

O Neoconstitucionalismo e os Seus Contornos Essenciais

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. Teorias Naturalistas. 3. Teorias Positivistas. 4. Pontos de Contato e de Distanciamento entre Naturalismos e Positivismos. 5. A Penetração dos Valores nas Teorias Positivistas e o Florescer do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo. 6. Aspectos Essenciais do Neoconstitucionalismo. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Estudos contemporâneos na seara do direito constitucional têm utilizado, de modo recorrente, o significante *neoconstitucionalismo*. Não é exagero afirmar que a frequência do seu uso rivaliza com a falta de clareza do significado que pretende externar. Etimologicamente, o prefixo *neo*, oriundo do grego, indica o que é novo. Portanto, estaríamos perante um novo constitucionalismo. Mas o que seria isso? Seria uma forma específica de identificar e catalogar as maneiras de estruturar e compreender a ordem constitucional? Ou seria uma fórmula inacabada, que se transformaria, dia após dia, com a agregação de algo ao *acquis* do direito constitucional?

O constitucionalismo global, em que certos arquétipos, especialmente na seara dos direitos humanos, são constantemente reproduzidos pelos Estados, está longe de conferir uniformidade aos distintos sistemas. O mesmo ocorre com o reconhecimento da especial permeabilidade de determinados padrões normativos, como os princípios, à influência da base de valores do ambiente sociopolítico, e com teorias e métodos de interpretação constitucional, que tendem a aproximar o *iter* argumentativo voltado ao delineamento da norma constitucional. Nenhum desses fatores afasta a constatação de que os sistemas não evoluem *pari passu*. Objetivos e prioridades tendem a apresentar variações de ordem quantitativa e qualitativa; o protagonismo dos distintos atores, a começar pelo Tribunal Constitucional, tem nítidas oscilações. Em verdade, o fator

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei nº 8.429/1992. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

decisivo para a ausência de prevalência da uniformidade entre as Constituições reais, vale dizer, entre aquelas que se projetam no dia a dia do ambiente sócio-político, e aqui parafraseamos Lassalle, é a especificidade de cada sociedade.

Uma sociedade se distingue da outra por uma pluralidade de fatores, entre os quais destacamos um: a diversidade de sua base de valores. É justamente essa base de valores, especialmente em Constituições compromissórias como a brasileira, que integrará o conteúdo da norma constitucional, com ênfase para aquelas de estrutura principiológica, e influirá no modo como alcançará a realidade. No extremo oposto, é a mesma base de valores que pode conduzir ao desuso de uma norma constitucional ("*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*")¹ ou comprometer a própria integração de sua eficácia. Um exemplo bem sugestivo dessa última perspectiva de análise é oferecido pelo art. 5º, XLIX, da Constituição brasileira, segundo o qual "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Como os presos, em sua grande maioria, são submetidos ao encarceramento em condições sub-humanas, ao que se soma a constatação de que a continuidade desse estado de coisas é vista com relativa naturalidade por considerável parcela da sociedade, cuja base de valores não a repugna, é natural que o resultado seja a retração da eficácia de um comando constitucional.

O neoconstitucionalismo, portanto, tende a apresentar variações de tempo, lugar e conteúdo. Nessas breves linhas, direcionaremos nossa atenção àquele que consideramos um dos seus aspectos mais relevantes de sua individualização, contribuindo, em muito, para dissociar a compreensão da ordem constitucional do positivismo clássico. Trata-se da interseção entre o deontológico e o axiológico.

A Constituição, há muito, deixou de ser vista como um mero arquétipo neutral de organização política e de proteção das liberdades individuais. Não permanece adstrita ao plano jurídico-normativo e foi erigida à posição de epicentro axiológico-normativo do ambiente sociopolítico, moldando e sendo moldada, construindo e sendo reconstruída, sempre em harmonia com as vicissitudes da realidade. O neoconstitucionalismo marca a virada axiológica das reflexões sobre a Constituição, sendo responsável pela aproximação entre referenciais jurídicos e políticos. Contribui, ainda, para o avanço das construções teóricas que diuturnamente demonstram a abertura e a flexibilidade da unidade existencial normoaxiológicamente ordenada e de caráter fundante denominada de sistema constitucional.²

Na medida em que a Constituição formal torna-se não só permeável, como dependente, dos influxos de natureza axiológica colhidos na realidade, é inevitável a sua passagem por um intenso processo de remodelagem, exigindo amplas alterações de ordem metódica no âmbito da teoria da norma e da teoria da interpretação. Com isso, normas de estrutura principiológica têm a sua funcionalidade reinventada;

¹ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002, p. 147.

² Cf. ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 42 e p. 10-13 e 77-78.

os valores deixam de ser vistos como puras abstrações morais desprovidas de importância e conteúdo; o nivelamento formal passa a coexistir com a hierarquia axiológica, maximizando a importância dos juízos valorativos realizados; e o processo de interpretação constitucional, a cada dia, se vê mais distante do cognitivismo e da lógica dedutiva que conferem sustentação ao silogismo mecanicista.

A abertura axiológica da ordem constitucional denota a sua capacidade de evoluir e se modificar;³ a flexibilidade, a aptidão para se ajustar à realidade, o que ocorre sem a necessária alteração dos seus balizamentos formais.

Considerando a relevância atribuída aos valores na integração da normatividade constitucional, utilizaremos, como fio condutor da abordagem, o processo de delineamento da norma sob a ótica das construções teóricas enquadradas sob a epígrafe do naturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. Trata-se de significantes linguísticos nitidamente polissêmicos, que absorvem inúmeras construções distintas, unidas entre si por alguns poucos traços comuns. Expressam, em seu âmago, a necessidade de o homem observar certos balizamentos na formação do direito ou, em sentido diverso, a presença de uma total liberdade criativa, ainda que alegadamente vinculada a algum referencial metafísico.⁴

Como se perceberá, é perfeitamente possível prestigiar construções teóricas que valorizem o texto normativo e, simultaneamente, apregoem a sua permeabilidade axiológica, sem necessariamente aderir ao naturalismo. Em relação ao positivismo, é relevante analisar a sua capacidade, ou não, de adaptação às exigências atuais, que não se ajustam a uma irrestrita separação entre os referenciais jurígeno e axiológico. A partir daí, será possível identificar o alicerce de sustentação das teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Nesse processo argumentativo, seguiremos, em suas linhas gerais, os desenvolvimentos teóricos que já declinamos a respeito dessa temática⁵.

2. Teorias Naturalistas

As teorias naturalistas, apesar das variações que apresentam, principiando pelo seu alicerce metafísico de sustentação,⁶ relacionado a “cosmovisões”⁷

³ Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz). Trad. de MENEZES CORDEIRO. A. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 104.

⁴ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito* (Rechtsphilosophie). Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 31.

⁵ Cf. GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. É parcialmente reproduzido, neste artigo, o item “o constitucionalismo e a virada axiológica”, inserto nas p. 188-214.

⁶ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 28-30; PAGANO, Aúthos. *O direito natural, a justiça e os fatos sociais*. São Paulo: Luzes Gráficas, 1966, p. 97-98; e ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1982, p. 94 e ss.

⁷ Cf. HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião...*, p. 288.

(teológica,⁸ racionalista,⁹ humanística,¹⁰ do estado de natureza¹¹ etc.), convergem no reconhecimento da insuficiência do direito posto¹² e de que as normas jurídicas preexistem à atividade do intérprete.¹³ São apenas conhecidas, não criadas. Independentemente de qualquer ato de vontade, já que ofertadas por um referencial superior, sendo espontâneas. E o seu significado é tão somente apreendido, o que lhes assegura aprovação e aceitação inatas.¹⁴ A função do intérprete seria descobrir o significado de uma “Constituição não escrita”, cujos princípios transcendentais, exteriores e superiores à Constituição formal, constituem o seu fundamento.¹⁵ A partir dessas premissas, é possível afirmar que o naturalismo pode ser visto a partir de uma perspectiva (a) metodológica, indicando os referenciais de análise a serem utilizados pelo intérprete, bem como o modo de apreendê-los, ou (b) substantiva, refletindo o conteúdo dos padrões de conduta por ele oferecidos.¹⁶

⁸ O Apóstolo Paulo afirmava que os gentis, mesmo antes da lei, guiavam-se pela natureza e cumpriam a lei, isso ao observarem a vontade divina (Romanos, 2, 12-14). Trata-se da superposição entre o *fas* e o *ius* a que se referiu Groppali (*Filosofia do Direito*. Trad. de RODRIGUES GAMA, Ricardo. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 67). O acolhimento dos Evangelhos como lei dos homens reflete a tendência “de absorver a cidade terrestre na Cidade de Deus, de criar e de organizar sobre a terra a Cidade de Deus” (VILLEY, Michel. *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 41).

⁹ Kant via no direito natural um “conjunto de princípios universais, absolutos, perfeitos e imutáveis, derivados da própria razão humana” (*A Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, Parte I, Livro I, Capítulo I, §7).

¹⁰ Cf. BARBOSA PINTO, Marcos. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189; e CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 7-8. Segundo esse último autor, “a normatividade das relações coletivas é inerente à existência mesma do homem, transcendendo do direito oficial vigente”.

¹¹ Lê-se, no Digesto de Ulpiano, que “*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (“direito natural é aquilo que a natureza ensina a todos os animais”) – Livro I, Título I, §3º. Vatel, referindo-se às relações internacionais, averbava que “a Nação tem também os mesmos direitos que a natureza dá aos homens” (*Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, T. I. Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1863, p. 79-80). Construções dessa natureza, como observado por Barzotto, refletem um “reduccionismo antropológico”, subtraindo do ser humano a característica de sujeito e submetendo-o, a exemplo dos demais animais, às determinações da natureza [Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, in: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da Pessoa Humana*. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39 (49)]. George Bonjean, do mesmo modo, a considera uma “ideia bizarra” (*Explication Méthodique des Institutes de Justinien*, T. 1^{er}. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1878, p. 7).

¹² Cf. ALEXANDER e SHERWIN. *The rule...*, p. 184.

¹³ Essa concepção é nítida no pensamento de Sieyès, ao fundar o Poder Constituinte no direito natural e os poderes constituídos no direito positivo (*Qu’est-ce...*, p. 111).

¹⁴ Cf. BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standard University Press, 1978, p. 90 e ss. Villey distinguia entre o “direito natural clássico” e o “direito natural moderno”. O primeiro, inspirado em Aristóteles [*Ética...*, Livro V, 1137 b, 14, p. 221-223] e que via no direito não um conjunto de regras, mas, sim, um estado de coisas racional, que exprimiria as relações justas entre os homens, consoante a observação da natureza. O segundo, por sua vez, via no ser humano e em sua existência a única realidade, claro indicativo de que o jusnaturalismo estaria na origem da doutrina dos direitos humanos [*Abregé du droit naturel classique*, in: APD, nº 6, 1961, p. 25 (25 e ss.)]. Dessas teorias decorreria a contraoposição entre direito natural objetivo e direito natural subjetivo, sendo este último defendido por Locke [Segundo Tratado sobre o Governo (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 23 e ss.] e combatido por Villey, que realçava o seu distanciamento das bases de sustentação do naturalismo, voltadas à individualização do comando normativo justo, ao que se soma a constatação de que concepções individuais de justiça (*rectius*: subjetivas) sempre estarão reféns das preferências de cada interessado, o que multiplicaria as pretensões alegadamente fundadas no direito natural [*La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam*, APD, nº 9, 1964, p. 97 (97 e ss.)].

¹⁵ Cf. AGUILA. Cinq questions..., in: RFDC nº 21, 1995, p. 9 (11).

¹⁶ Cf. LEITER, Brian. *Naturalism and Naturalized Jurisprudence*, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 79 (81).

Em síntese: para os naturalistas algum fato empírico determina como as pessoas devem viver.¹⁷ Sua verdade e justiça se manifestam no plano objetivo, o que lhes confere uma pretensão à universalidade (*rectius*: geral aceitação, denotando a sua justificação¹⁸), sendo necessariamente vinculantes.¹⁹ Em face à base axiológica que lhes dá sustentação, concepções naturalistas associam o direito à justiça:²⁰ enquanto a expressão *direito* seria pleonástica, pois somente pode existir direito que seja justo, a expressão *direito injusto* seria nitidamente contraditória, já que o injusto não pode ser direito.²¹ O direito jamais se compatibilizaria com uma postura avalorativa. Os juízos de valor, não obstante imprescindíveis ao delineamento do direito, assumiriam feição meramente descritiva, o que os sujeitaria a uma verificação empírica, daí decorrendo a possibilidade de serem considerados verdadeiros ou falsos. Em relação à origem desses valores, é comum aglutinar as distintas construções existentes em subjetivistas e objetivistas.²²

Uma primeira construção subjetivista sustenta que os juízos de valor encontram a sua base de sustentação em referenciais afetos à essência do ser humano, concebido em sua individualidade, tais como os sentimentos e as atitudes.²³ Na medida em que os valores assim colhidos refletiriam o entendimento de pessoas específicas, não haveria um verdadeiro conflito axiológico quando destoassem do entendimento de outras pessoas. Afinal, valores dessa natureza permaneceriam atrelados e indissociáveis de sua origem. Em outras palavras, cada pessoa possuiria e exprimiria os seus próprios valores, que seriam seus e apenas seus, em nada dependendo da aquiescência alheia. Para superar a inconsistência dessa incontrolável pulverização axiológica, tem-se uma variante do naturalismo subjetivista que associa os sentimentos ou as atitudes não a uma pessoa específica, mas à maioria dos componentes de certo grupo social. Os juízos valorativos assumiriam feição coletiva, não meramente individual. Uma vez delineada a “identidade” do grupo, seriam identificados verdadeiros conflitos axiológicos sempre que os valores por ele prestigiados não se harmonizassem ao paradigma de análise. Quando o cotejo se estendesse aos valores prestigiados por outro grupo distinto, o conflito se dissiparia, já que cada um deles teria sua própria identidade. Essa concepção ainda traz consigo outro complicador, que é justamente a tendência em se atribuir o qualificativo de grupo à maioria, daí decorrendo que os valores prestigiados pela minoria seriam necessariamente tidos como equivocados.

As construções objetivistas, por sua vez, entendem que os juízos valorativos, apesar de descreverem fatos passíveis de verificação empírica, não encontram sustentação

¹⁷ Cf. DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008, p. 29.

¹⁸ Cf. CHRISTODOULIDS, Emiliós. Elliding the Particular: A Comment on Neil MacCormick's Particulars and Universal's, in: BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James (Org.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006, p. 97 (98).

¹⁹ Cf. ROSS, Alf. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*. Trad. de FEBBRAJO, A. Itália: A. Pessina, 1961, p. 142.

²⁰ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia Jurídica Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 61.

²¹ Cf. GUASTINI. *Das fontes...*, p. 116. Na síntese de Del Vecchio, direito natural “é o critério absoluto do justo” (*Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de BRANDÃO, António José. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 334).

²² Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 356-359.

²³ *Sobre a teoria do intuitivismo ou intuicionismo, vide* GROPPALI. *Filosofia...*, p. 73; e ALEXY. *Teoria da Argumentação...*, p. 48-49.

em sentimentos ou atitudes de pessoas ou grupos específicos. Não é incomum, por exemplo, que concepções utilitaristas sejam associadas à visão naturalista, de modo que os referidos juízos de valor, além de apresentarem o conteúdo que mais se ajuste à felicidade e ao bem-estar da maioria (feição utilitarista),²⁴ assumam contornos puramente descritivos, refletindo a apreensão de um sentido preexistente (feição naturalista). O naturalismo de base teológica, por sua vez, extrai os valores do plano da espiritualidade, cuja base última de sustentação é a fé. Construções dessa natureza apresentam o grave inconveniente de inviabilizar qualquer tipo de discussão moral com quem não professe a mesma fé, já que o plano moral seria integralmente absorvido pelo religioso.

G. E. Moore criticava a “falácia naturalista”²⁵ sob o argumento de que as teorias naturalistas confundiam o plano dos fatos empíricos com o plano dos valores, o que, em última *ratio*, apontaria para a falsidade do naturalismo. Afinal, no plano intrínseco, sob a lógica das teorias naturalistas, não haveria qualquer inconveniente em se identificar valores a partir de fatos. A teoria naturalista seria falsa na medida em que sempre seria possível, de modo razoável, elastecer ou restringir o significado dos enunciados linguísticos, indicativo de que eles não ostentariam um único significado correto, que seria tão somente verificado pelo intérprete. Ainda que se tente atribuir uma “propriedade natural” a um dado significado (v.g.: bom), sempre seria pertinente o questionamento se um dado objeto se enquadra nesse significado. Moore simplesmente negava a possibilidade de o “bom” ser definido a partir de uma qualidade natural.

As construções naturalistas, especialmente ao serem utilizadas para alicerçar os direitos humanos, evidenciam algumas deficiências bem acentuadas quando contextualizadas no plano sociológico. A utilização de referenciais metafísicos, passíveis de mera verificação, torna inevitável a expectativa de uma relação de identidade entre os distintos sistemas jurídicos.²⁶ Aristóteles²⁷ já realçara que o direito natural “é aquele que tem em todas as partes a mesma força, independente do que pareça ou não”. Parte-se da premissa de que a realidade do mundo natural é a mesma em qualquer lugar e, conseqüentemente, que todos os povos estão sujeitos à mesma lei superior, raciocinando do mesmo modo. Ignora-se que nem todos os povos apresentam o mesmo nível civilizatório ou os mesmos conceitos de justo e injusto, bem como que a natureza individual, como observado por Durkheim,²⁸ é determinada e transformada pelo fator social. Identificar a existência de certos padrões morais que rotineiramente se repetem nos distintos grupamentos humanos não é o mesmo que apregoar, como pretendem os naturalistas, a sua estabilidade e permanência em todos. É factível que esses padrões oscilam de civilização para civilização, estendem-se ou comprimem-se.²⁹

²⁴ MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 92. Para esse autor, a tese fundamental do direito natural é a de que a autoridade do direito deriva do bem comum.

²⁵ *Principia...*, p. 15-16; e 123.

²⁶ Cf. DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30.

²⁷ *Ética...*, Livro V, 1134b, p. 21.

²⁸ *As Regras do Método Sociológico*. Trad. de NEVES, Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108.

²⁹ Cf. CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 34.

3. Teorias Positivistas

Não menos numerosas, as construções positivistas apresentam feições extremamente diversificadas. Bobbio,³⁰ por exemplo, distinguia três possibilidades de uso da palavra positivismo, não identificando uma ligação necessária entre elas: positivismo enquanto (1) *método*, evidenciando a oposição ao direito natural, o que indicaria o modo de análise do direito, permitindo distinguir o “direito real”, a ser meramente descrito, do “direito ideal”, a ser valorado; (2) *teoria*, que engloba seis concepções sobre a natureza do direito, as três primeiras (coativa, legal e imperativa) configurariam os alicerces do positivismo e as outras três (coerência, completude e interpretação mecânica do ordenamento) delineariam o positivismo em sentido amplo; e (3) *ideologia*, significando que o positivismo pode ser visto em sentido fraco, de modo que o direito deve encampar certos valores, ou em sentido forte, permanecendo alheio a qualquer consideração de ordem moral, o que impõe a sua observância qualquer que seja o conteúdo.

A visão do positivismo enquanto ideologia em sentido forte, máxime após a barbárie nazista, tem sido vista como o seu “calcanhar de Aquiles”, crítica que termina por ser irrefletidamente estendida a toda e qualquer teoria positivista.³¹ Esse modo de ver o positivismo apresenta contornos nitidamente axiológicos, pois pressupõe a existência de um dever moral de obedecer às normas do direito positivo com abstração do seu conteúdo.³² Choca-se com o positivismo enquanto método, que não admite essa simbiose entre direito e moral.

Quanto às teorias realistas, que contextualizam a validade do direito no modo como é aplicado, Bobbio reluta em inseri-las na concepção mais ampla de positivismo sob o argumento de que a sua definição de direito apreende as normas do modo como são efetivamente seguidas numa sociedade, assumindo contornos factuais. Os positivistas, em sentido diverso, consideram o direito sob o prisma da validade (o dever ser), não sob a ótica da eficácia (ser). Essa crítica, por certo, é direcionada às teorias que conferem primazia ao *ser*, somente reconhecendo a validade das normas efetivamente aplicadas. No realismo jurídico norte-americano, por exemplo, o direito em vigor é tão somente aquele que o juiz aplica.³³ Observa-se, no entanto, que para o juiz aplicar a norma é necessário que ela exista e, principalmente, que seja obrigatória. Com isso, pode-se concluir que a justificação dessa obrigatoriedade terminará por conduzir ao esquema teórico de Kelsen, que exige uma relação de conformidade com uma norma superior.³⁴

³⁰ *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. de PUGLIESI, Marcio; BINI, Edson ; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233-237; e *Idem* Sul positivismo giuridico, in: *RF*, nº LII, 1961, p. 14 (14 e ss.).

³¹ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 32.

³² Cf. CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 326.

³³ Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*, publicado originalmente em *HLR* nº 8, 1897, p. 457, e reproduzido em *Collected Legal Papers*. New York: Peter Smith, 1952, p. 167 (167-169).

³⁴ Cf. TROPER, Michel. *A filosofia do direito* (La philosophie du droit). Trad. de DEIRO. Ana. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 54.

Direcionando nossa atenção às construções que tratam do positivismo jurídico como método, realçando a sua oposição ao direito natural e a sua independência em relação aos paradigmas de moral e de justiça (ou a qualquer outra crença metafísica, como afirmava Duguit³⁵), pode-se afirmar que são normalmente impulsionadas pelo desejo de atribuir preeminência à lei (o legocentrismo),³⁶ enquanto principal fonte de direito,³⁷ de modo a assegurar a certeza e a previsibilidade no âmbito das relações jurídicas.³⁸ É a primeira revolução do direito a que se referiu Ferrajoli, baseada na onipotência do legislador.³⁹ Sustenta-se que as normas surgem a partir de construções linguísticas, de natureza voluntária, impostas por convenções humanas⁴⁰ ou por quem detém competência para tanto,⁴¹ não estando integralmente inseridas no universo axiológico, ao que se soma a constatação de que o conhecimento da natureza redonda em fatos, não em valores. Em consequência, não haveria qualquer contradição ao falarmos em “direito injusto” e muito menos tautologia ao invocarmos a existência de um “direito justo”.⁴² O positivismo busca a validade normativa em sua genealogia, o direito natural na justiça.⁴³ Diversamente das construções naturalistas, não vê o conteúdo do direito como algo preexistente e meramente cognoscível, mas, sim, como fruto da vontade e do arbítrio do próprio homem.⁴⁴

Esse modo de ver a ciência jurídica era realçado por Montesquieu,⁴⁵ que reforçava a importância da lei e minimizava o papel dos juizes, sempre adstritos à reprodução literal do seu sentido. Associa-se ao formalismo interpretativo, que vê na interpretação uma atividade de puro conhecimento, sem qualquer margem para juízos valorativos e decisórios, atividades que, caso realizadas, importariam em meras opções, o que ofereceria ao intérprete um desmedido espaço de discricionariedade e retiraria do produto da interpretação qualquer resquício de objetividade. O direito seria visto como um sistema fechado, de todo indiferente aos valores colhidos no ambiente sociopolítico, situação que, na correta observação de Posner,⁴⁶ não o tornaria suscetível a reconstruções de sentido.

³⁵ *Traité de Droit Constitutionnel*. Tome 1^{er}, 3^a ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs, 1927, p. 3 e 74-75.

³⁶ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 38.

³⁷ Cf. VON SAVIGNY. *Traité...*, T. 1^{er}, p. 48.

³⁸ Cf. MORTATI. *Costituzione...*, in: *Enciclopedia...*, p. 139, §26.

³⁹ Los fundamentos de los derechos fundamentales, debate com Luca Baccelli; Michelangelo Bovero; Ricardo Guastini; Mario Jori; Anna Pintore; Ermanno Vitale y Danilo Zolo in: DE CABO, A. ; PISARELLO, G. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53 e 55.

⁴⁰ Cf. TEBBIT, Mark. *Philosophy of law: an introduction*. London: Routledge, 2000, p. 11.

⁴¹ O conceito de lei estabelecido por John Austin confere especial realce à origem do direito positivo: “*regra estabelecida para a conduta de um ser inteligente por um ser inteligente com poder sobre ele*” (*The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998, p. 18).

⁴² Cf. CARRIO. *Notas sobre Derecho...*, p. 386. Note-se que para o denominado “positivismo ético”, o direito, pelo só fato de ter emanado de uma vontade dominante, é justo e deve ser obedecido por força de um dever moral, concepção que termina por suprimir qualquer distinção entre direito e moral ou entre legalidade e justiça. Cf. BOBBIO. *Giusnaturalismo...*, p. 110; e CARVAJAL CORDÓN, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 1999, p. 229.

⁴³ Cf. DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30.

⁴⁴ Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 61-62.

⁴⁵ Cf. *De L'Esprit des lois...*, Tome 1^{er}..., p. 165-166.

⁴⁶ *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 192.

4. Pontos de Contato e de Distanciamento entre Naturalismos e Positivismos

A interação entre teorias naturalistas e positivistas sempre permeou o debate a respeito da fundamentação teórica de cada uma delas. A polarização, em verdade, é argumento comumente utilizado para demonstrar a individualidade existencial da respectiva teoria, não sendo identificada, em intensidade semelhante, a mesma preocupação em relação às demais teorias enquadradas sob a mesma epígrafe. Em outras palavras, naturalistas comumente criticam positivistas, sendo a recíproca verdadeira. Por outro lado, é normalmente limitada a crítica que uma teoria naturalista faz a outras congêneres, o mesmo ocorrendo no âmbito do positivismo.

Alguns positivistas simplesmente contestavam a existência do direito natural e outros o reconheciam, limitando-se a negar a vinculatividade do direito positivo às suas prescrições. Enquanto o pensamento monista reduz o direito ao sistema jurídico estatal e apregoa o positivismo enquanto ideologia, posição que impede o delineamento de uma verdadeira teoria da justiça e, em face às atrocidades praticadas por regimes totalitários, quase levou o positivismo jurídico ao descrédito, as correntes pluralistas reconhecem a existência de normas não estatais, mas normalmente negam a sua vinculatividade.⁴⁷ Austin, por exemplo, reconhecia a dicotomia entre a lei dos homens e a lei de Deus, que seria uma verdadeira “lei natural”; evitava, no entanto, o uso da expressão por considerá-la ambígua,⁴⁸ preferindo falar em “lei divina”.⁴⁹ Hobbes,⁵⁰ embora não vislumbrasse na “lei natural” uma verdadeira lei, pois somente ostentaria esse atributo o comando instituído pelo Estado, vale dizer, a “lei civil”, via na equidade, na justiça, na gratidão e em outras virtudes morais delas derivadas, verdadeiras qualidades que predispunham os homens para a paz e a obediência. Quando essas qualidades eram apreendidas pelo Estado, a lei natural passava a fazer parte da lei civil e quando não o fossem, prevalecia o poder absoluto e centralizado, que teria como únicos limites aqueles estabelecidos pelo contrato social.⁵¹ Apesar da “concessão”, mantinham-se atrelados ao positivismo ao observar que a ciência jurídica não precisa se preocupar com o que é moralmente certo ou errado.

Os naturalistas, por sua vez, evitando se desprender do palpável e avançar no puramente utópico, costumam reconhecer a imperatividade da produção legislativa estatal, já que a existência e o poder de império do Estado são realidades inegáveis. Apregoam que esse “direito” perderá tal característica e deixará de ser vinculante sempre que não estiver em conformidade com o direito natural (v.g.: a lei de Deus⁵²).

⁴⁷ Cf. VASCONCELLOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 256-257.

⁴⁸ Sobre as dificuldades em apreender o sentido do direito natural, vale lembrar a advertência de Michel Villey: “je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre. Le droit naturel est esotérique” (*Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*. Paris: P.U.F., 1995, p. 45).

⁴⁹ *The Province...*, p. 19.

⁵⁰ *Leviatã...*, p. 198-199.

⁵¹ *Leviatã...*, p. 127 e ss.

⁵² Cf. SUÁREZ, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. vol. 3 – *De La ley positiva humana en si misma y en quanto puede considerarse en la pura naturaleza del hombre, la cual se llama también ley civil*. Trad. de TORRUBIANO RIPOL, Jaime. Madrid: Réus, 1918, p. 9.

A base de valores que confere vinculatividade ao naturalismo e é desconsiderada (como vinculante⁵³) pelo positivismo enquanto método (também denominado de clássico, metodológico ou neutral) pode ser reconduzida à ideia mais ampla de moral.⁵⁴ As divergências entre um e outro necessariamente tangenciam as relações entre direito e moral: para o naturalismo a conexão é intrínseca, para o positivismo, não é imprescindível.⁵⁵ Enquanto naturalistas extraem a norma de uma base moral,⁵⁶ positivistas identificam a norma e posteriormente a cotejam com essa base moral. Para o positivismo enquanto método, não haveria qualquer contradição na existência de uma “norma jurídica imoral”, já que a qualificação de uma norma como jurídica independe de qualquer compatibilidade com exigências de natureza moral, possibilidade que, como dissemos, seria simplesmente impensável para um naturalista ortodoxo.⁵⁷

Naturalismos e positivismos (ao menos os formalistas, de feição clássica) também apresentam zonas de convergência. A primeira delas está presente no plano metódico, sendo caracterizada pela posição assumida em relação ao esquema “sujeito/objeto”.⁵⁸ De acordo com esse esquema, a justiça do direito seria um dado objetivo e a atividade cognitiva desenvolvida pelo intérprete seria caracterizada pela absoluta separação entre o sujeito e o objeto, de modo que o conhecimento permanecesse imune a qualquer influxo subjetivo.⁵⁹ O intérprete não estaria inserido no “horizonte de compreensão”⁶⁰ e se limitaria a representar passivamente o objeto, sem participar da sua criação. Enquanto os naturalismos extraem a justiça de um referencial metafísico de sustentação, os positivistas clássicos o encontram no texto normativo, que apresenta características objetivas e não se sujeita a qualquer valoração de ordem subjetiva. Sujeito cognoscente e objeto cognoscido seriam unidades autônomas e rigidamente separadas. A insuficiência do esquema “sujeito-objeto”, como veremos, é evidenciada pela indiscutível participação do intérprete no delineamento da norma, que não é propriamente conhecida, mas delineada a partir de um processo de integração criativa: sujeito e objeto interagem,⁶¹ não permanecendo separados. A segunda zona de convergência entre naturalismos e positivismos reside no reconhecimento da independência existencial entre a

⁵³ Cf. COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. *Legal Positivism*, in: PATTERSON, Dennis (Org.). *A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A: Wiley-Blackwell, 1999 (reimp. de 2003), p. 241 (241). Como ressaltado por KRAMER, direito e moral não são instâncias “separadas”, mas “separáveis”, o que denota não ser imprescindível a conexão entre ambas (*In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 2).

⁵⁴ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 18.

⁵⁵ Cf. WALDRON. *Law...*, p. 165.

⁵⁶ Cf. EHRENZWEIG, Albert Armin; KNIGHT, Max. *Law: a personal view*. The Netherlands: BRILL, 1977, p. 127.

⁵⁷ Cf. CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 327-328.

⁵⁸ Cf. KAUFMANN. *La Filosofía...*, p. 41-43; e *IDEM*. *Filosofía...*, p. 396-397.

⁵⁹ Hessen, por exemplo, sustentava a dicotomia sujeito/objeto e realçava que o objeto de conhecimento, além de meramente descoberto, teria influência direta sobre o sujeito cognoscente, concorrendo para a sua redefinição (*Teoria do Conhecimento*. Trad. de CORREIA, Antonio. 8ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 26-27).

⁶⁰ Cf. KAUFMANN. *Filosofía...*, p. 68.

⁶¹ Cf. FREITAS. *A interpretação sistemática...*, p. 38.

norma e uma “realidade histórica concreta”;⁶² ambos concordam que o significado normativo deve ser apreendido a partir de um referencial estático, que pode assumir, respectivamente, contornos metafísicos ou advir da vontade humana.

A “onipotência positivista”,⁶³ decorrente da sedimentação da democracia e do prestígio auferido pelos textos constitucionais, criou, especialmente a partir do final do século XIX, um ambiente de resistência às teorias naturalistas, que somente reconheciam a imperatividade das normas postas pela autoridade competente na medida em que compatíveis com certos valores superiores. Isso, no entanto, não importou no amplo e irrestrito acolhimento do positivismo, ao menos não daquele de feição clássica, em que o conteúdo da norma, exaurido pelo texto, seria tão somente conhecido pelo intérprete, que passaria ao largo de qualquer operação de índole valorativa.⁶⁴

O efetivo desenvolvimento teórico do positivismo foi realizado por Kelsen, que lançou as bases da teoria normativista ou lógico-normativa do direito e difundiu o que poderíamos denominar de *positivismo neutral*. Sua teoria encontra raízes no positivismo lógico do “Círculo de Viena”, que somente atribui importância ao que pode ser verificado logicamente, negando qualquer sentido às proposições metafísicas, como aquelas de natureza valorativa, vistas que são como mera expressão de sentimentos.⁶⁵ Distancia-se do jusnaturalismo por considerar os valores insuscetíveis de conhecimento, o que facilita a sua manipulação, sendo sempre ajustados às preferências pessoais. Aparta-se, ainda, do positivismo clássico (de contornos psicológicos ou sociológicos), que assemelhava a norma a fatos, entendendo que a norma jurídica não poder ser concebida, apenas, como uma ordem acompanhada de sanção. A partir desses pontos de divergência, conclui que o direito deve ser visto como um conjunto de normas imperativas, não de fatos, cabendo à ciência jurídica apenas descrevê-lo, enquanto dever ser objetivo, com abstração de qualquer juízo valorativo ou preferência pessoal.

Para Kelsen,⁶⁶ o direito positivo é imposto por atos de vontade, com origem e fim no ser humano, inserindo-se no universo do dever ser. A ciência jurídica teria por objeto, apenas, estruturas formais, mais especificamente as normas postas pela autoridade competente, não adentrando em considerações que avancem na análise do seu conteúdo ou que se direcionem à ordem moral, possibilidades inacessíveis ao conhecimento científico. O direito vigente é o direito positivo, não o direito idealizado pelo intérprete, alicerçado em juízos valorativos característicos do discurso moral. Ciência jurídica e intérprete, cada qual ao seu modo, devem tão somente descrever o direito vigente, não valorá-lo. Suas proposições, por serem essencialmente descritivas, poderão ser qualificadas de verdadeiras ou falsas. A norma, desse modo, poderia

⁶² OESER. *Evolution and constitution...*, p. 15.

⁶³ FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo, in: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* (Dizionario di Politica). Vols. 1 e 2. Trad. de VARRIALE, Carmen C.; LO MÔNACO, Gaetano; FERREIRA, João; GUERREIRO PINTO CACAIS, Luís; DINO, Renzo. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 655 (659).

⁶⁴ Cf. SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità, 1965, p. 34.

⁶⁵ Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 21.

⁶⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (Reine Rechtslehre). Trad. de BAPTISTA MACHADO, João. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-9.

ter qualquer conteúdo (*Gesetz ist Gesetz*⁶⁷ – lei é lei); a preocupação seria agir de modo normativamente válido, não de modo justo;⁶⁸ a validade seria auferida, em última instância, na norma fundamental, qualificada inicialmente como “hipótese”⁶⁹ e, posteriormente, como “ficção”;⁷⁰ não em uma pauta de valores.

Enquanto os naturalistas somente apregoam a vinculatividade do direito justo, na teoria de Kelsen, o direito, justo ou não, seria sempre vinculante. A norma poderia ter qualquer conteúdo, ainda que absurdo. Esse ponto de sua teoria motivou reações enérgicas, que são sintetizadas no título do sugestivo opúsculo de Klenner,⁷¹ que via a sua *Rechtslehre* (Teoria do Direito) como algo *Rechtsleere* (Vazio de Direito).

Como ressalta Santiago Nino,⁷² o positivismo neutral não precisa estar necessariamente fundado em um “ceticismo ético”, indicativo da dificuldade em se identificar valores morais de aceitação universal, passíveis de serem apreendidos e demonstrados por meios objetivos e racionais; indicando que somente os enunciados empíricos, não os morais, seriam suscetíveis de apreensão racional. É factível que a moral existe e influi no delineamento do direito. No entanto, para os prosélitos dessa teoria, considerações de ordem moral não seriam decisivas no delineamento do conteúdo ou condicionariam a validade do direito.⁷³ O direito teria a garantia de

⁶⁷ Eis a fórmula integral, apontada por Radbruch como uma das principais causas da barbárie nazista e que o fez cerrar fileiras com o naturalismo: “*Was als Gesetz niederlegt ist, gilt als Recht*” (“O que é veiculado como lei, vale como direito”) – *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Rechtsphilosophie*. 4ª ed. Stuttgart: Erik Wolf, 1950, p. 347 (347 e ss.). Vide, ainda, do mesmo autor, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, in: *Filosofia do Direito* (Rechtsphilosophie). Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 415-418. Nesse manifesto, dirigido aos estudantes de Heidelberg, o autor afirma que, (1) para o positivismo, a lei vale por ser lei, qualquer que seja o seu conteúdo; (2) esse princípio foi substituído por outro, o de que será considerado direito tudo o que for vantajoso para o povo; (3) as leis, ao negarem os direitos naturais da pessoa humana, carecem de validade, devendo ser-lhes negada obediência; (4) certas leis podem afrontar de modo tão intenso os três valores a que o direito deve servir (bem comum, segurança jurídica e justiça) que devem ter o seu caráter jurídico negado; e (5) há princípios fundamentais do direito mais fortes que o direito positivo, fazendo que este último perca a validade sempre que os contrarie.

⁶⁸ Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca* da Kelsen a Luhmann. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p. 19.

⁶⁹ Cf. KELSEN. *Teoria Pura...*, p. 215-217. De acordo com a posição inicial de Kelsen, toda norma encontraria o seu fundamento de validade em uma norma superior. No entanto, para que a investigação do fundamento de validade da norma não se perca no interminável, é necessário pressupor a existência de uma norma última e mais elevada. Essa norma, denominada de “norma fundamental” (*Grundnorm*), que não obtém sua validade em outra mais elevada, é pressuposta na medida em que não é posta por nenhuma autoridade.

⁷⁰ Cf. KELSEN. *Teoria Geral...*, p. 328-329. Revendo a posição adotada na *Teoria Pura do Direito*, o autor afirma que a norma fundamental, além de não assumir contornos positivos, é meramente pensada, o que aponta para uma norma fictícia, que não deve ser confundida com um real ato de vontade. Para alcançar essa conclusão, Kelsen se vale da filosofia de Vaihinger, que aponta a ficção como um recurso do pensamento, do qual é possível fazer uso sempre que não se pode alcançar o fim do pensamento com o material disponível. Essa ficção, ainda segundo ele, contradiz a realidade e a si mesma: no primeiro caso, porque a norma fundamental, que impõe a observância do direito positivo, não existe enquanto real ato de vontade; no segundo caso, porque encontra sustentação no suposto poder conferido por uma autoridade suprema da moral ou do direito, terminando por auferir uma autoridade que está acima dela. Considerando que o fim do pensamento da norma fundamental é o de alcançar o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, conclui que isso somente será alcançado por uma ficção.

⁷¹ *Rechtsleere: Verurteilung der Reinen Rechtslehre*. Frankfurt/Main: Verlag Marxistische Blätter, 1972.

⁷² *Introducción...*, p. 30-32.

⁷³ Nesse sentido: RIPHERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de DE OLIVEIRA, Osório. Campinas: Bookseller, 2000, p. 39-46.

não ser “contaminado” por elementos extrajurídicos de natureza axiológica, o que assumiria indiscutível relevância ao se reconhecer que os conflitos entre valores seriam solucionados a partir de meras opções, não podendo ser decididos racionalmente.⁷⁴ Acresça-se, como desdobramento lógico dessas considerações, que os princípios jurídicos, que não prescindem de considerações axiológicas, sequer consubstanciariam verdadeiras normas.

5. A Penetração dos Valores nas Teorias Positivistas e o Florescer do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo

Ao permitir o delineamento do direito a partir do “livre e ilimitado julgamento”⁷⁵ daqueles que representam o poder estatal, o positivismo neutral pode conduzir a situações inusitadas, como o reconhecimento da plena juridicidade da barbárie nazista, já que sabidamente amparada pela ordem jurídica interna do *III Reich*.⁷⁶ Se o desatino de Hitler ou o próprio totalitarismo não podem ser integralmente creditados ao positivismo, é negável a constatação de que ele certamente facilitou a sua instalação e propagação.⁷⁷ A partir do segundo pós-guerra, a fuga para o direito natural foi um recurso intuitivo para se fugir do arbítrio que floresceu com o positivismo. Esse “renascimento do direito natural” (“*Naturrechtsrenaissance*”)⁷⁸ não foi propriamente um produto da razão e do bom senso, mas uma reação extremada aos desatinos praticados sob o manto protetor do direito posto.⁷⁹ Trata-se, em verdade, de um modo de oposição ao fenômeno da “injurídica conformidade à lei” (“*Gesetzlichen Unrechts*”).⁸⁰ O modo como os Tribunais de Nuremberg e Tóquio interpretaram o princípio *nullum crimen sine lege*, descontextualizado que foi de qualquer referencial positivo, aliás inexistente, passando a ser visto como uma máxima de coexistência entre todos os homens civilizados, é um exemplo sugestivo desse renascimento.⁸¹ É possível afirmar que esse “renascimento” adquire feições cíclicas, renovando-se

⁷⁴ Cf. ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica, in: *PD*, nº 61, julho-dezembro de 2009, p. 103 (104).

⁷⁵ Cf. WEINKAUF, Hermann. *Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie?*, in: *JZ*, 1970, p. 54 (54).

⁷⁶ Observa Santiago Nino que apesar de a teoria de Kelsen ter sido desenvolvida em um sentido que permite deduzir o acolhimento do positivismo ideológico a que se referiu Bobbio, impondo o dever de obediência à norma jurídica qualquer que seja o seu conteúdo, o jurista austríaco não teria negado, em nenhum momento, a possibilidade de os juizes deixarem de aplicar normas jurídicas por razões morais (*Introducción...*, p. 35). Se a assertiva literal efetivamente não existiu, o desenvolvimento teórico de Kelsen caminha em norte contrário às conclusões do filósofo argentino.

⁷⁷ Cf. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos Actuales Comparados*. Madrid: Universidad de Madrid, 1970, p. 19.

⁷⁸ Cf. RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 29.

⁷⁹ Cf. KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad* (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit) Trad. de VILLAR BORDA, Luis. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p. 11-12; *idem* *Filosofía...*, p. 46-47; DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30; e FASSÓ. *Jusnaturalismo...*, p. 655 (659).

⁸⁰ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in ELLScheid, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*, in HASEMER, Winfried, NEUMANN, Ulfrid e KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004, p. 1 (2); e SEELMANN. *Rechtsphilosophie...*, p. 35.

⁸¹ Cf. PERELMAN, Chain. *Ética e Direito (Étique et Droit)*. Trad. de ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO, Maria. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 395.

sempre que identificado o surgimento de insatisfações generalizadas, no ambiente sociopolítico, em relação aos contornos do direito positivo, máxime quando aviltante da individualidade e da indenidade de cada ser humano.⁸² O direito natural, desse modo, assume contornos de “regra de crítica jurídica”,⁸³ atuando como paradigma do justo.

Se o recurso ao direito natural conferiu maior densidade à injuridicidade dos atos praticados, a questão pode tornar-se mais polêmica se acrescentarmos um complicador: seria possível negar que o nacional socialismo de Hitler formou, no território alemão, uma consciência moral amplamente favorável a inúmeras violências que praticou? Na medida em que a consciência moral assume contornos voláteis, variando de povo para povo, tais práticas efetivamente afrontaram o direito natural? Em relação à temática ora tratada, o nacional socialismo parece ter contribuído, decisivamente, ao menos em dois aspectos: (1º) o direito não pode existir dissociado de padrões morais; (2º) os padrões morais, a depender da matéria versada (v.g.: o respeito aos direitos humanos), serão obtidos em círculos mais amplos que o território alcançado pela ordem jurídica interna de cada Estado de Direito (v.g.: a integralidade das “nações civilizadas”, isso para utilizarmos uma terminologia recorrente junto ao Tribunal Internacional de Justiça – Estatuto, art. 38, 4).

Na medida em que superados o arbítrio e o totalitarismo, com o correlato restabelecimento da democracia, o direito natural tem a sua importância minimizada, sendo, não raro, relegado ao ostracismo. Tal, no entanto, não afasta a constatação de que a ciência jurídica não mais se compatibiliza com construções teóricas de viés puramente formal, que apregoem a neutralidade⁸⁴ e permaneçam indiferentes ao conteúdo a ser atribuído às normas. Além da superação do positivismo ideológico, prosélito da cega obediência a todo e qualquer padrão normativo editado pela autoridade competente, observa-se a absorção, pela ordem jurídica, de dogmas rotineiramente associados às construções naturalistas. Esse fenômeno, particularmente intenso na seara dos direitos humanos, refletiria uma verdadeira “positivação do direito natural”,⁸⁵ concepção que em nada se confunde com uma teoria monista da ordem jurídica, segundo a qual o direito natural seria a ordem imanente na sociedade histórica, sendo necessariamente absorvido pelo direito positivo. O direito natural seria o próprio direito positivo.⁸⁶ Esse último entendimento peca por visualizar uma

⁸² Cf. ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 70-72.

⁸³ WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. de FERNÁNDEZ JARDÓN, Francisco. Madrid: Aguilar, 1957, p. 209.

⁸⁴ Cf. MIALLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito* (Une Introduction Critique au Droit). 3ª ed. Trad. de PRATA, Ana. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 44.

⁸⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 54. Ainda merece menção a posição extremada de Carl Schmitt, ao sustentar que “*todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados*”, o que encontraria justificativa na curiosa transição do “*Deus onipotente*” para o “*legislador onipotente*” [Teologia Política (*Politische Teologie*)]. Trad. de ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006, p. 35].

⁸⁶ Cf. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 188-190.

necessária inter-relação entre a base de sustentação da ordem social e a ordem jurídica, o que não explica, por exemplo, os padrões normativos produzidos por governos autoritários, assumindo feições materialmente injustas.

Não obstante suas feições originárias, o positivismo, a exemplo da ciência jurídica, também evoluiu. Essa constatação torna-se útil ao observarmos que não poucos autores,⁸⁷ ao referirem-se a ele, o fazem em seu sentido clássico, não raro de modo depreciativo. O positivismo, em suas feições mais amplas, não se sobrepõe ao normativismo de Kelsen, apresentando inúmeras variantes.

O próprio positivismo neutral parece não se ajustar ao pensamento de autores como Bentham⁸⁸ e Austin,⁸⁹ com decisiva participação na fundação do positivismo jurídico moderno e que, longe de negarem a existência de valores universais, defendiam, de um lado, a possibilidade de justificá-los a partir de um princípio de utilidade,⁹⁰ fundado na satisfação do bem comum, vale dizer, na busca pela felicidade do maior número possível de pessoas, e, de outro, a natureza independente de argumentos legais e morais.⁹¹ Já no século XX, Hart,⁹² “alvo” principal da teoria moral de Dworkin, não deixava de considerar os juízos valorativos ao incursionar na discussão sobre a justificação da pena. Afinal, ainda que a jurisprudência passe ao largo de conceitos morais, a liberdade, enquanto direito moral, somente pode ser restringida em havendo uma justificativa.

Ainda merece lembrança que o fato de Kelsen se ter preocupado com o fundamento de validade do direito (*rectius*: o dever de observar a norma), inclusive com o recurso à norma fundamental, fez que alguns autores o qualificassem como “quase-positivista” ou, melhor dizendo, “jusnaturalista”.⁹³ Para outros, como Waldron,⁹⁴ a própria existência do positivismo neutral parte de uma premissa moral, isso ao formar um juízo de valor negativo a respeito da penetração da moral no direito. Desse modo, assumiria uma função nitidamente política e ideológica.⁹⁵

É possível afirmar que considerável parcela das teorias positivistas reconhece que o conceito de direito é delineado a partir de operações descritivas, não avançando

⁸⁷ Cf. SCARPELLI. *Cos'è il positivismo...*, p. 39.

⁸⁸ *Principles de Législation, in Oeuvres de Jérémie Bentham, Tome Premier*. Org. e trad. por DUMONT, Ét. 3ª ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1840, p. 11-48; e *Idem An introduction to the principles of morals and legislation*. U.S.A.: Adeg Graphics LLC, 1961, p. 2 e ss.

⁸⁹ *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 18 e ss.

⁹⁰ De acordo com Bentham, o “princípio de utilidade” seria “uma espécie de lugar comum em moral e em política” (*Principles...*, p. 11). Austin, por sua vez, defendia que o utilitarismo, enquanto meio para buscar a maior felicidade de todos, seria uma forma de revelar as “leis divinas” ainda não explicitadas por Deus (*The Province...*, p. 41). Para o primeiro, a utilidade derivaria da natureza humana; para o segundo, da vontade divina.

⁹¹ COTTERRELL, Roger B. M. *The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*. U.S.A.: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 57-58.

⁹² Are there any natural rights?, in: GOODIN, Robert E. e PETTIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. 2ª ed. U.S.A.: Blackwell Publishing, 2006, p. 281 (281 e ss.).

⁹³ Kaufmann, do mesmo modo, ao realçar que a norma fundamental de Kelsen vale como uma norma de direito natural, sustenta que o dever, nessa construção, é uma categoria ética ou moral (*Filosofia...*, p. 24 e 322).

⁹⁴ *Law...*, p. 167.

⁹⁵ Cf. LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*. Elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2002, p. 40.

em juízos valorativos. Divergem em relação ao modo de ser das normas jurídicas e à sua imperatividade quando cotejadas com fatores extrínsecos de natureza moral. Em consequência, é factível a possibilidade de se qualificar como jurídico um dado sistema ou norma e, simultaneamente, afirmar-se que são demasiado injustos para serem observados, postura que refletiria uma verdadeira obrigação moral do intérprete e, em última instância, do juiz, em deixar de aplicá-los. Essa conclusão, como observa Santiago Nino,⁹⁶ seria rechaçada pelos jusnaturalistas, pois se a “norma” é injusta e os juízes têm a obrigação moral de não aplicá-la, ela não seria uma verdadeira norma, e pelas teorias positivistas que apregoam a imperatividade da norma com abstração da justiça ou injustiça do seu conteúdo, agregadas, por Bobbio, sob o rótulo do “positivismo ideológico”.

A questão que se põe na atualidade é identificar se podem ser enquadradas sob a epígrafe do positivismo jurídico construções teóricas que atribuam ao intérprete não uma atividade de puro conhecimento, limitando-se a descrever normas preexistentes, mas de verdadeira integração criativa; atividade que estabelece a conexão entre texto e contexto e delinea um significado harmônico com o ambiente sociopolítico. A moral deixaria de ser vista como mero paradigma de comparação e contribuiria no delineamento do próprio objeto a ser comparado, a norma jurídica. Observa-se que a própria referência ao “juízo valorativo” do intérprete é indicativo de que o direito se aproxima de referenciais axiológicos e assume perspectivas mais amplas que aquelas contextualizadas em um plano de pura neutralidade. O direito, em verdade, longe de ser oferecido, pronto e acabado, por uma fonte metafísica (v.g.: a religião) ou pelo texto normativo, como fazem crer inúmeras construções naturalistas e positivistas, resulta de uma construção procedimental, conduzida pelo intérprete e que conta com o concurso de fatores intrínsecos e extrínsecos. Essa construção assume feições de natureza “subjetivo-objetiva”,⁹⁷ resultado da necessária interpenetração da atividade intelectiva com dados passíveis de verificação empírica (v.g.: texto normativo, aspectos da realidade etc.). Em face à sua necessária interação com o ambiente sociopolítico, o direito assume contornos essencialmente mutáveis, sendo delineado por força de decisão.⁹⁸

A doutrina positivista de Hart, considerada por Dworkin⁹⁹ “*the most powerful contemporary version of positivism*,” parte da premissa de que a moral efetivamente influi no delineamento do direito, mas não é imperioso que as normas jurídicas reproduzam ou satisfaçam certos cânones de natureza moral, ainda que isso normalmente ocorra.¹⁰⁰ Seria necessário distinguir entre a invalidade do direito e a sua imoralidade:¹⁰¹ com os olhos voltados à barbárie nazista, adverte que as normas

⁹⁶ *Introducción...*, p. 38.

⁹⁷ Cf. KAUFMANN. *La Filosofía...*, p. 42-43.

⁹⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. vol. II. Trad. de BAYER, Gustavo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 9.

⁹⁹ *Taking...*, p. IX e 16.

¹⁰⁰ *O Conceito...*, p. 201-202.

¹⁰¹ Hart distingue a “*moral positiva*”, aquela aceita e compartilhada por certo grupo social, dos princípios morais usados na crítica às instituições atuais, incluindo a “*moral positiva*”. Esses últimos princípios consubstanciam a “*moral crítica*” (*Law, Liberty and Morality*. Califórnia: Stanford University Press, 1963, p. 20).

moralmente iníquas podem ainda ser direito, o que não impede a sua inobservância em circunstâncias extremas.¹⁰² Utilizada a classificação de Bobbio, pode-se afirmar que a doutrina de Hart se amolda ao positivismo enquanto método e rechaça o positivismo enquanto ideologia, já que nega a existência de uma obrigação moral de observar o direito positivo com abstração do seu conteúdo. Distanciando-se das construções positivistas que veem o direito como ato de vontade do Estado (v.g.: a vontade do soberano, de Austin¹⁰³), Hart¹⁰⁴ propõe um conceito de direito que encontra sustentação na “regra de reconhecimento”, fenômeno social que situa em cada comunidade o poder de decidir se uma norma faz parte, ou não, do seu direito, definindo, desse modo, a sua validade.¹⁰⁵ Cabe a ela estabelecer as qualidades que as normas devem apresentar para que possam ser reconhecidas. Se a contraposição entre a norma jurídica e algum paradigma moral não é suficiente para afastar a sua aplicação, o mesmo não pode ser dito em relação à “regra de reconhecimento”: uma vez afrontada, a norma jurídica perderá a sua validade.

No âmbito das fontes do direito, Hart não adere às construções teóricas que somente incluem, sob essa epígrafe, o direito legislado, já que a “regra de reconhecimento” permite sejam consideradas normas jurídicas aquelas de natureza involuntária (v.g.: os costumes), vale dizer, não editadas pelo poder competente. A ordem jurídica não é fechada nem completa e muito menos imune a lacunas. As incertezas decorreriam da textura aberta da linguagem normativa, impedindo que o intérprete realize uma atividade puramente mecânica, como preconizado pelo positivismo sob os auspícios do “formalismo.”¹⁰⁶ Como se percebe, Hart não sustenta que os juízes devam se limitar a reconhecer direitos preexistentes, à margem de qualquer processo de criação normativa. Sua construção associa os dogmas do positivismo neutral, que apregoa a separação entre direito e moral, a uma postura antiformalista, reconhecendo a concorrência do intérprete no delineamento da norma, o que se tornou possível com a flexibilidade assegurada pela textura aberta da linguagem jurídica. Hart, embora veja no direito um sistema de regras (*rules*), ressalta que o seu alcance nem sempre será exato, o que, nos casos difíceis, dá margem ao surgimento de zonas de penumbra, que oferecem ao juiz a discricionariedade necessária ao delineamento do seu conteúdo, daí decorrendo a “flexibilidade do direito”.¹⁰⁷

Dworkin, com o intuito declarado de combater o positivismo de Hart, buscou estabelecer uma vinculação necessária entre direito e moral,¹⁰⁸ sustentando que o

¹⁰² *O Conceito...*, p. 227-228.

¹⁰³ *The Province...*, p. 18 e ss; e 164 e ss. A existência de uma “*autoridade soberana*”, como ressalta Leoni, sempre pressupõe a existência de um poder que a constitua, poder este que define o seu título de justificação, como o teológico, o democrático etc. (*Lezioni di filosofia del diritto*, Itália: Rubbettino Editore srl, 2003, p. 78-79).

¹⁰⁴ *O Conceito...*, p. 59 e ss.

¹⁰⁵ *O Conceito...*, p. 104-105.

¹⁰⁶ *O Conceito...*, p. 137 e ss.

¹⁰⁷ Cf. CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: Routledge Cavendish, 2004, p. 113.

¹⁰⁸ O recurso à moral, como ressalta Alexy, é um lugar comum em “*todas as teorias não positivistas*” (“*alle nichtpositivistischen Theorien*”): *Begriff...*, p. 17.

raciocínio jurídico é necessariamente influenciado por princípios, delineados pelos tribunais a partir do contínuo exercício da atividade judicante, os quais, com relativa frequência, assumem contornos morais.¹⁰⁹ O raciocínio jurídico seria constantemente moldado pelo raciocínio moral, corroborando a absoluta impossibilidade de o direito ser separado da moral. Quanto ao modo em que se daria essa relação, os princípios seriam o veículo utilizado pela moral para penetrar no direito – esse entendimento, exposto na obra *Taking Rights Seriously*, coletânea de textos esparsos cuja primeira impressão remonta a 1977, será objeto de maior desenvolvimento no tópico dedicado à distinção entre norma e valor. Por ora, observa-se que os princípios ou, mais especificamente, os princípios gerais do direito (*general principles of law*), com especial realce aos três valores fundamentais que veiculam – a justiça, a equidade e o Estado de Direito –, são vinculantes, ainda que se mostrem dissonantes do direito legislado. As regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, afastando qualquer margem de livre apreciação. Os princípios, por sua vez, que ostentam indiscutível importância na solução dos casos difíceis, teriam uma dimensão de peso, variando em importância conforme as circunstâncias do caso concreto.

A construção de Dworkin parece estabelecer uma necessária sobreposição entre moral e direito na justificação dos princípios, o que inviabilizaria, por exemplo, a densificação de um princípio a partir da própria ordem jurídica, com abstração de qualquer consideração de ordem moral. Embora seja exato afirmar que os princípios jurídicos podem ser princípios morais, não menos exata é a constatação de que nem sempre o serão, o que, à evidência, não eliminará a sua natureza jurídica. Somente em situações extremas o juiz teria o dever moral de não aplicá-los. A utilização jurídica de princípios morais aponta para uma conexão entre direito e moral, mas não os identifica. Em resposta a essas críticas, formuladas por David A. J. Richards, Dworkin principia comungando da tese de que uma regra jurídica moralmente reprovável pode preservar a sua juridicidade, bem como que um princípio inicialmente obrigatório pode ser moralmente tão indigno que os juízes tenham o dever de não aplicá-lo.¹¹⁰ Acresce que à pergunta sobre o que é o direito deve seguir-se a pergunta a respeito do que exige a moral de fundo (*background morality*), quer os critérios morais tenham sido incorporados à legislação, quer não. Tal deve ocorrer tanto quando os princípios jurídicos que incorporam conceitos morais são considerados indispensáveis para a argumentação jurídica, como quando a questão é precisamente saber que princípios devem ser considerados decisivos.¹¹¹ Por fim, arremata: “de nada disso decorre que o direito seja sempre moralmente correto nem que o que é moralmente correto seja sempre direito, nem mesmo nos casos difíceis”.¹¹² Quanto à crítica de que, em sua teoria, os princípios jurídicos seriam sempre princípios morais “sólidos” ou “corretos”, a

¹⁰⁹ *Taking...*, p. 14 e ss.

¹¹⁰ *Seven Critics*, in: *GLR* n° 11, 1977, p. 1201 (1253).

¹¹¹ *Seven...*, p. 1201 (1254).

¹¹² *Seven...*, p. 1201 (1254).

conclusão é peremptória: “eu não penso isso”.¹¹³ Como se constata, Dworkin vislumbra a existência de amplos pontos de conexão, mas não uma sobreposição necessária entre direito e moral.

Dworkin, como ressalta Carrió,¹¹⁴ é nitidamente influenciado pelas características do sistema jurídico norte-americano, em que (1) a ordem constitucional, plenamente receptiva aos princípios morais, é utilizada como paradigma de validade das normas infraconstitucionais; e (2) os juízes, no exercício do *judicial review*, constantemente reconhecem a invalidade das normas que destoem desses princípios. Essa estreita conexão entre direito e moral, conquanto esteja arraigada no Judiciário e na sociedade dos Estados Unidos da América, não chega ao ponto de estabelecer um vínculo necessário e conceitual entre esses fatores. No extremo oposto, é compreensível a existência de um sistema que minimize a penetração de influxos axiológicos no delineamento do significado a ser atribuído ao texto normativo. Na medida em que os próprios órgãos jurisdicionais não recorram, com frequência, a *standards* morais, será visível o distanciamento das premissas estabelecidas por Dworkin.

Outro aspecto digno de realce na teoria de Dworkin, é o repúdio à discricionariedade que o positivismo atribui aos juízes na solução dos casos não alcançados pela normatização existente.¹¹⁵ Haveria uma única solução correta para cada caso, o que afastaria qualquer possibilidade de escolha por parte do juiz. Apesar de os influxos morais aparentemente diminuir a margem de certeza do direito, Dworkin busca afastar esse inconveniente com a idealização de um juiz com capacidades sobre-humanas, a quem denominou de Hércules, que deveria necessariamente identificar e levar em consideração, ao menos nos casos difíceis, o conteúdo dos princípios gerais do direito e da base moral que lhes dá sustentação.¹¹⁶

Reflexões a respeito da permeabilidade axiológica do direito serão diretamente influenciadas pela solução que se dê a certos problemas preliminares, como o alcance que se queira atribuir à preeminência do direito legislado; à inter-relação entre direito e moral; à importância dos juízos de valor no processo de interpretação; e às relações entre as distintas espécies de valor, como os de natureza ética, política ou jurídica. A própria defesa dos direitos humanos, temática recorrente em incontáveis estudos jurídicos a partir da segunda metade do século XX, embora tenha contribuído para fortalecê-lo,¹¹⁷ não pode ser considerada monopólio do jusnaturalismo.¹¹⁸ O seu enquadramento no âmbito dos direitos morais, tomados em uma concepção teleológica e de feição eudemônica, há muito tem sido reconhecido.

¹¹³ *Seven...*, p. 1201 (1254).

¹¹⁴ *Notas sobre Derecho...*, p. 346 e 362.

¹¹⁵ *Taking...*, p. 68-71 e 82-86. Essa parte da teoria de Dworkin tem sido potencializada por alguns autores, como Lênio Streck, que veem na discricionariedade, não na separação em relação à moral, a principal característica do positivismo [A Hermenêutica Jurídica nos Vinte Anos..., p. 59 (70-71)].

¹¹⁶ Prestigiando a tese de Dworkin, no sentido de que haveria um único entendimento “*politicamente correto*”: DE BARROS BELLO FILHO. *Sistema Constitucional...*, p. 22.

¹¹⁷ Cf. CATTANEO, Mario A. *Alcune riflessioni sulla vitalità del diritto naturale*, in: *RIFD*. Série V. n.º 3. julho-setembro/2009, p. 449 (449-454).

¹¹⁸ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 197.

Na linha evolutiva da concepção de direito, o advento do constitucionalismo pode ser visto como a segunda revolução verificada no positivismo enquanto método. Trata-se da alteração interna do paradigma positivista, que transitou da onipotência do legislador para a adstrição aos balizamentos estabelecidos por uma norma qualitativamente superior às demais, a Constituição formal.¹¹⁹ Essa feição positivista foi redimensionada com o reconhecimento da permeabilidade axiológica do direito, constatação nitidamente potencializada no âmbito do constitucionalismo, o que deflui não só da maior abertura semântica dos enunciados linguísticos de natureza constitucional, como, principalmente, da crescente importância assumida pelas normas de estrutura principiológica, expressas ou implícitas.¹²⁰

Uma tentativa de preservar a utilidade conceitual do positivismo pode ser vista nas construções teóricas que, sem afrontar a sua premissa fundamental, refletida na separação entre direito e moral, sustentam, por exemplo, a permeabilidade axiológica do direito legislado, que tem o seu conteúdo integrado com o recurso aos valores colhidos no ambiente sociopolítico, ou a presença de referências morais na regra de reconhecimento preconizada por Hart.¹²¹ Com os olhos voltados a essa possível adaptação conceitual do positivismo, desenvolveu-se, no ambiente anglo-saxão, a ideia de “positivismo inclusivo”.¹²² Assemelha-se às construções antipositivistas, como a de Dworkin,¹²³ ao reconhecer a proximidade entre direito e moral, mas delas se distancia no que diz respeito à natureza e à intensidade dessa relação. O “positivismo exclusivo”,¹²⁴ por sua vez, identifica o conteúdo e a validade da norma exclusivamente nas fontes convencionais do direito: “todo direito está baseado nas fontes, e nada que não esteja baseado nas fontes é direito”.¹²⁵ Enquanto o “positivismo inclusivo” nega, o “inclusivo” aceita a existência de instâncias outras, vinculadas à moral, que influem na determinação do conteúdo do direito.

¹¹⁹ Cf. PRIETO SANCHIS. *Justitia...*, p. 14.

¹²⁰ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 147 e ss.

¹²¹ Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Positivismo Corrigido e Positivistas Incorrígíveis, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional*, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 27 (27-28).

¹²² Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press 1994, p. 80 e ss.; COLEMAN, Jules L. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 103-119; e MORESO, J. J. El reino de los derechos y la objectividad de la moral, in: DICIOTTI, E. (Org.). *Diritti umani ed oggettività della morale*. Siena: Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali di Siena, 2003, p. 9 (9 e ss.). Em sentido semelhante, Frederick Schauer fala em positivismo delgado, fraco ou simples [Positivism through Think and Thin, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 65 (65-66)].

¹²³ Brian Bix inclui a doutrina de Dworkin, juntamente com outras construções rotineiramente tidas como antipositivistas, no âmbito das “teorias modernas do direito natural”, todas centradas na visão do direito enquanto instrumento ou prática social, não estando primordialmente voltadas à individualização do seu fundamento metafísico de sustentação [Natural Law Theory, in: PATTERSON, Dennis (Org.). *A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A.: Wiley-Blackwell, 2003 (reimp. de 1999), p. 223 (230 e ss.)]. Essa concepção, no entanto, não merece acolhida. Socorrendo-nos de Weinberger [Beyond Positivism and Natural Law, in: MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota (Org.). *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Netherlands: Springer, 1986 (reimp. de 1992), p. 111 (122-123)], podemos afirmar que o recurso a valores não se identifica com o recurso a referenciais metafísicos e objetivos. O contexto é dinâmico e os valores que dele se desprendem igualmente o são.

¹²⁴ Stefano Bertea fala em “positivismo maduro” [(Diritto e norma, in: LA TORRE, Massimo e SCERBO, Alberto. *Una introduzione alla filosofia del diritto*. Itália: Rubbettino Editore, 2003, p. 47 (49)].

¹²⁵ MARMOR. *Positive law...*, p. 49.

Podem ser incluídas sob a epígrafe do “positivismo inclusivo” aquelas construções que reconhecem a penetração dos valores na esfera jurídico-normativa, inclusive no processo de determinação do significado das normas. Seria possível falarmos de um “positivismo axiologicamente sensível”, apregoando que os textos normativos, malgrado devam ser respeitados, podem estar sujeitos a influxos de ordem axiológica no delineamento do seu significado. Construções dessa natureza, apesar de preservarem alguns traços originais do positivismo, reconhecendo a produção legislativa como fonte-mor do direito, dele se distanciam ao valorizar as relações entre texto e contexto e reconhecer a aproximação entre direito e moral, que não só influencia na elaboração dos textos normativos, como desempenha relevante papel no delineamento do seu sentido. Enquanto o antipositivismo vislumbra uma relação necessária entre direito e moral, o “positivismo inclusivo” ocupa uma posição intermédia: admite a relação, mas não a considera imprescindível e muito menos necessária. O problema, como ressaltado por Atieza,¹²⁶ é o inevitável reconhecimento da tese de que a relação entre direito e moral seria meramente contingente, sendo conceitualmente admissível a existência de um sistema jurídico moralmente asséptico.

A tentativa de resgate conceitual do positivismo está certamente atrelada ao discurso de sua metateoria de sustentação, calcada nos referenciais de certeza e clareza.¹²⁷ Ocorre que a concepção de direito enquanto sistema axiomático de normas, fechado e alheio a considerações morais, verdadeira viga-mestra do positivismo, não se ajusta à sensibilidade e à mobilidade axiológicas que se lhe pretende atribuir, isso sem olvidar o conjunto de exceções, às normas jurídicas positivadas, que não podem ser definidas *a priori*. Esse aspecto é particularmente perceptível em relação às correntes metodológicas que reconhecem o caráter normativo dos princípios. Diversamente do pensamento positivista, que apregoava o seu vazio semântico-jurídico e a contaminação política que produziam nas verdadeiras normas,¹²⁸ neles visualizam distinções de natureza qualitativa em relação às regras, que se refletem no modo de resolução dos conflitos decorrentes de sua interação no sistema, sempre suscetíveis a um juízo de ponderação. Essas correntes podem ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla do “neoconstitucionalismo” ou, sendo utilizado o positivismo enquanto método como paradigma de análise, sob a epígrafe do “pós-positivismo”¹²⁹ (ou “constitutivismo epistemológico”, como prefere Berteau¹³⁰).

¹²⁶ ¿Es El Positivismo Jurídico una Teoría Aceptable del Derecho?, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETTI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 455 (465).

¹²⁷ Cf. GARCÍA FIGUEROA. *Positivismo Corrigido...*, p. 27 (34).

¹²⁸ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 152.

¹²⁹ Cf. BONAVIDES. *Curso de Direito...*, p. 264. Forgó e Somek veem as correntes de pensamento pós-positivista (*Nachpositivistisches Rechtsdenken*) como integrantes de uma “teoria do saber jurídico” (“*Theorie des rechtlichen Wissens*”), resultando da comunicação entre o direito e a realidade subjacente ao ambiente sociopolítico [*Nachpositivistisches Rechtsdenken*, in BUCKEL, Sonja, CHRISTENSEN, Ralph e FISCHER-LESCANO, Andreas (Orgs.). *Neue Theorien des Rechts*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, p. 253 (253 e ss.)]. Kalfmann fala em *Neopositivismus* como a tentativa de superar o empirismo do direito natural e a estática do positivismo, daí resultando um modelo de pensamento que atribui concreitude ao direito [*Problemggeschichte...*, p. 1 (82-83)].

¹³⁰ *Certezza del diritto...*, p. 22.

6. Aspectos Essenciais do Neoconstitucionalismo

Neoconstitucionalismo, longe de consubstanciar termo unívoco, é epígrafe sob a qual podem ser incluídas distintas construções teóricas, unidas entre si por um traço comum: a adesão a paradigmas que importam no rompimento com concepções tradicionalmente adotadas na seara constitucional.¹³¹ Esses paradigmas, em seus contornos mais amplos, podem dizer respeito ao modo de estruturar a ordem político-constitucional ou à teoria jurídica utilizada para identificar os significados constitucionais. Merece particular referência o redimensionamento das normas de estrutura principiológica, implícitas ou explícitas, que passam a ostentar maior sensibilidade axiológica, e a evidente preocupação com o respeito à pessoa humana. Daí decorre uma inevitável alteração da base metódica que confere operatividade à Constituição, com intensos reflexos na teoria da norma e na teoria da interpretação, que passam a se preocupar com a normatividade e a densificação do sentido dos princípios constitucionais, espécies normativas marginalizadas pelo positivismo enquanto método, e com a maximização do papel do intérprete, merecendo especial realce a atuação dos órgãos jurisdicionais.¹³² Compete ao intérprete, a partir de limitada base linguística e no exercício de atividade acentuadamente criacionista, individualizar conteúdos normativos, o que exige sensibilidade para apreender e valorar todos os fatores de natureza axiológica que devem concorrer nesse processo, tomando as decisões necessárias à identificação do significado adequado. Desenvolve um discurso essencialmente axiológico¹³³ e indutivo, o qual, direcionado pelo pensamento problemático, busca preencher os balizamentos oferecidos pelo enunciado linguístico interpretado.¹³⁴ Somente assim será possível delinear a “dimensão axiológica” da Constituição, vinculada e indissociável de conceitos como liberdade, igualdade, pluralismo político, justiça e, principalmente, dignidade humana.¹³⁵

Ao se tornar permeável à influência dos valores, a Constituição aparta-se do formalismo asséptico e torna-se dependente dos influxos recebidos do ambiente sociopolítico, permitindo que se fale em uma “leitura moral” de seus preceitos.¹³⁶ Essa influência, como dissemos, tem origem em fatores extremamente diversificados, que principiam pela releitura das relações entre direito e moral, avançam com o redimensionamento da funcionalidade das normas de estrutura principiológica e

¹³¹ Alguns autores, como Prieto Sanchís, atribuem ao neoconstitucionalismo características que parecem ser indissociáveis da própria noção de constitucionalismo, como o caráter normativo da Constituição, sua superioridade hierárquica no sistema de fontes, sua rigidez e sua eficácia direta (*Justitia...*, p. 116-117). Guastini, encampando uma posição restritiva, visualiza, como traços verdadeiramente fundamentais do constitucionalismo, a rigidez constitucional e a existência de um sistema de controle de constitucionalidade. Os demais, por sua vez, seriam indicadores de uma maior constitucionalização [La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano, in: *RP* nº 11, p. 185 (185 e ss.), 1988].

¹³² Cf. OTO RAMOS DUARTE, Écio POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 79; e SANTOS BEZERRA. *Lições...*, p. 57.

¹³³ Cf. BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 60 e ss.

¹³⁴ Cf. SANDOVAL GÓES, Guilherme. Neoconstitucionalismo, in: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113 (113).

¹³⁵ Cf. LUCAS VERDU. *Teoría de la Constitución...*, p. 40.

¹³⁶ Cf. DWORKIN. *Freedom's Law...*, p. 1 e ss.

não prescindem de uma reestruturação metódica do processo de interpretação, que supera o discurso axiomático-dedutivo para valorizar os juízos valorativos e decisórios realizados pelo intérprete. Ao institucionalizar e desenvolver-se sobre essa base axiológica, o direito torna-se vivo e influente, sendo um instrumento voltado à realização do bem comum, que é constantemente construído e reconstruído de acordo com as necessidades do ambiente sociopolítico. Na síntese de Prieto Sanchis:¹³⁷ *“ninguna Constitución sin teoría ética que la sustente; ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral”*.

Não é exagero afirmar que um dos marcos fundamentais do denominado neoconstitucionalismo, ao menos no plano pragmático, é o conhecido Caso Lüth,¹³⁸ do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Em sua decisão, o Tribunal reconheceu a existência de uma “ordem objetiva de valores” no plano constitucional.¹³⁹ Com isso, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) passou a ser vista não como uma “ordem quadro” (*Rahmenordnung*) para a ação do legislador, mas como o alicerce de desenvolvimento da própria ordem social, que seria influenciada pelos valores nela auferidos. É importante ressaltar que essa “ordem de valores” deve ser concebida sob uma perspectiva essencialmente dinâmica, sendo o significante “ordem” utilizado no sentido de organização, não no de primazia.¹⁴⁰ Em qualquer caso, a constitucionalização dos valores poderá contribuir para a maior integração do Estado e da sociedade, desde, por óbvias razões, que os valores a que se busca atribuir preeminência sirvam de fundamento e inspirem o ambiente sociopolítico.¹⁴¹

O neoconstitucionalismo não vê o direito como um mero ato de vontade, mas como o resultado de um conjunto de vontades, do legislador e do intérprete. Reconhece a sua permeabilidade moral, revelando um intenso comprometimento com a pessoa humana. A Constituição passa a ser vista como um conjunto sistêmico de enunciados linguísticos, de natureza prescritiva, que tem os seus significados não propriamente atrelados à autoridade Constituinte, mas atribuídos pelo intérprete. Acresça-se que essa aproximação entre os momentos de criação e aplicação do direito importa no redimensionamento dos dogmas de sustentação da divisão orgânica do poder.¹⁴² O Tribunal Constitucional, guardião da ordem constitucional, assume um papel de indiscutível relevância em matérias outrora enquadráveis sob a epígrafe das questões puramente políticas.

O neoconstitucionalismo distancia-se do naturalismo por não desconsiderar a importância dos balizamentos oferecidos pelos enunciados linguísticos inseridos na Constituição formal, por reconhecer a função de integração criativa desempenhada pelo intérprete e por estar calcado em bases eminentemente racionais, como se

¹³⁷ *Justitia...*, p. 30.

¹³⁸ *BVerfGE* 7, 198 (205), 1958.

¹³⁹ Cf. REMSMANN. *Wertordnung...*, p. 68 e ss.

¹⁴⁰ Cf. GARCIA. *Conflito...*, p. 77-78.

¹⁴¹ Cf. LUCAS VERDU. *Teoría de la Constitución...*, p. 130-131.

¹⁴² Cf. DE MOURA AGRA. *Curso...*, p. 39.

verifica com o desenvolvimento teórico da técnica da ponderação.¹⁴³ Rememorando a classificação de Bobbio, distingue-se do positivismo enquanto método por ser plenamente receptivo aos influxos morais, do positivismo enquanto teoria, por não reconhecer a hegemonia da Constituição formal, que não seria suscetível, apenas, a uma interpretação mecânica, e, do positivismo enquanto ideologia, por ser avesso à injustiça e à cega obediência.¹⁴⁴

Epílogo

O neoconstitucionalismo tem passado por um processo de crescente generalização a partir do segundo pós-guerra, justamente o marco de declínio do positivismo e do efêmero ressurgir das construções naturalistas. Naturalismos, positivismos e neoconstitucionalismos à parte, não é exagero afirmar que o intérprete nem sempre se manterá fiel à higidez dessas construções teóricas e muito menos declinará os seus reais propósitos ao conduzir o processo de interpretação. Por ser bem conhecida a resistência teórica aos dogmas do naturalismo, o mais provável será encontrar naturalistas transvestidos de positivistas e, não raro, de positivistas neutrais. Apesar de metodicamente inconciliáveis, é perfeitamente possível que o naturalista vislumbre, de antemão, a injustiça, a inaceitabilidade moral, ao menos para os seus padrões, de qualquer significado passível de ser reconduzido ao enunciado linguístico interpretado, o que o impediria de falar em norma jurídica mesmo ao fim do processo de interpretação, após a resolução das conflitualidades intrínsecas. Apesar disso, individualiza a norma e apregoa a sua falta de imperatividade. Pode, ainda, conduzir o processo de interpretação de modo a obter normas que se harmonizem com as normas morais que têm como preexistentes, ainda que isso importe em total distanciamento do texto normativo. Como ressaltado por Zagrebelsky, “o estilo, o modo de argumentar ‘em direito constitucional’, se assemelha, de fato, ao estilo, ao modo de argumentar ‘em direito natural’”, conclusão óbvia ao se constatar o *modus operandi* dos Tribunais Constitucionais, sempre sensíveis à abertura das Constituições e à sua permeabilidade aos influxos axiológicos.¹⁴⁵ A “leitura moral” da Constituição faz parte do trabalho diário dos operadores do direito.¹⁴⁶

A identificação da sinceridade metódica do intérprete exige seja devidamente considerado que a norma é fruto da interação entre texto e contexto, daí decorrendo a necessária (1) observância aos balizamentos oferecidos pelos enunciados linguísticos e (2) consideração dos influxos de ordem moral colhidos no ambiente sociopolítico, que não devem ser manipulados, exasperados ou flexibilizados de acordo com suas pré-compreensões.

¹⁴³ Cf. RIBEIRO MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional*, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 215 (216).

¹⁴⁴ Cf. STRECK. *A Hermenêutica Filosófica...*, p. 273 (275).

¹⁴⁵ *Il diritto mite...*, p. 157.

¹⁴⁶ Cf. DWORKIN. *Freedom's Law...*, p. 3.

Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Editora Saraiva.
- AGUILA, Yann. Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, in: *Revue Française de Droit constitutionnel* n° 21. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- ALEXY, Robert. Balancing constitutional review and representation, in: *International Journal of Constitutional Law*, 2005. vol. 3. n° 4.
- _____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica (Theorie der Juristischen Argumentation)*. Trad. de: HUTCHINSON SCHILD SILVA, Zilda. São Paulo: Landy, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética Nocomachea*. Trad. de: MAZZARELLI, Claudio. Milano: Bompiani Testi a Fronte, 2007.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998.
- _____. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BARBOSA PINTO, Marcos. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standord University Press, 1978.
- BENTHAM, Jérémie. Principes de Législation, in: *Oeuvres de Jérémie Bentham*. Tome Premier. Org. e trad. por: DUMONT, Ét. 3ª ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1840. p.11-48.
- BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. 3ª ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza, 2008.
- BONJEAN, Georges. *Explication Méthodique des Institutes de Justinien*. T. 1^{er}. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1878.
- CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: Routledge Cavendish, 2004.

- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*. Trad. de: MENEZES CORDEIRO, A. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-PerrotLexisNexis, 2006.
- CARVAJAL CORDÓN, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 1999.
- CATTANEO, Mario A. Alcune riflessioni sulla vitalità del diritto naturale, *in: RIFD*. Série V. nº 3. julho-setembro/2009.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- CHRISTODOULIDS, Emilios. Elliding the Particular: A Comment on Neil MacCormick's Particulars and Universal's, *in: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Orgs.). The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006.
- COLEMAN, Jules L. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____; LEITER, Brian. Legal Positivism, *in: PATTERSON, Dennis (Org.). A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A.: Wiley-Blackwell, 1999.
- CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- COTTERRELL, Roger B. M. *The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*. U.S.A.: University of Pennsylvania Press, 1992.
- DE BARROS BELLO FILHO, Ney. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2003.
- DE CABO, A.; PISARELLO, G. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- DE MOURA AGRA, Walber. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EHRENZWEIG, Albert Armin; KNIGHT, Max. *Law: a personal view*. The Netherlands: Brill, 1977.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo, in: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política (Dizionario di Politica)*. vols. 1 e 2. Trad. de: VARRIALE, Carmen C.; LO MÔNACO, Gaetano; FERREIRA, João; GUERREIRO PINTO CACAIS, Luís; DINO, Renzo. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia Jurídica Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Positivismo Corrigido e Positivistas Incorrígíveis, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. 2ª ed. U.S.A.: Blachwell Publishing, 2006.

GROPPALI, Alexandre. *Filosofia do Direito*. Trad. de: RODRIGUES GAMA, Ricardo. Campinas: LZN Editora, 2003.

GUASTINI. *Das Fontes às Normas (Dalle Fonti alle Norme)*. Trad. de: BINI, Edson. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

_____. La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano, in: *Ragion Pratica* nº 11, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos (Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze). Trad. de: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HESSER, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. de: CORREIA, Antonio. 8ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law, publicado originalmente em HLR, nº 8, 1897, p.457, e reproduzido em *Collected Legal Papers*. New York: Peter Smith, 1952.

KANT, Immanuel. *A Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit)*. Trad. de: VILLAR BORDA, Luis. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

_____. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: ELLSCHEID, Günter. Strukturen naturrechtlichen. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*. Trad. de: BAPTISTA MACHADO, João. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.5-9.

_____. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Trad. de: FLORENTINO DUARTE, José. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KLENNER, C. *Rechtsleere: Verurteilung der Reinen Rechtslehre*. Frankfurt/Main: Verlag Marxistische Blätter, 1972.

KRAMER, Larry D. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LEITER, Brian. Naturalism and Naturalized Jurisprudence, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*. Elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2002.

LUCAS VERDU, Pablo. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2ª ed. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. vol. II. Trad. de: BAYER, Gustavo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARMOR, Andrei. *Law in the age of pluralism*. New York. Oxford University Press, 2007.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito (Une Introduction Critique au Droit)*. 3ª ed. Trad. de: PRATA, Ana. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MORESO, J. J. El reino de los derechos y la objectividad de la moral, in: DICIOTTI, E. (Org.). *Diritti umani ed oggettività della morale*. Siena: Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali di Siena, 2003.

MORTATI, Costantino. Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana), in: *Enciclopedia del Diritto*. vol. XI (1962). Milano: Giuffrè, 2007.

MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

OESER, Erhard. *Evolution and constitution: the evolutionary selfconstruction [i.e. self-construction] of Law*. Volume 37 de Theory and decision library. Series A, Philosophy and methodology of the social sciences. The Netherlands: Springer, 2003.

OTO RAMOS DUARTE, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito (Étique et Droit)*. Trad. de: ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO, Maria. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales Justitia*. 3ª edición. Fecha de publicación: marzo 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

_____. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Rechtsphilosophie*. 4ª ed. Stuttgart: Erik Wolf, 1950.

RECASENS SICHES, Luís. *Iusnaturalismos Actuales Comparados*. Madrid: Universidad de Madrid, 1970.

RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

RIBEIRO MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de: DE OLIVEIRA, Osório. Campinas: Bookseller, 2000.

ROSS, Alf. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*. Trad. de: FEBBRAJO, A. Itália: A. Pessina, 1961.

SANDOVAL GÓES, Guilherme. *Neoconstitucionalismo*, in: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTIAGO NINO. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2005.

SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità, 1965.

SUÁREZ, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. vol. 3 – De La ley positiva humana en si misma y en quanto puede considerarse en la pura naturaleza del hombre, la cual se llama también ley civil. Trad. De: TORRUBIANO RIPOL, Jaime. Madrid: Réus, 1918.

- TEBBIT, Mark. *Philosophy of law: an introduction*. London: Routledge, 2000.
- TROPER, Michel. *A filosofia do direito (La philosophie du droit)*. Trad. de: DEIRÓ, Ana. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VASCONCELLOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- VATTEL. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*. Tome I. Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1863.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.
- _____. *Réflexions sur la Philosophie et le Droit*. Les Carnets. Paris: P.U.F., 1995.
- VON SAVIGNY. *Traité de Droit Romain*. Tome 1^{er}. Trad. de: M. CH. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1840.
- WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional, in: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação (Law and Interpretation)*. Trad. de: BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2004.
- WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- WEINKAUF, Hermann. Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie? In: *JZ*, 1970.
- WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. de: FERNÁNDEZ JARDÓN, Francisco. Madrid: Aguilar, 1957.
- ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, in: *PD*, nº 61, julho-dezembro de 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Legge, diritto, giustizia. Torino: Einaudi, 2010 (reimp. de 1992).
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2008.