

CONTRA O PÓS-POSITIVISMO: BREVE ENSAIO SOBRE O CONTEÚDO E A IMPORTÂNCIA TEÓRICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

Bruno Torrano Amorim de Almeida[†]

Resumo: O positivismo jurídico passa por tempos difíceis. Livros e mais livros são dedicados especificamente a atacá-lo em todos os aspectos imagináveis. Cada qual, ao seu modo, contribui com um tijolo intelectual na criação de um inimigo teórico que “fracassou” e deve ser “superado”. Especialmente no Brasil, o chamado “pós-positivismo” é uma realidade pulsante, que relega ao positivista qualidades como “conservador” ou “legalista”. Esse breve ensaio é um contra-ataque àqueles que se dizem “pós-positivistas”. Desmascarando algumas falhas na abordagem “pós-positivista”, demonstraremos que o positivismo jurídico, longe de ter sido superado, está em constante evolução, como qualquer outra teoria. Enfim, que se trata de uma teoria que deve ser levada a sério e estudada em sua iluminação atual.

Palavras-chave: positivismo jurídico – pós-positivismo – filosofia do direito

Abstract: Legal positivism is going through difficult times. Lots of books are devoted to attack it in every imaginable aspect. Each of those books, in its own way, contributes with an “intellectual brick” in building a theoretical enemy who “failed” and should be “overruled”. Especially in Brazil, the so-called “post-positivism” is a pulsating reality that relegates to

[†] Mestrando em Filosofia e Teoria do Estado pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogado.

the legal positivists adjectives as "conservative" or "legalistic".. This essay is a counter-attack against those who call themselves "post-positivists". Unmasking some flaws in the "post-positivist" approach, we will demonstrate that legal positivism, far from "overcomed", is in constant evolution, like any other theory. In short, that it is a theory that should be taken seriously and studied in its current lighting.

Keywords: legal positivism – post-positivism – jurisprudence

Sumário: 1. Introdução; 2. Dissecação do “pós-positivismo”; 2.1. Um diagnóstico; 2.2. O “pós-positivismo” como palavrão; 2.3. A apologia do “pós-positivismo” ao “nosso sistema”; 3. Positivismo jurídico revisitado; 3.1. Algumas questões introdutórias; 3.2. O positivismo jurídico e a (in)separabilidade entre Direito e Moral; 3.3. O conteúdo mínimo do positivismo jurídico; 3.4. Positivismo jurídico de validade (teoria geral do Direito) e positivismo jurídico de interpretação (teoria da decisão); 3.5. O positivismo jurídico frente à expansão da jurisdição constitucional (neoconstitucionalismo); 3.5.1. Positivismo jurídico excludente, positivismo jurídico radical, ou anti-incorporacionismo; 3.5.2. Positivismo jurídico includente, positivismo jurídico moderado ou incorporacionismo; 3.6. Positivismo jurídico e teoria dos princípios; 3.6.1. O espantinho de Dworkin e a longa história dos princípios; 3.6.2. A não superação da regra de reconhecimento e a tese da complementaridade; 4. Conclusão.



1. INTRODUÇÃO.

O passar do tempo é a melhor maneira de teorias flutuarem entre o desprestígio e o aplauso. Em filosofia, moral, política e, obviamente, no Direito, grandes correntes de pensamento experimentam, de intervalos em intervalos, uma clamorosa recepção ou um terrível repúdio. Isso ocorre em função daquilo que Ortega y Gasset chamou de “altura dos tempos”: cada época, ao seu modo, aumenta ou reduz de velocidade, eleva ou abaixa certos padrões de condutas, afrouxa ou aperta os laços morais. Não é a altura dos tempos, contudo, o critério de averiguação da verdade de uma teoria. Trata-se, ao contrário, de uma questão, perfeitamente revogável, de preferências históricas contingentes.

Realidade complexa que é, o Direito não poderia ser uma exceção a isso. Entre evoluções e recuos, a *jurisprudencia* sempre foi uma partícipe de seu contexto, e dele sofreu inevitável influência. Assim foi com a Escola Clássica do Direito Natural e sua metafísica medieval, assim foi com o historicismo de Savigny e seus reflexos do romantismo alemão, assim foi o positivismo jurídico exegético e sua revolta com o *Ancien Régime*, etc. E assim não poderia deixar de ser nos dias de hoje.

Sentado no banco dos réus teórico, o positivismo jurídico recebeu as acusações mais brutais e suportou as torturas argumentativas mais dolorosas. O cultivo de suas principais teses foi comparado a uma convivência pacífica entre vítima e holocausto¹, denunciado como uma forma pequeno-burguesa de legitimar a opressão do capital e o modo de produção capitalista², e, por vezes, reduzido a um retrocesso intolerável³.

¹ A redução *ad hitlerum* imputada ao positivismo jurídico é praticamente *communis opinio* na doutrina brasileira. A acusação mencionada acima foi colhida exemplificativamente em PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 66.

² V.g., no Brasil, GENRO, Tarso. *Introdução crítica ao Direito: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988,

Chamar hoje algum jurista de “positivista” é um aliciamento perverso. Não difere muito de etiquetá-lo com a pecha de “conservador”, “retrógrado”, “arcaico” ou até mesmo “legalista”.

Todo esse folclore em torno do juspositivismo culminou na banalização de um termo – sustentado por ampla corrente doutrinária – que pretendemos analisar e refutar neste trabalho: o “pós-positivismo”. Vemos o “pós-positivismo” estampado em qualquer livro de filosofia do Direito publicado por autores brasileiros. Estes acreditam, em suas mais profundas intimidades, que o positivismo jurídico foi realmente “superado”. Enfim, que nos foi revelada uma teoria do Direito que sepultou o positivismo, tornando-o tão descartável quanto pratos plásticos usados.

Mas muito do que se tem falado sobre o positivismo jurídico não passa por um filtro mais rigoroso. De nossa parte, consideramos o juspositivismo uma doutrina que merece ser levada a sério. Obviamente, não estamos desacompanhados. Longe disso. Enquanto o grosso da doutrina brasileira se gaba por ter “superado” de uma vez por todas os ensinamentos positivistas, a pesquisa de autores internacionais revela que a questão não é nem tão simples nem tão pacífica assim⁴. O

p. 22. “Denúncia” esta que, na verdade, de um lado, esquece que a ideologia subjacente a uma teoria nada diz sobre o conteúdo e verdade dessa teoria, qualquer que seja seu campo de pesquisa; e, de outro, constitui uma crítica que já é bem conhecida dos positivistas, tendo sido objeto de análise e detida refutação no primeiro capítulo de BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008. Aliás, é no mínimo curioso considerar “burguesa” uma teoria que agrega a qualquer Estado socialista rigorosamente o mesmo grau de normatividade e juridicidade de qualquer Estado capitalista – ou burguês, como se queira.

³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.6.

⁴ A preocupação, aqui, é simples. Ao menos no Brasil, ataque ao positivismo e desconhecimento das discussões mais recentes sobre o tema são irmãos siameses. Geralmente, quando não se trata de rotular características bizarras à teoria, o positivismo é descrito com base em autores como Hans Kelsen, Norberto Bobbio e, quando muito, Herbert Hart e Alf Ross. A proposta é invocar os “novos positivistas”, professores de conceituadas universidades como Oxford, Yale, Harvard, Chicago, etc., que, curiosamente, jazem quase que completamente

debate atual é constante, profundo, abrange temas de extrema complexidade e instiga qualquer amante do Direito. Com o devido respeito às opiniões contrárias, a cada dia que passa temos mais convicção de que o “pós-positivismo” é o melhor exemplo de uma mentira reiterada que virou verdade.

Nossa estratégia, nesse breve ensaio, é sair da posição de defesa a que muitos positivistas parecem ter-se acomodado. Tomaremos para nós a dor das vítimas, mesmo não considerando nosso pensamento como positivista *stricto sensu*⁵. Como o jurista tem à sua frente o Direito, isto é, um conceito intrinsecamente controvertido, a crítica é natural e necessária. Mas, para os que confundem as coisas, sempre é bom deixar claro que, um, o ataque não será feito contra pessoas e, dois, não questionará de forma alguma a capacidade intelectual ou a lisura de nenhum teórico que defende o “pós-positivismo”. O ataque é ao “pós-positivismo”. *In re ipsa*.

A trilha argumentativa é a seguinte. No tópico 2, eminentemente de ataque, o “pós-positivismo” será dissecado. Primeiro (2.1.), daremos uma visão geral sobre o que ele pretende ser. Esclareceremos os posicionamentos dos principais autores que fazem coro a esse movimento para depois tentar encontrar um núcleo duro de consenso. Nesse passo também nos posicionaremos sobre o chamado *neoconstitucionalismo* e falaremos da relação deste com o “pós-positivismo”. Segundo (2.2.), demonstraremos como o “pós-positivismo”, mais do que qualquer coisa, é um artifício retórico que passa a equivocada impressão de que o

adormecidos nas academias brasileiras.

⁵ Desde já, importa dizer que estamos absolutamente convictos de que, se há alguma teoria que desafie seriamente as premissas de que parte toda a construção positivista, essa teoria não é a de Ronald Dworkin, nem mesmo a de Robert Alexy. Isso ficará claro quando abordarmos as respostas positivistas a esses autores. A nosso juízo, no material consultado, as teorias antipositivistas que realmente põem em cheque o positivismo jurídico são o jusnaturalismo de John Finnis e o tridimensionalismo específico de Miguel Reale – com os contributos essenciais e a caução jusfilosófica de Siches.

positivismo jurídico não só foi “superado”, mas que, em si e por si, é uma doutrina moralmente reprovável. No final do segundo tópico (2.3.), reservaremos um espaço para demonstrar como a pretensa “teoria do direito” “pós-positivista” não passa de um aparato ideológico e político para a apologia ao “nosso sistema”.

No tópico 3, preponderantemente descritivo, mas derradeiramente crítico à postura dworkiniana, serão apresentadas algumas das principais discussões atuais sobre o positivismo jurídico, bem como, com base nelas, apontados alguns erros fundamentais dos “pós-positivistas”. Começando com uma breve introdução (3.1.), elucidaremos no item (3.2.) algumas dúvidas corriqueiras sobre a tese da separação entre Direito e Moral, mostrando que o positivismo não está comprometido com uma separação conceitual necessária entre ambas as coisas. Depois disso, passaremos por aquilo que chamamos de (3.3.) *conteúdo mínimo do positivismo jurídico* e pela distinção entre (3.4.) positivismo jurídico de validade e positivismo jurídico de interpretação. O item (3.5.) será destinado à posição do positivismo jurídico frente à incorporação de diversos valores nas constituições contemporâneas, sendo subdividido em (3.5.1.) positivismo jurídico excludente e em (3.5.2.) positivismo jurídico includente. Enfim, no item (3.6.) o positivismo jurídico será analisado sob a perspectiva da teoria dos princípios. Primeiro (3.6.1.), apontaremos as principais falhas da teoria de Dworkin, para então concluir que o autor (3.6.2.) não “superou” a regra de reconhecimento hartiana.

2. DISSECAÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO.

2.1. UM DIAGNÓSTICO.

O chamado “pós-positivismo” é um movimento que

retira sua seiva praticamente só do Brasil. Na bibliografia consultada, não encontramos no atual debate entre positivistas e jusnaturalistas americanos e anglo-saxões absolutamente *nenhuma* referência ao termo “pós-positivismo”. Parece haver, por parte de ambos os lados, um profundo respeito quanto à opinião contrária. Ali, jusnaturalismo e positivismo caminham de mãos dadas para tentar compreender a teoria do Direito em sua melhor iluminação, embora, obviamente, os postulados de cada corrente sejam completamente diferentes. Se pegarmos, por exemplo, o debate entre John Finnis e Neil MacCormick, veremos que o último relativizou sobremaneira sua teoria do positivismo jurídico com base nas investigações jusnaturalistas do primeiro, chegando a dizer que não há mais um traço distintivo forte entre Direito Natural e Positivismo Jurídico⁶. De forma parecida, Stephen Perry afirma, com razão, que, diante das colaborações recíprocas entre as teorias, é cada vez mais difícil delinear uma linha demarcatória forte entre positivistas e não-positivistas⁷.

Na Europa continental, a referência ao “pós-positivismo”, como bem notou Dimitri Dimoulis, geralmente é feita por autores que são contrários ao *método* positivista de aplicação do Direito (positivismo metodológico, nos diria Bobbio⁸), mas que estão em completo acordo com a *social fact thesis*, que, como veremos mais abaixo, faz parte do *conteúdo mínimo do positivismo jurídico*. Esse é o caso, por exemplo, da teoria estruturante do Direito de Friedrich Mueller⁹.

A febre “pós-positivista” não é, como as publicações brasileiras fazem parecer, um fenômeno mundialmente aceito.

⁶ MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of Law: new approaches to legal positivism*. Netherlands: D. Reidel, 1992, p. 139-ss.

⁷ Cf. PERRY, Stephen. *Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism*. Ratio Juris., Vol. 22, No. 3, September 2009, p. 311–325

⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 233-238

⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Muito contrário, é um jato teórico *centrípeto* ao território brasileiro, que eventualmente deixa respingar algumas gotas na Europa continental – e, ainda assim, gotas muito menos idealistas.

Mesmo estando limitado praticamente ao Brasil, o “pós-positivismo” não possui uma textura firme. É como um tapume ladrilhado pelas mais diversas cores. Por isso já foi retratado como uma “designação provisória de um ideário difuso”, que se caracteriza pelo resgate dos valores e a aproximação do Direito com a Ética¹⁰. O tema dos nossos tempos, entretanto, é notoriamente o *neoconstitucionalismo*, e com ele flutua, lado a lado e efusivo, o mote de “superação do positivismo”. De qual positivismo? Pretensamente, de todos.

Vemos nos livros brasileiros que o “pós-positivismo” seria a característica primeira do *neoconstitucionalismo*, e mais ainda, que “o neoconstitucionalismo somente tem sentido enquanto ‘paradigma do direito’ se for compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos”¹¹. Nessa perspectiva, estariam relegados ao aflitivo leito do esquecimento não só o constitucionalismo tradicional, como também o próprio positivismo.

Mas não é só a doutrina que está eufórica com a chegada de uma “nova era”. Nos tribunais brasileiros muitas são as decisões que, de uma forma ou de outra, endossam “uma releitura da Constituição a partir de uma visão material (teoria material da Constituição) desapegada ao rigor formal do positivismo jurídico kelseniano e associada às novas tendências

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Pós-fácio à obra “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico”, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2010.

do neoconstitucionalismo”¹².

Em obras de influência no Brasil, vemos que o nosso divórcio eterno com os positivistas significa “Mais Constituição do que lei; mais juízes que legisladores (judicialização); mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação”¹³. Ou, ainda, que o neoconstitucionalismo seria um “Judicialismo ético-jurídico, exigindo dos operadores do direito a comunhão de técnicas subsuntivo-jurídica e ética; Estatalismo garantista, fazendo com que a democracia se dê no direito e a partir do direito; (...)o *pós-positivismo*; a Judicialização”¹⁴.

A *fáscia intelectual* desses posicionamentos associa-se a dois momentos relevantes para o Direito. Primeiro, aos esforços de Gustav Radbruch contra o positivismo jurídico durante e logo após a Segunda Guerra Mundial, época em que o autor culpava ferozmente o positivismo pelo “sucesso” do nazismo¹⁵; e, segundo, ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin em meados do século XX.

Nesse ponto, devemos deixar claro que, em meio ao caos do *kosmos* jurídico, o “*pós-positivismo*” apresenta-se ao público como um movimento (i) que possui uma estrita vinculação ao chamado *neoconstitucionalismo*, ainda que este

¹² STJ, Ag 1414348, Relator: Min. Castro Meira, Segunda Turma, publicado em 25/08/2011.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

¹⁴ Cf. PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional sistematizado*. São Paulo: Forense, 2011.

¹⁵ É o que se lê em uma cartilha elaborada pelo autor aos estudantes da Universidade de Heidelberg, logo após a Segunda Guerra Mundial: “Ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor”.

seja mais restrito; e (ii) que procura “superar” os ensinamentos basilares do positivismo jurídico por meio da defesa de que o Direito possui uma *vinculação conceitual necessária* com a Moral – daí extraindo os mais diversos efeitos, como a *right thesis* dworkiniana, a pretensão de correção normativa alexyana, a “ductibilidade” de Zagrebelsky¹⁶, etc.

Já dissemos que neste ensaio não somos goleiros, mas atacantes. Atacaremos o “pós-positivismo”, entendido, em seu conceito amplo, como qualquer teoria ou movimento que tenha a pretensão de ter *superado* o positivismo jurídico. Quando atacarmos o pós-positivismo, nossas balas inevitavelmente ricochetearão no neoconstitucionalismo, mas só no caso em que este seja entendido como uma teoria do direito “superadora” do positivismo.

Que fique claro: não negamos que o termo “neoconstitucionalismo” possa servir para designar uma mudança de paradigma *político* ou *ideológico*, devidamente respaldado em um documento jurídico. É muito clara a mudança de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo com traços de planificação econômica e invasão do Estado na promoção de um bem-estar social. O que negamos, de pleno, é que o neoconstitucionalismo constitui uma teoria do direito que “superou” o positivismo jurídico.

2.2. O “PÓS-POSITIVISMO” COMO PALAVRA-GATILHO.

A palavra, já nos dizia Ortega y Gasset, é um sacramento de administração muito delicado¹⁷. Pode ser tão destrutiva quanto a mais pesada artilharia militar. Para tanto basta dar-lhe um uso demagógico e irresponsável. Isso tem validade especialmente para aqueles que procuram estudar e entender o

¹⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

¹⁷ Cf. o prefácio para os franceses em ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martin Fontes, 1987.

mundo. Como o Direito não foge a esse empreendimento, quem quer que deseje construir uma teoria a seu respeito deve cuidar da terminologia como que a um filho incapaz. Deixando de lado a controversa questão de saber se o Direito é ou não uma ciência, o certo é que a dogmática não pode ser refém daquilo que chamamos de “fuzis argumentativos”. Se for certo que a ideia é um cheque à verdade, termos carregados de emoções e paixões que destroem *a priori* qualquer debate devem ser abominados.

Não haja dúvidas: o “pós-positivismo” é um conceito que age pelo seu efeito de induzir emotivamente a platéia a acreditar que se trata de uma descrição autêntica da realidade, quando na maior parte dos casos não passa de um artifício retórico que ganhou notabilidade e credibilidade pelo reiterado e imprudente espancamento discursivo a outro termo tido como mau em si e por si: o “positivismo jurídico”. O “pós-positivismo”, em tempos de “crise existencial” do positivismo, seria como que “a busca de uma nova perspectiva; a ousadia de erguer a cabeça e olhar por sobre as ondas...”¹⁸. Mas, aproveitando o lirismo do momento, quando erguemos a cabeça e olhamos sobre essas ondas, o que vemos sair da bruma matinal do oceano não é senão uma embarcação

¹⁸ Cf. *paper* intitulado “O fenômeno pós-positivista: considerações gerais”, disponível em <<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>> (acesso em 20/08/2012). A internet, efetivamente, é um *locus* privilegiado para que encontremos matéria-prima para a crítica do pós-positivismo. Lá vemos, por exemplo, afirmações simplificadas de como o positivismo era (no passado, como se devidamente superado) “um movimento que reconhecia tão somente a ‘letra fria da lei’. Direito seria o que estaria positivado em texto legal. A ética, a moral e os princípios eram sempre esquecidos” (*paper* disponível em <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/jusnaturalismo-positivismo-e-pos-positivismo-breve-reflexao-2485414.html>>. Acesso em 20 ago. 2012). Seria interessante saber como o autor responderia a afirmação do positivista radical Joseph Raz – que trataremos mais adiante no nosso texto – de que a aplicação judicial pode ser tão criativa quanto uma sonata de Bethoven, ou, ainda, como interpretaria a teoria do “positivismo herculeano” de Waluchow, em que os princípios possuem primazia.

fantasma que pirateia e violenta os verdadeiros significados contemporâneos do que é o positivismo jurídico. Basta ver, como efetivamente veremos mais a frente, que os ataques são feitos, geralmente, a uma versão caricaturada ou terrivelmente incompleta e arcaica do positivismo jurídico¹⁹. O “pós-positivismo” é uma expressão, portanto, que, na dialética erística schopenhauriana²⁰, merece o desonroso título de *estratagema argumentativo*.

Como argumentar que o positivismo é uma teoria adequada para explicar o direito de hoje, uma teoria da qual pulsam ricas construções sobre o conceito de Direito, se, na nossa academia, o positivismo está associado à legitimação de um regime tão hostil e perverso como o nazismo²¹? Como defender o positivismo jurídico, sem cair no ridículo, se o seu conceito está profundamente associado a um “retrocesso” teórico²²? Como sustentar o positivismo jurídico se o “pós-

¹⁹ Mesmo em textos de estudiosos consagrados, é terrivelmente comum no Brasil que a análise do positivismo jurídico acabe ou na doutrina de Kelsen, ou na doutrina de Bobbio, ou, muito raramente, em Herbert Hart. Ilustrativo de uma crítica, segundo o autor, “pós-kelseniana” que, curiosamente, faz uma evolução do positivismo só até Hans Kelsen, é encontrado em STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010. Para denúncia mais detalhada desse desdém com o pensamento positivista contemporâneo, Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 132-ss.

²⁰ Para o conhecimento e autoreflexão acerca dos estratagemas argumentativos schopenhaurianos, cf. SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter a razão*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²¹ Muito difundida – e equivocada – é a seguinte ideia: “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do regime nazi-fascista, após a Segunda Guerra Mundial, que, dentro do quadro de legalidade vigente à época, promoveu a barbárie em nome da lei” (SARAIVA, Marcos Antonio Maciel. *Pós-positivismo, ciências sociais e o papel do magistrado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21751>>. Acesso em: 20 ago. 2012).

²² Como uma bóia que vai à deriva, refém das concepções acadêmicas dos tempos, não negamos já ter sustentado, há alguns anos atrás, muito do que agora atacamos. Muitas coisas que defendemos lá, porém, podem ser perfeitamente aproveitadas no positivismo jurídico, notadamente na teoria da decisão. Cf. AMORIM DE

positivismo”, *dell’eccellenza*, designa os melhores augúrios éticos? Como, enfim, estudar o positivismo jurídico se, em sua natureza, ele é tido como um sebo palpebral que impede que enxerguemos a justiça?

Um primeiro e fortíssimo motivo para abandonar *ad aeternum* a expressão “pós-positivismo” é, portanto, um motivo de rigorosidade terminológica. Não só porque, como veremos, o “pós-positivismo” passa a equivocada ideia de que o positivismo jurídico foi “superado” e de que é imprestável ou inútil dar atenção aos seus ensinamentos atuais, mas igualmente porque se trata de uma “palavra-gatilho”²³ que, quando pronunciada, tem o poder imediato de conceder ao “pós-positivista” o mérito emocional de defesa da “justiça” ou da “ética” enquanto relega ao positivista um posicionamento “conservador” ou “retrógrado”. Nada mais absurdo e desnecessário em teoria do Direito.

2.3. A APOLOGIA DO “PÓS-POSITIVISMO” AO “NOSSO SISTEMA”.

Como se apresenta hoje no Brasil, o “pós-positivismo” é um movimento político/ideológico que não pretende só *descrever* um fenômeno perceptível por todos os positivistas, qual seja, a expansão da jurisdição constitucional ocorrida no período pós-segunda guerra e a correspondente positivação de elementos morais. É um movimento, sobretudo, apologético, que *concorda* com essa expansão e que pretende conservá-la

ALMEIDA, Bruno Torrano. *Da hermenêutica filosófica à correção procedimental das decisões judiciais*. Revista CEJ, v. 15, n. 52, p. 52-60, jan./mar.2011. Versão eletrônica disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/issue/view/84>>. Acesso em 20 ago 2012.

²³ Termo que figura em artigo recentemente publicado por Olavo de Carvalho no jornal Diário do Comércio e que serviu como uma luva para qualificar a expressão “pós-positivismo”. Disponível em <<http://www.dcomercio.com.br/index.php/opiniaio/sub-menu-opiniaio/89728-a-palavra-gatilho>> (acesso em 08/06/2012).

ou ampliá-la, seja porque pense tratar de uma forma *superior* de organização política e defesa de direitos fundamentais, seja porque a considere meio indispensável para a consecução da justiça social.

Se entendido como espécie do gênero “pós-positivismo”, não há outro modo de interpretar o neoconstitucionalismo senão aquele nominado por Comanducci como *neoconstitucionalismo ideológico*, triunfante no Brasil: “o neoconstitucionalismo ideológico não se limita (...) a descrever os processos de constitucionalização, mas os valora positivamente e propõe sua defesa e ampliação”²⁴. O que fica muito claro, por exemplo, já no primeiro capítulo de um conhecido e influente livro de Lenio Streck²⁵, onde o autor não se limita a descrever esse fenômeno de constitucionalização, para daí extrair suas consequências interpretativas, mas defende que a Constituição *deve ser* e permanecer como está para, mediante um processo hermenêutico de realização de direitos sociais, cumprir as promessas da Modernidade e espantar os frangalhos do neoliberalismo²⁶.

Conclusão que não deixa de recair em um louvor ao “nosso sistema”, tido, ao arbítrio do teórico, como justo *in quasi tutti i punti*. O que leva, de um lado, a um “fetichismo”²⁷ pela “nossa Constituição”, reputada tautologicamente como boa *porque* democrática ou democrática *porque* boa, e, de outro, a uma conseqüente recomendação geral de “obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído”, com o

²⁴ Cf., por todos, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. pp. 75-98. Madrid: Trotta, 2003.

²⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

²⁶ Idem, *ibidem*, especialmente o capítulo primeiro.

²⁷ Para breve crítica do “fetichismo” constitucional, cf. o *paper* de Luciano Timm intitulado “Ativismo judicial e fetichismo constitucional”, disponível para leitura em < <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/6/68/Risco-legal-ativismo-judicial.pdf>> (Acesso em 19 ago 2012)

seguinte lema: “cumprir a letra [sic] da lei significa sim, *nos marcos de um regime democrático como o nosso*, um avanço considerável”²⁸. Em outro autor brasileiro vemos, ainda, que o “pós-positivismo” seria a única forma de superar a “ideologia da desigualdade” e incorporar “à cidadania” a parcela da população “deixada à margem da civilização e do consumo”²⁹.

Como bem conclui Streck no artigo do qual foram extraídos os trechos do parágrafo anterior, a insistente veneração ao “texto da lei” está longe de ser uma postura positivista. Acrescentamos: é, muito pelo contrário, uma atitude *legalista*. O positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado. Mesmo Joseph Raz, talvez o positivista mais radical em atividade, é claríssimo em dizer que, por um lado, em certos casos a atividade decisória do juiz pode ser tão criativa quanto uma interpretação de uma sonata de Beethoven³⁰, e, por outro, que não há dever moral de obedecer nem mesmo um sistema jurídico *justo*, quem dirá um injusto³¹.

O que deve ser frisado aqui é o seguinte. O principal mérito do positivismo jurídico enquanto teoria do Direito sempre foi funcionar como um filtro anti-ideológico no momento da identificação do Direito válido. Trata-se da máxima de John Austin: “Uma coisa é a existência do Direito; outra coisa é seu mérito ou demérito” (“*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*”)³². Essa conquista

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?* In Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

²⁹ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos *Apud* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico...*, cit., p. 49.

³⁰ “Judicial interpretation can be as creative as a Glen Gould interpretation of a Beethoven piano sonata”. (RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 204).

³¹ Cf. RAZ, Joseph. *Authority Of Law – Essays On Law And Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979, notadamente a parte IV da obra.

³² AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge:

não decaiu com o tempo. Há, inclusive, jusnaturalistas como John Finnis – autor que não se diz, obviamente, “pós-positivista” – que a incorpora de alguma forma à sua teoria. Finnis qualifica o jargão “*Lex injusta non est Lex*” como um “pure non sense”³³, e afirma, corretamente, que o jusnaturalismo não está comprometido com a tese de que uma lei injusta – ou extremamente injusta – deve ser, inevitavelmente, invalidada.

Nos próximos tópicos demonstraremos que uma Teoria do Direito como a positivista, preocupada com o estudo do Direito na sua realidade crua – como ele “é”, e não como “deve ser” –, não é somente desejável, mas imprescindível. Não presta só para entendermos a manifestação jurídica enquanto fato social, mediante a comparação com outros sistemas, mas sobretudo para, em passo posterior, teorizarmos o Direito como ele “deveria ser”. O “pós-positivismo”, ao ignorar essa faceta relevante do positivismo jurídico, cai em um fosso tão profundo quanto os onze quilômetros de depressão do *Challenge Deep*. Um buraco teórico impossível de ser preenchido sem uma boa injeção de positivismo jurídico.

3. POSITIVISMO JURÍDICO REVISITADO.

3.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Muitos dos que falam atualmente em “pós-positivismo” incorrem no erro de caricaturar o positivismo jurídico com características que ora não lhe pertencem, ora são insuficientes para traduzir a complexidade e as discussões atuais sobre a teoria. Há muitos autores que atribuem ao positivismo jurídico coisas como a necessária separação conceitual entre Direito e

Cambridge University Press, 1995, p. 187.

³³ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 364.

Moral e o dever moral de obediência ao Direito escrito, o que tornaria essa teoria complacente com o extermínio dos judeus no nazismo³⁴. Nada mais absurdo.

Agora bem, toda teoria do direito é, por natureza, problemática e contestável. Por isso, para acompanhar os tempos, evolui ao rebater ou ao incorporar as críticas que lhes são dirigidas. A teoria jusnaturalista tem pelo menos uns três mil anos e, ainda hoje, evolui com a dialética própria das discussões acadêmicas. Por que o positivismo jurídico, que tem cerca de três meros séculos, não poderia fazer o mesmo? Por que deveria ser “esquecido” com a análise exclusiva de teóricos nascidos no fim do século XIX e início do XX, como Hans Kelsen (1881), Norberto Bobbio (1907) e Herbert Hart (1906), sem a devida atualização sofrida de tempos em tempos³⁵?

O século XX foi um momento de profundas redefinições sobre o positivismo jurídico. Se a negação da existência e, conseqüentemente, da normatividade de um suposto “Direito Natural” pode ser considerada a constante, o núcleo duro de saudações e abraços felizes entre os positivistas, o mesmo não se pode dizer sobre a relação que o Direito tem com princípios morais substantivos derivados da experiência de cada sociedade histórica. Cuida-se, aqui, de uma “outra moral”: não uma universal, pretensamente correta e imutável, mas aquela vivida na realidade, em determinado contexto histórico. A moral construída pela sociedade contingente e, por isso, mutável de acordo com as variações da altura dos tempos³⁶.

³⁴ Para uma minuciosa e convincente resposta positivista a isso, Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico...* cit., p. 257-ss.

³⁵ Exemplificativo da apresentação positivista com base somente nesses três teóricos – e conseqüente esquecimento do debate positivista de, ao menos, os últimos 40 anos –, Cf. ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

³⁶ Uma moral “parametrizadora” com profunda índole comunitária, nos diria Luis Pereira Coutinho (Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra:

A problemática entre Direito e Moral foi enfatizada *ad nauseam* na segunda metade do século passado. Esse profundo debate sobre as novas faces do positivismo jurídico fixa sua raiz na década de 1960. Foi Herbert Hart, então professor de Teoria do Direito (*jurisprudence*) em Oxford, que, com sua lendária obra *The Concept of Law*, publicada inicialmente em 1961, propôs-se a revisitar a teoria tradicional do positivismo jurídico. Ao passo que se afastou explicitamente do imperativismo de John Austin, reconheceu que uma teoria do Direito construída a partir do positivismo jurídico era muito mais “honesta” e adequada do que as propostas jusnaturalistas, especialmente no que diz respeito à obediência e à resistência ao chamado “direito injusto”³⁷. Hart afastou-se das concepções, fortemente influenciadas por John Austin e Jeremy Bentham, de que a validade do Direito decorre de um hábito de obediência a comandos normativos advindos de uma autoridade soberana. Ao contrário, Hart afirmou que o toque essencial dos sistemas jurídicos complexos – como são os modernos – é a existência daquilo que denominou de *regra de reconhecimento*. A reviravolta decorre de um fato simples: enquanto para Austin a validade do Direito tinha como suposto a habitual obediência a comandos ditados por um soberano, a *regra de reconhecimento* hartiana não é um comando, senão que uma norma costumeira dos funcionários do sistema. Em uma palavra, é um costume que reconhece a autoridade de algum texto normativo. E esse costume, geralmente, está implícito na linguagem usada pelos tribunais, os quais rotineiramente reconhecem a vinculatividade de textos normativos com expressões como “o art. X dispõe que...”, “segundo o art. Y, o réu devia ter se portado do jeito Z”, etc³⁸. Essa regra costumeira é, portanto, no fim das contas, o critério

Coimbra, 2009).

³⁷ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 224.

³⁸ HART, Herbert. *O conceito de Direito*., cit., p. 113-114.

para dizer se uma proposição é ou não é jurídica.

Alguns anos depois, em 1967, Ronald Dworkin publicava o artigo *The Model of Rules – I*, primeiro de seus ataques ao positivismo jurídico, em especial ao proposto por Herbert Hart, que depois seria, em 1977, compilado conjuntamente a outros artigos críticos no conhecido fronte literário *Taking Rights Seriously*. Repousa aí o início de folhas e mais folhas, livros e mais livros de debates acerca de qual das teorias seria a mais apropriada para explicar o fenômeno “Direito”. Abaixo mostraremos alguns erros e lacunas que os “pós-positivistas” têm incorrido. Tentaremos, com isso, afastar más compreensões sobre o que é o positivismo jurídico e, ao mesmo tempo, exorcizar os fantasmas que continuam sustentando que essa doutrina é ultrapassada, quando na verdade nunca esteve tão forte.

3.2. O POSITIVISMO JURÍDICO E A (IN)SEPARABILIDADE ENTRE DIREITO E MORAL.

Para grande parte daqueles que se nomeiam “pós-positivistas”, Robert Alexy é um tesouro teórico. Muitos dos chavões de hoje como “positivaram os valores!”, “a moral está no Direito!”, “os princípios devem ser ponderados!”, entre outros, têm no topo da cadeia genealógica o pensamento daquele autor. Uma influência notória diz respeito, também, àquilo que ele entende como sendo o traço fundamental do positivismo jurídico: a tese da separação entre direito e moral (*separation / separability thesis*).

Ao abrir um livro dos principais livros de Alexy, lemos a seguinte passagem sobre essa tese: “todo positivista tem que sustentar essa tese, pois se admite que existe uma *conexão conceitual necessária* entre direito e moral, já não se pode dizer que o direito deve ser definido com exclusão de

elementos morais”³⁹.

Isso, obviamente, não é defendido só por Alexy. É uma crença generalizada entre os “pós-positivistas”. Mesmo aplaudida, entretanto, não deixa de constituir um *non sequitur*. Está longe de ser verdade que todos os positivistas defendem, ou devem defender, a necessária separação conceitual entre Direito e Moral. Dividir positivistas e antipositivistas com base nisso é tão infrutífero quanto diferenciar jogadores de futebol de jogadores de tênis com base na preferência musical de cada atleta.

Ao utilizar esse critério, por exemplo, o pesquisador seria forçado a considerar que Joseph Raz, conhecido como talvez o mais radical positivista de hoje, não é um positivista. Ao menos desde 1979 Raz tem destacado que o Direito, para ser considerado como tal, deve fazer uma *reivindicação de autoridade*, e essa reivindicação é, necessariamente, uma reivindicação Moral. E é uma reivindicação Moral por causa do seu conteúdo: uma reivindicação feita pelo Direito para garantir direitos e impor deveres às pessoas, com a exclusão de sistemas normativos concorrentes⁴⁰:

³⁹ Tradução livre para: “todo positivista tiene que sostener esta tesis pues si admite que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, ya no puede decir que el derecho debe ser definido con exclusión de elementos morales” (ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 27-28).

⁴⁰ Cf. especialmente os capítulos 1 e 2 de RAZ, Joseph. *Authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979. Raz vai além e diz que, para ele, esse não é o único aspecto sob o qual o Direito e a Moral têm uma conexão conceitual necessária. Em primeiro lugar, o Direito não tem aptidão para cometer os mesmos atos imorais de pessoas carne e osso, como, por exemplo, um estupro ou uma infidelidade. A isso acrescentamos que o Direito sequer tem aptidão para matar pessoas injustamente. Até mesmo um genocídio como o nazista é fruto de ações humanas, e sempre haverá espaço para a desobediência de ordens do Direito. Por outro lado, Raz argumenta que não faria sentido dizer que um “buraco negro” é bom ou mau, enquanto que todo e qualquer fenômeno do Direito pode ser sempre julgado como “bom ou mau”. Sobre esse aspecto, cf. Cf. RAZ, Joseph. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in George Pavlakos [ed], *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart

Também Leslie Green, conhecido assecla do positivismo jurídico, entende que há uma relação conceitual *necessária* entre Direito e Moral. Ele refuta a tese da separação/separabilidade com os seguintes argumentos: (i) necessariamente, o Direito regula objetos da moralidade; (ii) necessariamente, o Direito faz reivindicações morais sobre o seu conteúdo⁴¹; (iii) necessariamente, o Direito tem aptidão para a justiça; (iv) necessariamente, há riscos morais contra os quais o Direito não tem vacina⁴².

O resumo de Green é imprescindível. (i) Desde tempos imemoriais o Direito, que é secreção espontânea da sociedade, regula *objetos com densa carga moral*, como o assassinato, a tortura, o incesto, a violência gratuita, entre outros; (ii) desde tempos imemoriais, o Direito só é Direito porque apresenta uma reivindicação de autoridade legítima sobre outros sistemas normativos, e o conteúdo dessa reivindicação é moral; (iii) o Direito, ao menos conceitualmente, tem sempre a aptidão de servir como *meio* necessário ao alcance de fins considerados como justos pela comunidade⁴³; e (iv) tal como sua aptidão para fazer o bem, o Direito, em muitas fases da história, foi instrumento autoritário e despótico para fazer o mal.

Publishing, 2007, p 17-36. Também Del Vecchio defende algo parecido: uma proposição só é jurídica na justa medida em que está sujeita a um juízo de valor (*el juicio sobre el derecho*) de caráter psicológico. Distinguir sobre o justo e o injusto bem como, acrescentamos, entre o bom e o mau direito é uma atividade mental espontânea (*una "operación lógica originaria"*) de qualquer ser humano em normalidade de condições. E o Direito, nas mais profundas camadas do seu conceito, é Direito porque necessariamente está sujeito a essa avaliação de cunho moral.

⁴¹ Sobre a possibilidade do Direito fazer “reivindicações” (*claims*), Cf. GARDNER, John. How Law Claims, What Law Claims, in: KLATT, Mathias. (org). Institutional Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, New York: Oxford University Press, 2011, cap. 1.

⁴² Cf. GREEN, Leslie. *Positivism and the inseparability of law and morals*. In New York University Law Review, n. 83, p. 1035-1058.

⁴³ GREEN, Leslie. *The germ of justice*. Oxford University, Legal Research Paper Series, Paper n. 60/2010. Disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=1703008>>. Acesso em 06 ago. 2012.

Tudo isso nos leva a uma conclusão simples, mas terrivelmente ignorada pelos “pós-positivistas”: a relação entre Direito e Moral nunca foi uma *reivindicação metodológica*. Uma coisa é a questão da conexão conceitual necessária ou não entre Direito e Moral (plano conceitual ou ontológico); outra é saber qual deve ser a atitude metodológica do jurista⁴⁴ (plano metodológico). Devemos, aqui, dar razão a Jules Coleman: “A tese da separabilidade [entre Direito e Moral] não faz, de modo algum, parte do positivismo [jurídico]”⁴⁵. Se há algo que pode ser considerado o conteúdo mínimo do positivismo, esse algo não é a tese da separação.

3.3. O CONTEÚDO MÍNIMO DO POSITIVISMO JURÍDICO.

Para compreender as faces atuais do positivismo jurídico, temos que saber qual é o *núcleo duro* aceito por *todos* os autores – autointitulem-se ou não – positivistas. Vimos acima que a tese da separação entre Direito e Moral, embora rotineiramente invocada pelos “pós-positivistas”, é imprestável a isso. Que bóia, então, pode nos socorrer?

Com o perdão da obviedade, deve ser ressaltado que o *positivismo jurídico* não é, e nunca foi, sinônimo de *direito positivo*. A história jusfilosófica do Ocidente pode ser definida, nesse âmbito estritamente jurídico, como a história da convivência entre Direito Positivo e Direito Natural⁴⁶. Como

⁴⁴ Sobre a distinção entre os dois planos, Cf. VILLA, Victorio. Neil MacCormick’s Legal Positivism. In: DEL MAR, Makysimilian; Bankowski, Zenon (orgs). *Law As Institutional Normative Order*. London: Ashgate, 2009, p. 44–64.

⁴⁵ COLEMAN, Jules. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. In: Ratio Juris, Vol. 22, No. 3, September 2009 (p. 359–94), p. 383.

⁴⁶ Na essência, os jusnaturalistas acreditam na existência de um Direito superior ao Direito dos homens que está incondicionalmente ligado aos conceitos de Bem e/ou de Justo. Embora haja algumas concepções contrárias, notadamente na filosofia de São Tomás de Aquino, a quase unanimidade dos jusnaturalistas compreende que este Direito “superior” é constante, imutável, e atemporal, sendo, ou revelado por

um pêndulo, um e outro se deslocam de tempos em tempos a postos de incrível aceitação ou vergonhoso descrédito. Essa variação tem origem na sensibilidade e na temperatura de cada época.

O primeiro sopro vital do positivismo ocorreu no momento em que se *negou* o caráter de Direito ao “Direito” natural, atribuindo ao Direito *positivo* a exclusividade no que toca à natureza de jurídico, de cogente, de norma. É dizer: *o positivismo jurídico é a doutrina que aniquila a essência normativa do Direito natural*⁴⁷. Falar em Direito natural, nesse aspecto, é um erro grosseiro, e falar em Direito positivo, um pleonasmo, porque todo Direito, sem exceção, é positivo⁴⁸.

Isso traz três consequências que fazem parte do *conteúdo mínimo do positivismo jurídico*, compartilhado por absolutamente *todos* os positivistas atuais⁴⁹.

uma entidade divina, ou apreendido por um esforço da Razão humana.

⁴⁷ Certeira é a explicação de Bobbio: “O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, p. 26).

⁴⁸ Sobre a impossibilidade de uma terceira via possível entre positivismo jurídico e jusnaturalismo. Cf. PINO, Giorgio. *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato Costituzionale*, disponível em http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1998/Pino1.pdf - acesso em 07/05/2012.

⁴⁹ “Positivists disagree with one another about the character of the relevant conventions, and they likewise disagree over the question whether the conventionality of the status of legal norms is inconsistent with the incorporation of moral principles into the law. Nonetheless, positivists are at one in opposing the natural-law view that the status of some legal norms as such is convention-independent” (KRAMER, Matthew H. *Legal positivism and objectivity*, in American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law, 2006, p. 9-13). (Positivistas discordam entre si sobre o caráter das convenções [sociais] relevantes, e eles também discordam sobre a questão de saber se a convenção acerca do *status* de normas jurídicas é inconsistente com a incorporação dos princípios morais no Direito. Apesar disso, os positivistas são unânimes em se opor à visão do Direito

Primeiro: o Direito, para ser válido, não precisa satisfazer nenhum valor moral particular⁵⁰. Nenhuma frase demonstrou isso com tanta clareza e precisão como a máxima de John Austin: “uma coisa é a existência do Direito; outra coisa é o seu mérito ou demérito” (“*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*”)⁵¹. Não por acaso esse é até hoje o lema de todo positivista. Mas o que significa?

Imagine um jurista libertário, sectário das ideias de Robert Nozick e Murray Rothbard. Ele crê até o fundo da alma, com profunda fundamentação filosófica, que a tributação estatal corresponde a uma forma de escravidão, e que, portanto, é imoral e injusta. Alega, por exemplo, que no Brasil trabalhamos até o mês de maio somente para dar conta de pagar os impostos, e que, portanto, somos escravizados por cinco meses durante todos os anos da nossa vida. Poderá esse jurista dizer que o Direito que preveja tributação é inválido? A resposta, para o positivismo, é negativa. Imagine, agora, um criminalista brasileiro, ativista político contra a pena de morte. Ao olhar para a legislação de alguns estados norte-americanos e constatar que lá a pena de morte continua sendo aplicada, poderá ele afirmar que aquela lei específica não é “Direito”? Não. O Direito, historicamente, se manifestou tanto em sociedades justas e virtuosas quanto em sociedades perversas e

natural de que os *status* de algumas normas jurídicas são independentes de convenção).

⁵⁰ Conforme brilhante exposição de Gabriel Nogueira Dias, para chegar a essa conclusão Kelsen parte de duas premissas: primeiro, que os valores absolutos não podem ser reconhecidos cientificamente e, segundo, que os sistemas morais só podem ser concebidos como sistemas de valores relativos (relativismo moral). Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito (na obra de Hans Kelsen)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141 e ss. A defesa do relativismo moral, entretanto, não é um requisito para que um autor seja considerado positivista. Alguém pode defender, tranquilamente, no plano filosófico, a existência de uma moral universal ou de valores objetivos. O que o tornará positivista ou jusnaturalista é a sua postura diante da validade do Direito.

⁵¹ AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 187.

injustas. Foi e é um meio (*Law as means*) para a realização tanto do Bem quanto do Mal⁵².

Essa *neutralidade* na identificação do Direito é imprescindível à teoria positivista e visa preservar a própria noção de normatividade. O que seria do Direito se, para existir, dependesse da concepção particular de uma pessoa? Tanto um Direito justo como um Direito injusto possuem igual carga de juridicidade; a questão da sua injustiça não tira a *validade* do Direito, embora, obviamente, constitua um bom motivo político para a desobediência. A diferença dos positivistas, para os jusnaturalistas, é que os primeiros limitam-se a dizer ou que há certos aspectos morais que, historicamente, o Direito *sempre e necessariamente* regulou⁵³, ou ainda que o próprio conceito de Direito pressupõe uma *reivindicação moral de autoridade*; enquanto os segundos, os jusnaturalistas, vão além, e dizem que o Direito positivo *deve* ser pautado por valores tidos como inegociáveis independentemente da cultura. Quando deparados com ordenamentos extremamente injustos, positivistas seguem a clássica afirmação de Hart e dizem: “isto é direito; mas é demasiadamente iníquo para ser aplicado ou obedecido”⁵⁴. Jusnaturalistas, ao revés, incluem o “demasiadamente iníquo para ser aplicado ou obedecido” no próprio conceito do Direito, preocupando-se em dotar de normatividade alguns princípios últimos e inegociáveis da moral.

A segunda consequência é que o Direito constitui

⁵² GREEN, Leslie. *Law as Means*. Oxford University, Legal Research Paper Series: Paper No 8/2009. Disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=1351304>>. Acesso em 06/08/2012.

⁵³ Essa vinculação necessária, mas fraca, era reconhecida já em Hart: “Por vezes, o que se afirma é uma espécie de conexão [entre Direito e Moral] que poucas pessoas, se é que algumas, negaram alguma vez; mas sua existência incontroversa pode ser erradamente aceite como sinal de alguma conexão mais duvidosa ou mesmo confundida com esta” (HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 201).

⁵⁴ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 224.

necessariamente um *fenômeno histórico*, sendo decorrência exclusiva da vontade de seres humanos, de convenções humanas concretas, de fatos sociais. Para os fins desse trabalho, não é necessário abordar o histórico desse pensamento, ou as especificidades de cada autor. Basta saber que essa tese é chamada ora de “tese do fato social” (*social fact thesis*), ora “tese social” (*social thesis*), ora de tese da fonte (*source thesis*), ora de tese convencionalista (*conventionality thesis*)⁵⁵.

A terceira tese decorre imediatamente das duas primeiras: o Direito é sempre um *meio*, e nunca um *fim*⁵⁶. O Direito, por ser fato social, transforma a sociedade por meio da ação política da comunidade; os fins a que almeja não são, em si, Direito, mas fazem parte de preferências morais historicamente contingentes. Toda a normatividade do Direito advém das relações de poder necessárias para fazer que o meio (o Direito) atinja algum fim determinado.

3.4. POSITIVISMO JURÍDICO DE VALIDADE (TEORIA GERAL DO DIREITO) E POSITIVISMO JURÍDICO DE INTERPRETAÇÃO (TEORIA DA DECISÃO).

Bem entendida a máxima de John Austin e a tese do fato social, devemos dar um passo adiante e declarar: no berçário do positivismo jurídico, é a questão da *validade* do Direito que

⁵⁵ Cada termo designa não só a preferência semântica de cada autor, mas possui especificidades que aqui não precisamos tratar. O termo *source thesis* pode designar, também, o grau de separação metodológica entre Direito e Moral admitido na determinação do Direito. Como uma versão radical da tese do fato social sustentada, especialmente, por Joseph Raz, advoga que a fonte do Direito prescinde totalmente da Moral na determinação de sua existência ou conteúdo: “A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments” (RAZ, Joseph. *The Authority of Law...*, cit., p. 47-48).

⁵⁶ Cf. o excelente paper de GREEN, Leslie. *Law as Means*. Oxford University, Legal Research Paper Series: Paper No 8/2009. Disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=1351304>>. Acesso em 06 ago. 2012.

vem à luz. O positivismo jurídico nasce e cresce como uma teoria que tem especial interesse nas condições necessárias e suficientes para o aparecimento e desenvolvimento do Direito enquanto fato social.

Nesse aspecto, faz todo o sentido dividir o positivismo em dois segmentos, tal como, no Brasil, Dimitri Dimoulis propõe: de um lado, positivismo jurídico de validade; de outro, positivismo jurídico de interpretação⁵⁷. Desde já deve soar o alerta: é na interpretação jurídica que o positivismo jurídico é colocado, verdadeiramente, contra a parede. Dworkin, sem dúvida, trouxe inúmeras e valiosas contribuições nesse particular. Se, para o positivismo tradicional – leia-se Kelsen, Bobbio e Hart – as normas com alto grau de generalidade geram um *problema*, cuja solução é colocada, sem mais preocupações, na mão da *discricionariade* do juiz, com Dworkin a lógica é outra: essas normas são a *solução* para encontrar respostas constitucionalmente adequadas.

A crítica de que o positivismo jurídico fechou o olho para grandes problemas da decisão judicial é verdadeira. Daí que possamos fazer uma pertinente indagação: pode-se falar em “pós-positivismo” no que concerne à interpretação jurídica? A resposta é um estrondoso “não”. Primeiro, porque a parte aceitável da tese de Dworkin é complementar, e não subversiva, à teoria juspositivista, notadamente à de Herbert Hart. Segundo, porque não é possível “superar” uma teoria atacando um objeto que ela não se propôs a estudar detidamente. Seria como dizer que Isaac Newton foi “superado” por não ter defendido a teoria da evolução das espécies de Darwin⁵⁸. Terceiro, porque levaria a uma confusão

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico...*, cit., p. 209.

⁵⁸ Grandes positivistas geralmente relegaram à teoria da decisão poucas migalhas teóricas. Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen destinou ao problema da interpretação jurídica míseros 3%. Herbert Hart notou que princípios morais podem ter importante participação no Direito, mas reconheceu que não deu a eles a atenção que lhes era devida.

malquista, dando a entender que também o positivismo de validade estaria “superado”, quando, curiosamente, muitos dos que se dizem “pós-positivistas” compartilham da tese positivista de que o Direito é produto exclusivo da vontade humana. E quarto, porque o alerta de Dworkin para o problema da interpretação jurídica desencadeou o interesse de diversos positivistas. Basta lembrar, aqui, que, por um lado, Wilfried Waluchow propõe um “positivismo herculeano”, conciliando a teoria do Direito de Herbert Hart com a teoria da decisão de Ronald Dworkin⁵⁹; e, por outro, Manuel Atienza pensa os princípios jurídicos a partir da teoria das “razões para a ação” do positivismo radical de Joseph Raz⁶⁰

3.5. O POSITIVISMO JURÍDICO FRENTE À EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL (NEOCONSTITUCIONALISMO).

Que muitas Constituições contemporâneas positivaram valores morais, isso é uma questão trivial. Que essa positivação da Moral significa uma superação do positivismo, isso é uma mentira.

No tópico 2.1., afirmamos que a única coisa que verdadeiramente caracteriza o neoconstitucionalismo é a constatação de que as constituições do pós-guerra incorporaram muito mais valores do que as constituições liberais. É um fenômeno histórico e descritível, não uma subversão do positivismo. Este não só tem totais condições de “se adaptar” à nova realidade, como de fato já o fez.

⁵⁹ Cf., por todos, a indispensável obra: WALUCHOW, Wilfried. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003. Para boa explanação sobre os mais profundos debates atuais sobre o positivismo, cf. ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

⁶⁰ Cf. ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. In: Revista Panóptica, Núm. 17, Novembro 2009, p. 49-68.

O primeiro passo é indagar: que Moral foi incorporada? Se tomarmos por base a Constituição brasileira de 1988, o teórico que queira responder a isso deve, antes de mais nada, certificar-se de que sua agenda está vazia. Com Alexy, é mais fácil dizer o seguinte: “As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, muitas vezes, divergentes”⁶¹.

Como já foi visto neste ensaio, a pretensão maior do método positivista, no campo da validade, é descrever com neutralidade o Direito como ele “é”, e não como deveria ser. Constatar o “Direito como ele é” não passa de uma questão de ser fiel ao que texto normativo dispõe.

Agora bem, podemos fazer esse exercício com a Constituição brasileira. Ela nada mais é do que, em apertada síntese, um documento político-democrático (art. 1º, *caput*), fundado na soberania popular (art. 1º, parágrafo único), que tem como princípios fundamentais, entre outros de igual importância ética, a cidadania (art. 1º, inciso II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); que objetiva erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, estabelecendo, para tanto, um amplo rol de direitos sociais (art. 6º e seguintes) e a exigência de que, por um lado, a propriedade privada cumpra sua função social (art. 170, inciso III) e, por outro, a ordem econômica esteja de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

Como o positivismo interpreta uma Constituição com essa textura, com esse conteúdo extraordinariamente axiológico? Duas são as respostas possíveis.

3.5.1. POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUDENTE, POSITIVISMO JURÍDICO RADICAL, OU ANTI-INCORPORACIONISMO.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007, p. 32.

Para os positivistas excludentes, a situação atual de muitas constituições possui uma sutileza peculiar. Eles obviamente aceitam que muitos princípios figuram com a vinculatividade própria do Direito, mas, por outro lado, sustentam que esse status de obrigatoriedade é perfeitamente explicado por critérios moralmente neutros⁶². A existência e o conteúdo de uma norma jurídica sempre será determinado pela observação de fatos sociais que podem ser descritos em termos valorativamente neutros⁶³. Cuida-se da corrente positivista que, ainda que com breves adaptações, não abriu mão dos principais predicados do positivismo jurídico, mesmo depois da ofensiva de Ronald Dworkin.

Recorde-se que, para Raz, o Direito só é Direito porque e quando faz uma *reivindicação de autoridade legítima*. A Moral, quando reconhecida por uma fonte legítima (*pedigree*), assume o caráter próprio do Direito: a *pretensão de autoridade*⁶⁴. A partir do momento que uma fonte social do Direito é localizada, ela se torna uma razão definitiva para a ação das pessoas que estão submetidas ao império dessa autoridade, independentemente do seu conteúdo. Não significa, obviamente, que as pessoas tenham o dever de obedecer a essa norma; por isso se fala em *reivindicação* de autoridade, ou *pretensão* de autoridade: a obediência pode ser afastada, por exemplo, caso a norma seja extremamente imoral. Agora bem, se nessa fonte do Direito localizam-se preceitos morais, isso significa que a norma abre ao intérprete a possibilidade de “sair do Direito”, buscando no plano Moral a melhor solução para o caso. Nesse contexto, aquilo que Dworkin vê, por essência,

⁶² No dizer certo de Waluchow, para o positivismo excludente “a existência de uma regra jurídica válida é somente uma questão de saber se ela possui fonte apropriada na legislação, na decisão judicial, ou no costume” (WALUCHOW, Wilfried. *Inclusive legal positivism.*, cit., p. 82).

⁶³ ETCHEVERRY, Juan Baptista. Ob., cit. p. 121.

⁶⁴ Cf. RAZ, Joseph. *The authority of Law...*, cit., parte I.

como “Moral” ou “princípio de justiça” – peguemos o exemplo do *due process of Law* –, Joseph Raz vê como uma *autorização jurídica* para que o magistrado use determinados conceitos morais.

Se imaginarmos um guindaste, podemos dizer que as constituições contemporâneas tiraram esses valores de um “terreno moral” – uma planície –, e colocaram-nos em um terreno superior, um “terreno jurídico” – um planalto. Retiraram de um sistema em que não era possível distinguir qual reivindicação moral deveria prevalecer sobre outra e inseriram em um sistema que possui a autoridade de dizer qual deve prevalecer. Assim, a avaliação do mérito moral das normas, que pressupõe o raciocínio a partir de “sistemas sem pretensão de autoridade”, *jamais* poderá ser invocada para invalidar qualquer norma jurídica derivada de uma fonte legítima (lei, costume, etc.). Nas palavras de Raz, “o mérito de uma regra não é o tipo de consideração que pode estabelecer que ela (...) é legalmente obrigatória”⁶⁵.

Positivistas excludentes como Joseph Raz, Scott Shapiro e Andrei Marmor defendem, portanto, uma tese que poderíamos formular da seguinte maneira: “a validade jurídica de uma norma *nunca* dependerá de sua consistência com princípios ou valores morais, mas somente da existência fática de uma fonte social do Direito que reconheça essa norma como válida”.

3.5.2. POSITIVISMO JURÍDICO INCLUDENTE, POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO OU INCORPORACIONISMO.

Os positivistas jurídicos includentes (PJI) situam-se em uma área intermediária entre Dworkin e o positivismo jurídico

⁶⁵ RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of Law and practical reason*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 347.

excludente. São alvos tanto de positivistas radicais como de dworkinianos. Por um lado, rejeitam a tese da separação forte entre Direito e Moral (*source thesis*), e, por outro, negam que o positivismo jurídico esteja comprometido com ela, como quer Dworkin. Na defesa de um positivismo que *suporta* a avaliação moral como critério de validade, é comum que indiquem a suscetibilidade da “regra de reconhecimento” incorporar valores morais⁶⁶.

Uma breve digressão deve ser feita. É normal que o nascimento do PJI seja atribuído às respostas de teóricos positivistas às críticas feitas por Ronald Dworkin. Isso não é verdadeiro. Como já vimos, e reforçaremos no tópico seguinte, Dworkin errou o alvo de suas críticas. Não fez, obviamente, uma sentença declarativa de que o positivismo jurídico includente já era uma realidade, porque sequer descreveu, seja em *Taking Rights Seriously* seja em *Law's Empire*, o positivismo jurídico de Herbert Hart da forma como deveria ter descrito. O PJI nasceu com Herbert Hart. Suas principais teses já estavam presentes na primeira edição de *The Concept of Law*, e posteriormente foram consolidadas por outros positivistas⁶⁷.

Agora bem, o PJI entende ser o único positivismo capaz de explicar com fidelidade aquilo que ocorre nas constituições contemporâneas. Indaga ao positivismo jurídico excludente qual a vantagem de dizer que a identificação do Direito “nunca” depende da remissão à Moral se muitos ordenamentos atuais fazem exatamente o oposto e reconhecem *testes morais de validade*. Para além disso, os paladinos do positivismo moderado apontam para o fato óbvio de que as decisões dos

⁶⁶ Com Coleman, poderíamos dizer que o positivismo includente, “usando a noção hartiana da regra de reconhecimento, (...) [admite que] princípios morais podem ser juridicamente obrigatórios se, na regra de reconhecimento, houver uma cláusula para esse efeito” (COLEMAN, Jules. *Beyond inclusive...*, cit., p. 367).

⁶⁷ Isso ficará mais claro quando falarmos, abaixo, do “espantallo” de Ronald Dworkin.

tribunais usam corriqueiramente argumentos morais para resolver casos mais complexos, e que esses argumentos morais aparecem como princípios vinculantes (*binding principles*). Os positivistas includentes acreditam que sua teoria do Direito é superior tanto ao positivismo excludente quanto aos rivais “interpretativistas”, pois é a única que “combina as virtudes do positivismo excludente com aquelas de posturas rivais como a teoria da integridade dworkiniana”⁶⁸.

A tese central do PJI poderia ser sintetizada nos seguintes termos: “a validade jurídica de uma norma *eventualmente* dependerá de sua consistência com princípios ou valores morais, desde que a regra de reconhecimento incorpore essa possibilidade”⁶⁹.

Em constituições como a brasileira, prenhe de incorporações morais, entendemos que o resultado do PJI, na teoria da decisão, não seja tão diverso daquilo que Dworkin pensou. A *identificação* do Direito por critérios morais de validade é, portanto, uma realidade *contingente*, e não necessária. Mesmo em ordenamentos complexos como o brasileiro ou o português, restam ainda normas que conservam a sua “pureza jurídica”, isto é, normas cuja identificação da existência ou do conteúdo prescinde da remissão à Moral. É o caso notório das regras de trânsito, em que não só a escolha sobre, v.g., qual lado da via os carros devem andar não tem nenhum vínculo com conceitos morais, como também a aplicação dessas normas não requer a consideração de argumentos morais.

3.6. POSITIVISMO JURÍDICO E TEORIA DOS PRINCÍPIOS.

⁶⁸ WALUCHOW, Wilfried. *Inclusive legal positivism.*, cit., p. 141.

⁶⁹ Cf. WALUCHOW, Wilfried. *Legal positivism, inclusive versus exclusive.* In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 2008.

3.6.1. O ESPANTALHO DE DWORKIN E A LONGA HISTÓRIA DOS PRINCÍPIOS.

Como já mencionamos acima, se na moeda positivista a face da “validade” é clara e brilhante, o mesmo não se pode dizer sobre a face da “interpretação”. Ao tempo do salutar artigo de Dworkin, *The Model of Rules I*, a interpretação jurídica era um problema quase que completamente ignorado por grandes positivistas. Um caos relegado ao descaso teórico. Gigantes como Hans Kelsen dedicaram à questão de como os juízes devem decidir os casos pouco mais do que breves e desleixados apontamentos.

Esse foi um prato cheio para a aguçada sensibilidade de Ronald Dworkin. Vendo a esnobação positivista quanto ao problema de *how judges decide cases*, o jusfilósofo americano elaborou quatro engenhosas armas teóricas contra a amplíssima discricionariedade que o positivismo dava aos julgadores: (i) a fusão entre direito e moral⁷⁰; (ii) a distinção lógica entre regras e outros padrões normativos – princípios e diretrizes –; (iii) a reconstrução racional do ordenamento jurídico, com o apelo à integridade da decisão; e (iv) a teoria da resposta correta (*right thesis*)⁷¹.

Aqui não é o lugar apropriado para explicar cada uma dessas teses. A questão, aqui, é mais específica: a teoria dos princípios dworkiniana é realmente revolucionária, antipositivista? A resposta é simples: não.

Dworkin incorreu naquilo que se chama *falácia do espantalho*: descreveu o positivismo de forma reduzida e

⁷⁰ Fusão que, em verdade, aparecia apenas de forma confusa nos primeiros trabalhos de Dworkin, como ele mesmo afirmou em sua última publicação. Para ele, agora, a moral é uma parte autêntica, uma fatia, da moralidade política. (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs.*, cit., p. 405-ss).

⁷¹ Conforme bem sintetizado por ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. *Against legal principles*. In: MARMOR, Andrei (org.). *Law and interpretation: essays in legal philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

imputou-lhe a Herbert Hart, que nunca tinha defendido um positivismo com aquelas feições. Obviamente, temos certeza de que, com a capacidade de Dworkin, o erro não foi premeditado. Mas efetivamente ocorreu, e até hoje gera maus efeitos.

Ele afirmou não só que no positivismo jurídico não existiam princípios, como também que estes são incompatíveis com a teoria positivista. Em *Law's Empire*, disse, para além disso, que a teoria hartiana pressupunha um conceito bruto da ideia de “Direito”, um “ferrão semântico” (*semantic sting*) derivado da suposta pretensão positivista – de todos os positivistas! – de ser uma “teoria dos meros fatos”⁷². Impressionantemente, mesmo depois de ter sido criticado em razão dessa notória *reductio* da teoria positivista, Dworkin veio a sustentar, em seu último livro, exatamente o mesmo erro: “[Para os positivistas], o que é Direito depende só de questões históricas de fato”⁷³.

Essa visão, é bom que se diga, descreve uma corrente mais radical do positivismo, especialmente aquele que não admite que o Direito esteja sujeito à indeterminação inerente aos conceitos morais⁷⁴. Mas, por outro lado, constitui uma má-compreensão patológica daquilo que Herbert Hart, principal alvo de Dworkin, escreveu no seu *The Concept of Law* em 1961. Má compreensão também da teoria de John Austin, outro alvo de Dworkin. Seria autodestrutivo à teoria de Austin negar que princípios podem ser legalmente obrigatórios. Se o principal fundamento da teoria de Austin é a de que os

⁷² DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 45-ss.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 401. Na nota número 2, ao final do texto, Dworkin faz um apagado e periférico alerta para o fato de que o chamado “positivismo brando” admite testes morais de validade em determinadas hipóteses, citando tão-somente o pós-escrito de Hart publicado em 1994.

⁷⁴ Sobre a relação entre determinação, indeterminação, e os tipos de positivismo jurídico, indispensável a leitura de COLEMAN, Jules. *Negative and positive positivism*. *The journal of legal studies*, v. 11, p. 139-164, jan. 1982.

comandos de um soberano constituem o Direito de uma comunidade, então não há absolutamente nada que impeça que esse mesmo soberano ordene que um princípio deva ser obrigatório⁷⁵.

Agora bem, a ideia de princípios é antiga e bem conhecida. Uma investida histórica demonstra que não são uma invenção nem do positivismo jurídico nem do “pós-positivismo”. É bom que se diga que, segundo nos consta, a ideia originária desses princípios surgiu na Escola Clássica do Direito Natural dos séculos XII e XIII, a qual sustentava a validade absoluta de alguns princípios filosóficos⁷⁶. A apropriação do termo pela *theoria* positivista levou a uma reinterpretação de seu sentido. Os “princípios gerais” defendidos por positivistas como Bobbio advêm não de uma verdade filosófica, mas de uma verdade científica decorrente da observação e crescente abstração das normas postas; portanto, de uma operação lógico-indutiva indiferente, *a priori*, ao conteúdo moral do resultado, desde que parta de fontes legislativas autorizadas.

Não é verdade nem mesmo que só o “pós-positivismo” conseguiu trazer um *status* normativo para os princípios. A discussão sobre se princípios eram ou não normas realmente ocorreu. Foi um período de maturação do pensamento jurídico, crescimento, aliás, que é inerente ao Direito, tal como o crescimento da orelha acontece durante toda a vida do homem. Mas aquele que diz que a normatividade dos princípios é uma “conquista” de Dworkin ou de algum outro “pós-positivista” tem o ônus de explicar, para citar um único exemplo em meio a vários, o seguinte trecho do livro de Bobbio, sabidamente um dos maiores positivistas da história: “Para mim não há dúvida:

⁷⁵ Isso foi corretamente argumentado em RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5, pp. 823-85, Abr. 1972, p. 845.

⁷⁶ COSSIO, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1939, p. 150.

os princípios gerais são normas como todas as outras”⁷⁷.

Alguns podem alegar, com razão, que a diferença básica entre os “princípios gerais” defendidos por positivistas como Bobbio e os princípios pensados por Dworkin é que aqueles advêm de uma crescente abstração das normas postas, uma operação lógico-indutiva, enquanto os últimos têm a ver com uma *background morality* (moral de fundo) e possui função de adaptar-se à história institucional do Direito ao mesmo tempo em que realiza a sua melhor justificação moral⁷⁸.

Mas em Hart esse conteúdo moral dos princípios era perceptível já em 1961. Quando abrimos *The Concept of Law*, vemos que um positivista não precisa ter uma pretensão afobada e radical de “certeza” na determinação do Direito, como Dworkin propõe. Lemos o seguinte: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre *interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso*”⁷⁹. Qualquer semelhança com a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) característica dos princípios dworkinianos não é mera coincidência. Às normas mais gerais do sistema com essa textura aberta, Hart dá o nome (infeliz, como ele próprio reconhece) de “padrões jurídicos variáveis”, e não há absolutamente nada que permita traçar uma distinção sensata entre esses padrões, que podem ser extraídos da Moral caso a regra de reconhecimento assim conceba, e os princípios jurídicos pensados por Ronald Dworkin.

3.6.2. A NÃO SUPERAÇÃO DA REGRA DE RECONHECIMENTO.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158.

⁷⁸ Conforme captado por HART, Herbert. *O conceito...*, cit., p. 322-323.

⁷⁹ HART, Herbert. *O conceito...*, cit., p. 148.

Podemos partir, aqui, da premissa que a grande parte dos doutrinadores “pós-positivistas” entende, na linha de Dworkin, ou, ao menos, de Alexy, que o Direito possui princípios morais que não precisam passar por nenhum teste de *pedigree*. A normatividade desses princípios vem de uma *background morality*. Eles não precisam estar positivados em nenhuma fonte de autoridade, e possuem duas funções fundamentais: adaptar-se ao Direito posto e dar-lhe a melhor justificação moral possível.

Em seus ataques ao positivismo, Ronald Dworkin pretendeu demonstrar que princípios morais substantivos são totalmente incompatíveis com a “regra de reconhecimento” hartiana⁸⁰. Essa seriam normas que não precisam passar por nenhum teste de *pedigree*⁸¹, normas que não se deduzem de “normas sobre normas”⁸².

Agora bem, Jules Coleman notou com invejável precisão que a constante de Dworkin foi sempre *negar* um critério que separasse normas jurídicas de normas não-jurídicas (especificamente a regra de reconhecimento hartiana) sem, no entanto, nunca apontar aquilo que seria o esperado: uma alternativa aos critérios positivistas⁸³. Desde o *dharma* hindu, o *châr`ia* e *figh* muçulmano, as leis de *esnunna*, o código de

⁸⁰ Dworkin lançou essa tese primeiramente em artigo intitulado “The Model of Rules I”, depois incorporado ao livro DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 14-ss. Para excelente análise das críticas dworkinianas e das respostas positivistas, Cf., por todos, SHAPIRO, Scott. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For The Perplexed*. University of Michigan Law School, Public law and legal theory working paper series, Working Paper n. 77/2007.

⁸¹ “A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51-55).

⁸² Cf. OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do Direito*. Vol. 1, tomo 2. Lisboa: Artes Gráficas, 1998, p. 296.

⁸³ COLEMAN, Jules. *Beyond inclusive...*, cit., p. 362.

Hammurabi, o direito do antigo império romano, etc.⁸⁴, até os complexos sistemas constitucionais das modernas sociedades de risco, a teoria (geral) do Direito positivista tenta encontrar características básicas e comuns que permitem diferenciar o Direito de outros sistemas normativos concorrentes. Mas enquanto até hoje positivistas têm essa convicção⁸⁵, e enquanto até hoje esses mesmos positivistas se perguntam e tentam responder o “por que” de algumas instituições e atos serem jurídicas e outras não, a *jurisprudencia* de Dworkin rotula essas questões como imprestáveis a uma autêntica teoria do Direito. O próprio Dworkin admite que está preocupado com ordenamentos jurídicos “prósperos”⁸⁶ (*flourishing legal systems*), isto é, sistemas legais com algum sinal de prosperidade, o que torna sua teoria muito mais ideal do que concreta, já que historicamente o Direito nem sempre foi próspero⁸⁷.

A *ratio essendi* desse entendimento tem raízes mais profundas. Está, no limite, fincada na radicalíssima concepção dworkiniana de que uma “Teoria Geral do Direito” é completamente inútil, e o que deve ocupar o jurista é tão-somente o Direito em que participa, ou, quando muito, sistemas jurídicos muito semelhantes⁸⁸. O erro de alguns positivistas,

⁸⁴ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

⁸⁵ Na acurada síntese de Atienza, a teoria do Direito se dedica à “análise dos conceitos jurídicos fundamentais que são comuns aos diferentes sistemas jurídicos ou ramos do direito” *Apud* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico.*, cit., p. 17.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's empire.*, cit., p. 110.

⁸⁷ O que também foi percebido por PERRY, Stephen. *Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism*. In: *Ratio Juris*, Vol. 22, No. 3, September 2009, p. 311–325.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire.*, cit., p. 90-ss. Nas palavras de Kramer: “Enquanto positivistas tentam elaborar de modo generalizado as ferramentas básicas de sistemas jurídicos, Dworkin está preocupado primeiramente em elaborar e justificar as principais características do sistema jurídico americano” (KRAMER, Mathew. *In defense of legal positivism: Law without trimmings*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 129).

conforme apontou com precisão Joseph Raz, foi presumir que, sempre, a vagueza de uma norma leva à discricionariedade, sem notar que muitas vezes a leitura dessa mesma norma à luz de princípios demonstra que, na verdade, não há espaço para discricionariedade⁸⁹. Os positivistas deram relevância extrema ao *input* do sistema jurídico, por vezes ignorando o *output*; Dworkin sempre esteve preocupado exclusivamente com o *output*. E o *output* é somente uma parcela do Direito.

Agora bem, os princípios morais substantivos pensados por Ronald Dworkin são *dependentes* do Direito posto. Não entram no sistema jurídico pelo porão, espalhando-se por todo o edifício jurídico sem qualquer critério. Não visam aumentar o poder decisório do juiz para além das normas postas. Muito pelo contrário. Para usar uma feliz expressão de Streck, esses princípios “fecham” a interpretação, pois incorporam em si uma *intencionalidade normativa* daquilo que é historicamente construído como Direito⁹⁰.

Assim, os princípios jurídicos pensados por Dworkin devem obedecer a duas dimensões: uma de ajuste (*fit* ou *adjustment*) ao Direito explicitamente estabelecido e outra de *background* (moralidade de fundo), ambas objetivando dar a melhor justificação moral às instituições políticas de uma comunidade. Uma moral ideal relativizada, nos diria MacCormick⁹¹. Diferente, portanto, de uma Moral *correta* em termos jusnaturalistas.

Sensível a tudo isso, a reação de Herbert Hart à teoria dworkiniana foi certa. Em seu pós-escrito de 1994 à obra *The Concept of Law*, Hart demonstrou que a teoria de Dworkin seria autodestrutiva se não pressupusesse aquilo que ele entende como uma “regra de reconhecimento”. Se o critério

⁸⁹ RAZ, Joseph. *Legal principles...*, cit., p. 845.

⁹⁰ Para excelente defesa da realização do Direito a partir da intencionalidade normativa – embora sob outro prisma –, Cf. NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. v.1. Coimbra: Coimbra, 2003.

⁹¹ MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. Op. cit. p. 173-ss.

interpretativo dos princípios jurídicos pressupõe um “ajuste” ao Direito escrito, então esse critério pressupõe igualmente a *identificação* do Direito constituído, e essa identificação só é possível por meio de uma regra de reconhecimento. Outros paladinos do positivismo também objetaram essa a tese dworkiniana de que a regra de reconhecimento é incompatível com os princípios morais, ora alegando que nada impede que ela possua caráter normativo, e não meramente fático⁹²; ora elaborando uma “tese da compatibilidade” entre os escritos do positivismo moderado e os escritos pretensamente revolucionários de Dworkin. A bem da verdade, temos que em vários pontos de sua obra Dworkin chega a ser teimoso quando nega a regra de reconhecimento ao mesmo passo que usa termos como “pré-compreensões” e “direito pré-interpretativo”, eufemismos para designar rigorosamente a mesma ideia.

Tanto na teoria de Hart como na de Dworkin – se esta quiser fazer algum sentido –, a regra de reconhecimento está para o Direito como o coração está para o corpo humano. É a partir dela que pulsa a normatividade jurídica. É dela que são bombeados os códigos binários de licitude ou ilicitude que vão reger a vida em sociedade. É em suas veias que chegam as reivindicações morais da sociedade, que servem ao constante aperfeiçoamento do Direito, seja *de lege ferenda*, seja por meio da interpretação.

4. CONCLUSÃO.

MacIntyre nos ensinou que a chamada “incomensurabilidade conceitual” é um dos principais motivos pelos quais as pessoas, nos nossos dias, escoiceiam-se

⁹² Visão também defendida em PERRY, Stephen. *Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism*. Ratio Juris., Vol. 22, No. 3, September 2009, p. 311–325.

indefinidamente em discussões sobre assuntos morais sem nunca chegar nem mesmo perto de um denominador comum⁹³. Isso quer dizer que, nessas questões de moralidade pública – como a justiça, o aborto, ou a guerra –, simplesmente inexistem um critério compartilhado para afirmar a racionalidade ou irracionalidade da premissa que parte o adversário. Não temos como “medir” a racionalidade dessas premissas. Se enxugarmos bem os argumentos de dois interlocutores, portanto, chegaremos a duas premissas completamente opostas que possuem igual validade, sem podermos dizer, no final das contas, qual deve prevalecer⁹⁴.

Um motivo torna esse diagnóstico importante para finalizarmos o presente trabalho: a “incomensurabilidade conceitual”, que tem seu *locus* de ação no campo da moralidade, não pode ser invocada, no âmbito do Direito, para dizer que qualquer teoria vale. Como demonstramos acima, o positivismo jurídico está baseado em três premissas muito bem discerníveis, e perfeitamente atacáveis: máxima de John Austin, *social fact thesis* e *Law as means*. É, sim, possível medir a racionalidade dessas premissas, apontando seus erros. John Finnis, por exemplo, grande jusnaturalista que é, levou a cabo esse procedimento.

Contudo, essa medição é escandalosamente inexistente quando se trata do chamado “pós-positivismo” – notadamente aquele que grassa no Brasil. Como demonstramos acima, o “pós-positivismo” é, em verdade, uma “palavra-gatilho” que age emotivamente, um estratagema argumentativo que tem o poder de alavancar à pessoa do “pós-positivista” a imagem de

⁹³ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. Ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007, p. 6-8.

⁹⁴ Obviamente, MacIntyre vê nisso uma patologia, uma “desordem moral” advinda especialmente da desintegração da filosofia ocorrida durante o iluminismo. Para aprofundamento desse tema, que foge à proposta deste trabalho, recomendamos a leitura de MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. 2. Ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

defensor inveterado da justiça e do progresso, enquanto relega ao “positivista” migalhas de retrocesso teórico e conservadorismo. Basta ver que, geralmente, as críticas apelam ora à *reductio ad hitlerum* – como se dos livros positivistas saísse uma mão ectoplasmática que apalpa com carinho a história de Hitler, legitimando o holocausto nazista –, ora à falácia do espantinho – como se o positivismo jurídico fosse sinônimo de legalismo ou, ainda, de dever de obediência ao Direito Positivo. Mais, o “pós-positivismo” é uma aspirante teoria do Direito que diz ter “superado” o positivismo jurídico sem afrontar os aspectos mais importantes dessa teoria – ou, quando afronta, o faz a partir de um positivismo “antigo” presente em Kelsen, Bobbio e Hart, ignorando ao menos uns 30 anos de incessante discussão e aperfeiçoamento positivista.

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, Wilfried 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.

Tivemos a oportunidade de ver que o “pós-positivismo” erra o alvo, por exemplo, na acusação de que o positivismo jurídico está comprometido inevitavelmente com a “tese da separação” (*separation thesis*). Esse argumento foi levantado

por Robert Alexy na década de 1990 – e até hoje aparece em publicações brasileiras como uma verdade absoluta –, mesmo diante da teoria de Joseph Raz, positivista radical que desde a década de 1970 defende uma conexão conceitual necessária entre Direito e Moral, no que toca à reivindicação de autoridade que o sistema jurídico faz sobre os demais sistemas normativos. Ataque injusto também ocorreu na falsa suposição de que o positivismo jurídico é um sistema que só admite “regras”, e não princípios. O que não passa, em verdade, de uma absurda distorção teórica promovida por Ronald Dworkin em seu antigo trabalho *The Model of Rules I*, distorção que até hoje parece não ter saído do imaginário dos pós-positivistas. Como vimos, isso foi respondido por absolutamente todos os positivistas: Raz afirmou que a antiga teoria de John Austin seria autodestrutiva se não pressupusesse a possibilidade de o soberano editar princípios; e os positivistas incluídos provaram que em 1961, isto é, na publicação original da obra hartiana *The concept of Law*, já havia no positivismo jurídico a possibilidade de testes de validade jurídica a partir de princípios morais substantivos.

Como é evidente, o que os positivistas atuais dizem pode, sim, estar completamente errado. A nosso juízo, um teórico que conseguiu demonstrar a falsidade de várias teses positivistas foi o jusnaturalista John Finnis. Mas aqui a questão é outra. O positivismo jurídico não só não foi “superado” como continua merecendo toda a nossa atenção. Deve ser levado tão a sério quanto qualquer outra teoria. Ortega y Gasset já nos alertava que não havia como superar o idealismo cartesiano sem, antes, ser profundamente idealista – como ele próprio foi, antes de formular a clássica forma “eu sou eu e minha circunstância”⁹⁵. Igualmente, não há como “superar” o positivismo jurídico sem,

⁹⁵ Cf. ORTEGA Y GASSET, José. *O que é a filosofia?*. Lisboa: Independentes, 2007; e ORTEGA Y GASSET. *História como sistema. Mirabeau ou o político*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

antes, ser profundamente um positivista. O que não significa, evidentemente, concordar e pregar a exatidão do positivismo jurídico; mas, sobretudo, conhecer os meandros mais complexos da teoria em sua iluminação atual, em seus encaixes hodiernos, atacando os pontos que são defendidos *hoje*, e não aquelas teses que foram defendidas em uma fase já apagada de maturação teórica.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 08, Alicante: Doxa, 1990.
- ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Against legal principles. In: MARMOR, Andrei (org.). *Law and interpretation: essays in legal philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. *The dual nature of Law*. In: Ratio Juris, v. 23, p. 167-182, 2010.
- _____. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo:

Landy, 2001.

APEL, Karl-Otto. *From a transcendental-semiotic point of view*. New York: Manchester University Press, 1998.

_____. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. São Paulo: Loyola, 2000.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre princípios e regras*. In: Revista Panóptica, Núm. 17, Novembro 2009, p. 49-68.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2. Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- _____. *Beyond Inclusive Legal Positivism*. In: Ratio Juris. Vol. 22 No. 3 September 2009, p. 359–94.
- _____. *Negative and Positive Positivism*. The journal of legal studies v. 11 – jan 1982 – p. 139-164.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- COSSIO, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1939.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *A relevância prática do positivismo jurídico*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 215-253, jan./jun. 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977
- _____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo:

- Martins Fontes, 2005.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- _____. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- _____. *Hart's postscript and the character of political philosophy*. In: Oxford journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 1 (2004), pp. 1-37.
- ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARDNER, John. *How Law Claims, What Law Claims*, in Institutional Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, M. Klatt (ed.), cap. 1, 2011.
- GENRO, Tarso. *Introdução crítica ao Direito: estudos de filosofia do Direito e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- GOLDSTWORTHY, Jeffrey. *The Self-Destruction of Legal Positivism*. In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 10, No. 4, p. 449-486, 1990.
- GREEN, Leslie. *Positivism and the inseparability of law and morals*. In: New York University Law Review, n. 83, p. 1035-1058, 2008.
- _____. *Law as Means*. Oxford University, Legal Research Paper Series: Paper No 8/2009. Disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=1351304>>. Acesso em 06/08/2012.
- _____. *The germ of justice*. Oxford University, Legal Research Paper Series, Paper n. 60/2010. Disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=1703008>>.

- Acesso em 06 ago. 2012.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- _____. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Pure theory of Law*. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005.
- KRAMER, Mathew. *In defense of legal positivism: Law without trimmings*. New York: Oxford University Press, 1999.
- _____. *Legal positivism and objectivity*, in American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law, 2006, p. 9-13.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- _____. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEITER, Brian. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. In: American Journal of Jurisprudence, The University of Texas School of Law, Vol. 48, 2003.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of Law: new approaches to legal positivism*. Netherlands: D. Reidel, 1992.

- MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.
- MEYER, Lucas; PAULSON, Stanley; POGGE, Thomas (orgs.). *Rights, culture, and the Law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.
- _____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- ORTEGA Y GASSET, José. *O que é a filosofia?*. Lisboa: Independentes, 2007.
- _____. *História como sistema. Mirabeau ou o político*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- _____. *La Idea de principio en Leibniz y la evolucion de la teoria deductiva*. p. 3. Disponível em Scribd: <<http://pt.scribd.com/doc/14136697/Jose-Ortega-y-Gasset-La-idea-del-principio-en-Leibniz-y-la-evolucion-de-la-teoria-deductiva>>. Acesso em 06/08/2012.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999
- PERRY, Stephen. *Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism*. Ratio Juris., Vol. 22, No. 3, September 2009, p. 311–325.
- PINO, Giorgio. *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato Costituzionale*. Disponível em <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/ana_lisi_1998/Pino1.pdf>. Acesso em 07/05/2012.
- RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. New York: Oxford University Press, 2009.

- _____. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*. In: George Pavlakos, (org.). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing, 2007) p. 17-36.
- _____. *Authority Of Law – Essays On Law And Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- _____. *El concepto de sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- _____. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5, Abril/1972, p. 823-85.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SHAPIRO, Scott. *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?* in M. Adler and K. Himma, eds., *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- _____. *Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?* In: *Ratio Juris*. Vol. 22, No. 3, September 2009, p. 326–338.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. Pós-fácio à obra “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico”, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2010.
- _____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15, n. 1, p.

158-173, jan-abr 2010.

VILLA, Victorio. Neil MacCormick's Legal Positivism. In: DEL MAR, Makysimilian; Bankowski, Zenon (orgs). *Law As Institutional Normative Order*. London: Ashgate, 2009, p. 44–64.

VOEGELIN, Eric. *A natureza do Direito e outros textos jurídicos*. Lisboa: Vega, 1998.

WALUCHOW, Wilfried. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid:Trotta, 2007.