como critério de validade jurídica. Por isso, a teoria do positivismo inclusivo fica a meio caminho entre o positivismo excludente de Raz e a teoria do direito como integridade de Dworkin. Waluchow a denomina de teoria descritivo-explicativa impura<sup>635</sup>, uma teoria do

---

<https://www.conjur.com.br/2022-jul-23/diario-classe-cisao-positivismo-juridico-inclusivistas-exclusivistas>. Acesso em: 5 set. 2022).

633 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012, p. 76.

634 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

635 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

direito viável e esclarecedora, que intenta abarcar as doutrinas e as observações de Raz e Dworkin<sup>636</sup>.

A leitura que o autor deste trabalho faz do interpretativismo de Dworkin é que sua teoria prega uma integração entre as propostas conceitual e pragmática do fenômeno jurídico, ao deixar claro que não é possível uma abordagem meramente conceitual e avaliativa das práticas jurídicas como pretendem os positivistas, sob o argumento de que os conflitos teóricos existentes nas práticas jurídicas não são meras discussões semânticas, mas essencialmente fundantes do próprio direito, e que exigem do teórico um engajamento moral na definição da prática que deve ser protegida pelo direito, na definição do que é e como deve ser o direito.

Na visão do autor deste trabalho, Dworkin integra as abordagens analítica e normativa/pragmática ao defender a insuficiência da abordagem descritiva e a necessidade de um engajamento moral na tarefa de dizer o que é e como deve ser o direito. Assim, a avaliação moral dos fenômenos jurídicos já está presente na tarefa de dizer o que é e como deve ser o direito. É nesse sentido que se fala em integração conceitual como fruto da unificação da abordagem analítica e da abordagem pragmática, pois a preocupação de Dworkin é dizer como o direito deve ser, tarefa que não pode ser cumprida sem um engajamento moral.

Na leitura de Waluchow, Hart propôs uma teoria descritiva, moral e politicamente neutra acerca da natureza de todos ou ao menos da maioria dos sistemas jurídicos, enquanto Dworkin desenvolveu uma teoria normativa totalmente comprometida com razões morais ou considerações morais sobre o que o direito deve ser em um sistema jurídico específico<sup>637</sup>. Apesar de descrever as práticas morais relevantes e buscar a melhor explicação para o objeto que está sendo analisado, no caso, as práticas morais, o teórico incorporacionista não se compromete em afirmar qual prática moral deve ser adotada como critério de validade de uma norma jurídica. Para usar uma terminologia de Dworkin, não se compromete com qualquer prática moralmente relevante.

O adjetivo inclusivo resulta da possibilidade eventual e contingencial de a regra de reconhecimento/convenção social de determinado ordenamento jurídico considerar que valores morais podem ser utilizados na definição e aplicação do direito. Com esse fundamento, estaria explicada a força vinculante dos princípios de moralidade política utilizados pelos tribunais na interpretação e justificação das decisões judiciais, e afastada a

---

636 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

637 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

tese de Dworkin de que haveria razões jurídicas sem *pedigree*, cuja validade decorreria do conteúdo moral e político, e não da sua fonte, e seguiria viva a tese da separação entre o direito e a moral, no sentido de que uma coisa é o que é o direito e outra coisa bem diferente é o que o direito deve ser<sup>638</sup>.

Como diz Waluchow<sup>639</sup>, o que unifica o positivismo inclusivo e o exclusivo é o compromisso de conceber o direito como uma prática social baseada em convenções com critérios internos de identificação para que um padrão social possa ser considerado válido. E o que separa as duas versões conceituais do positivismo jurídico, é o fato de a convenção social fazer referência à moralidade como critério de validade jurídica.

Nesse caso, a convenção social de determinado sistema jurídico pode reconhecer como jurídicos princípios morais e políticas públicas, sem admitir uma conexão necessária entre o direito e a moral. Hart afirma que o direito de todos os Estados modernos sofre com a influência tanto da moral aceita quanto de ideias morais mais abrangentes, e que “essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial”<sup>640</sup>.

O próprio Hart<sup>641</sup>, ao refutar as objeções de Dworkin, afirma que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, e que sua doutrina consiste no que tem sido chamado de positivismo brando (*soft positivism*), e não em um positivismo dos “simples fatos”. Sua regra de reconhecimento pode incorporar tanto uma convenção social quanto uma convenção moral. Além disso, acrescenta que não há nada em seu livro a indicar que os critérios factuais oferecidos pela norma de reconhecimento devam se restringir às questões de *pedigree*.

O positivismo jurídico inclusivo acata parcialmente a crítica de Dworkin. É uma possibilidade que determinadas sociedades estabeleçam, circunstancialmente, critérios morais para determinar a existência e o conteúdo do direito, e com isso afirmem que só há direito válido se o conteúdo desse direito for compatível com os critérios morais previstos nas fontes sociais. Logo, para o positivismo jurídico inclusivo, é a própria fonte social que prevê a possibilidade de o próprio sistema jurídico adotar critérios morais para determinar a validade

---

638 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

639 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. The many faces of legal positivism. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 48, n. 3, p. 387-449, Summer 1998.

640 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 263.

641 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.



das normas jurídicas<sup>642</sup>. “A interpretação principiológica é jurídica porque baseada em critérios socialmente identificados, ainda que com conteúdo moral, mantendo-se distinta a questão entre o que o direito é e como ele deve ser.”<sup>643</sup>

O positivismo jurídico<sup>644</sup>, contudo, rejeita a doutrina de individualização de regras e princípios a partir do critério de peso e validade<sup>645</sup>. Na verdade, não há razão para impedir que os princípios jurídicos também possam ser identificados por critérios de *pedigree* ou que a regra de reconhecimento só possa oferecer critérios de *pedigree*. Para Hart, a inclusão de princípios da regra de reconhecimento não é apenas coerente com o positivismo jurídico, “mas, de fato, exige que ela seja aceita”<sup>646</sup>.

Hart cita exemplos de princípios jurídicos identificados pelo teste de *pedigree*, como o que prescreve que ninguém poderá tirar proveito de sua própria torpeza, constantemente invocados por tribunais em inúmeros casos diferentes como fundamentação para suas decisões, mas que são afastados em determinados casos por razões que sinalizam em sentido oposto<sup>647</sup>.

A possibilidade de inclusão de critérios morais para determinar a validade jurídica é uma decisão das fontes sociais, e não do intérprete, o que implica dizer que só poderá utilizar critérios materiais de correção jurídica para buscar o que na sua visão possa vir a ser o melhor direito, se a própria fonte social autorizar, se esse padrão moral tiver sido incluído pela convenção social como critério de validade jurídica, para utilizar uma expressão de Coleman<sup>648</sup>.

---

642 A incorporação de princípios jurídicos de natureza moral no direito é uma questão contingencial e dependente, em última instância, de um fato autorizativo, que é a regra de reconhecimento (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013).

643 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012, p. 64.

644 O professor Humberto Ávila desenvolveu importante trabalho para criticar as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura, dos modos de aplicação e das colisões, sob o argumento de que essas distinções são meramente contingentes, e não necessárias, além de que esses critérios enaltecem o papel dos princípios e apequenam as funções das regras. Destaca, também, a falta de desejável clareza na conceituação na manipulação das regras e dos princípios, e de um modo mais seguro de garantir a aplicação e efetividade dos princípios, que podem comprometer a clareza e a previsibilidade do direito. Daí a utilidade do trabalho para uma melhor definição e aplicação dos princípios e das regras (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020).

645 RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 8, p. 823-854, 1972.

646 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 342.

647 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

648 COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982.

A adoção ou não de critérios morais como teste de validade jurídica não é uma escolha do intérprete, mas uma decisão da fonte social ou da convenção social, que reconhece esse padrão moral como parte integrante do direito, e não como elemento externo a ser utilizado pelo juiz na solução do caso. Sendo padrão jurídico interno, reconhecido pela convenção social, o positivismo jurídico inclusivo discorda da leitura da tese do fato social como tese de *pedigree* feita por Dworkin, ao mesmo tempo em que concorda com ele quando aceita que critérios morais possam afetar a validade jurídica de uma norma, embora como uma questão apenas e tão somente contingencial.

Na terminologia de Hart, a aceitação de princípios como parte do direito é compatível com a regra de reconhecimento:

Isso porque o ponto de partida para a identificação de qualquer princípio jurídico a ser trazido à luz pelo teste interpretativo de Dworkin é uma área específica do direito estabelecido à qual o princípio se adequa e que este ajuda a justificar. Portanto, o uso desse critério pressupõe a identificação do direito estabelecido, e, para que isso seja possível, torna-se necessária uma norma de reconhecimento que especifique as fontes do direito e as relações de primazia e subordinação entre elas<sup>649</sup>.

Ao se admitir que a convenção social pode incluir critérios morais de identificação do direito válido, adota-se a tese fraca da tese das fontes sociais e da discricionariedade de forma “minorada”, na expressão de Streck, por acreditar que “os fatores morais ‘incluídos’ no Direito positivo limitariam as possibilidades de escolha dos juízes no momento das suas decisões efetivas”<sup>650</sup>.

Mas não vai além disso. Talvez o problema central da incorporação de valores morais como critério de validade jurídica não esteja em reconhecer a sua existência contingencial e convencional, mas sobretudo em saber de que modo essa discricionariedade pode ser controlada. Além disso, a simples possibilidade contingencial da incorporação de valores já torna o positivismo inclusivo uma distorção inaceitável do positivismo jurídico<sup>651</sup>.

#### **4.1.3 Positivismo normativo (normative positivism)**

---

649 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 343.

650 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 49.

651 TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

Na leitura de Shapiro<sup>652</sup>, a disciplina da filosofia do direito é tipicamente dividida em duas subáreas: a Jurisprudência Normativa (*Normative Jurisprudence*) e a Jurisprudência Analítica (*Analytical Jurisprudence*). A Jurisprudência Normativa está preocupada em responder à pergunta como o direito deve ser, e para tanto avalia o sistema jurídico a partir de uma perspectiva moral. Já a Jurisprudência Analítica não se preocupa com a moralidade, pois seu objetivo é responder à pergunta o que é o direito, para distinguir os sistemas jurídicos dos demais sistemas que igualmente pretendem regular linguagens humanas, como a religião e a moral. Por essa razão, não se interessa pelo estudo moral das linguagens jurídicas, mas sim em determinar a natureza fundamental dos sistemas jurídicos, das leis, regras, direitos, autoridade, validade, obrigação, interpretação, soberania, tribunais, etc. Na conclusão de Shapiro<sup>653</sup>, a Jurisprudência Normativa examina os fundamentos morais do direito, enquanto a Jurisprudência Analítica examina seus fundamentos metafísicos.

No rol de positivistas normativistas estão Jeremy Waldron<sup>654</sup>, Tom Campbell<sup>655</sup>, Frederick Schauer<sup>656</sup> e Neil MacCormick<sup>657</sup>, tendo por preocupação comum o estudo do direito e o Estado de Direito ou o governo da lei (*rule of law*), que pode ser traduzido para a realidade brasileira como uma teoria que estuda o direito e sua relação com o Estado Democrático de Direito<sup>658</sup>. Nesse rol, há uma subdivisão em dois pequenos grupos: o primeiro grupo, formado por Tom Campbell e Jeremy Waldron, desenvolveu um estudo do direito e a sua relação com a democracia, e o segundo grupo, formado por Frederick Schauer e Neil MacCormick, com a linha de pesquisa sobre o direito, Estado Democrático de Direito e sua relação com as regras, argumentação jurídica e decisão judicial.

O ponto relevante a ser destacado e de interesse para a pesquisa desenvolvida neste trabalho é demonstrar as versões positivistas que surgiram após o debate Dworkin-Hart, com uma descrição segura e clara do que significa ser uma teoria positivista, como já foi feito nos tópicos anteriores, e verificar se as concepções modernas subscrevem integral ou parcialmente as principais teses do positivismo jurídico, a ponto de serem denominadas de teorias positivistas.

652 SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

653 SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

654 WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: essays on the postscript to 'the concept of law'**. New York: Oxford University Press, 2001.

655 CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

656 SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

657 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

658 ANDRADE FROELICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

Nesse momento, procura-se estudar o positivismo normativista na versão de Jeremy Waldron, sem deter-se nos principais aspectos e discussões internas suscitados pelos representantes dessa versão, até porque cada versão normativista possui formulações, argumentos e denominações próprias<sup>659</sup>, como é o caso da versão de Tom Campbell, que prefere a denominação de positivismo ético ou prescritivo, da de Jeremy Waldron, que prefere a designação de positivismo normativo, de Frederick Schauer, que tem utilizado a denominação de positivismo presumido, e de Neil MacCormick, que prefere chamar sua teoria de “positivismo institucional ou até mesmo de pós-positivismo”.

O mais importante não é pesquisar o rótulo ou a etiqueta de cada versão positivista, mas tentar identificar as teses centrais subscritas e o papel da moral e da política na identificação do direito na visão da versão normativista. Em razão disso, procura-se, nesse momento, destacar as ideias centrais do positivismo jurídico normativista a que Waldron se refere, e a primeira necessidade é a de demonstrar que se trata de mais uma versão positivista, por subscrever a tese das fontes sociais e a tese da separação, embora se considere que o autor foi além do positivismo jurídico conceitual ou normativo<sup>660</sup>, razão pela qual não pode ser considerada um positivismo puro *par excellence*<sup>661</sup>, mas uma teoria especial do direito. Na síntese de Morbach, Waldron não pode ser considerado um positivista porque, para essa versão, o direito tem uma resposta, e ela deve ser descrita, já para Dworkin, cabe ao direito encontrar a resposta certa, enquanto para Waldron cabe ao direito encontrar a resposta da forma certa<sup>662</sup>. É nessa senda que o positivismo jurídico não pode ter uma resposta puramente analítico-descritiva.

A razão de o positivismo normativo não ser considerado um positivismo puro está na recepção do pensamento de Dworkin sobre os desacordos como aspectos fundantes do direito e constitutivos da prática jurídica. Para Waldron, há situações em que a lei é clara, mas não se pode negar a existência de desacordos sobre como estabelecer a verdade de alguma proposição jurídica, e o conceito de direito deve ser capaz de explicar esse desacordo não apenas como uma perplexidade ou patologia, mas como um aspecto constitutivo da prática

---

659 Conforme explicado por ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

660 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

661 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

662 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

jurídica<sup>663</sup>.

Os acordos entre Waldron e Dworkin, porém, param por aí. Estão de acordo sobre os desacordos como aspectos fundantes do direito e constitutivos da prática jurídica, mas se distanciam sobre a legitimidade da prática do *judicial review*<sup>664</sup>. Waldron entende que os desacordos morais e políticos são inerentes às sociedades contemporâneas e a todo momento surge a necessidade de uma autoridade política para regular esses desacordos que, na sua visão, não devem ocorrer no âmbito da *judicial review*, por não ser capaz de assegurar uma resposta correta ou chegar a um acordo sobre os desacordos políticos e morais. A solução deve ocorrer no âmbito do Parlamento, que deve não apenas os respeitar, mas igualmente criar condições formais e procedimentais para que sejam discutidos, “isto é, que seja um local no qual a diversidade esteja equitativamente representada, que permita às vozes em contenda serem escutadas em um debate regulado por procedimentos respeitosos com os desacordos”<sup>665</sup>. Em suma, quer sustentar, e o faz com coerência, que é possível conectar uma teoria jurídica com a democracia, e que “é possível uma teoria jurídica adequada à democracia”<sup>666</sup>.

A concepção positivista de Waldron entende que a relação entre o conceito de direito e o de Estado de Direito deve compreender o argumento, o procedimento e a razão das instituições que fazem as regras e das instituições que as aplicam. Com isso, recusa as concepções conceituais do direito que apenas enfatizam as regras e nada dizem sobre o procedimento das instituições legais e os argumentos das cortes encarregadas de interpretar e aplicar essas regras. Nesse sentido, fica muito mais fácil entender a conexão entre o Estado de Direito e o conceito de direito quando se conecta o valor das regras e a previsibilidade que elas possibilitam com os aspectos processuais e argumentativos da prática<sup>667</sup>.

No juízo deste pesquisador, trata-se de uma teoria normativa que procura resgatar a autoridade do direito legislado ao promover a conexão entre o direito legislado e os valores democráticos<sup>668</sup>, proposta recusada pela filosofia analítica do direito, que sempre esteve

663 WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. **Georgia Law Review**, New York, n. 8, v. 50, Sept. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1273005](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005). Acesso em: 4 mar. 2019.

664 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

665 CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015, p. 2435.

666 MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 279.

667 WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. **Georgia Law Review**, New York, n. 8, v. 50, Sept. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1273005](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005). Acesso em: 4 mar. 2019.

668 CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015.

comprometida com uma abordagem descritivista do direito, desvinculada da moralidade e da política. O esforço de Waldron, portanto, é construir uma concepção sobre o positivismo jurídico que esteja conectada à filosofia política e à filosofia do direito, por entender que uma concepção positivista eminentemente descritivista não é adequada à realidade, pois descrever um exercício de poder como uma instância de legislar ou de aplicação da lei já é uma forma de avaliação. O positivismo jurídico, mesmo no âmbito da jurisprudência, não é uma categoria fundamentalmente descritiva<sup>669</sup>.

E a razão dessas afirmações está no alcance do positivismo normativo, que procura rebater o positivismo descritivo e ir além do positivismo exclusivo e inclusivo, ao mesmo tempo em que procura construir uma teoria do direito capaz de lidar com os desacordos morais e políticos presentes no constitucionalismo contemporâneo. Trata-se, portanto, de uma teoria positivista que apresenta aspectos normativo-políticos, na linha do que foi desenvolvido por Hobbes, Bentham e Austin<sup>670</sup>, com papel preponderante da *censorial jurisprudence* e, portanto, do parlamento/legislação para tratar dos desacordos morais e políticos tão presentes nas sociedades pluralista e democrática.

Com apoio nas explicações de Rivas<sup>671</sup> sobre o positivismo ético de Campbell, é razoável concluir que o positivismo ético de Campbell/positivismo normativista de Waldron não realiza uma explicação semântica do direito ou do significado profundo do discurso jurídico, muito menos sobre a melhor forma de compreender o direito e suas funções. Trata-se, na verdade, de uma teoria moral sobre o exercício do poder político, é dizer, uma teoria jurídico-política que se propõe a estudar os desacordos morais e políticos com a finalidade de controlar e coordenar, a partir de um ponto de vista moralmente razoável, o comportamento de um grande número de pessoas.

Do ponto de vista metodológico, o positivismo normativista sustenta que o positivismo jurídico pode ser abordado tanto sob o aspecto descritivo quanto do ponto de vista prescritivo, como de fato o faz, e já fizeram Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, os quais, na leitura de Waldron, não estavam preocupados com a separação entre o direito e moral, mas em estabelecer condições para que a validade jurídica de uma norma fosse identificada a partir de um fonte social definida sociologicamente. A preocupação em associar a validade do

---

669 WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, New York, n. 8, v. 50, Sept. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1273005](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005). Acesso em: 4 mar. 2019.

670 Nesse sentido, CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015.

671 RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporáneo. *Isegoría*, [s. l.], n. 35, p. 73-87, jul./dic. 2006.

direito à sua fonte não impediria a incorporação de valores morais como critérios de validade jurídica pela fonte legislativa, incorporação, para Waldron, a ser realizada pela legislação e não pela interpretação do direito<sup>672</sup>. Na conclusão a que Consani chega sobre a proposta metodológica de Waldron:

[...] o positivismo normativo defende uma concepção normativa ou prescritiva do direito, abandonando a pretensão meramente descritiva do direito enquanto tal. Nesse sentido, trata-se de uma concepção moral e também política a respeito do que o direito deve ser, a qual estipula justamente que considerações morais não devem ser admitidas na determinação do direito, uma vez que fazer o direito depender de critérios e argumentos morais implicaria atentar contra a dignidade e a autoridade da legislação aprovada num contexto de desacordos morais e políticos.<sup>673</sup>

A proposta do positivismo normativista de Waldron não é original, pois parte dos critérios utilizados por Bentham para distinguir o direito, a moral e a política. Para Bentham, o papel da moral no direito seria o de avaliar criticamente o direito posto (*censorial jurisprudence*), cabendo à *expository jurisprudence* a tarefa de descrever o direito como ele é, e não como ele deveria ser. A partir dessa distinção, Waldron sustenta que é contingencialmente possível que sistemas jurídicos incorporem critérios morais de identificação e validade jurídicas, mas prescreve, daí seu caráter normativista, que há boas razões políticas, morais e sociais para que essa incorporação não ocorra, há boas razões para uma separação entre razões morais, políticas e jurídicas.

Por essa razão, Campbell aponta que um argumento esclarecedor e frutífero é considerar o positivismo jurídico como uma teoria normativa que busca determinar o que o direito deve ser, não em relação ao seu conteúdo dos sistemas jurídicos, mas em relação à sua forma e às funções<sup>674</sup>. A natureza entrelaçada<sup>675</sup> da teoria da democracia e da teoria do direito de Waldron exige a elaboração de leis que possam ser objetivamente identificadas e aplicadas sem recorrer a recursos morais políticos ou políticos. Um sistema jurídico “bom” não é aquele que faz referência ao conteúdo das leis, mas aquele que procura criar regras específicas capazes de ser identificadas pelos cidadãos e aplicadas pelos funcionários sem que precisem recorrer a julgamentos morais e políticos controversos, pressupostos ou mandados de grupos políticos.

672 WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

673 CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015, p. 2442.

674 CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

675 Expressão utilizada por CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015.

Para o positivismo normativista de Waldron, “o espaço por excelência de discussão de valores morais, ideais de justiça e ideais políticos em desacordo é o espaço político e da política representativa dentro dos Parlamentos, ou seja, para que a política e a legislação tenham dignidade, é preciso cuidar da própria cultura política e jurídica”<sup>676</sup>.

É por isso que Campbell ensina que o positivismo jurídico normativo defende uma tese das fontes normativas e uma tese da separação prescritiva<sup>677</sup>. O sentido da tese das fontes normativas é o de que o direito positivado deve se preocupar com o conteúdo moral e político da atividade legislativa na criação do direito, conectando direito, moral e política no momento de criação do direito, e com isso harmonizar segurança jurídica e pretensão de justiça<sup>678</sup>. Já a tese da separação da prescrição consiste em afirmar que a contaminação de decisões legais pelo juízo moral é uma desvantagem moral<sup>679</sup>.

A aproximação entre o direito, a justiça, a moral e a política ocorre, portanto, dentro do Parlamento, sendo a legislação produto dessas discussões travadas no âmbito do Poder Legislativo. Com essa ideia, o positivismo normativista se aproxima do positivismo inclusivo, sob o argumento de que é conceitualmente possível a inclusão de critérios morais na regra de reconhecimento, mas prescreve a separação entre o direito e a moral por entender que a utilização de argumentos morais nas decisões judiciais é uma desvantagem moral. Nesse aspecto, diferencia-se de Dworkin por entender que a aproximação entre a filosofia política e a filosofia do direito devem ser realizadas pelo Poder Legislativo, e não pelo interpretativismo judicial, e que o direito deve ser fruto das interações e desacordos morais, políticos, sociológicos, ideológicos e de justiça exercidos no âmbito do Parlamento, é dizer, o fundamento do direito deve ser a moralidade política ou democrática.

Waldron sustenta que o positivismo normativista é de longe a forma mais interessante de positivismo jurídico, pois seria difícil imaginar como uma teoria positivista poderia ser sustentada sem eventualmente se recorrer a alguma das teses normativistas, entre elas a de que a contaminação da decisão judicial pelo julgamento moral é uma desvantagem moral, e que se perde algo de valor quando isso ocorre<sup>680</sup>.

Nesse sentido, pode-se afirmar que Waldron subscreve uma importante tese do positivismo jurídico, que é a tese das fontes sociais, pois a lei é produto de uma fonte social

---

676 CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015, p. 2429.

677 CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

678 ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. 2011. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

679 WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

680 WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.



autorizada e identificada a partir de critérios objetivos e previsíveis, sem se prescrever qual moralidade política deve ser incorporada pelo Parlamento. Prescreve-se, apenas e tão somente, que a aproximação entre direito e política deve ocorrer a partir da fonte social autorizada, sem compromisso com a conexão conceitual entre direito, política e moral.

#### 4.2 O segundo ataque de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico

Com as respostas de Hart e das correntes positivistas exclusivas, inclusivas e normativas, Dworkin abandonou a dimensão principiológica que foi utilizada inicialmente para criticar o positivismo jurídico. Isso porque as dimensões de peso e validade não são incompatíveis entre si, pois as regras podem apresentar uma dimensão de peso, assim como os princípios podem apresentar uma dimensão de validade. O segundo ataque está caracterizado pelo posicionamento metodológico de Dworkin, que passa a sustentar a incapacidade de o positivismo jurídico resolver os desacordos empíricos e teóricos das práticas jurídicas.

Hart defendeu que o modelo de regras jurídicas é compatível com a dimensão principiológica, não havendo que se falar em diferenças entre regras e princípios, como defendeu Dworkin. Da mesma forma, tanto as regras como os princípios possuem textura aberta, o que torna o direito parcialmente indeterminado ou incompleto, a exigir a atuação discricionária dos juízes. Diante da textura aberta do direito, surge a possibilidade de se atribuir diversos sentidos igualmente válidos, e a escolha de um sentido para solucionar determinado caso não impede que os demais sentidos rejeitados sejam aplicados a outras situações que se lhes apresentem, sem que implique a invalidade da norma ou do sentido preterido.

Desse primeiro argumento, ficou apenas o trabalho de demonstrar a importância, a função e a força vinculante dos padrões normativos principiológicos morais e de políticas públicas na interpretação do direito e na fundamentação de decisões jurídicas<sup>681</sup>, que foram, inclusive, reconhecidas pelas versões modernas do positivismo jurídico<sup>682</sup>.

Ciente disso, Dworkin parte para um segundo ataque, bem mais estruturado e robusto, para um nível acima da linguagem<sup>683</sup>, com uma proposta teórica que envolve a

681 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

682 Lopes defende que o próprio Dworkin abandonou, de maneira disfarçada, a tese da diferença lógica entre princípios e regras, e o que realmente importa é a diferença entre princípios e direitos (LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003).

683 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

metáfora do juiz Hércules, a metáfora do romance em cadeia e a comunidade de princípios. O ponto central da discussão dworkiana não diz mais respeito ao tipo de padrão normativo utilizado para decisão dos casos concretos, mas à natureza do conflito quando os operadores do direito discutem acerca da melhor interpretação a ser aplicada ao caso submetido à discussão. O que ele pretende discutir - e o faz de forma sedutora - é de que tipo de divergência se trata quando juízes e advogados estão discutindo uma questão jurídica “e, então criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito”<sup>684</sup>.

Na leitura de Dworkin, os processos judiciais suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes divergências: divergências de fato, divergências de direito e divergências interligadas de moralidade, política e fidelidade, e não há maiores divergências nas questões de fato e nas questões interligadas de moralidade, política e fidelidade<sup>685</sup>. A divergência mais problemática é a divergência teórica no direito, que é a divergência quanto aos fundamentos do direito, sobre o que o direito realmente é. Partindo dessa premissa, Dworkin conclui que as teorias positivistas, em particular a teoria de Hart, explicam o significado do direito a partir de certos critérios comuns linguísticos, já que partem do pressuposto comum de que os advogados e juízes compartilham basicamente dos mesmos fundamentos e critérios para decidir sobre a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica, quando, na verdade, esse consenso não existe, assertiva a ser comprovada pela simples afirmação de que, na prática, juízes e advogados divergem justamente acerca dos critérios de validade das proposições jurídicas.

Para Dworkin, o positivismo jurídico adota uma concepção semântica<sup>686</sup> criterial do direito<sup>687</sup>, pois compreende o direito como uma simples questão de fatos históricos, vinculado a decisões judiciais passadas ou leis já promulgadas, em que a única divergência sensata possível é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado.

Dworkin acusa o positivismo jurídico de ser uma teoria convencionalista e

684 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 15.

685 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

686 Ao lado do positivismo jurídico como teoria semântica, tem-se também a Escola do Direito Natural e a Escola do Realismo Jurídico, desenvolvidas nos Estados Unidos no início do século XX, que são igualmente rejeitadas por Dworkin. A visão radical do direito natural, que identifica direito com a justiça, ou seja, que defende que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser verdadeira, é bastante implausível e vez por outra contraditória, enquanto teoria semântica. Da mesma forma, o realismo jurídico, apesar de raramente ser contraditório, é extremamente implausível enquanto teoria semântica, pois o direito não existe, ou resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002).

687 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

semântica do direito<sup>688</sup>, e de ser vítima do “agulhão semântico”, por não conseguir resolver os conflitos teóricos nos casos difíceis, cujas discordâncias se referem aos fundamentos do direito, a um enquadramento prévio do que seja direito. O positivismo jurídico enxerga o direito a partir de um conceito criterial, que é a existência de conceitos prévios que devem ser preenchidos para que uma proposição jurídica seja considerada verdadeira ou falsa. Na prática, porém, esse convencionalismo não existe, não há um critério semântico pré-definido<sup>689</sup>, pois as discussões teóricas levadas a cabo pelos operadores do direito estão nas fundações do direito e dizem respeito à natureza da lei, e não àquilo que ela deveria ser, o que implica dizer que os desacordos teóricos estão justamente nos fundamentos do direito, resultando em que o direito não pode ser um conceito criterial. A convergência que existe diz respeito, sobretudo ou em parte, aos critérios que devem ser utilizados para avaliar quando as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas, mas jamais se referem aos fundamentos do direito, pois os operadores do direito não partem dos mesmos critérios linguísticos para explicar o que é direito.

No entendimento de Dworkin, as teorias positivistas explicam o que é o direito a partir de uma concepção criteriológica de sentido (convencionalismo), e a prática jurídica tem o dever de respeitar e aplicar essas convenções. Dworkin acrescenta que o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado, ou seja, que o direito seria completo. Para o convencionalismo, o direito não é completo, e quando o caso concreto não é resolvido por nenhuma das instituições que dispõem de autoridade convencional para resolvê-lo, o juiz teria discricionariedade em sentido forte do termo, recorrendo a critérios extrajurídicos<sup>690</sup>.

Nesse segundo ataque, o alvo não são as teses forte e fraca da objetividade das fontes, mas a própria tese das fontes, em que pretende demonstrar, metodologicamente, o equívoco das teses das fontes sociais<sup>691</sup> e a insuficiência da abordagem descritivista realizada pelo positivismo jurídico. Na visão de Dworkin, o direito é sempre uma questão interpretativa, e as pessoas envolvidas nessa tarefa argumentam sobre a validade ou falsidade de uma proposição jurídica, argumentam sobre a existência ou não de direito, uma tomada de decisão sobre a melhor prática jurídica, a interpretação mais construtiva. Essa tarefa não é

---

688 “Os filósofos do direito não podem produzir teorias semânticas eficazes sobre o direito. Não podem expor os critérios comuns ou as regras fundamentais que os advogados seguem para colocar rótulos jurídicos nos fatos, porque tais regras não existem.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 112).

689 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

690 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

691 MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

somente uma descrição da interpretação mais construtiva, mas uma prescrição da melhor prática jurídica. Se o direito como integridade de Dworkin é uma teoria prescritiva da melhor prática jurídica, “não há ‘objetividade alguma’, uma vez que estamos presos à tarefa de fornecer a ‘interpretação mais construtiva’”, pois é impossível que valores políticos e morais conflitantes possam ser reconciliados pela melhor interpretação construtiva<sup>692</sup>.

Dworkin critica justamente a tese das fontes sociais do direito, que reduzem os critérios de validade jurídica a fatos sociais<sup>693</sup>. Se Dworkin estiver certo, a simples existência de uma controvérsia já seria suficiente para concluir pela inexistência de uma convenção<sup>694</sup>, e se o positivismo jurídico parte desse “acordo” para explicar as práticas jurídicas, e se não há esse “acordo”, irremediavelmente o positivismo jurídico não é uma teoria satisfatória para explicar adequadamente a prática jurídica. Pode-se afirmar, com isso, que Dworkin enxerga a teoria positivista como uma teoria do fato bruto (neutralidade moral) e vítima do agulhão semântico, por não ser capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos existentes nas práticas jurídicas.

Na solução dos casos difíceis, Dworkin entende que não há uma convenção sobre o melhor sentido, que será, na verdade, construído pelo juiz, a partir de um raciocínio comparativo entre normas jurídicas e princípios de moralidade política<sup>695</sup>. Diante dos desacordos teóricos acerca do que é o direito, não é possível sustentar uma teoria convencionalista como a de Hart. Para o positivismo hartiano, “os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade para criar leis”<sup>696</sup>. Contudo, nos casos difíceis, não há critérios comuns a serem compartilhados por operadores do direito que possibilitem determinar o que é o direito. “Não é possível que uma teoria exponha os critérios comuns ou regras fundamentais compartilhadas pelos oficiais, pois, tais regras sequer existem”<sup>697</sup>.

---

692 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 521.

693 Na explicação de Fernandes, a convencionalidade do direito postulada pelo positivismo jurídico prega a tese de que as fontes dos critérios de validade de determinado ordenamento jurídico são necessariamente reduzíveis a fatos sociais (FERNANDES, Gabriel de Carvalho. A resposta de Joseph Raz ao ferrão semântico. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 106-124, 2018).

694 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

695 FERNANDES, Gabriel de Carvalho. A resposta de Joseph Raz ao ferrão semântico. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 106-124, 2018.

696 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 41.

697 SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. **Rev. Fac. Direito**

Novamente, Dworkin volta a utilizar o caso Elmer (*Riggs v. Palmer*) para defender que há desacordos sobre os próprios critérios para avaliar se as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas, e diante da existência de desacordos sobre os próprios critérios a serem utilizados para dizer o que é o direito, o direito só pode ser um conceito interpretativo, “um conceito sobre o qual diferentes *concepções interpretativas* oferecerão explicações distintas a partir dos fundamentos assumidos para tal. Mas daí não se segue que vale qualquer coisa; pelo contrário”<sup>698</sup>. Com Dworkin:

Todos os juízes da mais alta corte de Nova York concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito. Nenhum deles negava que se a lei sucessória, devidamente interpretada, desse a herança a Elmer, eles deveriam ordenar ao inventariante do espólio que assim procedesse. Nenhum deles dizia que, naquele caso, a lei deveria ser alterada no interesse da justiça. Divergiam quanto à solução correta do caso, mas sua divergência - pelo menos assim nos parece com base na feita dos pareceres que redigiram – dizia respeito à verdadeira natureza do direito, àquilo que determina a legislação quando devidamente interpretada.<sup>699</sup>

Dworkin se fortalece para defender a tese de que a determinação dos fundamentos do direito requer “um exercício de interpretação construtiva”<sup>700</sup> entre as normas de direito e os princípios de moralidade política. Nos casos polêmicos/casos difíceis existem respostas certas, e não apenas diferentes. Sua proposta passa de uma estrutura positivista para uma estrutura hermenêutica ou interpretativa<sup>701</sup>, que procura sempre encontrar a melhor resposta, a partir da análise das decisões judiciais e do ponto de vista interno do juiz<sup>702</sup>. Contudo, os juízes não podem decidir os casos difíceis de qualquer maneira, apelando para qualquer princípio. O direito como integridade afirma que há uma resposta correta.

Aceitar que o direito é formado por regras e princípios permite mostrar que um juiz não cria o direito no momento de sua aplicação, ao contrário, apenas interpreta aquilo que já faz parte do direito existente em uma comunidade e dos valores morais com os quais um sistema jurídico se encontra comprometido. Com essa proposta moral, Dworkin reconhece a importância da moral para resolver os desacordos teóricos que uma teoria semântica criterial

---

UFMG, Belo Horizonte, n. 70, p. 307-311, jan./jun. 2017, p. 313.

698 MORBACH, Gilberto. Ronald Dworkin e o império do Direito. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 9 jan. 2021.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-09/diario-classe-ronald-dworkin-imperio-direito>. Acesso em: 3 out. 2022.

699 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 21.

700 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. XI.

701 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

702 SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 307-311, jan./jun. 2017.

não seria capaz, e a insuficiência do convencionalismo<sup>703</sup>, voltado para o passado, em que as proposições jurídicas são meros trechos da história, e do pragmatismo jurídico<sup>704</sup>, que apresenta uma visão instrumentalista do direito voltada para o futuro, para explicar adequadamente a prática jurídica concreta.

A abordagem do direito como integridade<sup>705</sup> de Dworkin é uma posição teórica que fica a meio termo entre o passado (convencionalismo) e o futuro (pragmatismo). Combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro. As proposições do direito não são trechos da história jurídica, tampouco simplesmente valorativas em algum sentido dissociado da história jurídica. “São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferentes de ambas”<sup>706</sup>. A integridade remete a princípios e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos, o que possibilita inclusive que o Legislativo tome muitas decisões que favorecem um grupo particular, “não porque a melhor concepção de justiça declara que tal grupo tem direito de obter esse benefício, mas apenas porque o fato de beneficiá-lo acaba por trabalhar pelo interesse geral”<sup>707</sup>.

703 DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

704 Para Dworkin, no pragmatismo as pessoas nunca terão direito a nada, a não ser à decisão judicial, mas o vê como uma concepção interpretativa do direito, e não uma teoria semântica, e mais poderosa e persuasiva do que o convencionalismo (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999).

705 Lopes apresenta um resumo das críticas ao integracionismo de Dworkin na tentativa de mapear os pontos mais frágeis da teoria dworkiana. As principais críticas podem ser resumidas nos seguintes pontos: **(i) idealismo**: a teoria de Dworkin não teria utilidade prática, por ser muito idealista. Em resposta a essa crítica, Lopes destaca que a maioria das críticas tomou por base aquilo que Dworkin não disse. Na verdade, o integracionismo é contra a tese da inexistência de respostas corretas, mas isso não implica dizer que Dworkin seja a favor da existência de uma única resposta correta. Dworkin é a favor da tese de que existe uma resposta correta, e não que existe uma única resposta correta. Além disso, as respostas corretas não necessitam de uma demonstração lógica ou empírica. Na verdade, o intérprete tem o dever de demonstrar que uma resposta é melhor ou superior a outra no âmbito interpretativo-avaliativo, sem que isso leve a um relativismo moral ou decisionismo irracional, pois os operadores do direito têm a responsabilidade de buscar a melhor resposta para os desacordos morais; **(ii) princípios**: Dworkin é acusado de ter fornecido material teórico fértil para o desenvolvimento e ampliação da discricionariedade judicial. O pamprincipiologismo a que se refere Streck seria um exemplo prático dessa contribuição. Contudo, diferentemente do que se prega no Brasil, Dworkin defendeu a tese de que os juízes e tribunais deveriam apelar aos princípios implícitos e suas dimensões morais para resolver os casos difíceis, justamente para limitar a discricionariedade judicial, e não ampliar ou potencializar. Os princípios seriam mais uma dimensão a constranger a decisão final; **(iii) Hércules**: a crítica que se faz a Dworkin é que seu modelo de juiz possui um caráter idealizado, com existência apenas no mundo das ideias, além de conferir ao Judiciário ainda mais poderes. Contudo, Dworkin reage para defender que Hércules é útil para entender o exercício de interpretação realizado pelos juízes, a estrutura oculta das sentenças judiciais e as tarefas desempenhadas pelos juízes (LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020).

706 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005, p. 219.

707 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 266.

Com a mesma força com que rejeita a descrição do direito como mera questão de fato, voltado para o passado, rejeita a concepção instrumental do pragmatismo jurídico voltada para o futuro. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”, pois considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei<sup>708</sup>:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.<sup>709</sup>

A integridade, porém, não é apenas coerência formal, ou seja, não significa apenas a repetição das próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível. Busca-se uma coerência principiológica ao longo da história institucional de uma sociedade, em que as normas públicas de uma comunidade devem expressar, quando possível, um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, sem que isso implique a criação de novos direitos pela atividade jurisdicional. No exemplo citado por Dworkin, havia precedente de que, embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a essa responsabilidade. Se a coerência fosse entendida em sentido estrito, de mera repetição de decisões anteriores, o advogado não seria responsabilizado por sua negligência, mas a Câmara de Lordes preferiu a integridade à coerência estrita, pois a integridade “não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada”<sup>710</sup>.

Para Dworkin, uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Sua parte normativa deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e de observância da lei, analisadas a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum<sup>711</sup>. No ponto que interessa à pesquisa, a teoria da decisão “deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os

708 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

709 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 271.

710 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 264.

711 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes - e não outros grupos ou instituições - devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia”<sup>712</sup>.

No livro “A justiça de toga”, Ronald Dworkin volta a defender a insuficiência do modelo criterial, semântico e taxonômico das teorias positivistas, ao propor uma teoria geral do direito em que a moral tem um papel importante a desempenhar tanto no estágio teórico, no papel constitucional do Poder Legislativo, quanto no estágio da decisão judicial, para decidir o que é o direito. Portanto, a moral desempenha um papel importante na definição do que é o direito e nas práticas jurídicas. Sua teoria jurídica seria a única capaz de legitimar o uso do poder coercitivo no Estado Democrático de Direito, e se diferencia das demais teorias que se propõem a oferecer o melhor conceito de direito porque não está incluída no rol das teorias que incluem ou excluem a moral, mas entre as teorias que a introduzem em estágios distintos de análise<sup>713</sup>.

No estágio da decisão, a teoria jurídica do interpretativismo de Dworkin<sup>714</sup> sustenta que “[...] a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, inclusive neste [no caso da Sra. Sorenson], tanto para decidirem sobre o que é o direito quanto sobre o modo de honrar suas responsabilidades de juízes”.<sup>715</sup> Há, portanto, uma dimensão prescritiva contida na interpretação que exige dos juízes uma atuação independente da lei ou mesmo que a contrariem, quando a lei for muito injusta ou muito insensata. Em Guest, “os juízes têm uma concepção correta de justiça com a qual trabalham, mas eles estão autorizados a negociá-la contra outros fatores que surgem no mundo real”<sup>716</sup>, e nesse caso darão um peso muito maior a argumentos de justiça substantiva em detrimento de argumentos de equidade processual.

---

712 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. IX.

713 DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

714 Dworkin estuda a interpretação jurídica a partir da perspectiva interna do juiz, “não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 19).

715 DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 31.

716 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012, p. 81.



Tanto no estágio teórico, ao pedir “que os legisladores tentem tornar o direito um conjunto de leis moralmente coerente”<sup>717</sup> (princípio de integridade na legislação), quanto na atividade prática (princípio de integridade na aplicação judicial do direito), ao prescrever que os juízes utilizem a interpretação literária como método de solução dos conflitos jurídicos<sup>718</sup>, a moral está presente na percepção do que é o direito. Portanto, o projeto jurídico-moral de Dworkin é uma tentativa de afirmar que ao lado dos direitos legais existem direitos morais, e que o ponto de partida do seu conceito de direito é a junção entre direito e moral<sup>719</sup>. Na pena de Dworkin,

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.<sup>720</sup>

O direito, contudo, não é uma questão de política pessoal ou partidária. Trata-se de um empreendimento coletivo assemelhado à interpretação artística, no sentido de que a interpretação é criativa e construtiva, um caso de interação entre propósito e objeto. Para o intérprete tratar a prática ou o objeto como o melhor possível, Dworkin propõe a metáfora do romance em cadeia, em que propõe a interpretação literária como um modelo para o método central da análise jurídica dos casos mais difíceis ou quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*. Para Dworkin<sup>721</sup>, cada juiz, então, é como um romancista na corrente, que deve realizar uma pesquisa histórica não apenas para descobrir o que foi decidido no passado, mas especialmente para saber o que cada juiz com estilos, filosofias judiciais e políticas diferentes decidiu sobre o romance coletivo escrito até então. A cada nova decisão, o juiz deve considerar-se parceiro de um empreendimento em cadeia, continuar a história que

717 LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 425-455, p. 436.

718 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005.

719 LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003.

720 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999, p. 203.

721 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005.

vem sendo construída pelas decisões anteriores, mas com a responsabilidade política de demonstrar o princípio ou política que melhor representa a coerência e a integridade do direito.

Dworkin não subscreve a tese de que sempre há uma única resposta correta (*one right answer*), mas sim a tese de que existem respostas certas para questões de valor<sup>722</sup>, e não apenas discricionariedade, como vinha sendo defendido pelas concepções do convencionalismo e do pragmatismo. Partido dessa premissa, Dworkin lança mão de uma figura de linguagem “para ilustrar a dinâmica da decisão judicial a partir dos pontos fixados por sua teoria”<sup>723</sup>. O juiz Hércules compromete-se, nos domínios dos valores, com a tese da melhor resposta, e não com a tese da inexistência de resposta correta. “Dworkin nunca defendeu a existência de argumentos ‘nocauteadores’, provas irrefutáveis a favor de uma única resposta jurídica, uma verdade absoluta esperando ser descoberta para cada caso a ser julgado.”<sup>724</sup>

O juiz Hércules de Dworkin é uma figura de linguagem que está focada na maneira de interpretar e argumentar e deve ser vista como uma ferramenta para ajudar a entender a interpretação do direito como um empreendimento coletivo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional da sociedade, na tentativa de justificar uma melhor interpretação possível nos casos difíceis. Ele não é historiador nem ativista, mas um agente político envolvido num processo de interpretação construtiva. Portanto, é “um juiz filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver os casos difíceis através de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso.”<sup>725</sup>

Por que Hércules não é um modelo de juiz elitista, paternalista, aristocrático, monológico, solipsista, heroico, tendente à hubris, etc.? Porque as decisões judiciais estão sujeitas a diversos controles. Porque sua teoria não vale apenas para o juiz. Porque sua teoria só entra em choque com concepções pluralistas em alguns sentidos específicos. Porque Dworkin defende apenas um controle da interpretação realizada pelo Poder Judiciário, e não a criação de um modelo institucional que aumente os poderes do juiz. Porque a teoria de

722 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012.

723 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medaular. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 111.

724 Perguntas e respostas de LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020, p. 86.

725 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medaular. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 111.

Dworkin não é partidária da tese de que os conflitos morais são mais bem resolvidos no âmbito do Poder Judiciário ou que sua teoria seja um reforço à versão forte do *judicial review*<sup>726</sup>.

Após a descrição da teoria do direito como integridade de Dworkin, fica claro que as metáforas do romance em cadeia e do juiz Hércules só são possíveis numa comunidade de princípios, pois os membros dessa comunidade política não aceitam as regras por mera obrigação ou que seus direitos e deveres políticos se esgotam nas convenções políticas tomadas no passado, como nas teorias convencionais. Os membros da comunidade de princípios obedecem às regras por mera estratégia, por entender que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações<sup>727</sup>.

Apesar do esforço de Dworkin e da importância do debate para a teoria do direito, a tese majoritária afirma que o positivismo jurídico venceu esse debate, está vivo e bem, e se encontra em boa forma para manter afastados seus principais adversários, entre os quais se destaca Dworkin com sua teoria jusnaturalista<sup>728</sup>. O debate, é claro, levou ao aperfeiçoamento das principais teses positivistas, assim como foi utilizado para criar uma caricatura do positivismo jurídico, que precisa ser eliminada. Apesar das leituras equivocadas e dos espantalhos criados em torno do positivismo jurídico, a conclusão atual dominante é que ele não foi superado pelo interpretativismo de Dworkin, seja por ser uma teoria normativa, enquanto o positivismo jurídico é uma teoria descritiva dos fenômenos jurídicos, seja pelo fato de que o núcleo duro das objeções dworkianas ao positivismo foi satisfatoriamente combatido e derrotado.

Sobre as explicações do positivismo acerca das objeções formuladas por Dworkin, Soares e Maciel realizaram importante trabalho, e suas ideias serão adotadas nesse momento para sustentar a tese de que os argumentos positivistas foram suficientes para refutar as objeções dworkianas.

Para refutar a tese da aparente contradição entre o convencionalismo de Hart e o “valor de face” dos desacordos entre juízes<sup>729</sup>, isto é, a tese de que o positivismo jurídico seria

---

726 Perguntas e respostas de LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

727 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

728 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

729 SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 307-311, jan./jun. 2017.

uma teoria do fato bruto e vítima do agulhão semântico, por não ser capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos entre juízes, a doutrina positivista levanta os argumentos da tese da dissimulação e da teoria do erro, mas nenhuma delas tenta reivindicar a discordância do valor de face<sup>730</sup>, é dizer, nenhuma delas subscreve a tese da contradição entre o convencionalismo e os desacordos entre juízes nos casos difíceis.

A tese da dissimulação é utilizada para dizer que, nos casos difíceis, não há regulamentação jurídica ou o direito os regulamentou de forma incompleta, razão pela qual, como disse Hart<sup>731</sup>, não existe situação jurídica conhecida ou direito claramente estabelecido que justifique as expectativas. Se não existe direito a ser aplicado<sup>732</sup>, os juízes e tribunais discutem como o direito deveria ser e não como ele é. Há uma atuação prescritiva, e não meramente revelação das normas jurídicas oriundas das fontes sociais. Na visão dessa teoria, afirma Leiter<sup>733</sup> que os juízes envolvidos em discordâncias teóricas sabem conscientemente que não há lei a ser aplicada ao caso (versão mais radical dessa tese), e que esse desacordo teórico sobre o que a lei exige é apenas uma postura retórica para facilitar a aquiescência à decisão final. Na versão mais branda, os juízes têm uma consciência inconsciente de que não há lei a ser encontrada, mas acreditam, pelo menos ocasionalmente, que existe uma resposta certa como questão de direito.

A tese da teoria do erro sustenta que há um equívoco na premissa de que, diante dos casos difíceis, haveria discordância sobre os fundamentos do direito. Na verdade, nos casos incompletamente regulamentados pelo direito, não há prática convergente de comportamento entre funcionários que constitua uma regra de reconhecimento. Como não há prática convergente, é um erro pensar que há uma resposta jurídica objetivamente correta sobre os critérios aplicáveis de validade jurídica.<sup>734</sup> Há, nesses casos, certamente, discricionariedade judicial limitada, como já defendido, inclusive por Hart.

Por fim, além desses argumentos, o positivismo jurídico utiliza ainda a tese da subsidiariedade ou da marginalidade das divergências teóricas para refutar as objeções de Dworkin. Essa tese sustenta que a gama de reivindicações às quais a teoria do erro se aplica

---

730 LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

731 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

732 SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, p. 307-311, jan./jun. 2017.

733 LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

734 LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

representa apenas uma fração minúscula de todos os julgamentos proferidos sobre o direito. Daí a conclusão de que os desacordos teóricos sobre o direito não têm a centralidade atribuída por Dworkin, mas essa é uma questão marginal de pouca importância para a compreensão da natureza do direito. No universo de questões jurídicas, há um acordo maciço e generalizado sobre o que é o direito. O acordo maciço sobre a lei, e não desacordo, é a norma dos sistemas jurídicos modernos<sup>735</sup>. E mesmo que juízes discordem sobre os fundamentos do direito nos casos difíceis, há uma maciça e generalizada concordância no nível que mais importa: o de resultados concretos<sup>736</sup>.

A objeção de Dworkin de que inexistente regra de reconhecimento, ante a existência de discordância sobre os critérios de legalidade jurídica, também foi refutada por Marmor<sup>737</sup>, pelo simples fato de que, para mostrar que não existem regras de reconhecimento, Dworkin teria que mostrar que as divergências teóricas sobre os critérios de validade jurídica enfrentadas pelos juízes seriam fundamentos do direito, e não meramente marginais, o que não foi o caso, como visto. Além disso, o fato de que os juízes muitas vezes discordam sobre o conteúdo das regras de conhecimento só faz provar que existem regras de reconhecimento que constituem o sistema jurídico e a autoridade dos juízes. Antes mesmo da existência de desacordos, a autoridade institucional dos juízes é constituída e reconhecida pelas regras de reconhecimento, que possuem natureza de convenção constitutiva e superficial<sup>738</sup>.

---

735 LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

736 KRAMER, Matthew H. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

737 MARMOR, Andrei. *Social conventions: from language to law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

738 Para Marmor, o principal fundamento da regra de reconhecimento na sociedade não pode ser apenas o de coordenação. Resolver problemas de coordenação é apenas uma das principais funções do direito na sociedade, e provavelmente não a mais importante. Por essa razão, entende que as regras de reconhecimento têm dupla função: determinam o que constitui a prática, ou seja, determinam o que é o direito, e prescrevem os modos de conduta dentro dele (MARMOR, Andrei. *Social conventions: from language to law*. Princeton: Princeton University Press, 2009).

## 5 NEOCONSTITUCIONALISMO E A PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

É inegável a profunda influência que o neoconstitucionalismo tem exercido sobre a dogmática jurídica brasileira de modo geral, pois, como diz Sarmento, “[...] não há como negar a magnitude das alterações que vêm se desenrolando por baixo dos nossos olhos”<sup>739</sup>, especialmente na aplicação da Constituição brasileira. Por isso, faz-se necessário estudar a profundidade do impacto desse novo paradigma produzido pelo neoconstitucionalismo na dogmática jurídica, avaliar a recepção desse movimento crítico pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como investigar se ele foi realmente capaz de superar as versões mais bem elaboradas do positivismo jurídico e o domínio da dogmática jurídica tradicional, a ponto de apontar um novo referencial teórico para o estudo da teoria geral do direito e a necessidade de uma hermenêutica especificamente constitucional.

Contudo, antes de se dissertar acerca da repercussão do neoconstitucionalismo em todos os ramos do direito e dos impactos produzidos no comportamento dos juristas, doutrinadores, pesquisadores e julgadores, faz-se necessário apresentar duas observações importantes.

A primeira observação diz respeito à não existência de um constitucionalismo propriamente, mas de vários movimentos constitucionais. Sem a pretensão de conceituá-lo(s), pode-se dizer, inicialmente, que se trata de um pensamento dinâmico em constante processo de modificação, assumindo diversas formas e linhas de raciocínio variadas, com vistas à formação de um novo conceito jurídico<sup>740</sup>. Carbonell, no prólogo da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, acentua que o constitucionalismo contemporâneo vem definindo suas características nos últimos cinquenta anos, e, “[...] *sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos*”<sup>741</sup>.

739 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 31-68, p. 32

740 Não se pretende dizer com isso que o neoconstitucionalismo represente uma nova teoria ou concepção do direito. Em verdade, não tem nada de novo, e “[...] não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo” (DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel [org.]. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226, p. 213).

741 CARBONELL, Míguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 9.

Daí o livro organizado por Carbonell ter sido intitulado “Neoconstitucionalismo(s)”, coletânea que influenciou sobremaneira o pensamento constitucional brasileiro neoconstitucionalista, que tem recepcionado de forma acrítica essa doutrina, como será visto mais à frente.

Os diversos termos, usos e sentidos do referencial teórico e filosófico empregados pelo neoconstitucionalismo já são um alerta importante para se saber a acepção ou a dimensão a que se refere quando se trata desse movimento, para que sejam traçados os limites, detectadas as insuficiências e corrigidos os abusos dele decorrentes.

A segunda observação, não menos importante, é que essa influência sobre a dogmática privada pode ser sentida na criação e desenvolvimento de um direito civil-constitucional “[...] com efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”<sup>742</sup>, a exigir uma leitura e interpretação da legislação infraconstitucional - e do próprio Código Civil - à luz do que determina a Constituição, que ocupa o topo da pirâmide jurídica, outrora ocupado pelo Código Civil. A ingerência na dogmática pública, por sua vez, consiste na confirmação da supremacia da constituição e na valorização da confirmação da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes de forma a orientar a conduta de todos os poderes democraticamente constituídos, inclusive dos atos normativos por eles editados.

Não se engane o leitor com a singeleza da afirmação, que pode até parecer trivial, de que a constituição deve ocupar o topo do ordenamento jurídico, sobretudo diante da ampla aceitação que a “Teoria pura do direito”, de Kelsen, teve no Brasil, com a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, na qual a legislação infraconstitucional busca seu fundamento de validade na norma superior e a constituição na norma hipotética fundamental. Na verdade, a preocupação com essa afirmação é bem mais ampla, complexa e revela uma mudança de paradigma, que ainda se encontra em fase de desenvolvimento no Brasil, apesar dos poucos mais de vinte anos de estudo só no país<sup>743</sup>.

742 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 220.

743 Na Europa, o estudo do Estado Constitucional se iniciou logo após a Segunda Guerra Mundial, como um reforço à primazia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico. A expressão “neoconstitucionalismo” foi utilizada de forma pioneira pela italiana Susanna Pozzolo em 1997. Segundo Barberis (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006, p. 19), “se o próprio fato, a teoria ou doutrina neoconstitucionalista, é fruto de muitas contribuições, tanto anglo-americanas (DWORKIN, 1977 e 1985), como latino-americanas (NINO, 1999), e europeu-continentais (ALEXY, 1987; DREIER, 1991), o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo: [sic] Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento. É o

Essa mudança diz respeito ao declínio secular dos códigos, em que o direito civil exercia o papel de ator principal e a constituição disciplinava aspectos básicos da organização e funcionamento estatal, ou seja, matéria essencialmente constitucional, como foi o caso da Constituição dos EUA de 1787, da Constituição Francesa de 1946 e das Constituições do Chile de 1833 e 1925, isso porque, na visão neoconstitucionalista, a constituição era considerada apenas uma “carta política”, limitada a organizar o funcionamento do Estado e a disciplinar o relacionamento entre os poderes. A ausência de caráter jurídico<sup>744</sup> das constituições também reverberava nos princípios, “[...] qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito [...]”<sup>745</sup>.

Em situação completamente oposta, tinham-se as codificações que conseguiam oferecer à Grande Burguesia<sup>746</sup> efervescente – classe social emergente na Europa no final da Idade Média – a segurança e a previsibilidade necessárias ao pleno desenvolvimento social e econômico de suas ações, sobretudo pelo caráter obrigatório e imperativo das normas do direito privado, consolidadas nas codificações do início do século XIX. Um exemplo clássico disso é o princípio do *pacta sunt servanda*, posteriormente mitigado pela intervenção estatal.

A vertente pragmática não se preocupou em atribuir aos comandos constitucionais a normatividade jurídica e a supremacia que lhe eram próprias<sup>747</sup>. O que se viu foi um caminho inverso, um enfoque que aproximou os comandos constitucionais mais de uma tendência política ou mero ideário não jurídico do que propriamente de um sistema normativo, composto de normas-regras e normas-princípios<sup>748</sup> com normatividade e imperatividade.

---

**caso de avisar desde já, contudo, que nenhum desses estudiosos adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se frequentemente de seus críticos mais ferozes” (grifo nosso).**

744 Atente o leitor que essa é a visão que o neoconstitucionalismo tem das constituições dos séculos XVIII e XIX, compreensão que não corresponde à realidade. Como bem esclarece Dimoulis, “as Constituições escritas-instrumentais que proliferaram na Europa e na América Latina desde o início do século XIX, seguindo o exemplo dos EUA e da França, foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária”, ou seja, com força normativa e com supremacia (DIMOULIS, Dimitri.

Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel [org.]. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226, p. 213).

745 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

746 “A burguesia passou a exigir a fluidez de seu comércio com a criação de codificações que permitissem essa circulação correr com fluidez e segurança.” (SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 47).

747 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

748 Atualmente, a classificação das normas constitucionais que tem prevalecido é a que as diferencia pelos graus de aplicabilidade, atribuindo-se a todas as normas constitucionais o caráter jurídico e imperativo, atributo alcançado desde o início do século XIX (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008).



Apesar de Moraes sustentar que as mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo do século XX conferiram juridicidade às normas constitucionais, é preciso destacar que Hesse<sup>749</sup> procurou contestar a tese de Lassalle<sup>750</sup>, para quem a constituição não passava de uma folha de papel, e não atribuir juridicidade às normas constitucionais. Sua preocupação residia em conferir eficácia às normas do constitucionalismo do Estado Social.

Não é por outra razão que Reale<sup>751</sup> chegou a afirmar que o Código Civil seria a constituição do direito privado, ocupando a centralidade das relações jurídicas desse ordenamento. Atualmente, contudo, essa centralidade passou a ser ocupada pela própria Constituição, cuja visão autoriza a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e impõe, no entendimento da visão neoconstitucionalista<sup>752</sup>, a adequação da interpretação e dos institutos jurídicos aos valores, às normas e aos princípios constitucionais.

É importante que se diga que a ideia de supremacia constitucional não é fruto do movimento neoconstitucionalista iniciado logo após a metade do século XX, como fazem crer os representantes desse movimento. Em verdade, a ideia de supremacia constitucional é fruto do *judicial review* colocado em prática desde 1803 no direito anglo-saxão<sup>753</sup>, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das constituições escritas. Logo, não se pode dizer que a defesa judicial da Constituição surgiu com o neoconstitucionalismo.

Pode-se falar, portanto, com as devidas ressalvas, em um novo paradigma, com a constituição se infiltrando no direito como um todo. É nesse sentido que se deve entender atualmente a acepção da supremacia constitucional. No entanto, “[...] de um modo geral, tanto a teoria do direito quanto as práticas judiciárias não estavam preparadas para as diversas rupturas paradigmáticas por ela estabelecidas”<sup>754</sup>. Na doutrina de Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito, surgido após a Segunda Guerra Mundial, tem provocado duas mudanças radicais:

[...] *Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos*

749 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

750 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

751 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

752 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 89-104, mar./abr. 2008.

753 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

754 STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014, p. 84.

*con los principios constitucionales. [...] Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución e legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico e proyectivo em relación con su propio objeto [...]*<sup>755</sup>.

Por isso, faz-se necessário estudar a profundidade do impacto desse novo paradigma produzido pelo neoconstitucionalismo na dogmática jurídica, avaliar a recepção desse movimento crítico pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como investigar se ele foi realmente capaz de superar o predomínio da dogmática jurídica tradicional<sup>756</sup>, a ponto de exigir uma hermenêutica especificamente constitucional e, sobretudo, verificar se a nova metodologia indicada, abrangendo a ponderação e a argumentação, para citar apenas duas novas técnicas de interpretação, é mais vantajosa do que a técnica da subsunção proposta pelo positivismo.

Frente a essa realidade, impõe-se o estudo do modelo teórico que serviu de base para o neoconstitucionalismo, com o propósito de verificar o que ele propõe e em que medida as suas diversas bases teóricas e ideológicas podem ser utilizadas no Brasil para uma interpretação adequada da Constituição Federal brasileira e solução dos inúmeros problemas jurídicos que estão a reclamar pronta intervenção judicial e doutrinária.

## 5.1 Multiplicidade de dimensões do neoconstitucionalismo

Não há consenso na doutrina brasileira acerca do que se entende por neoconstitucionalismo<sup>757</sup>, tampouco um conceito preciso e bem definido desse termo. O que ela tem fornecido são denominações genéricas e imprecisas, além de representações desse fenômeno ou alterações havidas no pensamento jurídico após a Segunda Guerra Mundial. Sanchís resume com propriedade a dificuldade de compreensão da expressão neoconstitucionalismo, ao alertar que “*Neoconstitucionalismo, constitucionalismo,*

755 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.).

**Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13-30, p. 18.

756 Para Camargo, a dogmática jurídica brasileira, leia-se, o positivismo jurídico, caracteriza-se pelos seus aspectos formalista e legalista, da seguinte maneira: “1) primado da lei, enquanto regra geral, abstrata e universalmente obrigatória, que faz com que o direito repouse sobre um campo virtual; 2) representação da atividade do juiz meramente como tarefa de ‘conhecimento’ da lei, portanto exegética, que faz com que a interpretação se dê independentemente do problema; 3) separação radical entre os conceitos de ‘interpretação’ e ‘criação’ do direito” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 136).

757 Para o professor Humberto Ávila, o neoconstitucionalismo possui, entre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: (i) o normativo (“da regra ao princípio”); (ii) o metodológico (“da subsunção à ponderação”); (iii) o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”); e (iv) o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”) (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado [REDE]**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009).

*contemporâneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica.”*<sup>758</sup>

Embora seja possível afirmar que não há um caminho seguro para definir com precisão o que seja neoconstitucionalismo, há, contudo, material teórico para analisar o impacto desse movimento na teoria do direito, sobretudo sobre as diversas versões do positivismo jurídico, e a sua contribuição, ou não, para o desenvolvimento de uma teoria da interpretação das constituições contemporâneas. O que se tem de certeza, por ora, é que os juristas estão preocupados com o caráter prático da interpretação jurídica. Se no positivismo legalista do início do século XIX a discricionariedade não estava presente, no positivismo normativista de Kelsen e no positivismo sociológico-descritivo de Hart surgiu como algo a eles inerente, e na atualidade aparece como algo que, se não pode ser eliminado, pode pelo menos ser controlado.

Essa dificuldade reside no fato de não ser possível falar de um único constitucionalismo, mas de vários constitucionalismos e de modificações realizadas no âmbito do Estado e na própria dogmática jurídica. Essa dificuldade também é apontada por Sarmento “talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade [...]”<sup>759</sup>. Filippo também não conceitua o que vem a ser neoconstitucionalismo. Sustenta, entretanto, que a partir justamente das atrocidades praticadas nos regimes fascistas e nazistas é que se começou a falar em transformações no Estado e na teoria do direito, especialmente<sup>760</sup>.

No Brasil, Barroso também não se dispôs a conceituar o movimento. Cuidou apenas de traçar as consequências produzidas no Estado Constitucional de Direito e na teoria do direito logo após a Segunda Guerra Mundial, a partir dos marcos histórico, teórico e filosófico<sup>761</sup>.

Do mesmo modo, Moreira também não o conceitua. Prefere sintetizar as diversas potencialidades do neoconstitucionalismo, ao entendê-lo:

758 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.).

**Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 123-158, p. 123.

759 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 31-68, p. 33-34.

760 FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

761 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005.

[...] como uma teoria de direito lida a partir do Direito Constitucional, e que é maximizada por elementos de filosofia de direito e de filosofia política, que permitem repensar os alicerces jurídicos: a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes e, por fim, as transformações ocorridas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito)<sup>762</sup>.

Na visão desse autor, o neoconstitucionalismo, como teoria do direito, “[...] pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos, integrá-las sob uma base útil e transformadora”<sup>763</sup>.

Santos também compartilha da dificuldade de se conceituar a expressão neoconstitucionalismo, em razão das mais diversas particularidades, correntes geradoras e linhas de pensamento imagináveis. Por esse motivo, entende que o neoconstitucionalismo “[...] passou a representar um conjunto de convicções filosóficas, políticas e sociais de um grupo de pensadores do direito”<sup>764</sup>.

Sarmiento explica que o direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças, provocadas, sob a égide da Constituição de 1988, por esse novo paradigma, que podem ser assim sintetizadas:

[...] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder de esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário<sup>765</sup>.

Vale frisar que a fonte primordial da doutrina brasileira que escreve sobre o neoconstitucionalismo é a coletânea de artigos organizada por Carbonell, intitulada “Neoconstitucionalismo(s)”, publicada na Espanha pela Editora Trotta, em 2009.

Justamente com base nos artigos de Guastini – *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* - e Comanducci – *Formas de*

762 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 89-104, mar./abr. 2008, p. 91.

763 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 89-104, mar./abr. 2008, p. 93.

764 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 24.

765 SARMIENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 31-68, p. 31-32.

*(neo)constitucionalismo: un análisis metateórico* - contidos no livro “Neoconstitucionalismo(s)”, de Carbonell, por exemplo, Bento pôde explicar que o neoconstitucionalismo apresenta ao menos três acepções: as (a) de um certo tipo de Estado de Direito, confirmando um modelo de organização política; (b) de uma teoria do direito, voltada à explicação das características desse modelo; e (c) de uma ideologia justificadora e defensora do modelo<sup>766</sup>.

Barberis destaca que o termo neoconstitucionalismo é usado para indicar ao menos três sentidos diferentes, ainda que conectados entre si - um sentido muito amplo, um segundo sentido restrito e um terceiro sentido mais restrito ainda. Veja-se:

*En un primer sentido, muy lato, constitucionalismo reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bién del Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político; en un tercer sentido - estrictísimo, y no del todo adecuado - indica (la doctrina de) el Derecho constitucional. Puesto que la posición filosófico-jurídica denominada neoconstitucionalismo, como veremos, retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, parecen existir razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neoconstitucionalismo”<sup>767</sup>.*

Pozzolo, no artigo *Un constitucionalismo ambiguo*, denuncia a ambiguidade das teses neoconstitucionalistas que pregam uma interpretação moral da constituição, ao mesmo tempo em que se mostra contrária a uma conexão necessária entre o direito e a moral, ao oferecer argumentos a favor da tese da separação conceitual entre direito e moral e da autonomia do positivismo metodológico. Para a autora, o neoconstitucionalismo deve ser entendido “[...] como teoría del Derecho del Estado constitucional”<sup>768</sup>.

Comanducci também destaca as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, abrangendo um viés teórico (neoconstitucionalismo teórico), um viés ideológico (neoconstitucionalismo ideológico) e um viés metodológico (neoconstitucionalismo metodológico)<sup>769</sup>.

766 BENTO, Milani M. **Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo**: postulados e diferenças. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

767 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 259-278, p. 259-260.

768 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.).

**Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210, p. 187.

769 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 75-98.

Com base nas afirmações de Comanducci, Möller aponta que para o mesmo termo neoconstitucionalismo tem-se um neoconstitucionalismo teórico, um neoconstitucionalismo ideológico e um neoconstitucionalismo metodológico<sup>770</sup>.

Santos conclui que o “[...] neoconstitucionalismo passou a ser uma convicção filosófica e política sobre como deve ser o direito. As proposições da ideologia se resumem a alguns pontos”:

[...] (i) [a] existência de uma “conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo – proposição que será o tema principal do próximo capítulo, inclusive em sua contradição temporal e teórica imanente; (ii) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios e a distinção destes para com as regras; (iii) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios – mas não só; (iv) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (v) no ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição<sup>771</sup>.

O que se vê é que o neoconstitucionalismo pode assumir feições similares ou completamente diferentes, a depender da abordagem teórica, ideológica ou metodológica que se realiza. O fato é que o modelo jurídico do neoconstitucionalismo carrega em seu âmago uma diversidade de teorias, ideologias, pretensões ou simplesmente desejos que têm suscitado acirrados debates doutrinários, acadêmicos, e, por que não dizer, profundas mudanças na prática jurídica.

A partir dessa constatação, um estudo sério sobre o neoconstitucionalismo não pode prescindir de um necessário rigor científico na identificação dos diversos conteúdos abarcados pela expressão e que vêm sendo utilizados acriticamente por seus seguidores para justificar a superação do paradigma positivista, alvo central de ataque desse novo pensamento jurídico. Nesse ponto, é preciso que se diga que a abordagem teórica e ideológica do neoconstitucionalismo em nada difere do que já vem sendo feito pelos diversos constitucionalismos, sendo imperceptível a contribuição desse movimento para o estudo do direito e da própria constituição.

770 (a) Neoconstitucionalismo teórico: o neoconstitucionalismo como teoria do direito, que busca descrever a constitucionalização dos ordenamentos. Representa tanto uma alternativa ao iusnaturalismo quanto ao positivismo jurídico; (b) neoconstitucionalismo ideológico: a concepção ideológica do neoconstitucionalismo não se limita a descrever o processo de constitucionalização, mas a defender esse processo e ampliar a garantia dos direitos fundamentais e de prática como a aplicação direta da constituição; (c) neoconstitucionalismo metodológico: sustenta que o neoconstitucionalismo romperia com a separação entre o ser e o dever-ser defendida pelo positivismo jurídico, constituindo novo elo entre direito e moral. Influencia no modelo teórico, pois relacionado à filosofia do direito, sem deixar de possuir caráter claramente ideológico (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011).

771 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 30.

Quanto à abordagem metodológica, que prega um novo modelo de análise do direito, pode-se dizer que consiste em nova concepção, eminentemente prescritiva, voltada à interpretação e aplicação do direito, prescrevendo como ele deve ser, cuja investigação difere e muito da abordagem descritiva realizada pelo positivismo normativo de Bobbio<sup>772</sup>, Hart<sup>773</sup> e Kelsen<sup>774</sup>, que entendem o direito como fato, e não como valor.

Da mesma forma, em nada difere das modernas versões positivistas, que não aceitam a tese da separação nem da vinculação, mas a tese da institucionalização da moral no direito, que mantém intacta a tese da autonomia do direito. Apesar de a moral regular o comportamento das pessoas, esse sistema de regulação não possui força jurídico-normativa. É o direito que continua com força jurídica vinculante, que permitiu o ingresso dos princípios mediante o processo legislativo. Nesse caso, a validade do direito não decorre da moral, mas da fonte autorizada. O direito recebe conteúdos morais, com a inserção dos princípios, o que significa dizer que a moral já está dentro do direito, e não fora dele, e não pode ser utilizada pelo intérprete para fazer correções morais. Os princípios e seus conteúdos morais não podem ser utilizados para fragilizar a autonomia do direito. É o direito que possui força jurídico-normativa<sup>775</sup>.

Mostra-se urgente, pois, investigar se o referencial teórico, científico e filosófico utilizado pelo neoconstitucionalismo se apresenta como a melhor forma de abordar a ciência do direito, bem como se foi capaz de resolver satisfatoriamente o problema da discricionariedade judicial.

Contudo, uma análise séria acerca da superação, ou não, do referencial teórico e filosófico do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo depende e muito de um estudo individualizado de cada uma das propostas do neoconstitucionalismo, o que certamente não seria possível de ser feito ao longo deste trabalho, por não consistir no objeto deste estudo.

Dessa maneira, não se pretende investigar os principais postulados do juspositivismo que estão sendo atacados ou questionados pelo neoconstitucionalismo, mas somente as características do movimento, na tentativa de demonstrar a variedade de conteúdo

---

772 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra.

Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

773 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

774 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

775 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

que o integra, a visão que a doutrina crítica tem dele e a consequência de se adotar uma postura neoconstitucionalista.

Com isso, pretende-se verificar se são, de fato, novidades teóricas e filosóficas capazes de promover a superação do positivismo jurídico e a solução adequada dos conflitos cada vez mais complexos da sociedade globalizada.

## 5.2 Propriedades fundamentais do paradigma neoconstitucionalista

Para Barroso<sup>776</sup>, os marcos histórico, teórico e filosófico do neoconstitucionalismo fornecem as seguintes características:

(i) a formação de uma nova cultura jurídica a partir da Segunda Guerra Mundial, na Europa, e no Brasil, a partir da Carta de 1988, que seria a representação do marco histórico. Segundo Barroso, “[...] o marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”<sup>777</sup>.

(ii) a força normativa da Constituição. Barroso explica que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos<sup>778</sup>.

<sup>776</sup> Esses marcos não foram criados, desenvolvidos ou aperfeiçoados por Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito [o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil]. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005). Em verdade, foram citados e desenvolvidos inicialmente pelos autores que compõem a coletânea organizada por Carbonell, publicada pela primeira vez em 2003 pela Editora Trotta, de Madrid. Somente em 2005 foi publicado o primeiro artigo de Barroso, tratando do neoconstitucionalismo no Brasil. Basta verificar o artigo de Guastini – *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* – para encontrar sete condições que um ordenamento jurídico deve satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais, o que compreende a totalidade das características do neoconstitucionalismo apresentadas pelo autor brasileiro. Contudo, referidas características servem para evidenciar a constitucionalização do ordenamento jurídico e não o fenômeno neoconstitucionalista, detalhe importante não percebido pelo autor brasileiro (GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-74).

<sup>777</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 212.

<sup>778</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 215.



(iii) a expansão da jurisdição constitucional, representada pela criação de tribunais constitucionais para proteção dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional. Na visão de Barroso:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais<sup>779</sup>.

(iv) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, em razão da insuficiência da interpretação jurídica tradicional para lidar com cláusulas gerais, princípios ou conceitos jurídicos indeterminados. Entende Barroso que, “[...] no modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção [...]”<sup>780</sup>, o que não ocorre com as normas constitucionais, que são aplicadas mediante ponderação e argumentação.

Por fim, (v) tem-se o pós-positivismo como marco filosófico no novo direito constitucional. De acordo com Barroso:

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia<sup>781</sup>.

Como se pode visualizar, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, que teria superado o positivismo jurídico como melhor modelo de análise do direito. Apesar de reconhecer a dificuldade de identificação dos elementos comuns ao pós-

779 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 215-216.

780 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 217-218.

781 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 214.

positivismo jurídico, Machado Segundo aponta as seguintes características dessa corrente jusfilosófica:

[...] a) a norma jurídica, sendo o sentido de um ato de linguagem, é necessariamente determinada pelo intérprete, que “completa” um trabalho iniciado, mas só iniciado, pelo legislador; b) na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera sobretudo os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto, em face das quais esses princípios são ponderados; c) os princípios são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível. Estão consagrados, implícita ou explicitamente, no texto constitucional; d) na determinação da norma aplicável ao caso, o intérprete há de realizar a conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize de forma “ótima”, vale dizer, com a maior intensidade possível. Em caso de conflito entre os princípios implicados, deve haver uma ponderação, de sorte a que se adote a solução que os realize da forma mais equilibrada possível; e) os direitos indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana estão positivados na Constituição, implícita ou explicitamente, em normas que podem ter estrutura de princípio. São os direitos fundamentais; f) os direitos fundamentais, até por serem consagrados em norma com estrutura de princípio, não têm como ser protegidos de forma absoluta. Têm de ser conciliados, ou “relativizados”, com aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma a que seja possível o controle intersubjetivo e racional da decisão respectiva<sup>782</sup>.

Para Oliveira, o pós-positivismo jurídico discorda do positivismo jurídico quanto à exclusividade das fontes sociais do direito, quanto à separação entre direito, moral e política, bem como pelo fato de o pós-positivismo jurídico conferir relevância aos “casos difíceis” (*hard cases*) e à doutrina, promover a reabilitação dos princípios, com o desenvolvimento de novas teorias sobre a decisão judicial e os processos de aplicação do direito, tendo os juízes papel decisivo nessa aplicação<sup>783</sup>.

De acordo com o entendimento de Möller, o neoconstitucionalismo apresenta as seguintes características: “(a) constituição rígida; (b) garantia jurisdicional da Constituição; (c) a força vinculante da Constituição; (d) a sobreinterpretação da Constituição; (e) a aplicação direta das normas constitucionais; (f) a interpretação conforme as leis; e (g) a influência da Constituição sobre as relações privadas”<sup>784</sup>. Esse autor aponta essas características como sendo do neoconstitucionalismo, mas Guastini<sup>785</sup>, que lhe serviu de base, enumera-as como inerentes ao fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico.

782 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009, p. 70-71.

783 OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, 50).

784 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 30.

785 GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-74.

### 5.3 A superação (que não ocorre?) do positivismo no neoconstitucionalismo

Sintetizadas as principais características desse arcabouço teórico, é chegado o momento de verificar se o neoconstitucionalismo pode ser visto realmente como um novo paradigma constitucional ou da teoria do direito, a justificar o acréscimo do prefixo “neo” à expressão constitucionalismo e do prefixo “pós” à expressão positivismo, bem como se as suas diversas dimensões encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

No campo político, crê-se que não há dúvidas de que o neoconstitucionalismo impôs um novo paradigma. As constituições do pós-guerra são fruto do constitucionalismo norte-americano e europeu, que a um só tempo incorporaram a ideia de supremacia constitucional, com as ressalvas feitas ao longo deste capítulo, o controle de constitucionalidade e um alargamento do papel da Constituição na sociedade, como decorrência lógica da passagem do Estado Social ao Estado Democrático de Direito. Quando se fala em supremacia constitucional, não se quer afirmar a inexistência de força jurídica das constituições liberais, mas que as constituições do pós-guerra passaram a ocupar o lugar que outrora era ocupado pela quase ilimitada discricionariedade legislativa. Com essa nova postura, o próprio legislador passa a ser vinculado às normas constitucionais. A fonte imediata dos direitos e deveres está nas constituições, e não mais na maioria quase ilimitada do Parlamento<sup>786</sup>, que passou a ser visto com desconfiança pela maior parte da população. A aposta de um mundo melhor está na constituição, responsável por unir direito e política, prática e teoria, direito e moral.

É da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito que a expressão “judicialização da política” deve ser compreendida. Essa expressão foi utilizada pela primeira vez na literatura constitucional por Tate e Vallinder<sup>787</sup>, na obra “*The global expansion of judicial power*”, de 1995. Nessa obra, a expressão judicialização da política tem um sentido de horizontalidade, e não de verticalidade<sup>788</sup>, o que já é um importante sinal indicativo de que o Judiciário não está em melhor posição do que as instâncias eleitas para ser considerado o melhor intérprete do sentimento majoritário ou que o ativismo judicial seja a melhor forma de interpretação da Constituição.

786 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

787 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 515-528.

788 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Com essa breve exposição, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo promoveu profundas alterações no âmbito da teoria política, mas não se pode dizer o mesmo em relação à teoria do direito. É disso que se passa a tratar a partir desse momento.

Com raras exceções<sup>789</sup>, a doutrina brasileira tem importado de forma acrítica as ideias desenvolvidas pela doutrina estrangeira como se a doutrina importada tivesse alcançado em sua própria raiz a superioridade teórica que diz ter. Um exemplo disso é a importação e aceitação generalizada do neoconstitucionalismo no Brasil, com a propalada superação (que não ocorreu<sup>790</sup>) do positivismo jurídico pelo pós-positivismo, como defende Barroso<sup>791</sup>.

Não é por outra razão que Almeida é claro ao afirmar que “a febre ‘pós-positivista’ não é, como as publicações brasileiras fazem parecer, um fenômeno mundialmente aceito”<sup>792</sup>. Na mesma vertente é a crítica de Silva, relativa à forma de interpretação da Constituição realizada pela doutrina neoconstitucionalista, que tem sustentado a utilização dos métodos desenvolvidos pela doutrina alemã e amplamente utilizados pelo neoconstitucionalismo<sup>793</sup>.

Para o professor Ávila<sup>794</sup>, o neoconstitucionalismo está menos para uma teoria jurídica ou método e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica,

---

789 Nesse rol de autores brasileiros que realizam uma crítica ao neoconstitucionalismo podem-se citar, entre outros, ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012; ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado [REDE]**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009; DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, [s. l.], n. 143, v. 2, p. 43-66, 2011; SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 31-68; e STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

790 Como diz Bobbio, “apesar de toda a água que passou sob as pontes do positivismo jurídico, os pilares centrais resistiram” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 12).

791 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005.

792 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012, p. 6461.

793 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143.

794 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009.

vagueza e subserviência à doutrina estrangeira. Para Streck<sup>795</sup>, o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do paleojuspositivismo no plano teórico-interpretativo.

Como já dito, apesar de amplamente utilizado pela doutrina brasileira, o neoconstitucionalismo não goza na doutrina estrangeira do mesmo prestígio que ostenta no Brasil. Barberis, por exemplo, destaca que nenhum destes autores - Alexy, Barberis, Comanducci, Dreier, Dworkin, Guastini, Mazzarese, Nino e Pozzolo - “adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se freqüentemente de seus críticos mais ferozes”<sup>796</sup>.

Por isso, Santos<sup>797</sup> e Dimoulis<sup>798</sup> reforçam a inexistência de um verdadeiro neoconstitucionalismo, pelo simples fato de a quase totalidade de suas teses já terem pautado a discussão que as diversas facetas do positivismo jurídico travaram nos séculos XIX e XX, tendo o próprio positivismo reconhecido o exagero do postulado extremamente legalista e formalista da Escola da Exegese.

Por isso, é um erro metodológico imperdoável equiparar o positivismo normativista de Kelsen<sup>799</sup> e o analítico de Hart<sup>800</sup> à Escola da Exegese, como faz Barroso ao dizer que, “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”<sup>801</sup>. Pode-se sustentar que a Escola da Exegese coincide com a versão embrionária do positivismo jurídico, mas não com a versão normativista, analítica, exclusiva de Raz<sup>802</sup> e Shapiro<sup>803</sup>, e inclusiva de Himma<sup>804</sup> e Waluchow<sup>805</sup>.

Com o declínio da Escola da Exegese, abriu-se caminho para utilizações de métodos metafísicos para corrigir as distorções causadas pelos rigores do formalismo, abrindo

795 STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento:**

Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

796 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006, p. 19.

797 SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do árbitro.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

798 DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.).

**Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226.

799 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

800 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

801 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 214.

802 RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on Law Morality.** New York: Oxford University Press, 1979.

803 SHAPIRO, Scott. J. **Legality.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

804 HIMMA, Kenneth Einar. Law's claim of legitimate authority. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's**

**Postscript: essays on the postscript to the concept of law.** New York: Oxford University Press, 2001. p. 271-309.

805 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism.** Oxford: Clarendon Press, 1994.

espaço para o surgimento de escolas que buscam a redução da distância entre uma abstração excessiva e a realidade, a solução do problema das lacunas jurídicas e a aplicação silogística mecânica do direito.

Numa só palavra, o positivismo reconheceu que os códigos não conseguem cobrir a realidade, sempre mais complexa e dinâmica, que há situações fáticas não enquadráveis na formulação jurídica e situações jurídicas marcadas por indeterminação e vagueza. Nessas hipóteses, há certamente discricionariedade a ser resolvida, segundo Kelsen, pela interpretação jurídico-política, ou seja, pelo direito, e não pela ciência do direito, que não foi objeto de estudo pelo próprio Kelsen, decisão consciente e compatível com a metodologia de sua teoria.

Essa constatação só reforça a tese de que a discricionariedade não é ideia ventilada apenas pelo neoconstitucionalismo, pelo contrário, o próprio positivismo normativo já atentou para esse problema, apesar de ter desistido conscientemente de desenvolvê-lo, como dito.

No rol de escolas que surgiram como movimentos de reação ao formalismo exacerbado da Escola da Exegese Francesa e das Escolas Histórica e Jurisprudência dos Conceitos de origem alemã, podem-se apontar: (a) a Escola Analítica de Austin (1790-1859); (b) a Escola da Livre Investigação Científica do Direito de Gény (1861-1959), na França; (c) a segunda fase do pensamento de Ihering, que o levou a ser considerado o precursor das concepções sociológicas do direito e da chamada Jurisprudência dos Interesses; (d) a Escola da Jurisprudência dos Interesses<sup>806</sup>, que tem como precursor Heck (1858-1943), na Alemanha; (e) a Escola do Movimento para o Direito Livre, de Bulow, também na Alemanha; (f) o realismo jurídico norte-americano de Holmes (1841-1935), Pound (1870-1964), Cardozo (1870-1938), Llewellyn (1893-1962), Cohen (1907-1953) e Frank (1889-1957); e (g) o Realismo Escandinavo de Hägerström (1868-1939), Lundstedt (1882-1955), Olivecrona (1897-1980) e Ross (1899-1979).

O estudo de todas as escolas mencionadas demonstra que o positivismo jurídico tem passado por um processo de atualização e evolução, sendo possível constatar que ele foi identificado ainda no início do século XIX como um positivismo exegético-legalista-

---

806 É possível falar ainda na Jurisprudência das Valorações. Contudo, assim como o Movimento para o Direito Livre não é propriamente uma escola do pensamento jurídico, mas um pensamento que encara o direito como sendo fato, valor e norma, sendo o valor o elemento de maior relevância (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011), da mesma forma, a Jurisprudência dos Interesses também não alcançou um nível de emancipação que a qualifica como escola (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013).

formalista, que posteriormente evoluiu para o positivismo normativista de Kelsen e para o analítico de Hart, até chegar ao estágio atual do positivismo inclusivo de Himma e Waluchow, e do exclusivo de Raz e Shapiro.

O que resta, portanto, da perspectiva teórica neoconstitucionalista? Sobra apenas uma perspectiva de correção moral do direito, com a utilização dos valores morais e políticos na validação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, ensejando uma necessária vinculação do direito à moral, descrevendo o direito como ele deveria ser, e não como ele é, cuja postura não é aceita pela doutrina. Veja-se, por exemplo, a explicação de Streck, ao sustentar que tanto a tese da separação como a tese da vinculação foram há muito superadas pela tese da institucionalização da moral no direito, ou seja, a tese segundo a qual o direito recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa<sup>807</sup>, e mantém sua autonomia justamente por não depender da moral para ser válido.

Nesse sentido, sua contribuição é apenas e tão somente no nível da interpretação concreta no momento da aplicação do direito, aspecto sobre o qual Kelsen<sup>808</sup> não quis voluntariamente trabalhar em sua obra “Teoria pura do direito”. Suas preocupações estavam voltadas para a interpretação jurídico-científica realizada pela ciência do direito, à qual não compete escolher a melhor interpretação entre as várias possíveis. Essa tarefa, diz Kelsen, é dos órgãos jurídicos, que realizam uma função jurídico-política.

É somente nesse aspecto – interpretação concreta do direito - que o neoconstitucionalismo possui alguma utilidade, mas isso não significa dizer que, nesse ponto, superou o positivismo jurídico, pelo simples fato de que Kelsen<sup>809</sup> não tratou da interpretação do direito no momento da sua aplicação, ou seja, da interpretação concreta, preferindo abordar uma interpretação jurídico-científica do direito, deixando para os seus operadores a tarefa de escolher a “melhor” interpretação.

A versão neoconstitucionalista não é propriamente um plano teórico pós-positivista, mas essencialmente antipositivista, por analisar o direito sob uma perspectiva valorativa e interpretativa, enquanto o positivismo o faz sob uma perspectiva avaliativa, aceitando a realidade como é a partir de uma interpretação jurídico-científica, sem prescrever como deve ser realizada a interpretação jurídica no plano concreto.

---

807 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

808 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

809 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Desse modo, é motivado por esse “espaço” deixado pelo positivismo normativista de Kelsen que o neoconstitucionalismo se aproveita para justificar a sua superação a partir de uma interpretação concreta no momento da aplicação do direito. Talvez seja por isso que “[...] o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli) [...]”<sup>810</sup>. No mesmo sentido é o entendimento de Dimoulis<sup>811</sup> ao concluir que esse movimento deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo.

Somente no plano teórico-interpretativo pode-se concluir que esse referencial teórico apresentou alguma contribuição para o estudo do direito, mas isso não autoriza o abandono por completo da lei e do formalismo jurídico, da previsibilidade, da segurança, da certeza jurídica e das demais vigas mestras do positivismo, muito menos a adoção irrestrita das demais teses propostas, especialmente da ponderação no lugar da subsunção, da aplicação de princípios no lugar das regras, e da aplicação direta da Constituição no lugar da lei, até porque admitir que isso ocorra é o mesmo que aceitar a superação do positivismo, que efetivamente não ocorreu.

Portanto, os três marcos propostos por Barroso<sup>812</sup> não conseguiram construir um referencial teórico e filosófico diverso do que já vem sendo estudado e explorado pelo constitucionalismo e pelo próprio positivismo nos últimos duzentos anos. Nada de novo foi acrescentado, apresentado ou pensado senão formas diferentes de encarar situações jurídicas e políticas já analisadas pela teoria do direito e pelos constitucionalismos. Nesse sentido:

Constatamos que nenhum dos elementos apresentados pelo Prof. Barroso como peculiares do neoconstitucionalismo pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional. Apresentaremos em seguida algumas reflexões sobre a possibilidade de entender o neoconstitucionalismo como forma de definição e interpretação do direito constitucional relacionando-o com a controvérsia entre interpretação e moralismo jurídico<sup>813</sup>.

De fato, o pós-positivismo jurídico não se ateve à evolução experimentada pelo positivismo nas últimas décadas, o que certamente contribui substancialmente para que esse movimento caminhe a passos largos rumo ao mais completo descrédito e esquecimento, por

---

810 STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento:**

Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011, p. 12.

811 DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.).

**Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226.

812 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005.

813 DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.).

**Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226, p. 214.



não ser capaz de resistir aos contundentes contra-ataques da doutrina positivista, que é bem maior até em número de seguidores. O alerta de Almeida resume bem esse pensamento:

O “pós-positivismo” à brasileira ignora, com raríssimas exceções, autores positivistas que estão vivos hoje, em plena atividade intelectual, lecionando em universidades consagradas como Oxford, Yale, Chicago, Harvard, entre outras. Aqui, propusemo-nos a trazer algumas colaborações de positivistas como Joseph Raz, Leslie Green, Mathew Kramer, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Neil MacCormick, Ota Weinberger, Victorio Villa, Scott Shapiro, Andrei Marmor, Brian Leiter, John Gardner. Muitos outros poderiam ser citados. De toda forma, com os escritos desses positivistas, vimos que muito do que o “pós-positivismo” diz ser a essência do positivismo jurídico constitui, na verdade, restos e sobras de uma teoria positivista que hoje já não é defendida por quase ninguém – o que, no limite, diz respeito a uma evolução no pensamento positivista, maturação intelectual que é comum e necessária a qualquer teoria do Direito<sup>814</sup>.

Contudo, mesmo nesse aspecto, não se presta ao fim a que se destina, sendo essa a razão pela qual se mostra imprescindível estudar uma teoria que entrelace uma abordagem descritivo-explicativa com uma abordagem normativo-justificativa, ou seja, uma teoria que seja capaz de descrever satisfatoriamente o que é o direito e como deve ser interpretado e aplicado.

Apesar da pouca ou nenhuma relevância teórica e filosófica do pós-positivismo, a sua recepção pela doutrina e prática jurídica brasileira tem contrastado com essa realidade, a ponto de ser amplamente aplicada inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>815</sup>, como ocorreu no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, realizado pelo Plenário

814 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012, p. 6497, grifo do autor.

815 Oliveira destaca que o STF tem se utilizado da aplicação direta dos princípios constitucionais para substituir o modelo de regras, decorrente da constitucionalização do direito penal, mas essa inversão de técnica, além de violar o princípio da legalidade em matéria penal, não tem ampliado o âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O autor cita os seguintes exemplos nos quais foi utilizada a técnica de sopesamento ao invés da subsunção: (i) no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424/DF, o STF modificou radicalmente o entendimento do artigo 16 da Lei n. 11.343/2006, deixando a ação penal de ser condicionada à representação da vítima para ser pública incondicionada. O interesse da vítima foi sopesado com o princípio da proporcionalidade, por entender que o Poder Legislativo protegeu insuficientemente o interesse da mulher; (ii) na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, julgada no dia 17/06/2004, o STF, por 8x2, julgou procedente o reconhecimento do direito da gestante em submeter-se à antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, desde que previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem que para isso seja compelida a ter que apresentar autorização judicial ou qualquer outra permissão por parte do Estado. Mais uma vez o STF sopesou o direito à vida dos anencéfalos e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Ao acatar a liberdade da mulher, o STF acabou por violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência dominante da Corte Internacional de Direitos Humanos, que consagraram a defesa do direito à vida de todo ser humano desde a concepção. Esse mesmo caminho tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos julgamentos dos seguintes casos: (i) delito de embriaguez ao volante instituído pela Lei n. 11.705/2008 e a exigência de concentração mínima de álcool por litro de sangue como elemento do tipo penal; (ii) extensão da imprescritibilidade do delito de racismo para o delito de injúria racial, apesar da diferença traçada pelo próprio Poder Legislativo. A equiparação é uma clara violação ao princípio da legalidade penal; (iii) a Súmula n. 534 do STJ, que passou a reconhecer a interrupção da contagem do tempo para concessão da

do STF em 17 de fevereiro de 2016, em manifesta contrariedade ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A redação do artigo 5º, inciso LVIII, da CF/88 é clara ao expressar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Mesmo diante da literalidade e clareza do artigo, o STF entendeu por bem sopesar o princípio constitucional da presunção de inocência e o da efetividade da função jurisdicional do Estado, postura tipicamente “pós-positivista”.

Esse julgamento se insere no contexto do pensamento/movimento jusfilosófico denominado pós-positivismo jurídico. Isso ocorre em decorrência de ter sido utilizada a teoria do sopesamento em detrimento da técnica da subsunção, o que significa a utilização de mais princípios e menos regras, de mais sopesamento e menos subsunção, de mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo e de mais justiça individual e menos justiça geral.

Por pretender realizar uma interpretação e aplicação moral do direito constitucional, mostra-se mais coerente sustentar que o neoconstitucionalismo se aproxima muito mais de um pensamento antipositivista do que propriamente de uma corrente pós-positivista, pelo simples fato de não ser possível comparar correntes que realizaram abordagens completamente diferentes.

Ora, o pensamento neoconstitucionalista aposta numa convicção filosófica e política de como deve ser o direito, na linha do que entendem Dworkin e Alexy, trilhando caminho oposto ao positivismo jurídico de Kelsen e Hart e das versões mais atualizadas, que preferem uma abordagem descritiva do direito. Resta ao neoconstitucionalismo, portanto, apenas a sua terceira acepção como ideologia justificadora e defensora de um modelo que pretende realizar uma abordagem prescritiva do direito, na sua interpretação e aplicação, diversa da abordagem descritiva realizada pelas diversas versões do positivismo jurídico.

Mesmo no ponto em que prega uma aproximação necessária entre o direito e a moral, o neoconstitucionalismo não conseguiu sair da sombra do positivismo jurídico. E a resposta para essa incapacidade é muito simples: a partir do debate entre Hart<sup>816</sup> e Dworkin<sup>817</sup>, o próprio Hart passou a admitir plenamente que a regra de reconhecimento estabeleça critérios

---

progressão de regime em caso de falta grave praticada pelo condenado, mesmo a Lei n. 7.210/84 só permitindo a regressão para os regimes abertos e semiabertos. No caso do regime fechado, o apenado estará sujeito à aplicação do regime disciplinar diferenciado, mas não à interrupção da contagem do tempo para a concessão da progressão (OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018).

816 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

817 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

formais e materiais para dizer o que é ou não é direito, implicando que a validade da norma dependa de critérios morais quando o direito assim o desejar, tratando-se de faculdade de validade, e não de critério obrigatório, como deseja o pós-positivismo.

Apesar dessa contribuição, é possível concluir que o resultado da reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática, do pragmatismo norte-americano e da revolução científica operada no século XX não provocou esfacelamento do positivismo jurídico como paradigma epistemológico, como erroneamente afirmam Cruz e Duarte<sup>818</sup>. Outrossim, procura-se igualmente refutar a tese de que o positivismo jurídico é uma teoria jurídica limitada ou insatisfatória, a ser complementada tanto por uma teoria da decisão e da interpretação quanto por uma teoria que explique adequadamente a normatividade das regras de direito positivo<sup>819</sup>.

Na verdade, é somente nesse aspecto – interpretação concreta do direito - que o neoconstitucionalismo possui alguma utilidade, mas isso não significa dizer que, nesse ponto, superou o positivismo jurídico, pelo simples fato de que Kelsen<sup>820</sup> não tratou da interpretação do direito no momento da sua aplicação, ou seja, da interpretação concreta, preferindo abordar uma interpretação jurídico-científica do direito, deixando para os seus operadores a tarefa de escolher a “melhor” interpretação.

Contudo, mesmo no aspecto de alguma utilidade, a proposta neoconstitucionalista de leitura moral da Constituição apresenta sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, por enxergar o direito como uma realidade social que para ser reconhecida depende de juízos morais de aprovação e de desaprovação do intérprete, e por isso mesmo deve ser substituída por uma teoria que respeite os postulados positivistas e do regime democrático.

Defende-se, pois, que somente uma abordagem de natureza descritivo-explicativa acerca da teoria do direito, aliada a uma perspectiva de natureza normativo-justificativa, mostra-se útil e adequada para explicar satisfatoriamente que é possível conceitualmente e empiricamente a utilização da moralidade política como critério de validade do direito positivo<sup>821</sup>. É nesse contexto que o positivismo jurídico inclusivo e a teoria constitucional da árvore da vida de Waluchow se complementam e se mostram úteis na tarefa de descrever e aplicar adequadamente o positivismo jurídico.

---

818 CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

819 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Prefácio 2. *In*: CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. XVII-XXIV.

820 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

821 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Esse vínculo de complementariedade veio preencher o vácuo deixado pelas diversas facetas do positivismo jurídico, que não se preocuparam em desenvolver uma teoria da interpretação e aplicação do direito, ao mesmo tempo em que se propõe a refutar o interpretativismo de Dworkin e o positivismo exclusivo de Raz.

É preciso deixar claro que Waluchow é um positivista inclusivo, e suas contribuições servem não só para reforçar a tese de que o positivismo é uma teoria viável e sólida, e como pode se dar a relação entre o direito e a moral, mas igualmente ressaltam sua preocupação em estabelecer um modelo institucional de interpretação e aplicação das normas constitucionais que respeite as premissas fundamentais do positivismo jurídico, da separação dos poderes e do regime democrático.

#### **5.4 Propriedades e teses do paradigma neoconstitucionalista na visão de Écio Oto Ramos Duarte**

Muitas são as tendências assumidas pelo paradigma neoconstitucionalista, e diversos autores apontam teses e propriedades fundamentais que definiriam a sua intenção. Diante da heterogeneidade das teses e propriedades, diversos autores têm se preocupado em buscar uma unidade dessas diversas ideias, como já citado no tópico anterior. Duarte e Pozzolo<sup>822</sup> condensaram as propriedades e teses que se poderiam atribuir ao paradigma neoconstitucionalista, às quais acrescentaram a tese do judicialismo ético. Essas propriedades e teses, que são inclusive comentadas por Streck, serão exploradas a partir desse momento.

**(i) Pragmatismo:** a expressão pragmatismo jurídico-político é de difícil configuração e assume não raras vezes sentido contraditório. No âmbito filosófico, o pragmatismo é uma teoria que rejeita a metafísica e o determinismo, dando preferência ao relativismo e à rejeição de fundamentações absolutas e dogmáticas<sup>823</sup>, “a incentivar a teoria apenas quando ela se mostra capaz de facilitar a prática, a desconfiar da indeterminação da alta teoria na resolução de problemas concretos e a apontar a imprecisão dos termos empregados para preferir um conjunto de esquemas conceituais a outros”<sup>824</sup>.

No âmbito da teoria do direito, o pragmatismo jurídico também apresenta uma

822 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

823 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

824 TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no direito e a urgência de um pós-pós-positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 13-14.

definição complexa e muitas vezes contraditória, em torno de uma ideia central de cunho utilitarista e antiformalista. Não é por outra razão que o pragmatismo flerta ora com teorias positivistas, ora com teorias realistas, ora com teorias hermenêuticas<sup>825</sup>. Isso significa dizer que na visão do pragmatismo defendido por Posner, o juiz teria o papel de realizar correções morais na aplicação do direito, mesmo que em detrimento do formalismo jurídico e da segurança jurídica, com especial ênfase nas consequências econômicas de sua decisão. Embora não negue as virtudes das normas jurídicas (generalidade, previsibilidade e imparcialidade), é impaciente com a retórica pretensiosa de absolutos, razão pela qual essas virtudes devem ser adaptadas a novas mudanças, de forma a produzir as melhores consequências práticas<sup>826</sup>.

O pragmatismo jurídico defendido pelo paradigma neoconstitucionalista é que não existe “o conceito de direito”, mas vários possíveis conceitos de direito, a serem determinados diante do caso concreto e das consequências práticas das decisões. O conceito científico-descritivo de direito cederia lugar ao conceito prático de direito, com os casos sendo resolvidos pelos juízes a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Nesse modelo, o juiz seria protagonista na produção do direito, relegando a segundo plano a produção democrática do direito<sup>827</sup>.

**(ii) Ecletismo (sincretismo) metodológico:** o paradigma neoconstitucionalista estaria situado entre a orientação analítica e a hermenêutica, a depender de um conjunto de metodologias que se interconectam. Contudo, na visão de Streck, o neoconstitucionalismo parece não ter como característica o sincretismo metodológico, pois o sincretismo pode vir a enfraquecer o neoconstitucionalismo<sup>828</sup>.

**(iii) Principlismo:** a partir da distinção conceitual entre princípios e regras, os princípios seriam responsáveis pela inserção dos valores nos textos constitucionais e pela junção entre direito e moral. Os princípios, a argumentação da correção e o argumento da injustiça formariam um bloco de argumentação moral e jurídica capaz de controlar a interpretação das cortes constitucionais. Não há dúvidas de que os princípios fazem parte da

825 TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no direito e a urgência de um pós-pós-positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

826 POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

827 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

828 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

pauta das constituições democráticas do pós-guerra. Quanto a isso não há maiores discussões. O positivismo jurídico inclusivo já fez essa leitura. O aspecto importante da pauta principiológica ainda não resolvido, pelo menos pelo próprio neoconstitucionalismo, é como manter a autonomia do direito democrático frente às pautas morais contidas nos princípios. Como unir razão prática e razão teórica, como alcançar a harmonia entre o “mundo teórico – teoria do direito -, e o mundo prático – princípios”. Daí a observação de Streck: A questão é saber o que se entende por “princípio” e qual é o seu papel na aplicação do direito<sup>829</sup>. Certamente, a tese da correção moral do direito não é um caminho, diante do risco concreto à autonomia do direito, que pode ser destruída pela moral, pela política, pela economia, etc.

**(iv) Estatalismo garantista:** é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais. Essa perspectiva é prospectiva, voltada para o futuro, cabendo ao Estado o papel de garantidor dos direitos fundamentais, e distinta das concepções jusnaturalista e do positivismo jurídico<sup>830</sup>. Com essa proposta garantidora dos direitos fundamentais, estaria superada a tese das fontes sociais do positivismo jurídico, voltada para o passado e não para o futuro.

**(v) Judicialismo ético-jurídico:** é aqui que se defende a tese da conexão necessária entre o direito e a moral, em que “o neoconstitucionalismo exigiria dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com a natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas”<sup>831</sup>. Essa exigência é uma decorrência lógica da posituação dos valores e dos princípios nos textos das constituições contemporâneas, que não seriam plenamente satisfeitos com o emprego apenas das técnicas subsuntivas. Daí a combinação de critérios substantivos com critérios formais de tutela dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Contudo, mais do que defender a conjugação de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, tese da conexão entre direito e moral, é preciso indagar como será feito o controle racional das decisões judiciais de tutela dos direitos fundamentais. Certamente, o ponto central da discussão não é sobre ser ou dever ser, mas como fazer.

**(vi) Interpretativismo moral-constitucional:** é a iniludível intervenção dos

829 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

830 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

831 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 67.

juízos morais no exercício de interpretação dos valores morais da pessoa humana e do regime democrático<sup>832</sup>, constantes da Constituição. Na leitura de Streck, a iniludível intervenção dos valores morais só será um problema se a discricionariedade for um componente ineludível do neoconstitucionalismo, o que para ele não seria o caso, pois a discricionariedade não é um problema, mas a solução, pois não é um produto do paradigma da filosofia da consciência. Entretanto, haverá um interpretativismo moral, com a conseqüente fragilização do neoconstitucionalismo, se os juízos morais puderem corrigir o direito produzido democraticamente e se o exercício da moralização do direito estiver a serviço de um juiz solipsista. Se isso for verdade, o neoconstitucionalismo não traz nada de novo ou qualquer avanço na teoria do direito e na teoria da constituição<sup>833</sup>.

**(vii) Pós-positivismo:** a proposta teórica do neoconstitucionalismo se apresenta como superadora do positivismo jurídico e das diversas versões surgidas após o embate Dworkin-Hart. Não seria uma mera continuidade, mas um rompimento paradigmático com o modelo epistemológico empregado pelo positivismo jurídico. O neoconstitucionalismo procura aproximar teoria e prática, para atender a exigências de justiça substancial e formal. Atua no vácuo consciente do positivismo jurídico: o problema da razão prática, os problemas decorrentes da zona de penumbra, da incerteza, da indeterminação e da vagueza.

**(viii) O juízo de ponderação:** prega a utilização da ponderação na solução dos casos difíceis, para os quais não há regra dispondo acerca da solução que, na verdade, será criada pelo juiz, que tem o dever de descobrir o direito a ser aplicado ao caso, e não a discricionariedade de decidir o caso de uma maneira ou de outra. O juiz teria a obrigação de buscar a resposta correta, a partir da ponderação entre princípios constitucionais, que possuem uma dimensão de peso, a revelar a possibilidade de serem aplicados em determinadas situações e afastados em outras. Em razão da diferença lógica entre princípios e regras, cada espécie normativa passou a exigir uma metodologia própria de aplicação. Enquanto as regras permaneceram sob a metodologia da subsunção, os princípios ficaram sujeitos à metodologia da ponderação, que não conseguiu afastar a discricionariedade, pelo contrário, agravou-a, justamente em razão da ausência de um rigor metodológico e conformador da atuação judicial na individualização da norma a ser criada. A própria ideia de ponderação, no que se refere à

---

832 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

833 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

real hipótese de sua utilização, pode ser vista como uma máscara para esconder a subjetividade do julgador<sup>834</sup>, fato inclusive reconhecido pelo próprio Alexy<sup>835</sup> no posfácio da “Teoria dos direitos fundamentais”, de gravidade intensificada quando não se tratar efetivamente de ponderação, mas de aplicação epistemologicamente equivocada. Aliás, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, dois ministros já empregaram a técnica da ponderação, mas chegaram a resultados absolutamente divergentes<sup>836</sup>.

**(ix) Especificidade interpretativa:** as normas constitucionais apresentam um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente e do papel do intérprete. Em razão da linguagem constitucional e da insuficiência dos métodos tradicionais desenvolvidos por Savigny e por Ihering, na metade do século XIX, a Constituição estaria a exigir métodos específicos de interpretação, que a doutrina brasileira denominou de “nova hermenêutica constitucional”<sup>837</sup>. Apesar de amplamente defendidos por Barroso, os “novos métodos de interpretação constitucional não são métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país”, e os princípios de interpretação constitucional “não desempenham nenhum papel relevante na interpretação da constituição”<sup>838</sup>, seja por em nada se diferenciarem dos métodos tradicionais de interpretação jurídica, seja em razão da “impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional”<sup>839</sup>.

**(x) Ampliação do conteúdo da *grundnorm*:** esse é o ponto de estofamento das características do neoconstitucionalismo<sup>840</sup>. Significa a necessária inclusão de conteúdos morais nos critérios de validade jurídica dos sistemas democrático-constitucionais. Normas

834 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

835 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

836 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424/RS. Habeas-Corpus. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício e João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. **DJ** de 19 de março de 2004, pp 00024 Ement Vol-02144-03 PP-00524.

837 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003, p. 32.

838 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143, p. 116.

839 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143, p. 121.

840 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. *In*: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.



injustas não podem ser normas jurídicas. “É introduzida na formulação da norma fundamental uma cláusula que leve em conta o argumento da injustiça refletindo implícita ou explicitamente uma pretensão de correção de todo o sistema de normas.”<sup>841</sup>

**(xi) Conceito não positivista de direito:** a perspectiva neoconstitucionalista rejeita a tese da neutralidade moral a que estaria vinculado o positivismo jurídico na descrição do que é o direito, para encampar a tese, a partir da incorporação dos princípios, do que deve ser o direito. Trata-se, portanto, da tese da vinculação necessária entre o direito e a moral, rejeitada pelo positivismo. Sustentar a vinculação necessária entre o direito e um ideal moral é romper completamente com as premissas fundamentais do positivismo jurídico, e, ao se fazer isso, pode-se afirmar que se trata de uma postura antipositivista ou não positivista.

### **5.5 Positivismo jurídico, o juiz neoconstitucionalista e o Estado Constitucional contemporâneo**

O neoconstitucionalismo é uma proposta teórica que reivindica uma aproximação entre o discurso jurídico e o discurso moral, contrária à abordagem científico-descritiva epistemologicamente defendida pelo positivismo jurídico. Nessa perspectiva antipositivista, a validade jurídica fica subordinada a critérios formais e materiais, com repercussão no próprio conceito de direito, que passa a ter uma dimensão científica e prática, uma verdadeira fusão entre validade e legitimidade, entre teoria e prática.

No Estado Constitucional, o direito deve fornecer razões morais corretas para agir, sem as quais o direito poderia fornecer no máximo razões meramente prudentes, legitimado exclusivamente no mero sistema coercitivo de sanções. A interpretação e aplicação desse discurso moral é feita pelo Poder Judiciário, com a transferência das escolhas políticas das mãos do legislador para as do juiz, em que a Constituição é vista como uma espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral<sup>842</sup>.

O juiz seria protagonista na criação do direito, relegando a legislação democrática do direito a um segundo plano, sujeita a correções morais e políticas a partir de considerações de utilidades práticas. Nesse aspecto, a proposta neoconstitucionalista se apresenta como superadora da teoria das fontes do positivismo jurídico, justamente por se contrapor à tese das

---

841 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 72.

842 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210.

fontes sociais, premissa fundamental do positivismo jurídico, “uma vez que a Constituição será o locus da construção do direito dessa nova fase do Estado Democrático de Direito”<sup>843</sup>. Há, sem dúvida, um nítido propósito político na proposta neoconstitucionalista: a proteção dos direitos fundamentais deverá ser feita pela via judicial e não mais pela atuação da maioria do Legislativo, e com a necessária conexão entre o direito e a moral. O que se discute é se a moral está fora ou dentro do direito, é dizer, se está institucionalizada nos princípios e, se assim o for, nada há de novo na teoria do direito que já não tenha sido investigado pelo positivismo jurídico inclusivo, ou se a moral deve ser utilizada como corretiva do direito no momento da aplicação, com sérios riscos à autonomia do direito, que ficaria vulnerável às convicções morais e políticas do juiz ou dos tribunais. Na opinião de Streck, a segunda postura se mostra equivocada, por não entender a motivação histórica que norteia a proposta do neoconstitucionalismo: responder aos anseios da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito<sup>844</sup>.

A Constituição é vista como a norma de maior hierarquia do sistema, e não mais a legislação produzida pela maioria. A exigência de justiça substantiva passa a ser um objetivo político, cabendo ao juiz realizar uma leitura moral da constituição para tutelar os valores e os princípios contidos expressa ou implicitamente no texto constitucional. A força da proteção desses direitos está na figura do juiz, e não na legalidade democrática do próprio direito<sup>845</sup>.

Na visão neoconstitucionalista, as constituições contemporâneas estão repletas de valores e princípios morais em seus textos jurídicos, que só podem ser efetivados a partir de uma leitura moral e jurídica realizada pelos juízes. “Para afrontar e resolver os conflitos da sociedade constitucional-democrática contemporânea seria impensável apelar seja ao direito natural, o que soaria anacrônico, seja ao positivismo legalista”<sup>846</sup>. Tanto para o neoconstitucionalismo quanto para o jusnaturalismo, o direito válido é aquele moralmente correto, mas o critério moral de validade jurídica para o neoconstitucionalismo está positivado nos princípios jurídicos contidos expressamente ou implicitamente nas constituições contemporâneas, enquanto o fundamento moral de validade do jusnaturalismo independe de

843 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233, p. 230.

844 STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

845 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210.

846 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210, p. 105.

sua positivação ou do ordenamento jurídico<sup>847</sup>.

A presença de princípios no sistema jurídico seria a característica central do direito do Estado Constitucional, tornando-o constitucionalmente dúctil (flexível e permeável), a exigir uma metodologia interpretativa capaz de enxergar a exigência de justiça presente na realidade prática do direito. A rigidez e a inflexibilidade presentes na técnica da subsunção a impediriam de defender a exigência de justiça concreta e substancial sobre a legalidade, que só seria possível com a técnica da ponderação, na qual o intérprete assume papel de destaque na produção do direito, ao ter a incumbência e o encargo de escolher entre a estreita legalidade e a justiça substancial, para adotar a solução mais compatível com a realidade e o caso concreto e com o sistema jurídico em sua plenitude<sup>848</sup>.

A técnica da ponderação é mais uma técnica de aplicação e menos uma técnica de interpretação, mas o neoconstitucionalismo não diz muito sobre o processo de ponderação, é dizer, não diz como os juízes balanceiam os princípios e como resolvem os conflitos. Limita-se a afirmar que, para reconhecer o conteúdo dos princípios, faz-se necessário recorrer a argumentos morais, avaliar as circunstâncias concretas para escolher o melhor sentido que promova um maior grau de satisfação do princípio vencedor em relação ao princípio que não foi aplicado naquele caso específico<sup>849</sup>.

Para Oliveira<sup>850</sup>, não há dúvida de que ocorreu o fracasso e a superação da metodologia tradicional de interpretação jurídica<sup>851</sup> utilizada pelo positivismo jurídico, isso porque a linguagem do direito não é e nunca poderá ser científica ou metodológica. Ela é condição da possibilidade do discurso humano.

847 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.).

**Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210.

848 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

849 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

850 OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, 50).

851 Nesse mesmo sentido é a doutrina de Marmelstein (MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014) e Barroso (BARROSO, Luís Roberto.

Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito [o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil].

**Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005). Como consequência dessa tese, defendem a existência de uma nova hermenêutica constitucional, por ser a metodologia tradicional insuficiente para solucionar os casos que reclamam a aplicação de princípios e não somente de regras, os chamados *hard cases*. Para Horbach (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007, p. 90), contudo, a nova hermenêutica é apenas um modismo da atualidade. Nas palavras desse autor, “[...] a ‘nova hermenêutica’ em nada difere da mais tradicional doutrina constitucionalista brasileira, apresentando como ‘novidades’ conceitos centenários do direito constitucional pátrio”.

Como decorrência da adoção das teses neoconstitucionalistas, o ato de interpretar não se encontra mais atrelado a métodos ou técnicas de enunciação de sentidos de textos, alcançando uma dimensão de universalidade, como parte integrante do processo cognitivo e como condição de possibilidade da compreensão. Por consequência, “[...] a doutrina não mais ensina o como se deve interpretar, mas como de fato se interpreta, assenta-se uma mudança de foco”<sup>852</sup>.

Sendo assim, enxergar a necessidade de discutir esses assuntos só revela o acerto da conclusão de “[...] que o problema da aplicação do direito, não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio [...]”<sup>853</sup>.

Talvez essa seja a grande preocupação dos operadores do direito: como compatibilizar a doutrina neoconstitucionalista, que indica como o direito deve ser, e não como é, com os valores, princípios e conceitos jurídicos indeterminados previstos na Constituição e, especialmente, com o Estado Democrático de Direito. Essa preocupação é a mesma de Pozzolo ao questionar os efeitos que a postura neoconstitucionalista produz sobre o constitucionalismo como doutrina da limitação do poder, especialmente diante da postura do intérprete que assume um papel totalmente constitutivo, é dizer, as razões morais se sobrepõem às razões jurídicas, já que regulam comportamento e constituem a regra do caso concreto, sem apresentar, contudo, um critério estável de solução ou precedência de um dos princípios em conflito<sup>854</sup>.

Mas isso não significa dizer que Pozzolo não esteja preocupada com a discricionariedade judicial. A crítica apresentada diz respeito à ponderação como característica da doutrina neoconstitucional, sem admitir, contudo, a discricionariedade dos juízes ou dos tribunais. Na verdade, a autora defende a incompatibilidade da proposta neoconstitucionalista com o positivismo jurídico, por entender “que o neoconstitucionalismo

---

852 ROMANO, Rodrigo Ribeiro. A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 437-456, p. 440.

853 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020, p. 122.

854 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

parece pressupor um significado valorativo objetivo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa”<sup>855</sup>.

Sua preocupação, portanto, é com o ativismo judicial ou com o “governo dos juízes”. Numa só palavra: com a discricionariedade judicial, que está presente no positivismo jurídico, no modelo “G” de Pozzolo. Mas isso não quer dizer que o modelo “G” entenda o objeto da interpretação como uma “‘caixa vazia’ preenchida de vez em quando segundo o arbítrio do intérprete, além de qualquer vínculo”<sup>856</sup>.

O objeto da interpretação, embora não possua um significado determinado, reclama alguns significados que não podem ser afastados pelo intérprete. Nesse caso, certamente, embora não esteja totalmente livre, também não está totalmente preso. Isso porque o discurso jurídico não é indeterminado, mas subdeterminado, “isto é, o direito não determina o resultado da controvérsia, mas em cada caso induz a determinadas escolhas, porque limita o aspecto das possibilidades (jurídicas) de escolha”<sup>857</sup>.

E a discricionariedade a que se refere a autora reside justamente na impossibilidade de se oferecer uma única solução jurídica tendo por base apenas a análise da linguagem jurídica. Se há possibilidade de oferecer mais de uma solução jurídica para os casos interpretados, então não há que se falar em casos fáceis. Todos os casos seriam difíceis. Por conta disso, o modelo “G” de positivismo jurídico além de subdeterminado é também global. A indeterminação é local quando o direito não oferece uma resposta para determinados casos, e global quando “um operador competente não é capaz de responder oferecendo uma única solução jurídica para nenhum caso com base somente na análise linguística do direito”<sup>858</sup>. Há múltiplas respostas igualmente corretas.

Logo, o modelo “G” de positivismo jurídico de Pozzolo é subdeterminado e global, o que implica dizer que há sempre discricionariedade, embora limitada pelo próprio direito, tese não compartilhada por Streck, por uma razão epistemológica: o pressuposto filosófico de Pozzolo é a filosofia analítica, enquanto Streck se move dentro do paradigma da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer e da

855 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 84.

856 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 139.

857 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 142.

858 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020, p. 149.

teoria integrativa de Dworkin. Uma imbricação teórica que busca demonstrar a possibilidade de obtenção de respostas corretas, que rompe com a epistemologia e com a semântica inerentes ao positivismo normativista.

## 6 O POSITIVISMO JURÍDICO E A COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PREVISTOS NAS CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

As investigações iniciais levadas a cabo nos capítulos anteriores, especialmente as reflexões fundamentais desenvolvidas após o debate entre Hart e Dworkin sobre teoria do direito no final do século XX, produziram respostas diversas, mais elaboradas e refinadas, sobre o positivismo jurídico, que deram ensejo inclusive ao surgimento do positivismo jurídico inclusivo, versão contemporânea do positivismo jurídico, que foi capaz de justificar satisfatoriamente o ingresso dos princípios nas constituições contemporâneas, sem que a validade desse padrão normativo dependesse do seu conteúdo, mas exclusivamente da fonte social autorizada.

Apesar de ser considerado o maior debate da teoria do direito no final do século XX<sup>859</sup> e de servir de base para o surgimento e desenvolvimento de diversas reflexões no âmbito da teoria do direito, com reflexo direto sobre o positivismo jurídico e sua viabilidade como teoria jurídica capaz de explicar adequadamente o fenômeno jurídico, não tem merecido a atenção devida da doutrina brasileira que se propõe a defender a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo jurídico. A revelar pelo que foi defendido pelos adeptos do pós-positivismo, o positivismo jurídico não teria dado respostas coerentes e robustas para afastar os ataques de Dworkin lançados contra o positivismo jurídico.

A consequência imediata desse desacordo é a defesa da vitória da teoria pós-positivista norte-americana de Dworkin construída nos anos 1960-1980 sobre o positivismo jurídico. Não é exagero afirmar que todos os debates em *terra brasilis*, com raríssimas exceções<sup>860</sup>, têm levado à conclusão, sobretudo no ambiente acadêmico brasileiro, a revelar pela expressiva produção doutrinária de objeções e críticas, de que o positivismo jurídico teria sido superado, fosse por não ser a melhor teoria de explicação do direito, fosse por não ser uma teoria adequada para explicar a relação entre o direito, a democracia, a moral e o

859COELHO, André Luiz Souza; FRANZONI, Julia Ávila. O debate Hart-Dworkin à luz da crítica social.

**Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1-26, 2022.

860No sentido de que o positivismo jurídico não foi superado, tem-se, a título exemplificativo, a doutrina de Verbicaro e Ribeiro (VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa. A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusivista. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 401-429, maio/ago. 2017). No mesmo sentido é o posicionamento de Coelho (POSITIVISMO Jurídico Exclusivo [Palestra]. Prof. Msc. André Luiz Souza Coelho. *In: III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas contemporâneas*. Realização: Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e Liga Acadêmica Jurídica do Pará [Lajupa], 22 fev. 2016. 1 vídeo [1:59:28]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc>. Acesso em: 3 nov. 2022). Por fim, pode-se citar no rol de defensores do positivismo jurídico DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006 e ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico**. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012.

constitucionalismo contemporâneo da metade do século XX, que resgatou, mediante os princípios, os valores que teriam sido preteridos pelo positivismo jurídico. Como reforço ao argumento de superação do positivismo tem-se, ainda, a acusação de que, para o positivismo jurídico, a Constituição é “tão somente um sistema formal de leis constitucionais”, e que a interpretação do positivismo formalista se exaure na interpretação do texto<sup>861</sup>.

Não é por outra razão que se encontram na doutrina brasileira afirmações no sentido de que o positivismo jurídico não é uma teoria jurídica adequada de compreensão do fenômeno jurídico<sup>862</sup>, e que a partir da metade do século XX testemunhou-se a decadência e o fracasso político do positivismo jurídico<sup>863</sup>, a exigir uma teoria de compreensão do fenômeno jurídico para além do positivismo jurídico<sup>864</sup>, ou que o positivismo jurídico não é capaz de construir uma resposta para os casos difíceis<sup>865</sup>. Tem-se, ainda, que o positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo<sup>866</sup> pela crítica hermenêutica do direito<sup>867</sup>, teoria legalista e formalista do direito<sup>868</sup>, niilista, estéril, cínica e frígida<sup>869</sup>, e que teria oferecido cobertura teórica aos regimes totalitários do século XX<sup>870</sup>.

Essas afirmações desprezam a evolução filosófica que o positivismo jurídico experimentou a partir da segunda metade do século XX, as diversas facetas desenvolvidas por seus principais defensores e as robustas respostas dadas aos seus principais críticos, especialmente as críticas levadas a cabo por Dworkin, que não foram capazes de reduzir o positivismo jurídico a uma importância meramente histórica.

O positivismo jurídico, longe de se encontrar superado, apresenta-se atualmente como uma corrente filosófica hegemônica do pensamento jurídico capaz de explicar

---

861BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 501-502.

862Para Barcellos, sim (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005).

863Para Barroso e Barcellos, sim (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003).

864Para Cruz e Duarte, sim (CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013).

865Para Fernandes e Bicalho, a resposta é sim (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011).

866Para Möller, sim (MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011).

867Para Streck, sim (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017).

868Para Camargo, sim (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003).

869VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

870DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.



adequadamente os fenômenos jurídicos, apesar do aparente desprestígio com que é tratado por grande parcela da doutrina nacional. A afirmação de que os pilares do positivismo jurídico já não mais se sustentam, mesmo diante da pluralidade de correntes positivistas<sup>871</sup>, só encontra apoio na doutrina brasileira. Talvez esse pensamento tome por base o positivismo exegetico e formalista do início do século XIX, que foi superado junto com o Estado Liberal.

O positivismo não só soube se afastar e compreender adequadamente o formalismo, mas sobretudo desenvolveu-se de forma a compreender os avanços políticos, econômicos e sociais do início do século XX, sem que tivesse seus pilares corroídos ou se deixasse contaminar pela moralidade pessoal dos julgadores ou pela moralidade comum da comunidade. O surgimento dos direitos fundamentais não representou o fim do positivismo jurídico ou a confirmação de que ele sempre esteve vinculado ao formalismo e à mera aplicação silogística do direito legislado.

Pensar que as inúmeras versões do positivismo jurídico se resumem ao positivismo legalista e formalista do início do século XIX e que seriam incapazes de lidar com a efetivação dos direitos fundamentais, é o mesmo que desprezar as preciosas lições de Hart e Waluchow, dois dos maiores representantes do positivismo jurídico inclusivo da atualidade, que conseguiram desenvolver um raciocínio adequado acerca da compatibilidade dos princípios jurídicos com o positivismo jurídico.

Os pilares centrais do positivismo jurídico permanecem intactos, embora tenham recebido nova roupagem teórica e filosófica ainda a partir do início do século XIX, a revelar que a melhor versão do positivismo jurídico nunca esteve alinhada com o positivismo exegetico e formalista do Estado Liberal, tanto que a versão contemporânea do positivismo jurídico inclusivo aceita a introdução dos princípios nas constituições contemporâneas, justamente para se afastar da ideia equivocada de que o positivismo jurídico, em geral, apresentou-se como um pensamento frio, vinculado à segurança jurídica e à aplicação inflexível da lei injusta<sup>872</sup>.

Portanto, além de demonstrar a compatibilidade dos princípios constitucionais contemporâneos com as teses centrais positivistas, o positivismo jurídico inclusivo conseguiu apresentar um caminho viável para nele assentar a ideia de que a melhor solução será sempre

---

871 MARRAFON, Marco Aurélio. Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2). **Consultor Jurídico**. [S. l.], 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>. Acesso em: 13 abr. 2023.

872 MARRAFON, Marco Aurélio. Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2). **Consultor Jurídico**. [S. l.], 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>. Acesso em: 13 abr. 2023.

aquela que procura afastar o protagonismo da moralidade pessoal dos juízes, tendo como meta a busca constante da moralidade constitucional. Ainda que seja uma expressão aberta, incompleta ou indeterminada, a ideia central é a de defender sentido mais próximo possível do texto constitucional e mais longe possível da moralidade pessoal dos juízes. Isso é positivismo.

### 6.1 A que se deve a alegada superação que não ocorreu?

Aqui cabe uma explicação necessária com o fim de evitar confusões teóricas. Quando se fala em superação teórica está-se a afirmar que o empreendimento teórico do positivismo da validade não foi superado pelas diversas propostas teóricas que se propuseram a estudar o fenômeno jurídico. Essa observação não contradiz a conclusão, inclusive levantada neste trabalho, de que o positivismo jurídico da interpretação<sup>873</sup> não desenvolveu uma teoria da interpretação, a exemplo das teorias da argumentação jurídica contemporâneas, para avaliar e controlar a racionalidade dos procedimentos jurídicos discursivos, até porque o próprio positivismo jurídico não procurou desenvolver uma teoria prática da interpretação, sendo por essa razão acusado de ceticismo exagerado contra as interpretações mais elásticas dos textos jurídicos<sup>874</sup>.

A ausência de uma teoria da interpretação jurídica, é dizer, positivismo jurídico da interpretação, também contribuiu para disseminar a falsa conclusão de que o positivismo jurídico teria sido superado, sem atentar para o fato de que a ausência de desenvolvimento da teoria da interpretação se deu justamente em razão da opção epistemológica e metodológica, para se manter fiel ao postulado de que não cabe ao teórico positivista prescrever, mas descrever os fenômenos jurídicos.

Além dessa confusão teórica, a diversidade de autores estrangeiros que se propuseram a defender a viabilidade teórica do positivismo jurídico e os inúmeros desacordos teóricos sobre as diversas teorias do direito contemporâneas contribuem para um entendimento equivocado das versões contemporâneas do positivismo jurídico e de suas premissas fundamentais. Cada proposta teórica tem um modo peculiar e paradigmático de

---

873Essa diferenciação é feita por Dimoulis, que toma o cuidado de alertar que essa divisão não está imune a críticas. Contudo, a intenção do autor deste trabalho é deixar claro que o positivismo jurídico é amplamente criticado justamente por não ter desenvolvido uma teoria da interpretação, lacuna utilizada para justificar uma superação teórica que não ocorreu (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006).

874BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.

compreender o fenômeno jurídico, nem sempre alcançado por aqueles que se apressam em defender a insuficiência ou até mesmo a superação do positivismo jurídico como proposta viável de estudo das práticas jurídicas.

No âmbito da teoria do direito, o positivismo jurídico é, ao lado do interpretativismo, do jusnaturalismo, do pragmatismo jurídico e do antipositivismo, apenas para citar algumas das correntes filosóficas que se dispõem a estudar as práticas jurídicas, mais uma concepção teórica e filosófica entre diversas existentes que procura compreender os fenômenos jurídicos.

No âmbito da filosofia do direito, há um subgrupo de teorias positivistas que estudam o direito e a sua relação com a moral, mas todas comprometidas com o pressuposto epistemológico da inexistência de vinculação necessária entre o direito e a moral. O positivismo inclusivo, por exemplo, não defende a vinculação necessária entre o direito e a moral, mas uma vinculação contingencial, que não o impede de ser considerado uma teoria positivista, muito menos de ser acusado de ignorar os princípios positivistas jurídicos.

Nesse subgrupo de teorias positivistas, encontram-se o positivismo jurídico inclusivo, o positivismo jurídico exclusivo e o positivismo normativo, todos comprometidos com a rejeição da conexão necessária entre direito e moral, embora Waldron, representante do positivismo jurídico normativo, não abrace a perspectiva metodológica neutra e descritiva do positivismo jurídico, que é acolhida pelo positivismo exclusivo e pelo positivismo inclusivo. Logo, para esse positivista, o estudo da filosofia do direito é um projeto que demanda justificativa moral e política, mas sem relação necessária entre direito e moralidade<sup>875</sup> (*separation thesis*).

No âmbito metodológico, por exemplo, o positivismo jurídico de Hart defende uma abordagem descritiva do direito e, no âmbito substancial, defende que não há conexão necessária entre o direito e a moral, ponto central que caracteriza o debate entre os positivismos jurídicos inclusivo e exclusivo. No âmbito interno do positivismo jurídico, há divergências entre os âmbitos substancial e metodológico, mas todas as versões se comprometem com a separação entre o direito e a moral.

Diante da variedade de concepções positivistas, uma crítica panorâmica e superficial à teoria positivista sem o necessário conhecimento das teses fundamentais que caracterizam uma abordagem positivista, sem um estudo específico das obras dos autores positivistas e a correta individualização do modelo positivista que se pretende refutar ou

---

875 GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A resposta de Wil Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, v. 14, n. 1, p. 33-47, jan./jul. 2022a.

questionar, serve mais ao propósito de confundir e difundir uma concepção caricaturada do positivismo jurídico e dos teóricos que estudam e defendem teses positivistas e menos ao de construir ou defender uma teoria segura, a partir da qual se possa ir em busca da melhor explicação das práticas jurídicas ou mesmo de uma argumentação mais consistente em defesa de uma superação.

Um exemplo do que se acaba de afirmar pode ser visto na confusão teórica que ainda reina entre o positivismo clássico do início do século XIX, representado pela Escola da Exegese, e o positivismo contemporâneo do século XX, a que se referem Kelsen e Hart. Barroso e Barcellos<sup>876</sup> são categóricos em afirmar que a decadência do positivismo está emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, que agiram dentro da legalidade vigente.

Com isso, os autores afirmam que o positivismo jurídico teria legitimado o fascismo e o nazismo, e que a ideia de um regime jurídico indiferente a valores éticos não teria aceitação no pensamento esclarecido. Para esses autores, a necessária reaproximação entre direito e ética, da qual se afastou o positivismo jurídico, seria uma das razões que teriam levado à superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo jurídico.

Essa tendência de equiparar o positivismo jurídico ao positivismo exegético do início do século XIX é um erro epistemológico que compromete o desenvolvimento de toda e qualquer teoria de análise do fenômeno jurídico que pretende superar o positivismo jurídico, justamente por desprezar a própria evolução pela qual passou essa teoria filosófica do direito, com surgimento de variações, aspectos substanciais e metodológicos diversos.

As premissas fundamentais do positivismo legalista da Escola da Exegese não são sustentadas ou defendidas por nenhum teórico positivista contemporâneo<sup>877</sup>. Da mesma forma, defender a reaproximação entre o direito e a ética, sem explicar se isso é possível ou como deve ocorrer, se de forma necessária ou contingencial, é desconhecer o profundo debate Dworkin-Hart da década de 1970 e as derivações positivistas decorrentes desse embate teórico. Autores brasileiros<sup>878</sup> e estrangeiros<sup>879</sup> que discutem e defendem teses positivistas deixaram claro que o positivismo jurídico está vivo e bem, e se encontra em boa forma para manter afastados seus principais adversários.

---

876BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

877VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

878LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

879WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Foi diante dos ataques de Dworkin que a teoria positivista teve que se reinventar para lidar com o direito e a moral, e o fez sob o argumento de que a regra de reconhecimento pode incorporar critérios morais ou substantivos de identificação do direito válido. Trata-se, pois, de uma relação contingencial entre o direito e a moral, e não necessária como pregam o interpretativismo de Dworkin e a perspectiva pós-positivista. Aliás, os autores que se alinham ao positivismo jurídico abraçam o critério epistemológico da vedação da leitura moral do direito.

Enquanto os críticos insistem em desprezar o processo de atualização e evolução, acusando-o de equiparar o direito à lei e de ter se afastado das discussões da filosofia sobre legitimidade e justiça, o positivismo jurídico inclusivo passou a aceitar a incorporação contingencial da moralidade na criação e na aplicação do direito, é dizer, a reconhecer que, na prática, os operadores do direito recorrem a critérios morais para dizer o que é o direito válido.

A discussão que se trava no interior do positivismo jurídico inclusivo não gira em torno de saber se há relação entre o direito posto e a moralidade política, se o intérprete pode utilizar critérios morais para decidir sobre direito válido, mas sobretudo de saber se o aplicador está autorizado a recorrer à moral e quais são os seus limites<sup>880</sup>.

Finca-se a ideia de que não há conexão conceitual necessária entre legalidade e moralidade, mas, diferentemente do positivismo exclusivo, que defende uma clara separação entre direito e moral, aceita-se que, circunstancialmente, é possível que a própria convenção do sistema jurídico utilize a moral como critério de validade jurídica.

Com o *soft positivism*, o positivismo consegue se afirmar como uma teoria do direito capaz de explicar o papel da moral no discurso jurídico e de lidar com os desacordos morais e políticos presentes no constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra, em que houve a incorporação de direitos sociais e de princípios carregados de valores, fenômeno que ficou conhecido como positivação dos valores. Para que isso fosse possível, o positivismo jurídico teve que voltar suas atenções para um padrão normativo pouco explorado pela doutrina positivista: o emprego dos princípios jurídicos como regras legalmente vinculantes e, por consequência, o papel da moral na explicação do direito.

Não é pretensão do autor deste trabalho defender a tese de que os juspositivistas ignoraram ou menosprezaram os princípios jurídicos positivados, até porque Hart<sup>881</sup> conseguiu

880 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos (coord.). **Teoria do direito constitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008. p. 179-199.

881 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

provar que o modelo de regras jurídicas é compatível com a dimensão principiológica, não havendo que se falar em incompatibilidade entre as dimensões de peso e de validade, pois tanto as regras quanto os princípios podem apresentar uma dimensão de peso ou de validade, tanto é que o sistema jurídico inglês aplicava padrões normativos que não estavam submetidos à regra do tudo ou nada. Além disso, não há um positivista que defenda a aplicação silogística do direito, um modelo dedutivo de interpretação. Longe disso, a discricionariedade, em maior ou menor extensão, é uma característica presente na linguagem jurídica, tendo o juiz poder intersticial.

Trata-se, portanto, de uma característica do positivismo jurídico, em razão da própria linguagem jurídica e da existência de princípios jurídicos que, ao lado das normas jurídicas, compõem o sistema jurídico, que sem isso representa o abandono das doutrinas centrais do positivismo jurídico. Aliás, o próprio Hart, no pós-escrito, reconheceu que a questão dos princípios só é abordada de passagem, sem admitir, contudo, que o direito seja constituído apenas por normas jurídicas, do tipo tudo ou nada<sup>882</sup>.

O que se pretende deixar claro é que o primeiro ataque de Dworkin, apesar de satisfatoriamente repellido pelo positivismo jurídico, teve a contribuição de destacar a importância, a função e a força vinculante dos padrões normativos principiológicos morais e de políticas públicas na interpretação do direito e na fundamentação de decisões jurídicas<sup>883</sup>, que foram, inclusive, reconhecidas pelo positivismo jurídico inclusivo de Lyons<sup>884</sup>, Hart<sup>885</sup>, Waluchow<sup>886</sup> e Coleman<sup>887</sup>, para citar apenas os autores mais celebrados.

---

882HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

883HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

884LYONS, David. Principles, positivism, and legal theory. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977.

885HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

886WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. Esse livro é a tese de doutorado em teoria do direito de Wil Waluchow, elaborada sob a orientação de Herbert Hart, em que procura responder ao desafio interpretativista de Dworkin realizado contra o positivismo jurídico. Waluchow também foi aluno de Dworkin na década de 1980, na Universidade de Oxford, onde também concluiu seu doutorado.

887COLEMAN, Jules. **The practice of principles**: in defence of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2001. Esse livro reúne diversas ideias que foram publicadas em artigos anteriores, trazendo uma visão bem completa sobre o positivismo jurídico inclusivo. Além desse livro, o autor publicou os seguintes artigos: COLEMAN, Jules. Taking rights seriously. **Califórnia Law Review**, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 885-919, Jul. 1978; COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982; COLEMAN, Jules. On the relationship between Law and Morality. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 2, n. 1, 1989; COLEMAN, Jules. Rules and social facts. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 703-725, 1991; e COLEMAN, Jules. Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (ed.). **The autonomy of law**: essays on legal positivism. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 287-319.

No segundo ataque, Dworkin procurou questionar o aspecto metodológico utilizado pelo positivismo jurídico para explicar o direito. Na sua visão, o positivismo jurídico seria uma teoria convencionalista e semântica do direito e, por consequência, vítima do agulhão semântico, por iniciar a explicação do fenômeno jurídico a partir de um conceito criterial e semântico, ou seja, de um consenso prévio de que advogados e juízes compartilham basicamente dos mesmos fundamentos e critérios linguísticos para decidir sobre a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica. Logo, os desacordos teóricos estão justamente nos fundamentos do direito, o que torna impossível partir de critérios comuns para tentar explicar e compreender adequadamente o direito.

Com essa crítica metodológica, Dworkin ataca diretamente a tese das fontes sociais e a insuficiência da abordagem descritivista realizada pelo positivismo jurídico, ao defender que o direito é sempre uma questão interpretativa e construtivista, incapaz de ser explicado apenas do ponto de vista descritivo, e que sua teoria é a única capaz de oferecer a melhor resposta diante dos profundos desacordos de moralidade política.

No plano político, seu método interpretativo é o da leitura moral da Constituição pelos juízes e tribunais, que teriam a última palavra sobre questões de moralidade política. No plano filosófico, sustenta a superação do positivismo jurídico pelo interpretativismo.

Para Dworkin, uma teoria geral do direito deve conter elementos normativos e conceituais, em que a moral se encontra introduzida tanto no estágio teórico (princípio de integridade na legislação) quanto na atividade prática (princípio da integridade na legislação), a revelar que seu conceito de direito é uma questão de interpretação construtiva, uma realidade que parte da necessária conexão entre direito e moral<sup>888</sup>. Na solução dos casos difíceis (*hard cases*), para os quais não há uma regra específica, os juízes que aceitam o ideal interpretativo do direito como integridade devem decidi-los tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade<sup>889</sup>. Isso leva à conclusão irrefutável de que os princípios estão no sistema jurídico para fechar o sistema jurídico e impedir que o intérprete utilize critérios políticos ou morais para afastar a legalidade constitucional e suprimir a competência institucional das instâncias políticas.

Por essa razão, o direito como integridade de Dworkin, explicado a partir da metáfora do juiz Hércules, do romance em cadeia e do modelo de comunidade de princípios,

---

888DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

889DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

não é uma abordagem positivista ou pragmática, mas uma alternativa melhor em que as proposições do direito não são meras descrições da história jurídica, nem proposições valorativas dissociadas da história jurídica. Para Dworkin, as proposições do direito “são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas”<sup>890</sup>. Daí a certa conclusão de Streck e Morbach Júnior de que o “Direito como integridade é o direito que *deve ser* aquilo que ele *já é* interpretado *construtivamente sob sua melhor luz*.”<sup>891</sup>

Mesmo diante do segundo ataque de Dworkin, o positivismo reafirmou sua hegemonia no âmbito da filosofia analítica como a teoria jurídico-filosófica que melhor explica o direito, justamente por conseguir responder satisfatoriamente à crítica da neutralidade axiológica e aceitar a tese de que a moral também pode ser útil para justificar proposições descritivo-explicativas<sup>892</sup>. O positivismo jurídico inclusivo seria o estudo do fenômeno jurídico realizado pelos filósofos do e no direito, com o entendimento filosófico de que os princípios jurídicos são padrões normativos que diferem das regras em razão do grau de generalidade. Os princípios são padrões normativos não conclusivos que indicam ou privilegiam uma decisão, “embora possam com muita frequência não [*sic*] determiná-la”<sup>893</sup>.

O positivismo jurídico conseguiu, por intermédio dos argumentos da tese da dissimulação, da teoria do erro e da tese da subsidiariedade ou da marginalidade das divergências refutar as objeções de Dworkin, e se afirmar como teoria jurídica viável, capaz de explicar adequadamente o fenômeno jurídico, seja no âmbito da identificação, seja no âmbito da interpretação e aplicação. Com essa proposta, o positivismo jurídico consegue defender satisfatoriamente a conexão contingencial entre o direito e a moral e a possibilidade, no âmbito conceitual, de definir o direito sem recorrer à moralidade.

Com o positivismo jurídico inclusivo, a teoria positivista venceu o debate com Dworkin, tendo reconhecido a tese de que os princípios de moralidade política expressos nas constituições contemporâneas da metade do século XX podem ser utilizados na determinação do direito de forma contingencial e eventual, mas não necessária, como prega o

---

890DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

891STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019, p. 56, grifos do autor.

892VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa. A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusivista. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 401-429, maio/ago. 2017.

893HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 339.



interpretativismo de Dworkin. Com essa proposta teórica, os positivistas acolheram a fenomenologia de julgar a natureza jurídica e o papel importante dos princípios morais na teoria jurídica<sup>894</sup>, sendo correto afirmar que os ataques de Dworkin promoveram a reformulação, e não a superação definitiva, da teoria positivista. Não só isso, o positivismo inclusivo não seria incompatível com a filosofia analítica e conceitual e com o surgimento do constitucionalismo democrático e dos princípios morais.

Nessa perspectiva, todas as versões positivistas procuram descrever o que é o fenômeno jurídico e o que os juízes estão fazendo quando estão diante de conflitos de direitos fundamentais, compreendidos como uma ordem objetiva de valores<sup>895</sup>, sem compartilhar qualquer tipo de moralidade constitucional a ser utilizada na jurisdição constitucional. Não são, portanto, teorias sobre decisão jurídica, teorias prescritivas, mas descritivas sobre o fenômeno jurídico.

Além da ausência de aprofundamento das diversas facetas do positivismo jurídico, outros equívocos ajudaram a disseminar uma visão caricaturada e fomentar em *terra brasilis* uma superação teórica que, como já amplamente fundamentada, não ocorreu<sup>896</sup>.

O principal deles reside substancialmente em atribuir ao positivismo jurídico características que ele não possui, especialmente nas suas versões contemporâneas. Nesse sentido, não é filosoficamente verdadeira a afirmação de que o positivismo é legalista, formalista ou logicista ou que tenha fornecido fundamento teórico aos regimes totalitários do século XX. Quanto a essa última acusação, esquecem-se de que a versão do positivismo ideológico não é compartilhada pela quase totalidade dos seguidores do positivismo clássico. Não é por outra razão que Dimoulis afirma que “uma pesquisa na doutrina nacional e internacional enfrenta grandes dificuldades em encontrar autores que propugnem pela equiparação entre validade e legitimidade da norma”<sup>897</sup>.

Na verdade, uma leitura correta da teorização schmittiana do “estado total” conduz necessariamente ao entendimento de que os regimes totalitários do século XX não buscaram apoio político e jurídico na teoria pura de Kelsen para justificar suas ações. Para o positivismo de Kelsen, o direito era constituído pelas normas jurídicas, enquanto para os

---

894 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

895 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

896 VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa. A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusivista. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 401-429, maio/ago. 2017.

897 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 56.

regimes totalitários o direito era “resultado da vontade política que se desdobra na decisão do soberano”<sup>898</sup>, preenchido pela decisão do governante. Logo, o direito não é aquilo definido pelas normas, mas aquilo que o governante dita, a representar uma completa dominação do direito pela política, sem qualquer separação entre Estado, política e direito, tudo que Kelsen pretendia combater. Se Kelsen queria uma teoria pura do direito, Carl Schmitt desejava “uma teoria ‘pura’ da política, esvaziada de todo conteúdo e suscetível de adquirir aquilo que um governante esteja disposto a introduzir”<sup>899</sup>.

Isso significa dizer que a racionalidade utilizada para praticar uma das maiores atrocidades já vista pela humanidade não encontrou amparo nos postulados fundamentais do positivismo de Kelsen. E a razão dessa conclusão pode ser facilmente comprovada na premissa de que o princípio metodológico fundamental da teoria pura pretendia um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito, excluindo do seu alcance tudo aquilo que não fosse jurídico, isto é, tudo aquilo que fosse estranho ao direito, como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política.

Essas caricaturas em torno do positivismo jurídico de Kelsen repercutem diretamente na teoria positivista, como se a teoria pura do direito de Kelsen representasse a totalidade das teses positivistas, desprezando inclusive a própria evolução de sua teoria em relação ao positivismo legalista do início do século XIX, que não é subscrito por nenhum positivista. Confunde-se o positivismo normativista de Kelsen do século XX com o positivismo legalista do início do século XIX, que reduziu o direito ao direito legislado.

Essa versão clássica do positivismo não é aceita pela maioria esmagadora das correntes positivistas. Ora, o positivismo exegético/legalista a que chegou a Escola da Exegese reduziu o direito ao direito legislado, cuja tese não será aceita pelo positivismo normativista de Kelsen. O próprio positivismo reconheceu o exagero do postulado extremamente legalista e formalista da Escola da Exegese, a ponto de Almeida sustentar que “o positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado”.

---

898 BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *In*: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 145-172, p. 161.

899 BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *In*: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 145-172, p. 161.

Defender a ideia de que o positivismo jurídico de Kelsen é um adepto da aplicação silogística das leis é no mínimo desconhecer a função das normas no sistema dinâmico, que nunca fixam completamente o conteúdo da norma inferior a ser produzida, mas apenas atribuem poder a uma autoridade legislativa ou a uma regra que determina como as regras gerais e individuais devem ser criadas, cabendo ao aplicador do direito escolher determinar o sentido e o alcance da norma criada, podendo inclusive criar direito novo para além do disposto na moldura normativa<sup>900</sup>.

Essa constatação só reforça a tese de que a discricionariedade não é uma ideia ventilada apenas pelo neoconstitucionalismo, pelo contrário, o próprio positivismo normativo já atentou para esse problema, apesar de ter desistido conscientemente de desenvolvê-lo.

Em razão disso, é um erro metodológico imperdoável equiparar o positivismo normativista de Kelsen e o analítico de Hart com a Escola da Exegese, como faz Barroso<sup>901</sup> ao dizer que “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”.

Pode-se sustentar que a Escola da Exegese coincide com a versão embrionária do positivismo jurídico, que se iniciou aos fins do século XVII, mas não com a versão normativista, analítica, exclusiva e inclusiva. Em verdade, essa perspectiva positivista havia sido abandonada ainda no século XIX, mais precisamente no ano de 1889, coincidindo com o declínio metodológico da Escola da Exegese Francesa e da Jurisprudência dos Conceitos.

Apesar de o positivismo exegético ter sido abandonado ainda no século XIX, a doutrina brasileira, representada por Luís Roberto Barroso, utiliza os postulados dessa escola e as caricaturas em torno do positivismo jurídico de Kelsen para justificar uma superação teórica que não ocorreu. Por consequência, pode-se dizer seguramente que o positivismo jurídico, a partir de Kelsen, não defende a aproximação quase plena entre direito e norma, não afirma a estatalidade do direito, não defende a completude do ordenamento jurídico e o formalismo<sup>902</sup>.

Em verdade, a base comum de todas as facetas do positivismo consiste na abordagem descritiva do direito, atividade racional, com a exclusão de juízos de valor e de

900 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. *Seqüência*, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95-114, dez. 2008.

901 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005, p. 214.

902 Essas características foram utilizadas por Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001) justamente para caracterizar o positivismo jurídico e defender sua superação teórica.

todos os elementos metafísicos que não possam ser identificados objetivamente, na existência de discricionariedade, na conexão contingencial entre o direito e a moral e na separação conceitual entre o direito e a moral, temas que também fazem parte da agenda do neoconstitucionalismo, muito embora o próprio positivismo jurídico não tenha construído uma teoria da interpretação prática, por insuficiência intrínseca, como bem alerta Valadão<sup>903</sup>.

## 6.2 Os princípios jurídicos, a discricionariedade e sua compatibilidade com a teoria positivista

Superadas as caricaturas levantadas em torno do positivismo jurídico, é chegado o momento de verificar se a teoria positivista é compatível com a existência de padrões normativos diversos das normas jurídicas. Já foi sustentado no subcapítulo 4.1 deste trabalho, que a teoria positivista é compatível com a existência das normas jurídicas e dos princípios, desde que seja abraçada a tese de que a diferença entre esses padrões normativos é uma questão de grau. O positivismo não é um “modelo de e para um sistema de regras”, conforme erroneamente conclui Dworkin<sup>904</sup>.

A partir da premissa de que não há uma vinculação conceitual entre direito e moral, e de que também essa separação não é necessária, podendo ocorrer uma conexão contingencial entre o direito e a moral quando a regra de reconhecimento contemplar os princípios morais como critérios de validade jurídica, impõe-se demonstrar que a incorporação dos princípios jurídicos não é incompatível com a previsibilidade e a segurança jurídica almejadas pelos sistemas jurídicos contemporâneos.

Não é tarefa do positivismo jurídico descritivo e das suas diversas facetas desenvolver uma teoria para controlar a discricionariedade judicial ou dizer com certo grau de precisão qual é a “moral comunitária” ou a “moral institucionalizada”<sup>905</sup>. Isso porque a teoria positivista realiza uma abordagem descritiva do fenômeno jurídico, sem prescrever qual “moral comunitária” ou “moral institucionalizada” deve ser aplicada pelo intérprete. Mas isso não significa dizer que a teoria positivista esteja impedida de desenvolver critérios objetivos que possam ser utilizados para alcançar um sentido que seja compatível com o Estado

903VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017.

904DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002, p. 36.

905ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. *Revista CEJ*, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

Constitucional contemporâneo, com a separação dos poderes e com a democracia.

A introdução dos princípios jurídicos não é incompatível com a regra de reconhecimento de Hart, pelo simples fato de que a influência da moral sobre o direito é apenas de natureza contingencial e quantitativa<sup>906</sup>, e não qualitativa. Logo, o ingresso dos princípios, e conseqüentemente da moral no ordenamento jurídico depende da autoridade legislativa, ou seja, de uma fonte social autorizada, e uma vez presentes no ordenamento jurídico exercem uma funcionalidade específica, que é a de conferir à autoridade responsável pela aplicação do direito maior discricionariedade<sup>907</sup>.

É nesse sentido que a proposta da concepção do *common law* de Waluchow complementa o positivismo jurídico inclusivo, diante da possibilidade de se adotar uma metodologia descritiva de interpretação e aplicação dos sentidos das Cartas de Direito, que é justamente a metodologia do constitucionalismo como árvore viva de Waluchow, ao “[...] elaborar uma posição defendendo Cartas e revisão judicial e, ao mesmo tempo, evitar as armadilhas de ter que endossar uma concepção substantiva de democracia. Esta é uma força considerável de sua posição”<sup>908</sup>.

Contemporaneamente, a dificuldade não está em assumir a influência da moral no momento da aplicação do direito, mas em construir uma proposta teórica que seja capaz de controlar a aplicação dos princípios jurídicos e que seja compatível com a proposta descritivista de identificar o fenômeno jurídico a partir de sua fonte e não de seu mérito, e com isso refutar qualquer acusação de que a introdução dos princípios jurídicos nos ordenamentos jurídicos seria incompatível com a teoria positivista.

Como bem disse Hart, Dworkin cometeu um duplo equívoco quando disse que os princípios jurídicos não podem ser identificados por seu teste de *pedigree* e que a norma de reconhecimento só poderia oferecer critérios de *pedigree*. A uma porque não há nada no caráter não conclusivo dos princípios a indicar que eles não possam ser identificados como partes do direito pelo teste de *pedigree* e pela regra de reconhecimento, especialmente quando princípios, como é o caso do princípio de que ninguém poderá tirar proveito de sua própria torpeza, são constantemente invocados pelos tribunais em casos diferentes para fundamentar suas decisões.

906 DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

907 VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017.

908 STOLJAR, Natalie. Waluchow on moral opinions and moral commitments. **Problema**: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho, Ciudad de Mexico, v. 3, n. 0, p. 101-132, abr. 2008, p. 104.

Esse princípio apresenta diferentes significados a serem construídos a partir da atuação dos indivíduos, das instituições e das contextualizações, sem qualquer pretensão de um conhecimento puro e objetivo ou da premissa de que o direito está integralmente contido na lei. A maior liberdade de conformação dos princípios jurídicos conferida aos juízes é uma decorrência lógica da assunção da tese de que o positivismo jurídico nunca pretendeu adotar a postura de um conhecimento puramente objetivo e neutro ou de que a atividade de interpretar seria apenas uma atribuição de sentidos, sem qualquer papel criativo.

Na verdade, essa ideia é incompatível com a premissa fundamental do positivismo jurídico de que o juiz é um agente com responsabilidade política. Abraçar o entendimento de que o juiz não é um agente político é uma pretensão do positivismo exegético do início do século XIX, que não é compartilhada por nenhum teórico positivista. Da mesma forma, também não se mostra filosoficamente atualizado assumir a tese de que o método de interpretação do positivismo jurídico seria o da subsunção, mesmo quando os princípios não haviam recebido a atenção dos positivistas, especialmente a atenção de Hart, que inclusive chegou a reconhecer que deu pouca atenção ao estudo dos princípios.

Ora, se o direito é composto de regras e princípios e se o positivismo jurídico não adotou o método da subsunção e a ideia de objetividade e neutralidade no estudo dos fenômenos jurídicos, não há outra saída senão reconhecer que o juiz é um agente político autorizado a criar o direito quando o direito se apresentar parcialmente indeterminado. É com essa convicção que o positivismo jurídico contemporâneo se afasta do positivismo lógico e do método científico de comprovação empírica.

Em razão das incompreensões acerca das diversas versões do positivismo jurídico, os críticos do positivismo jurídico ainda insistem em afirmar que os princípios jurídicos seriam incompatíveis com a teoria positivista, justamente por ainda se encontrar presos à compreensão de que o raciocínio jurídico deve assumir um caráter forma e matemático, inerente às ciências naturais. O positivismo jurídico contemporâneo se voltou contra a aplicação do método das ciências naturais às ciências humanas, consolidando no seu âmbito de estudo uma tendência iniciada por Dilthey ainda no século XIX, desenvolvida e aprimorada pela virada linguística dos anos 1930 e 1940 de Wittgenstein.

Não é por outra razão que a tese de que os princípios jurídicos são compatíveis com a teoria positivista é uma realidade aceita por Hart e pelo positivismo inclusivo de Waluchow, embora não seja aceita pelo positivismo exclusivo de Raz, que não concorda com a tese da incorporação. E mesmo para quem aceita a tese da incorporação, como é o caso de Waluchow, essa incorporação é de natureza contingencial, o que implica dizer que a moral

exerce influência sobre o direito apenas de forma contingencial, a partir de uma fonte social legislativa autorizada.

Com a introdução contingencial da moral nos princípios jurídicos, o positivismo jurídico reconhece que a diferença entre os princípios e as regras é eminentemente quantitativa, é uma questão de grau/alcance/generalidade, por serem mais amplos, gerais ou inespecíficos<sup>909</sup> do que as regras jurídicas, a indicar que o intérprete usará de maior discricionariedade no momento da sua aplicação e, conseqüentemente, na definição do seu conteúdo, sem que isso represente uma autorização para o aplicador realizar uma leitura moral ou política do direito.

Nessas situações, a identificação desses princípios se deu a partir da fonte, no caso, pelos tribunais mediante critérios de *pedigree* previstos na norma de reconhecimento<sup>910</sup>, ou seja, os princípios integram o ordenamento jurídico por terem sido aceitos e reconhecidos pelos operadores da comunidade jurídica, não pelo seu conteúdo, mas pela sua origem. Com isso Hart quer dizer que o princípio é válido por ter sido reconhecido pela fonte social.

Confere-se ao operador do direito uma autorização para agir de modo discricionário<sup>911</sup>, que não significa em qualquer situação assumir o compromisso de que o juiz possui livre arbítrio para decidir da forma que bem entender. Nenhum positivista sério abraça a tese da valoração moral nas fundações do direito. Se é assim, a discricionariedade que o positivismo jurídico reconhece e confere ao juiz está submetida ao texto constitucional e legal, e jamais às convicções morais ou políticas do julgador. Outrossim, os princípios jurídicos têm a função de limitar a discricionariedade e, conseqüentemente, a interpretação realizada pelos operadores do direito.

Nunca é demais lembrar que o direito reivindica autoridade moral sobre a conduta dos indivíduos e das instituições a partir de razões protegidas, que são aquelas que têm preferência sobre as razões dos indivíduos submetidos à sua autoridade<sup>912</sup>. Outrossim, os princípios jurídicos têm a função de limitar a discricionariedade e, conseqüentemente, controlar a interpretação realizada pelos operadores do direito, de modo que jamais devem ser

---

909 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

910 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

911 VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017, p. 332.

912 TORRANO, Bruno. A “aliança estratégica” entre positivismo jurídico e hermenêutica jurídica de Lenio Streck. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 23 mar. 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck>. Acesso em: 16 mar. 2023.

utilizados para ampliar o âmbito de discricionariedade judicial ou justificar a imposição de suas convicções morais e políticas sobre os casos difíceis. Os princípios controlam o subjetivismo e impedem o decisionismo judicial.

Agir de modo discricionário não significa dizer que os juízes estão autorizados a ultrapassar os limites de suas atribuições, mas tão somente reconhecer que os juízes têm maior discricionariedade no momento da aplicação dos princípios e na determinação dos conceitos abstratos e indeterminados contidos nas constituições democráticas. É reconhecer que o legislador não tem condições de definir, a priori, todos os sentidos, os direitos e os deveres que podem ser extraídos dos princípios previstos na ordem jurídica.

É compreender que a regra de reconhecimento de Hart pode incorporar critérios morais para a identificação do direito e que, quando isso ocorre, os princípios jurídicos passam a ser critérios de identificação do direito, tendo os oficiais do sistema jurídico a tarefa de identificar a moral ou valor contida no princípio, mas sem aceitar uma conexão necessária entre os princípios e a moral, ou seja, que a validade desse princípio deve corresponder necessariamente a algum padrão de moralidade política.

Assumir a tese da incompletude, da indeterminação parcial, da discricionariedade judicial limitada e a aceitação das regras pelos indivíduos e pelas instituições – ponto de vista interno das regras de um sistema jurídico - não pode significar, na visão deste pesquisador, o abandono da perspectiva puramente descritiva de análise do fenômeno jurídico a que se encontra vinculado o projeto desenvolvido neste trabalho. O próprio Hart afirmou que “a descrição não deixa de ser uma descrição, mesmo se aquilo que ela descreve é uma avaliação”<sup>913</sup>.

A melhor interpretação que se pode fazer acerca da análise do ponto de vista interno de norma a que se refere Hart é no sentido de que essa não se compromete com nenhuma postura adotada pelo destinatário da norma. Limita-se a revelar a postura adotada pela sociedade e pelas instituições, sem tomar partido de qualquer das posições adotadas.

Com isso, permanece intacta a perspectiva puramente descritiva de análise dos fenômenos jurídicos e dos raciocínios morais que, assim como as regras jurídicas, não são formais ou matemáticos. A única diferença, que é o raciocínio moral exigido pelos princípios, confere ao juiz maior liberdade de conformação, que na quase totalidade dos casos não lhe é atribuída com a mesma extensão e profundidade, sem que isso implique a assunção da tese de

---

913 HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 315.



que a interpretação e a aplicação das regras jurídicas sejam um raciocínio meramente subsuntivo.

Um exemplo serve para ilustrar o que acaba de ser dito. O artigo 14, § 3º, inciso VI, alínea “c”, da Constituição Federal, prevê a idade mínima de 21 anos para o cargo de deputado federal. A indeterminação contida se refere ao momento em que deve ser comprovada a idade mínima. Nesse caso, o STF entendeu que a deputada eleita com menos de 21 anos de idade poderia tomar posse, e o fez com base na previsão do próprio regimento interno da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, o qual prevê que “a posse dos deputados estaduais poderá ocorrer em até 30 dias depois da primeira reunião preparatória, que tem previsão para acontecer a partir do dia 1º de fevereiro de 2023, podendo esse prazo ser prorrogado uma vez, a requerimento do deputado ou da deputada”<sup>914</sup>.

Com esse raciocínio, o STF entendeu que a idade mínima de 21 anos para assumir o cargo de deputado federal deve ser auferida no momento da posse, que poderá ser postergada para outro momento desde que exista previsão legal. No caso analisado, havia previsão legal no Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Caso não houvesse previsão legal, o julgador não poderia se utilizar da moral e da política na interpretação e na aplicação do direito para expandir sua atuação sobre os demais poderes do Estado, como se fosse órgão de representação política. Adotar outro critério provocaria insegurança jurídica e desprestígio dos poderes políticos. Em razão da existência da regulação desse assunto no âmbito do Poder Legislativo e pelo fato de o próprio STF ter tomado a decisão com base na legislação infraconstitucional, não houve questionamentos sobre a legitimidade e representatividade da decisão tomada.

Situação bem diferente ocorreu em outras decisões do STF, que foram alvo de críticas justamente por se valer de argumentos morais e políticos para justificar o ativismo judicial como algo necessário e salutar à democracia e à proteção dos direitos fundamentais<sup>915</sup>, como foi o caso da decisão que possibilitou a prisão após a confirmação da condenação pelo

---

914 MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Regimento interno**: Resolução nº 5.176, de 1997, alterada pela Resolução nº 5.183, de 1998, pela Resolução nº 5.197, de 2000, pela Resolução nº 5.204, de 2002, pela Resolução nº 5.207, de 2002, pela Resolução nº 5.212, de 2003, pela Resolução nº 5.222, de 2004, pela Resolução nº 5.229, de 2005, pela Resolução nº 5.322, de 2008, pela Resolução nº 5.342, de 2010, pela Resolução nº 5.344, de 2011, pela Resolução nº 5.349, de 2011, pela Resolução nº 5.387, de 2013, pela Resolução nº 5.511, de 2015, pela Resolução nº 5.522, de 2018, e com as Decisões Normativas da Presidência nº s 5, 6, 7, 14, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26. 16. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2023. Disponível em: [https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48030/1/RI%20Atualizada%202023-03-16%C2%AAed-MAR%C3%87O\\_A.pdf](https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48030/1/RI%20Atualizada%202023-03-16%C2%AAed-MAR%C3%87O_A.pdf). Acesso em: 15 abr. 2023.

915 TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022.

tribunal de segunda instância, mesmo ainda pendente de julgamento de recursos especial e extraordinário (Habeas Corpus nº 126.292/SP), que não contou com ampla aprovação da maioria da população, principalmente dos estudiosos do direito, por violar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o que também pode ser visto no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335 do Estado do Acre, que também violou o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, sob o argumento de que houve no citado artigo e inciso mutação constitucional, e na decisão do julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, que julgou inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez, que se utilizou de argumentos morais e políticos para dispor sobre um tema que havia sido tratado pelo Código Penal, nos artigos 124 e 126. Da mesma forma, pode-se citar, ainda, a decisão que autorizou a interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF nº 54/DF)<sup>916</sup>.

Nesses casos, o que houve foi a utilização de argumentos morais e políticos com o nítido propósito de promover a correção da legislação produzida ou conferir um caráter legítimo aos juízos morais e políticos exercidos no âmbito da discricionariedade judicial necessariamente existentes na estrutura normativa dos princípios, mesmo diante da existência de evidências empíricas e objetivas de que a escolha adotada é uma evidente violação à legalidade constitucional.

Insista-se que a maior indeterminação contida nos princípios jurídicos, como decorrência da positivação de um desacordo moral razoável na sociedade que pode ser extraído de um princípio constitucional, não é uma autorização legal para o julgador impor suas convicções morais, políticas, religiosas e ideológicas e afastar as escolhas feitas pelo poder legislador.

A liberdade conformada conferida ao julgador é uma necessidade decorrente da natureza porosa e indeterminada da linguagem jurídica contida nas normas e, principalmente, nos princípios jurídicos, e da atual concepção de que a rigorosa distinção entre os mundos do “ser” e do “dever-ser”, tão caros para Kelsen, não contempla todas as possibilidades de compreensão dos fenômenos jurídicos, pois a norma jurídica, para além dos textos legais, compreende ainda o contexto social que pretende regular. Há uma relação de coordenação e complementação entre o texto e a norma, a afastar o cientificismo formal típico do modelo lógico-sintático.

---

916 TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022.

### 6.3 As especificidades da interpretação dos direitos fundamentais: uma análise da proposta do constitucionalismo da árvore viva de Waluchow

Não há dúvidas que há diferenças substanciais entre a interpretação dos direitos fundamentais e a interpretação das regras infraconstitucionais. A interpretação das regras infraconstitucionais seria feita a partir da aplicação dos cânones desenvolvidos por Savigny na metade do século XIX. Já a interpretação dos direitos fundamentais seria feita com a utilização dos métodos e princípios da nova hermenêutica constitucional e, na hipótese de colisão de princípios, com a aplicação do critério do sopesamento.

Para tentar suprir uma lacuna deixada pelo positivismo jurídico, que não tratou especificamente da interpretação jurídica, e em razão da insuficiência da lógica formal e do método cientificista-experimental para tratar dos valores e das questões controvertidas que compete ao intérprete resolver em cada caso concreto, muito menos da interpretação dos direitos fundamentais, foram desenvolvidas várias propostas contemporâneas, a exemplo das concepções da teoria da argumentação jurídica surgidas nos anos 1950 (a tópica de Viehweg<sup>917</sup>, a retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin)<sup>918</sup>, da teoria de aplicação dos direitos fundamentais alexyana, do direito como integridade de Dworkin e da crítica hermenêutica do direito de Streck.

Apesar dos esforços das teorias da argumentação jurídica, não foram capazes de superar o positivismo jurídico, a ponto de contribuir efetivamente para a formação de uma nova teoria do direito<sup>919</sup>. Ocorreu, sem dúvidas, um avanço no estudo das teorias da interpretação e da argumentação jurídica, campos teóricos que não foram explorados pelo normativismo de Kelsen, por exemplo, que não desenvolveu critérios para escolher a melhor

917 Embora a tópica jurídica tenha uma contribuição substancial para o pensamento jurídico, há críticas a serem feitas, que foram bem sintetizadas por Bustamante: (i) ausência de prioridade ou hierarquia entre os *topoi*; (ii) incapacidade de estabelecer critérios de pesagem e descoberta de regras de preferência entre os pontos de vista argumentativos; (iii) a tópica jurídica não consegue demonstrar a sua relação com o direito e nem a função das normas no processo de decisão, o que leva a crer que a própria lei, a dogmática e os precedentes seriam mais um *topos* a ser levado em consideração na fundamentação jurídica (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004).

918 Na lição de Atienza, embora as concepções se diferenciem entre si quanto ao seu alcance e aparato analítico, têm em comum a rejeição do modelo da concepção lógico-dedutiva (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006).

919 Nesse sentido é a dissertação de Leitão, ao defender que as três soluções apontadas são incapazes de contribuir efetivamente para uma nova teoria do direito. Defende a adoção da teoria clássica das virtudes de Aristóteles, e uma relação entre sentenças justas e hábitos morais. Para aprofundamento das críticas apresentadas consultar LEITÃO, Daniel Damasceno. **Virtudes humanas e decisão judicial**: a relação entre sentenças justas e hábitos morais. 2023. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

interpretação entre as interpretações possíveis, por entender que a interpretação é um ato de vontade impossível de ser plenamente controlado.

Como bem esclarece Atienza, as concepções de Viehweg, de Perelman e a lógica informal de Toulmin não podem ser aceitas sem problemas como teoria satisfatória da argumentação jurídica. Embora possuam elementos importantes, não são completas o suficiente ou deixam a desejar quanto ao seu desenvolvimento<sup>920</sup> e à proposta de avaliar e controlar as decisões tomadas sob uma perspectiva argumentativa<sup>921</sup>.

Nesse contexto, por mais que tenham aperfeiçoado o processo de controle de racionalização das decisões jurídicas, especialmente no que diz respeito à metodologia jurídica tradicional e ao cienticismo formal, não conseguiram desenvolver um modelo procedimental de argumentação jurídica capaz de verificar a correção da resolução das colisões entre os direitos fundamentais.

Certamente, ainda que a crítica hermenêutica do direito tenha se libertado do solipsismo kantiano, “é tão vaga e impessoal quanto as teorias abstratas da argumentação, pois não traz nenhum elemento formativo sobre a condição do intérprete, a qual pode ser aprimorada por uma potência racional humana”<sup>922</sup>.

Mesmo com as teorias da argumentação e os padrões de racionalidade jurídica, ainda é possível enxergar traços marcantes de procedimentos para conformar as decisões judiciais<sup>923</sup>, além de não conseguir evitar a utilização do emprego da moralidade pessoal de cada julgador, como aconteceu no julgamento do caso Ellwanger (HC nº 82.424-RS) pelo Supremo Tribunal Federal sobre livros antissemitas, quando dois ministros empregaram a técnica da ponderação com resultados divergentes. O ministro Gilmar Mendes utilizou a técnica da ponderação alexyana para chegar ao entendimento de que a condenação do acusado não violou a proporcionalidade, enquanto o ministro Marco Aurélio, mesmo utilizando a mesma técnica da ponderação de princípios, entendeu que a condenação do acusado não foi o meio mais adequado, necessário e razoável<sup>924</sup>.

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

921 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004., p. 163.

922 LEITÃO, Daniel Damasceno. **Virtudes humanas e decisão judicial**: a relação entre sentenças justas e hábitos morais. 2023. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023, p. 127.

923 LEITÃO, Daniel Damasceno. **Virtudes humanas e decisão judicial**: a relação entre sentenças justas e hábitos morais. 2023. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

924 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424/RS. Habeas-Corpus. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício e João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira

Note-se que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que sofreu profundas influências da tópica, procurou justamente avançar naquilo que a tópica falhou, ao desenvolver uma perspectiva argumentativa controlada por regras. Apesar do avanço, também não conseguiu controlar as decisões tomadas no âmbito da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

No entendimento de Waluchow, cabe ao juiz resolver os desacordos morais razoáveis e densificar os princípios jurídicos contidos nas constituições contemporâneas, a partir da utilização da metodologia do constitucionalismo como árvore, que seria capaz a um só tempo de impedir o protagonismo da moralidade pessoal e alcançar a moralidade constitucional de uma comunidade. Seu compromisso não é com a moralidade pessoal ou com a moralidade da comunidade, mas com a moralidade constitucional alcançada mediante equilíbrio reflexivo.

Waluchow adota como critério de legitimidade das decisões judiciais na solução dos desacordos morais razoáveis a utilização dos valores morais compartilhados, que são frutos de um comprometimento alcançado por intermédio do equilíbrio reflexivo entre diferentes visões morais e políticas de uma comunidade que possui reconhecimento jurídico.

Na sua visão, as cortes constitucionais teriam a missão de descobrir as intenções autênticas da comunidade, materializadas na moralidade constitucional. Assim, [...] “a moral da comunidade é encarada não como a moralidade de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em particular, mas da comunidade como um todo”<sup>925</sup>.

No processo de identificação da moralidade constitucional da comunidade, Waluchow teve que diferenciar opiniões morais<sup>926</sup> de comprometimentos morais, moralidade da comunidade e moralidade constitucional da comunidade, para atingir um equilíbrio reflexivo e descobrir as intenções autênticas da comunidade contidas na moralidade constitucional e os valores e princípios com os quais a grande maioria está realmente comprometida. O equilíbrio reflexivo, então, é o resultado do ajuste entre os valores compartilhados por uma comunidade em uma perspectiva bem ampla e em diferentes níveis de generalidade.

---

Alves. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. **DJ** de 19 de março de 2004, pp 00024 Ement Vol-02144-03 PP-00524.

925 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad.

Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021, p. 231.

926 Opiniões morais são pontos de vista morais que não foram criticamente examinados e com os quais não há verdadeiramente um compromisso moral. Como não são fruto de um equilíbrio reflexivo, as opiniões morais não refletem os verdadeiros compromissos morais de uma pessoa, e podem ser deixadas de lado quando entrarem em conflito com princípios gerais aos quais uma pessoa não estaria disposta a renunciar (WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021).

As pessoas têm opiniões morais sobre desacordos morais, sem assumir compromissos com esses valores. Somente após um árduo exercício de reflexão equilibrada é que será possível descobrir as intenções autênticas de uma comunidade e os valores morais com os quais está verdadeiramente comprometida.

Segundo Waluchow, a moralidade pessoal de um indivíduo pode ser baseada em falsos preconceitos e crenças, e em razão dessa deficiência se faz necessário explorar e ajustar os elementos dessa moralidade para alcançar o equilíbrio reflexivo, em que os princípios, regras, valores e máximas são internamente consistentes entre si e harmônicos sobre casos e tipos de casos particulares<sup>927</sup>.

Para Waluchow, [...] “as normas morais para as quais uma Carta faz referência não são aquelas de modalidade pessoal, verdadeira moralidade, ou mesmo moralidade da comunidade amplamente entendida, mas somente aquelas da moralidade constitucional da comunidade”<sup>928</sup>, que é capaz de sobreviver ao teste do equilíbrio refletivo dos verdadeiros compromissos morais e desejos autênticos da comunidade.

Nessa linha de raciocínio, não há como fugir da conclusão de que a tentativa de identificação da moralidade constitucional da comunidade deve ser aceita como um modelo descritivo que indica importantes critérios formais a serem utilizados pelos juízes para resolver os conflitos de direitos fundamentais e identificar os valores e princípios gerais com os quais a maioria dos cidadãos está verdadeiramente comprometida, mas isso não significa aceitar a premissa de que seja capaz de afastar completamente a discricionariedade do juiz na solução dos conflitos relacionados a direitos fundamentais. Mesmo que se admita uma resposta como sendo a correta, ainda persiste esse desacordo.

Daí o posicionamento defendido neste trabalho de que o constitucionalismo como árvore viva não conseguiu encontrar um método racional de solução dos direitos morais fundamentais. Isso porque a proposta de Waluchow, apesar de pretender alcançar a moralidade constitucional, e não a moralidade subjetiva dos juízes ou a moralidade comum da comunidade, utiliza apenas elementos formais e conceitos que carregam em seu âmago sentidos que igualmente suportam uma discussão moral razoável, sem que seja possível estabelecer uma verdade ou encontrar um método racional que afaste os desejos e as convicções pessoais do julgador.

A teoria da árvore viva de Waluchow parte da premissa de que uma Carta de

---

927 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

928 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021, p. 236-237.

Direitos deve aceitar a mensagem da humildade de que não sabemos, a priori, quais são os nossos direitos e liberdades em muitos casos, e que devemos fazer uso do método de caso a caso do *common law* para determinar o sentido dos termos morais abstratos contidos nas legislações<sup>929</sup>. É nesse sentido que Waluchow defende o sistema do *common law* como uma técnica que deve ser utilizada para densificar, caso a caso, os princípios contidos nas constituições contemporâneas do pós-guerra.

Apesar de pretender eliminar a influência da moral pessoal na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o constitucionalismo como árvore viva de Waluchow é mais uma proposta teórica que procurou tratar da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, mas não conseguiu demonstrar com clareza a forma pela qual o conteúdo da moralidade constitucional da comunidade poderá ser revelado ou detalhado, muito menos apresentar uma garantia de que será possível encontrar a moralidade constitucional<sup>930</sup>. Há grande chance de sequer ser possível identificar qual seria a moralidade constitucional de uma comunidade, e se a moralidade constitucional anunciada pelos juízes que exercem a jurisdição constitucional corresponderia de fato aos desejos autênticos de uma comunidade, sobretudo quando há profundo desacordo moral razoável dentro da própria comunidade. Não há nenhuma razão robusta a sustentar que a revisão constitucional proposta por Waluchow, mesmo que possua um sentido fraco, seja superior à revisão política.

Se há profunda divergência acerca de qual seja (ou quais sejam) a moralidade constitucional, não há razão clara e objetiva e sustentar que o constitucionalismo como árvore viva consiga evitar a correção moral do direito pelos juízes das cortes constitucionais, a exemplo do que ocorreu no julgamento da ADI nº 4277 e do HC nº 124.306 pelo STF.

No caso brasileiro, por exemplo, não se poderia dizer que a moralidade constitucional da comunidade seria favorável ao casamento homoafetivo e ao aborto, especialmente diante da literalidade do texto constitucional e da legislação infraconstitucional. Apesar da clareza do texto constitucional e do texto infraconstitucional, o STF entendeu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADI nº 4277), e a inconstitucionalidade do crime de aborto (HC nº 124.306) até o terceiro mês de gestação, em respeito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade da mulher.

Por essa razão, entende-se que se trata de mais uma tentativa a se juntar a tantas outras existentes que pretenderam eliminar ou oferecer critérios seguros para controlar o

929 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad.

Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

930 GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow**: entre emergência e autoritarismo. 2022. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022b.

discurso argumentativo e eliminar a discricionariedade judicial. Contudo, é importante que se diga que em hipótese alguma procurou invocar normas morais para justificar o direito, mas somente para explicar por que é da forma como é, para mostrar suas relações com outras áreas do direito<sup>931</sup>.

Se a proposta de Waluchow não conseguiu desenvolver um critério seguro para eliminar a discricionariedade judicial na solução dos conflitos de direitos fundamentais ou até mesmo para identificar a moral constitucional da comunidade e o consenso sobreposto, serviu para sedimentar o entendimento teórico há muito defendido pelo positivismo jurídico de que uma decisão judicial deve se basear em compromissos morais, que refletem os verdadeiros valores e princípios da grande maioria dos cidadãos, e se inclinar para os desejos autênticos da comunidade. Como ele diz, “se a moralidade constitucional da comunidade pode, às vezes, dar as respostas que buscamos, então, ela poderá suprir normas contra as quais a validade jurídica possa ser medida com sensatez”<sup>932</sup>.

Dizer que as diversas propostas teóricas mencionadas são incapazes de superar a discricionariedade judicial não é o mesmo que afirmar a inexistência de contribuições para lidar com questões controvertidas sobre direitos fundamentais. Na verdade, essas teorias se somam às diversas contribuições das versões positivistas que assumiram o compromisso com a ideia de que uma pequena parcela do direito nem sempre pode ser deduzida no texto legislado. Nas palavras de Bustamante<sup>933</sup>, “não há mais uma verdade objetiva e indubitável, mas ‘verdades’ relativas ao sujeito que interpreta e aplica o direito”.

Acredita-se que a grande maioria dos fenômenos jurídicos se encontra prevista no texto jurídico e pode ser resolvida a partir dos elementos neles previstos, mas há uma pequena parcela de situações jurídicas que não pode ser deduzida dos enunciados normativos, os casos difíceis, que a doutrina chama de *hard cases*. É nesse momento que o intérprete precisa se valer das inúmeras teorias da interpretação e da argumentação jurídica desenvolvidas para racionalizar o processo de interpretação e aplicação do direito.

Contudo, nem sempre se pode controlar inteiramente a racionalidade das decisões judiciais. Sempre haverá espaço para a discricionariedade judicial, e se deve aceitar essa permissão não em razão da insuficiência das teorias positivistas e das diversas teorias da argumentação jurídica, mas sobretudo em razão da própria natureza das questões morais e dos

---

931 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

932 WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva**: uma teoria do common law sobre a revisão judicial. Trad. Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021, p. 239.

933 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004., p. 155.



princípios jurídicos, a ensejar a possibilidade de decisões em sentidos diversos ainda que em situações semelhantes, sem que isso possa ser considerado como atividade de aplicação disfarçada de normas morais pessoais.

No Estado Democrático de Direito, há muita dificuldade, senão impossibilidade lógica de se defender a tese de que o Poder Judiciário teria autorização constitucional para realizar uma interpretação corretiva da lei e criadora de direitos não previstos em lei, representativa e iluminista, a que se refere Barroso<sup>934</sup>, sem considerar essa postura violadora da separação dos poderes, da legalidade e do regime democrático constitucional<sup>935</sup>. Essa autorização não decorre da literalidade do texto constitucional, muito menos do constitucionalismo contemporâneo, mas tão somente de um malabarismo interpretativo que confunde judicialização da política com ativismo judicial, para justificar uma postura ativista, sob o argumento de que o Poder Judiciário, especialmente o STF, estaria institucionalmente mais capacitado e em melhor posição do que os demais poderes eleitos ou as demais pessoas para interpretação do texto constitucional.

O melhor sentido que se pode extrair do constitucionalismo contemporâneo é a ampliação horizontal da competência do Poder Judiciário para decidir sobre matérias que outrora estavam sob a égide dos demais poderes, especialmente do Poder Executivo, sem qualquer indicativo de que o Judiciário tenha passado a ser mais um intérprete do sentimento majoritário a significar o compartilhamento, a supressão ou a redução das capacidades institucionais dos demais poderes eleitos.

O que o constitucionalismo do pós-guerra trouxe em seus textos foi a inclusão dos direitos fundamentais, dos princípios e a ampliação do catálogo de direitos sociais e objetivos fundamentais a serem cumpridos pelo Estado, revelando a constitucionalização e a expansão da judicialização da política de forma horizontal, e não vertical. Sendo assim, a judicialização da política tem caráter de horizontalidade, e não de verticalidade<sup>936</sup>.

Portanto, o ativismo judicial não é um fenômeno que nasce com o constitucionalismo contemporâneo ou um paradigma sócio-político, mas uma vontade verticalizada com o nítido propósito de introduzir a moral e a política na fundamentação das

---

934BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 1, p. 217-266, jan./jun. 2018.

935TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022, p. 140.

936SANTOS, Bruno Aguiar. Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

decisões<sup>937</sup> sobre interpretação das normas constitucionais. Trata-se de uma “conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições”<sup>938</sup>.

Na democracia constitucional, o poder que está mais próximo do povo e possui aptidão para melhor expressar o sentimento da maioria é o Legislativo, até porque o Poder Judiciário não está a salvo das críticas de legitimidade, representatividade e funcionalidade que são feitas aos poderes políticos.

Na verdade, especificamente no Brasil, o Judiciário é tão ou mais criticado do que os poderes políticos, e poucos são os instrumentos utilizados pelo Judiciário para democratizar a interpretação da Constituição, à exceção do *amicus curiae*, pouco utilizado e que não se mostra adequado para legitimar decisões políticas<sup>939</sup>.

Por mais que não exista uma resposta correta, o que se entende não ser o caso, é melhor que essa resposta seja dada pelo Legislativo, pois um grupo de juízes nunca será mais sábio que a sabedoria das multidões. Isso porque o regime democrático é agredido quando juízes não eleitos e não responsabilizados politicamente têm o poder de determinar o significado concreto e as implicações dos direitos abstratos e aplicar esses direitos contra uma legislação aprovada por órgãos democraticamente eleitos e responsabilizáveis.

#### **6.4 A interpretação da legislação infraconstitucional realizada pelo Poder Judiciário brasileiro: análises de decisões judiciais violadoras do regime democrático**

Não há dúvidas que o sistema jurídico brasileiro está vinculado ao sistema de justiça do *civil law*, filiação que indica muito sobre o papel a ser desempenhado pela legislação, pela doutrina e pelo juiz na interpretação do direito. Consequência direta e imediata dessa vinculação é a primazia da legislação sobre o papel desempenhado pelos juízes na interpretação e aplicação do direito positivo que, como se sabe, não se encontra circunscrito ao texto da legislação. Há um espaço conformado de atuação do intérprete que enriquece, complementa e cria normas igualmente válidas, sem uma sobreposição da atuação criativa do intérprete sobre texto jurídico expressão da soberania popular.

937SANTOS, Bruno Aguiar. Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do árbitro. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

938STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 52-61, 2015, p. 56.

939TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022.

Não se defende a existência de um padrão interpretativo exaustivo e a proibição da utilização de critérios decisórios fora da codificação, muito menos a limitação do papel criativo do intérprete, a ponto de o direito ser confundido com o texto legislado, como entendiam os intérpretes da Escola da Exegese do início do século XIX. O próprio positivismo reconheceu que o direito não se esgota no direito positivado, e o fez com Kelsen, Hart, Waluchow, Raz, Saphiro, apenas para citar alguns teóricos da matéria, especialmente após as contribuições de Wittgenstein (1889-1951), que colocou a linguagem no centro das discussões filosóficas, com repercussão sobre o direito. O ponto de vista interno da norma de Hart é um exemplo revelador da aplicação da filosofia da linguagem no âmbito jurídico, a justificar que a compreensão do fenômeno jurídico ultrapassa o aspecto dogmático e alcança o contexto social que pretende regular.

Nesse momento, o positivismo jurídico acolheu as contribuições do paradigma da linguagem e do trabalho de Winch, para identificar um ponto de vista interno das regras jurídicas, abandonar a concepção absoluta do mundo e assumir a compreensão de que é possível descrever algo que não faz parte do mundo físico. Aqui reside um avanço em relação à teoria pura do direito de Kelsen, justamente por entender que a linguagem é suficiente para determinar o conteúdo das regras jurídicas.

Apesar dos avanços do positivismo normativista de Kelsen em relação ao positivismo exegético do início do século XIX, ao defender o poder criativo do juiz no processo de construção da norma individual, e da utilização da linguagem para determinar o conteúdo das regras jurídicas, o que se tem de concreto é que o positivismo jurídico não desenvolveu uma teoria da interpretação que estivesse à altura do desenvolvimento e do aprimoramento das diversas versões positivistas. Com isso, o positivismo jurídico reconhece que a interpretação jurídica não é adequadamente realizada seguindo apenas os critérios e métodos desenvolvidos, de modo que passa a se preocupar com os argumentos utilizados na interpretação e aplicação do direito.

Ainda que sejam envidados todos os esforços teóricos de interpretação e aplicação da legislação, de respeito à integridade e unidade do sistema jurídico, doutrina, precedentes e, sobretudo, da moralidade constitucional de uma comunidade, sobra espaço impossível de ser controlado. A discricionariedade estará presente e não haverá possibilidade de que venha a ser afastada ou controlada. Talvez o melhor que se tenha a fazer seja aceitar a discricionariedade como algo ínsito ao processo de interpretação e aplicação do direito e ao Estado Democrático de Direito.

Um exemplo merece ser citado para justificar o que acaba de ser dito. O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973<sup>940</sup>, regulava no seu artigo 20 que a parte perdedora deveria pagar ao advogado da parte vencedora honorários de sucumbência fixados entre 10% e 20% do valor da condenação, a depender da complexidade da causa. Especificamente em relação à sucumbência da Fazenda Pública, o § 4º do artigo 20 do CPC/73 estabelecia que o valor da sucumbência seria fixado por equidade, sem necessidade de observância aos parâmetros de 10% a 20%. O critério da equidade também poderia ser aplicado às causas de pequeno valor, assim como às de valor inestimável. A interpretação correta da legislação processual de 1973 era a de que a fixação da verba de sucumbência por equidade só poderia ser aplicada nas causas de pequeno valor, de valor inestimável e nas causas em que a Fazenda Pública fosse a perdedora ou a vencedora.

Ocorre, porém, que o Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015<sup>941</sup>, no § 8º do seu artigo 85 deixou claro que a fixação da verba de sucumbência por equidade só é possível nos processos de pequeno valor ou de valor inestimável, de modo que excluiu essa possibilidade quando a Fazenda Pública fosse a perdedora ou a vencedora, o que implica dizer que, quando a Fazenda Pública for parte, seja vencedora ou perdedora, a fixação da verba de sucumbência seguirá a regra específica do artigo 85, § 3º, do CPC.

Não há dúvidas: não há que se falar em apreciação equitativa quando a Fazenda Pública for parte, seja vencedora ou perdedora. A apreciação equitativa ficou reservada aos processos de pequeno valor ou de valor inestimável. O antigo § 4º do artigo 20 do CPC/1973 foi substituído pelo atual § 8º do artigo 85 do CPC/2015 e, no que se refere à Fazenda Pública, a verba de sucumbência deverá ser estabelecida segundo os critérios objetivos e subjetivos fixados pelo artigo 85, § 3º, do CPC/15. O Enunciado nº 6 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CIJ) afirma que: "A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC."<sup>942</sup>

Apesar de a legislação democraticamente produzida ter sido clara no que se refere à fixação da verba sucumbencial quando a Fazenda Pública for parte, o Poder Judiciário

---

940 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

941 BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

942 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Processual Civil**: enunciados aprovados. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 13.

insiste em descumprir<sup>943</sup> as diretrizes do artigo 85, § 3º, do CPC/2015. No julgamento do reexame necessário (Processo nº 0051332-95.2021.8.06.0173), a relatora desembargadora Maria Iracema Martins do Vale, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), entendeu que

[...] não subsiste nenhuma dúvida de que, em situações como a dos autos, é desnecessário que o Órgão Julgador observe os percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC/2015 para a fixação dos honorários, em razão da impossibilidade de dimensionar o proveito econômico obtido na causa, conforme exceção prevista no item nº 2 do tema 1.076.

Acrescenta a desembargadora que

[...] foi expressamente vedada pela Corte Superior de Justiça a interpretação extensiva do art. 85, §8º, do CPC/2015 para os casos em que o valor da causa fossem elevados, contudo, sendo admitido o arbitramento dos honorários por equidade, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o que se observa, exatamente, no caso dos autos.

O caso analisado pela desembargadora tratava do fornecimento de medicamento pelo Poder Público, que foi condenado a fornecer os medicamentos pleiteados, com a sucumbência fixada por equidade, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015. A sucumbência da Fazenda Pública havia sido também fixada por equidade pelo juiz de piso, e foi majorada pelo Tribunal de Justiça também por equidade, e não de acordo com os parâmetros do artigo 85, § 3º, do CPC/2015.

Nesse caso, não há dúvidas de que se trata de uma decisão judicial em clara violação à legislação democrática. A atuação se deu com base exclusivamente em critérios morais pessoais, que foram utilizados para substituir razões legislativas. No caso analisado, não havia espaço para modificação do balanço de razões realizado pela legislação democrática. O que houve foi a imposição do próprio ponto de vista do julgador em desrespeito ao princípio democrático.

A mesma violação ao princípio democrático ocorreu no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC<sup>944</sup>, quando o ministro Gilmar Mendes voltou a

943Nesse sentido, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Resistência ao pagamento de honorários desafia instituições. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 3 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/consultor-tributario-resistencia-pagamento-honorarios-desafia-instituicoes>. Acesso em: 7 maio 2023.

944BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação nº 4.335/AC**. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 18 nov. 2017

defender a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e da mutação constitucional, ao entender que o artigo 52, X, da CF/88 confere ao Senado Federal tão somente a função de dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo que no âmbito do controle difuso.

Por fim, cite-se a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp nº 2.047.399, ao relativar o § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil para permitir a penhora do salário inferior a cinquenta salários mínimos para pagamento de dívida não alimentar. O relator, ministro João Otávio de Noronha, entendeu que

[...] a fixação desse limite de 50 salários mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família.

Com isso, o STJ entendeu que a impenhorabilidade da verba salarial não é absoluta, sendo possível a penhora de parte do salário do devedor para pagamento de dívida não alimentar, desde que observada a dignidade humana do devedor e de sua família. Segundo o relator, “a Corte Especial posicionou-se no sentido de que a impenhorabilidade da verba salarial deveria ser mitigada em respeito ao princípio da máxima efetividade da execução, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana”.

O § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que a impenhorabilidade do salário do devedor só é excepcionada para pagamento de dívida alimentar ou para pagamento de dívida não alimentar quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a cinquenta salários mínimos mensais. Mais uma vez, a técnica do sopesamento foi utilizada para resolver o conflito entre dois princípios escolhidos pelo próprio julgador, em que a solução adotada contrasta com a literalidade do texto que foi promulgado há pouco mais de oito anos. Não há critério para escolher os princípios que devem ser sopesados, e nem garantia suficiente a impedir a utilização da moralidade pessoal do julgador para afastar o texto normativo.

Os exemplos citados servem para demonstrar que os ataques à legislação democrática partem tanto do STF quanto dos tribunais inferiores, que insistem em afastar das leis expressões da soberania popular para decidir conforme seus valores morais pessoais. Essa tomada de decisão decorre tanto da insuficiência teórica da hermenêutica jurídica e das teorias e mecanismos de argumentação jurídica quanto da impossibilidade de controlar a discricionariedade judicial.

Diante dessa constatação, é razoável defender que a solução de problemas relacionados à densificação dos direitos fundamentais deve ser proferida pela soberania popular, e não por juízes que não foram eleitos pelo sufrágio universal. Nas demais situações, em que não há aplicação direta dos direitos fundamentais, reconhece-se a discricionariedade judicial como característica central da porosidade e da linguagem jurídica, que torna impossível o controle intersubjetivo da interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Daí a defesa do entendimento de que os esforços em busca de uma melhor solução para essa problemática consistem em aprimorar os mecanismos institucionais de responsabilização político-jurídica quando juízes decidem essas questões a partir de opiniões morais pessoais ou de acordo com a decisão que mais convém, em completo desrespeito à legislação democraticamente produzida por representantes eleitos pela maioria dos cidadãos.

## 7 CONCLUSÕES

O positivismo jurídico pós-hartiano é, entre as várias propostas existentes no âmbito da filosofia analítica, uma teoria capaz de explicar, de forma sólida e adequada, os fenômenos jurídicos, a relação entre o direito, a democracia, a moral e o constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra. Apesar das compreensões inadequadas e das confusões teóricas em *terra brasilis* em torno do positivismo jurídico, essa corrente filosófica do pensamento jurídico apresenta características essenciais, teses centrais e um critério epistemológico comum utilizado por seus seguidores para identificação do direito, o que é suficiente para diferenciá-lo das demais correntes da filosofia do direito que buscam igualmente estudar os fenômenos jurídicos.

Uma crítica séria, profunda e adequada exige, daqueles que se dispõem a fazê-lo, ou até mesmo sustentar a sua superação, a correta identificação de suas teses centrais, do critério epistemológico utilizado para compreensão dos fenômenos jurídicos e das principais contribuições teóricas dos pensadores positivistas, especialmente advindas do intenso debate entre Hart e Dworkin do final dos anos 1960, a partir do qual o positivismo jurídico sofreu profundas transformações, reformulações e evoluções na descrição, explicação e aplicação do direito, mas em hipótese alguma a superação dessa influente teoria da filosofia do direito, como equivocadamente se tem defendido no Brasil.

Ser um positivista é se comprometer com as teses comuns da separação conceitual entre o direito e a moral, apesar das numerosas e importantes conexões entre o direito e a moral, com a tese das fontes sociais, com a tese da discricionariedade jurídica em sentido fraco e com a tese da descrição de análise do fenômeno jurídico.

Embora tenham uma base comum teórica, as diversas versões positivistas existentes na atualidade se referem a essas teses de formas e maneiras diferentes e independentes entre si, a revelar que a adoção de uma tese não implica necessariamente a aceitação das outras, a exemplo do que ocorre entre os positivistas inclusivos e exclusivos e com o positivismo de Waldron, que não concorda com a perspectiva metodológica da descrição politicamente neutra do positivismo jurídico, embora seja adepto da perspectiva de que não há relação necessária entre o direito e a moralidade. Embora o positivismo normativo de Waldron possa ser considerado mais uma versão positivista, é preciso deixar claro que ele foi além do positivismo conceitual, por entender que o positivismo jurídico não pode ter uma resposta puramente analítico-descritiva.



Tudo isso leva a crer que boa parte da doutrina brasileira não conseguiu compreender que o positivismo jurídico não é um fenômeno uniforme, pronto e acabado. Na verdade, contempla inúmeras concepções e versões ligadas a tradições jurídicas diversas, que apresentam profundas diferenças, impactos e dimensões na forma de avaliar o papel dos textos jurídicos, da doutrina e dos juízes na compreensão dos fenômenos jurídicos.

Certamente, há diferenças profundas entre as duas grandes tradições teóricas ocidentais do positivismo jurídico, a exigir dos pesquisadores e dos operadores do direito o necessário rigor científico para impedir uma recepção equivocada da teoria que se pretende aplicar no Brasil. Uma corrente filosófica vinculada ao sistema do *common law*, por exemplo, não deve ser recepcionada em terra brasileira da mesma forma que uma teoria positivista vinculada ao sistema do *civil law*, ante a maior aderência do intérprete à legislação democrática, com redução no seu espaço de atuação e menor peso aos argumentos de justiça substantiva.

Somados a esses equívocos cometidos por alguns membros da comunidade jurídica brasileira que se apressam em defender a superação do positivismo jurídico, também é possível defender, com certa dose de segurança, que esses mesmos desacordos e equívocos, possivelmente contaminados pelas bases comuns que o levaram a ser defendidos, proporcionaram também uma recepção equivocada por grande parte da doutrina brasileira da teoria pura do direito de Hans Kelsen, a ponto de essa corrente do pensamento jurídico ser equivocadamente acusada de legalista, formalista e logicista, igualmente incapaz de explicar adequadamente o fenômeno jurídico, sem observar sequer a pureza como princípio metodológico fundamental, informado logo nas primeiras páginas de sua obra.

Colocar Kelsen como adepto da aplicação silogística do direito, além de desconhecer a função das normas no sistema dinâmico, que nunca fixam completamente o conteúdo da norma inferior a ser produzida, é desconhecer que a interpretação em Kelsen confere ao aplicador do direito no exercício de sua função o poder de escolher um sentido entre os sentidos possíveis fixados pela moldura, podendo, inclusive, criar um direito novo para além do disposto na moldura normativa.

Como a escolha do melhor sentido envolve necessariamente um ato de vontade, ante a possibilidade de diversos sentidos e várias soluções, invariavelmente o juiz terá discricionariedade para escolher um sentido entre os diversos sentidos previstos na moldura. Encontrar a interpretação correta ou buscar o melhor sentido possível não é tarefa da ciência do direito, pois não cabe a ela prescrever uma relação de causalidade, mas apenas descrever uma relação de imputação, ou seja, descrever as possíveis significações de uma norma

jurídica, sem se comprometer com qualquer sentido, o que implica dizer que, a partir de Kelsen, a discricionariedade do intérprete na escolha do melhor sentido da norma a ser aplicada é uma característica fundamental do fenômeno jurídico e do próprio positivismo jurídico.

Se é assim, jamais se poderá afirmar que o normativismo de Kelsen é logicista, muito menos legalista ou formalista, justamente pelo fato de que o normativismo não se confunde com o legalismo da Escola da Exegese do início do século XIX, pois em momento algum procurou equiparar o direito à lei ou reduzir o direito ao direito legislado, além de reconhecer que a discricionariedade é uma realidade presente nos sistemas jurídicos, em que a busca pelo melhor sentido é uma tarefa política a ser resolvida pelo direito, e não pela ciência do direito.

Disso resulta claro que a correta compreensão do normativismo de Kelsen comunga da ideia de que sua teoria não exerce função ético-política, mas somente função teórico-gnoseológica, com diminuta utilidade prática em razão de insuficiência intrínseca, sem que se possa dizer que essa cisão seja um ponto fraco ou uma imperfeição de sua teoria.

Daí a recepção equivocada e o desacerto daqueles que se dispõem a colocar o positivismo jurídico e a teoria pura do direito de Kelsen no rol das teorias superadas e insuficientes que procuram estudar o fenômeno jurídico, sem se atentar para o fato de que apenas o positivismo exegético-legalista-formalista-primevo do início do século XIX sucumbiu a essas críticas e ataques. Suas principais contribuições teóricas permanecem sólidas e irrefutáveis.

Justamente para suprir o vácuo deixado pelo positivismo normativista foi preciso construir uma teoria capaz de estudar ao mesmo tempo o direito como sistema normativo e como fato social, apresentando uma dimensão pragmática dos conceitos jurídicos, em que o significado das expressões não pudesse prescindir do contexto e da realidade social.

E para preencher esse espaço deixado por Kelsen é que Hart desenvolveu o seu positivismo jurídico analítico a partir do estudo do fenômeno jurídico sob o ponto de vista interno e externo, sem perder de vista o aspecto descritivo de sua abordagem, é dizer, procurou analisar o ponto de vista interno do participante das práticas sociais, sem se comprometer com qualquer comportamento dessa prática, realizando uma descrição do ponto de vista externo do comportamento interno dos participantes das práticas sociais.

É justamente contra a mais influente versão contemporânea do positivismo jurídico que Dworkin realizou seus profundos ataques, que não foram suficientes para superá-lo. Apesar do esforço e dos relevantes argumentos, seus ataques serviram para o

aprimoramento e o surgimento de novas versões do positivismo jurídico, sob o rótulo de positivismo jurídico inclusivo, exclusivo e normativo.

O primeiro ataque de Dworkin foi contra a tese dos fatos sociais, ao entender que há padrões normativos diversos das regras e discricionariedade em sentido forte quando não há regra de direito estabelecida previamente ao caso. Nesses casos, Dworkin acusou, equivocadamente, o positivismo jurídico de conferir ao julgador margem de discricionariedade para decidir de uma forma ou de outra, quando, na verdade, essa discricionariedade não é absoluta, tampouco autoriza a adoção de uma postura interpretativa de correção do direito.

Nesse primeiro momento, o positivismo jurídico reage para defender que os princípios são compatíveis com a teoria positivista e com a regra de reconhecimento de Hart, sob o argumento de que a validade de um padrão normativo não depende dos critérios morais de correção, mas exclusivamente de fatos da conduta humana, descritos de forma neutra e sem recursos a critério de moralidade. Com isso, o positivismo jurídico afirma que os princípios jurídicos são compatíveis com a regra de reconhecimento e que a sua validade decorre exclusivamente das fontes sociais autorizadas ou da convenção social, independentemente de critérios morais ou políticos.

Assumir o compromisso de que os princípios jurídicos são compatíveis com a tese das fontes sociais e com os pressupostos de objetividade que caracterizam o positivismo jurídico não implica defender a tese da conexão necessária entre legalidade e moralidade. Tanto o positivismo jurídico exclusivo quanto o positivismo jurídico inclusivo estão comprometidos com a tese da descrição do estudo dos fenômenos jurídicos, da separação entre o direito e a moral, das fontes sociais autorizadas, e com a tese da discricionariedade em sentido fraco.

O que os une é o compromisso de compreender o direito como prática social e convenção de critérios de identificação das práticas sociais válidas, e o que os separa é o fato de o positivismo jurídico inclusivo defender que, circunstancialmente, a própria convenção social de um determinado ordenamento jurídico pode fazer referência à moralidade como critério de validade jurídica, e com isso afastar a tese de Dworkin de que a validade dos princípios jurídicos decorreria de seu mérito, e não de sua fonte.

Com essas respostas, Dworkin abandonou a dimensão principiológica inicialmente utilizada para, no segundo momento, atacar o aspecto metodológico utilizado pelo positivismo jurídico, que passa a ser acusado de ser uma teoria convencionalista e semântica do direito, por entender que os operadores do direito partem de um pressuposto

comum para decidir sobre a validade ou falsidade de uma proposição jurídica, quando, na verdade, esse consenso não existe.

Para Dworkin, não há um critério semântico prévio a ser preenchido para que uma proposição jurídica seja considerada válida ou falsa, pois a divergência reside justamente na identificação dos critérios de validade das proposições jurídicas. Com isso, pretende demonstrar o equívoco metodológico da tese das fontes sociais e a insuficiência da abordagem descritivista realizada pelo positivismo jurídico, por não ser capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos existentes nas práticas jurídicas.

Apesar de o segundo ataque ser bem mais estruturado e robusto, o interpretativismo de Dworkin não conseguiu superar o positivismo jurídico, que conseguiu desenvolver argumentos sólidos suficientes para rejeitar mais uma caricatura criada em torno dele, e o fez por intermédio dos argumentos da tese da dissimulação, da teoria do erro e da tese da subsidiariedade ou da marginalidade das divergências teóricas.

Para o positivismo jurídico, os desacordos teóricos não têm a centralidade atribuída por Dworkin, pois há na prática um acordo maciço e generalizado sobre o que é o direito, a revelar que as divergências teóricas sobre os critérios de validade enfrentadas pelos operadores do direito não representam o núcleo central do fundamento do direito, mas apenas situações marginais sem força para infirmar a regra de reconhecimento das proposições jurídicas. Para Hart, é plenamente possível fazer uma análise descritiva do fenômeno jurídico, com decisões válidas em razão do procedimento, muito embora seja também plenamente possível a conexão contingencial entre o direito e a moral, a revelar que uma norma será válida, ainda que moralmente indesejada.

Com isso, pode-se afirmar que o positivismo jurídico foi reconstruído a partir desse debate a ponto de apresentar respostas adequadas capazes de refutar o núcleo duro das objeções do autor estadunidense e das teorias contemporâneas sobre a aplicação do direito, não havendo dúvidas de que se trata de teoria confiável e adequada para explicar os fenômenos jurídicos.

No ponto em que o positivismo jurídico não procurou desenvolver uma teoria da interpretação jurídica, por coerência metodológica, já que a interpretação do direito é um ato de vontade, diversas teorias surgiram justamente para controlar a discricionariedade no momento da aplicação do direito. É nesse rol de correntes teóricas neoconstitucionalistas que estão as mais variadas vertentes de proliferação da ideia de superação do positivismo jurídico e da ambição de combater a discricionariedade judicial, a exemplo do pós-positivismo

jurídico como marco filosófico do novo direito constitucional e a defesa de uma nova dogmática da interpretação constitucional como marco teórico.

Apesar da ambição, o que se tem visto são mais desacertos e pouca contribuição nos aspectos que pretendia superar, especialmente na pretensão de superação do aspecto filosófico e teórico do positivismo jurídico. E mesmo no ponto em que o positivismo jurídico não procurou desenvolver uma teoria de interpretação e aplicação do direito, o que poderia sugerir a sua superação teórica ante o surgimento de uma nova interpretação constitucional, o material apresentado pelo neoconstitucionalismo apresenta uma indesejada conexão necessária entre o direito e moral, que sempre foi combatida pelo positivismo jurídico, justamente para preservação da autonomia do direito. Nesse aspecto, nem mesmo naquilo que se propôs a combater, o neoconstitucionalismo conseguiu desenvolver uma teoria interpretativa capaz de promover a adequada vinculação do intérprete à legislação democrática e à supremacia do texto constitucional.

Certamente, se o direito depender da moral para ser válido e aplicado, não se terá mais direito, mas essencialmente aplicação moral do direito pelos juízes. Os exemplos citados ao longo deste trabalho são suficientes para defender a tese de que a justificação moral do direito pelos juízes representa o fim do Estado Democrático de Direito, do direito legislado, da separação de poderes e da própria democracia. Não seria a lei a regular a conduta do cidadão, que não teria conhecimento prévio dos seus direitos e deveres, mas a decisão judicial. Isso levaria à substituição da legislação democrática pelos valores e princípios morais do julgador.

No âmbito da aplicação dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo também não conseguiu lograr êxito no combate à discricionariedade judicial e na densificação dos valores e dos princípios constitucionais, apesar dos avanços das teorias da argumentação jurídica. Sua falha consistiu justamente em não cumprir o que havia prometido: combater a discricionariedade judicial. Ao defender uma conexão necessária entre o direito e a moral, e conferir ao juiz o poder de realizar uma aplicação efetiva e material dos princípios constitucionais, acabou por autorizar a densificação do conteúdo desses valores e princípios com a aplicação de argumento de justiça substantiva, incapaz de ser controlada pelo critério hermenêutico da ponderação axiológica da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por essa razão, justamente por não haver uma resposta correta, e mesmo que se admita uma resposta correta, o desacordo ainda persiste, razão pela qual essa resposta deve

ser dada pelo Poder Legislativo, pois, como já se disse várias vezes, nunca um grupo de juízes será mais sábio que as multidões.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés *et al.* Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e a teoria do direito. **Revista CEJ**, Brasília, ano 17, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

ANDRADE FROEHLICH, Charles. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico**. 2017. 163 p. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. On brute facts. **Analysis**, [s. l.], v. 18. n. 3, p. 69-72, Jan. 1958.

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

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Wilfrid E. Rumble Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 259-278.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252, 2. sem. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 1, p. 217-266, jan./jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Editora, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Principles of Legislation**: The collected works of Jeremy Bentham. H. L. A. Hart. Edition. London: The Athlone Press, 1970.

BENTO, Milani M. **Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo**: postulados e diferenças. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

BERNSTS, Luísa Giuliani; DIAS, Giovanna. O debate Hart-Dworkin: a crítica à doutrina da discricionariedade judicial. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/diario-classe-debate-hart-dworkin-critica-doutrina-discricionariedade-judicial>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, Dallas, v. 52, p. 167-199, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo:



Malheiros Editores, 2003.

BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *In*: BORON, Atilio A. (org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. Buenos Aires: Consejo Latino americano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. p. 145-172.

BORTOLOZZO, Lucas Dutra. Aceitação, interpretação e objetividade: um ensaio sobre a juridicidade de regras e princípios no projeto hart-dworkiano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, p. 126-142, dez. 2007.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Hans Kelsen: a recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, particularmente no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 95-106, dez. 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424/RS. Habeas-Corpus. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício e João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003. **DJ** de 19 de março de 2004, pp 00024 Ement Vol-02144-03 PP-00524.

BUSATO, Paulo César. Base de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 42, p. 101-121, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Prefácio 2. *In*: CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. XVII-XXIV.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Seqüência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 95-114, dez. 2008.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism**: law, rights and democracy. London: UCL Press, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 22, n. 43, p. 1-19, 2019.

CAMPIS, Francisco Kliemann A. A cisão do Positivismo Jurídico: inclusivistas x exclusivistas. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 23 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-23/diario-classe-cisao-positivismo-juridico-inclusivistas-exclusivistas>. Acesso em: 5 set. 2022.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Tradução Diogo Leite de Campos. Coimbra: Editora Almedina, 1979.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

COELHO, André Luiz Souza. Raz: direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo grego**, 19 nov. 2012a. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 2 set. 2022.

COELHO, André Luiz Souza. Raz: razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. **Filósofo grego**, 21 nov. 2012b. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-raoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>. Acesso em: 2 set. 2022.

COELHO, André Luiz Souza; FRANZONI, Julia Ávila. O debate Hart-Dworkin à luz da crítica social. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1-26, 2022.

COFRÉ, Juan O. Kelsen, el formalismo y el “Circulo de Viena”. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 35, n. 2, p. 36-47, jul./dez. 2011.

COLEMAN, Jules. Taking rights seriously. **Califórnia Law Review**, [s. l.], v. 66, n. 4, p. 885-919, Jul. 1978.

COLEMAN, Jules. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982.

COLEMAN, Jules. On the relationship between Law and Morality. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 2, n. 1, 1989.

COLEMAN, Jules. Rules and social facts. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 703-725, 1991.

COLEMAN, Jules. Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (ed.). **The autonomy of law: essays on legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 287-319.

COLEMAN, Jules. **The practice of principles**: in defence of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 99-148.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 75-98.

COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Buenos Aires: Editora Need, 2004.

CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique da. Positivismo, política e educação: notas acerca do pensamento político comtiano. **Temas & Matizes**, [s. l.], v. 5, n. 9, p. 43-56, jan./jun. 2006.

CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4 [Número Especial], p. 2424-2448, 2015.

CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 279-291, out./dez. 2008.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora WMF

Martins Fontes, 1998.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. Revisão técnica e da tradução Isabela Soares Micali. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; LOBO, Júlio César Matias; VIANA, Janile Lima. A aplicação do princípio do dubio pro societate à luz da virada hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 186, ano 29, p. 259-281, dez. 2021.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução a las ciencias del espíritu**: en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedade y de la historia. Versão revisada, prólogo e notas de Eugenio Imaz. México: Editora Fondo de Cultura Economica, 1949.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 213-226.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O positivismo jurídico diante da principiologia. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos (coord.). **Teoria do direito constitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Editora Método, 2008. p. 179-199.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, Autumn 1967.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. A função da autoridade aplicada ao direito: contribuições do positivismo exclusivo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 327-353, jan./jun. 2015.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FERNANDES, Gabriel de Carvalho. A resposta de Joseph Raz ao ferrão semântico. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 106-124, 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13-30.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico. 2013. 301 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2009. (Colección Estructuras Y Procesos, Serie Derecho).

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2004.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 myths. **American Journal of Jurisprudence**, [s. l.], v. 46, n. 1, p. 199-227, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Prefácio de John Gilissen. Tradução António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A resposta de Wil Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 14, n. 1, p. 33-47, jan./jul. 2022a.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow**: entre emergência e autoritarismo. 2022. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022b.

GRUPO DE ESTUDOS PURA TEORIA DO DIREITO; LIGA ACADÊMICA JURÍDICA DO PARÁ. COELHO, André. Palestra: “Positivismo Jurídico Exclusivo” [André Coelho, palestrante]. III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas contemporâneas. **Youtube**, 22 fev. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc>. Acesso em: 15 set. 2022.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-74.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012.

HUGO, Gustavo. **Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo**. [S. l.: s. n.], 1978.

HALLER, Rudolf. **Wittgenstein e a filosofia austríaca**: questões. Tradução Norberto de Abreu e Silva Neto. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío al positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. **Sistema**, Madrid, n. 36, p. 3-18, Mayo 1980.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 10. ed., rev., ampl. e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e leis posteriores. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIMMA, Kenneth Einar. Law's claim of legitimate authority. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the concept of law. New York: Oxford University Press, 2001. p. 271-309.

HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e**

**civil.** Organização Richard Tuck. Supervisão edição brasileira Eunice Ostrensky. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant.** Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Trad. e notas de Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Trad., apresentação e notas de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRAMER, Matthew H. **In defense of legal positivism: law without trimmings.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 245-268, jan./jun. 2014.

LEITÃO, Daniel Damasceno. **Virtudes humanas e decisão judicial:** a relação entre sentenças justas e hábitos morais. 2023. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

LIMA, Guilherme Almeida de. A dualidade epistemológica da metapsicologia freudiana: ciências da natureza ou ciências do espírito. **Revista Paranaense de Filosofia**, União da Vitória, v. 2, n. 1, p. 97-118, jan./jun. 2022.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Editora Meraki, 2019.

LOBBAN, Michael. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 8: a history of the philosophy of law in the common law world, 1600-1900. Edição Enrico Pattaro. Nova York: Springer Publishing, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**. 2020. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 425-455.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; MATIAS LOBO, Júlio César; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 10, n. 3, p. 348-361, set./dez. 2018.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

LYONS, David. Principles, positivism, and legal theory. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.



MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MACHADO, Roberto Denis. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun. 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. 266 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Resistência ao pagamento de honorários desafia instituições. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 3 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/consultor-tributario-resistencia-pagamento-honorarios-desafia-instituicoes>. Acesso em: 7 maio 2023.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Seqüência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2012.

MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MARMOR, Andrei. **Social conventions**: from language to law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2). **Consultor Jurídico**. [S. l.], 25 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. **A atualidade hermenêutica da ciência do direito: uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito.** 2017. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Regimento interno:** Resolução nº 5.176, de 1997, alterada pela Resolução nº 5.183, de 1998, pela Resolução nº 5.197, de 2000, pela Resolução nº 5.204, de 2002, pela Resolução nº 5.207, de 2002, pela Resolução nº 5.212, de 2003, pela Resolução nº 5.222, de 2004, pela Resolução nº 5.229, de 2005, pela Resolução nº 5.322, de 2008, pela Resolução nº 5.342, de 2010, pela Resolução nº 5.344, de 2011, pela Resolução nº 5.349, de 2011, pela Resolução nº 5.387, de 2013, pela Resolução nº 5.511, de 2015, pela Resolução nº 5.522, de 2018, e com as Decisões Normativas da Presidência nº s 5, 6, 7, 14, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26. 16. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2023. Disponível em: [https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48030/1/RI%20Atualizada%202023-03-16%C2%AAed-MAR%C3%87O\\_A.pdf](https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48030/1/RI%20Atualizada%202023-03-16%C2%AAed-MAR%C3%87O_A.pdf). Acesso em: 15 abr. 2023.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito:** de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MORBACH, Gilberto. Ronald Dworkin e o império do Direito. **Consultor Jurídico.** [S. l.], 9 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-09/diario-classe-ronald-dworkin-imperio-direito>. Acesso em: 3 out. 2022.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 89-104, mar./abr. 2008.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

MOTA, Louise Menegaz de Barros. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 283-295, out./dez. 2012.

MURPHY, Mark C. Was Hobbes a legal positivist? *Ethics*, Chicago, v. 105, n. 4, p. 846-873, July 1995.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. (Col. Hermenêutica, teoria do direito e argumentação, v. 5, Coordenação Lenio Luiz Streck).

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão da Tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, 50).

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 33-41, jan./abr. 2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PAULSON, Stanley L. The neo-kantian dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 12, n. 3, p. 311-332, 1992.

PAULSON, Stanley L. Arriving at a defensible periodization of Hans Kelsen's legal theory. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, n. 2, p. 351-364, Summer 1999a.

PAULSON, Stanley L. **Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes**. Reino Unido: Oxford University Press, 1999b.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medaudar. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1998.

PIRES, Manuel da Nave. **Tensões no liberalismo de Kelsen**. 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

PONTES, José Antonio Siqueira. Fundamentos para uma leitura crítica de Hans Kelsen no século XXI: em busca de um modelo kelseniano clássico. **R. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, São Paulo, v. 110 p. 589-639, jan./dez. 2015.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978.

POSITIVISMO Jurídico Exclusivo [Palestra]. Prof. Msc. André Luiz Souza Coelho. *In*: **III Jornada de Teoria do Direito**: O que é direito? Respostas contemporâneas. Realização: Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e Liga Acadêmica Jurídica do Pará (Lajupa), 22 fev. 2016. 1 vídeo (1:59:28). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc>. Acesso em: 3 nov. 2022.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**: volume 11: legal philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer Publishing, 2011.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Cambridge: Oxford University Press, 2019.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 187-210.

PROVÉRBIOS, 21:31. *In*: **Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução, introdução e notas Ivo Stornioli, Euclides Martins Balancin. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus Editora, 1990.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 8, p. 823-854, 1972.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on Law Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **The Monist**, [s. l.], v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**: on the theory of law and practical reason. Nova York: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma interpretação à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

RIVAS, Pedro. La interpretación del derecho em el positivismo ético contemporâneo. **Isegoría**, [s. l.], n. 35, p. 73-87, jul./dic. 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Artigos e ensaios. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. **Seqüência**, Florianópolis, n. 24, p. 10-24, set. 1992.

ROCHA, Sergio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP**, Petrópolis, n. 1, p. 77-160, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, [s. l.], n. 143, v. 2, p. 43-66, 2011.

ROMANO, Rodrigo Ribeiro. A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 437-456.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. 2011. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SALMOND, John William. **Salmond on Jurisprudence**. 11. ed. London: Sweet & Maxwell Publisher, 1957.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **AFDUAM**: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, v. 5, p. 201-228, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 123-158.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2022.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 31-68.

SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 277-292, jul./dez. 2005a.

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 26, p. 6-31, jan./jun. 2005b.

SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115-143.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 27, p. 171-179, nov. 2006.

SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 307-311, jan./jun. 2017.

SOUZA, Daniele Cristina. O positivismo de Auguste Comte e a educação científica no cenário brasileiro. **REAMEC - Rede Amazônica de Educação em Ciências e Matemática**, Cuiabá, v. 8, n. 1, p. 29-42, jan./abr. 2020.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do Direito vivo) de Eugen Ehrlich. **Direito em debate**, Ijuí, ano 11, n. 20, p. 115-135, jul./dez. 2003.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

STOLJAR, Natalie. Waluchow on moral opinions and moral commitments. **Problema: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho**, Ciudad de Mexico, v. 3, n. 0, p. 101-132, abr. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo jurídico, afinal? E qual positivismo? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 890-902, set./dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, jul./set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 52-61, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. Posfácio. *In*: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2020. p. 230-233.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 515-528.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 27, n. 3, p. 124-153, set./dez. 2022.

TEIXEIRA JÚNIOR, Valdomiro Pinheiro. A linguagem como ponto de partida: os caminhos da filosofia após a virada linguística. **Revista Eletrônica de Filosofia**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 291-302, jul./dez. 2020.

TORRANO, Bruno. A “aliança estratégica” entre positivismo jurídico e hermenêutica jurídica de Lenio Streck. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 23 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck>. Acesso em: 16 mar. 2023.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no direito e a urgência de um pós-pós-positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. (Col. Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, Coord. Lenio Luiz Streck).

VALADÃO, Rodrigo Borges. Por uma teoria pura dos princípios (a farsa do neoconstitucionalismo, os limites de uma teoria sobre o direito e o caminho para uma prática jurídica consistente). **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 309-347, maio/ago. 2017.

VALADÃO, Rodrigo Borges. A delimitação do objeto da ciência jurídica na teoria pura do direito. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 468-493, set./dez. 2019.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Edição e recepção de Kelsen no Brasil. **Escritos - Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 199-230, 2014.

VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa. A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusivista. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 401-429, maio/ago. 2017.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução Claudia Berliner. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Reedição apresentada por François Terré. Revisão técnica Ari Solon. Tradução Márcia Valéria Martínez de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. **Georgia Law Review**, New York, n. 8, v. 50, Sept. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1273005](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005). Acesso em: 4 mar. 2019.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to 'the concept of law'. New York: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. The rise and decline of integrity. *In*: BALZAN CONFERENCE: DWORKIN'S LATE WORK, 2019, Nova York, **Anais** [...]. Nova York: New York University School of Law, ago. 2019. Disponível em: [https://www.law.nyu.edu/centers/law\\_philosophy/balzan](https://www.law.nyu.edu/centers/law_philosophy/balzan). Acesso em 4 nov. 2022.

WALTER, Roberto. **La doctrina del Derecho de Hans Kelsen**. Trad. e introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1999. (Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 13).

WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALUCHOW, Wilfrid Joseph. The many faces of legal positivism. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 48, n. 3, p. 387-449, Summer 1998.



WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A common law theory of judicial review: the living tree.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **A árvore viva: uma teoria do common law sobre a revisão judicial.** Tradução Nicolas de Almeida Ayres. Fortaleza: Editora da Unicristus, 2021.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica Gabriel Cohn. 4. ed. 4. reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1.

WEBER, Tadeu. Hobbes: um positivista ou um jusnaturalista? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1568-1581, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Editora Abril Cultural, 1975.