

# O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA EVOLUÇÃO COMO PENSAMENTO: UM HISTÓRICO DE SUCESSO OU DE FRACASSO?

Legal positivism and its evolution as doctrine:  
a history of success or failure?

*Daniel Dix Carneiro \**

## RESUMO

Este artigo versa sobre o processo evolutivo do positivismo jurídico como pensamento filosófico. Dentro desse contexto, são motivos de nossa abordagem: as razões que ensejaram o surgimento dessa doutrina, suas características e a tentativa de desvinculação do direito com os preceitos morais. Veremos, ainda, que, a partir de meados do século passado, a concepção de direito preconizada por essa corrente filosófica foi objeto de duras críticas, o que culminou com o surgimento do pós-positivismo, pensamento este que preconiza uma maior inteiração do direito com a moral, na busca incessante pelo senso de justiça. Porém, tendo em vista nossa tradição romano-germânica de sistematizar e aplicar o direito, parece dificultosa a admissão dos preceitos morais como direito, fato que dá origem ao pensamento neoconstitucionalista, o qual preconiza a inserção da moral nos textos constitucionais ocidentais por meio dos princípios de direito, atualmente alçados à condição de normas jurídicas e não mais meros instrumentos de integração do direito.

**Palavras chave:** Positivismo jurídico. Evolução. Neoconstitucionalismo.

\* Advogado; mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Contato: daniel.dix@uol.com.br

## ABSTRACT

This paper discusses the evolutionary process legal positivism as a philosophical thought. Within this context, our approach is motivated by: the reasons that gave rise to the emergence of this doctrine, its characteristics and the attempt to separate the law from moral precepts. We will also see that from the middle of last century, the concept of law advocated by this philosophical movement was the object of harsh criticism, which led to the emergence of post-positivism, a movement that calls for greater interaction between the law and morality, in the constant quest for the sense of justice. However, in view of our Roman-Germanic tradition to systematize and apply the law, it seems difficult to admit moral precepts as law, which gives rise to neo-constitutionalist thought. This movement advocates the inclusion of morality in Western Constitutions through the principles of law, which are now raised to legal norm status and are no longer mere instruments for the integration of law.

**Keywords:** Legal positivism. Evolution. Neo-constitutionalism.

## INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente ensaio visa a identificar e analisar o positivismo jurídico como doutrina surgida ao final do século XIX em oposição ao denominado direito natural (jusnaturalismo), o qual preceituava a concepção de um direito ideal, baseado em valores metafísicos e divinos, cujos parâmetros deveriam nortear os legisladores na elaboração e na concepção das leis, sob pena de não serem consideradas válidas, fato que dificultava o estudo do direito em si e trazia grande insegurança às relações jurídicas.

Como ponto de partida de nossa pesquisa, teceremos algumas poucas considerações sobre a corrente jusnaturalista, para que, em seguida, possamos abordar o surgimento e a evolução da escola positivista do direito, a qual foi concebida especialmente no intuito de sistematizar a aplicação e o estudo do direito, reduzindo-se, portanto, a insegurança jurídica causada pelo direito natural, que preconizava a invalidade ou inaplicabilidade de uma lei ou norma com base em valores morais e em concepções subjetivas de justiça.

Verificaremos que o positivismo jurídico, em sua concepção inicial, preceituava um estudo científico do direito, mediante a introdução de uma abordagem *avaliativa*, o que representou um avanço significativo à sociedade, isso porque simplificou o entendimento e a aplicação das normas, trazendo, por conseguinte, maior segurança às relações jurídicas que devem ser o objeto de proteção do direito, tendo grande aplicabilidade até os dias atuais.

Apesar dos avanços inegáveis trazidos à sociedade e à comunidade jurídica pela doutrina do positivismo clássico, veremos que, com base em interpretações indevidas por parte dos aplicadores do direito, o referido pensamento, em razão da sua objetividade e sistematização, acabou, de forma equivocada, associando o próprio direito à lei, afastando-o, portanto, da filosofia, de modo que, em meados do século passado, especificamente ao final da Segunda Guerra Mundial, começou a sofrer grandes críticas por parte de novos filósofos do direito.<sup>1</sup> Desde então, o pensamento positivista tem sofrido algumas reformulações em sua abordagem *avaliativa* e científica inicialmente concebida, no intuito de adequá-lo aos novos anseios sociais de justiça, especialmente com sua reaproximação da moral e mediante a aceitação dos princípios como espécie de norma jurídica, os quais estão cada vez mais incorporados aos textos constitucionais, fato que culmina no aparecimento do chamado neoconstitucionalismo.

## BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO NATURAL

A existência de valores externos e intrínsecos à natureza humana foi considerada a base para se defender desde muito a existência de um direito ideal que se opusesse ao denominado direito dos homens, o qual muitas vezes era tido como injusto e imperfeito. Com base nesses conceitos, foi fundada a escola do direito natural, que conquistou grande parte dos filósofos e pensadores europeus a partir do século XVI e viabilizou, em sua concepção, a não aplicação de uma lei ou de uma norma que não estivesse em consonância com critérios morais ou com concepções de justiça.<sup>2</sup> Partindo dessas noções, o direito natural poderia ser tido como um modelo a ser seguido pelas leis a serem formuladas pelas sociedades, de modo que o direito propriamente

dito somente seria considerado válido quando seguisse os parâmetros ideais de justiça estabelecidos pela escola jusnaturalista.<sup>3</sup>

Dentro desse contexto, temos que as noções de valor, moral e justiça podiam ser traduzidas como sendo o pilar fundamental da doutrina jusnaturalista, o que acarretava insegurança no regramento das relações jurídicas travadas na sociedade que, por sua vez, estariam à mercê das concepções subjetivas de moral e de justiça.

Podemos considerar, portanto, que as características metafísicas e supralegais do jusnaturalismo dificultavam o estudo científico e sistemático do direito, fato cada vez mais demandado pelas sociedades, cujas relações jurídicas travadas vinham se tornando dinâmicas e complexas e necessitavam de maior segurança e estabilidade.

Diante desse quadro, ao final do século XIX, ganha força a denominada escola positivista do direito, que, em atendimento ao anseio social, começa a pensar o direito com base numa concepção de um sistema jurídico fechado e inicialmente desvinculado da noção subjetiva de moral, alterando-se a forma de compreensão dos fenômenos jurídicos, tornando-os mais objetivos, mediante adoção da técnica de subsunção do fato à norma jurídica, o que promoveu a segurança das relações jurídicas, tornando-as mais estáveis.

## O SURGIMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO COMO DOCTRINA

Numa breve síntese, o positivismo jurídico clássico pode ser conceituado como sendo a doutrina que entende ser direito o conjunto de normas (em sentido *lato*) que foram devidamente deliberadas e postas pelo Estado para regular as relações sociais, que independem, para sua validade, de valores morais preestabelecidos, e cujos esforços estejam voltados à reflexão sobre a sua aplicação e interpretação, devendo ser esse o objeto a ser definido por este pensamento. Nesse aspecto, podemos afirmar que o pensamento básico do positivismo jurídico considera o direito como resultado da ação e da vontade humana (direito posto e positivo), não decorrendo, portanto, da imposição de Deus, da natureza ou da razão, traduzindo-se no rompimento com os denominados valores morais e de justiça preconizados pelo jusnatura-

lismo, de forma que a concepção do direito se limitaria ao conjunto de normas impostas por seres humanos para regular o comportamento do próprio homem e da sociedade.

Devemos ressaltar que boa parte dos partidários do positivismo jurídico (escola clássica) defende que não existe, necessariamente, uma relação entre o direito, a moral e a própria justiça (concepção avaliativa do direito), pois as noções de justiça e de moral seriam relativas ou não absolutas e, portanto, alteráveis no decorrer do tempo, não gozando de força política suficiente para se impor contra a vontade de quem elabora as normas.

Corroborando essa premissa, são válidas as considerações feitas por Hans Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”, obra tida como símbolo do positivismo jurídico, acerca da inviabilidade de uma moral absoluta idealizada pelo jusnaturalismo, bem como da sua necessária separação com o direito, o qual, em seu sentir, não merece ser submetido a qualquer juízo de valor:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe a distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria absoluta dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. [...] Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. [...] **A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e ‘a’ Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral<sup>4</sup> (grifo nosso).**

Por sua vez, com base nos ensinamentos do jusfilósofo alemão Hebert Hart,<sup>5</sup> talvez o maior nome contemporâneo do positivismo jurídico e um dos responsáveis, como veremos adiante, pela reformulação desse pensamento, quando pretendeu aproximá-lo dos conceitos morais e adequá-lo aos anseios de justiça surgidos ao final da Segunda Guerra Mundial,<sup>6</sup> podemos resumir os fundamentos da doutrina positivista nos seguintes postulados:

- a) As leis são frutos dos comandos dos seres humanos.
- b) Não existe vínculo necessário entre direito e moral, ou entre direito como ele é ou como deveria ser (direito ideal). A análise dos conceitos jurídicos deve ser distinta dos preceitos históricos, sociológicos e de quaisquer outros.
- c) O sistema jurídico é um sistema lógico fechado, no qual as decisões jurídicas corretas podem ser inferidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas predeterminadas sem referenciais a objetivos sociais, políticos ou morais.
- d) Os juízos morais podem ser emitidos, ou defendidos, como podem as afirmações de fatos, por meio de argumentação racional, evidência ou prova (concepção mais moderna defendida por Hart).

Feitos esses esclarecimentos e considerações iniciais, especialmente sobre a conceituação e surgimento do positivismo jurídico, bem como acerca dos seus principais fundamentos, podemos avançar em nossos estudos no sentido de analisar de forma mais pormenorizada as características dessa doutrina, suas críticas e sua eventual adequação ao nosso atual contexto jurídico e filosófico.

## **PONTOS E PROBLEMAS FUNDAMENTAIS QUE CARACTERIZAM O POSITIVISMO JURÍDICO**

Após as breves considerações introdutórias acerca da doutrina positivista, temos melhores condições de prosseguir em nossas análises

no intuito de nos familiarizarmos cada vez mais com esse pensamento que inovou a forma de entender e aplicar o direito no início do século XX e cujo legado nos acompanha até os dias atuais.

Para que tenhamos uma melhor compreensão didática do positivismo jurídico, parece-nos de fundamental importância que identifiquemos os pontos que caracterizam essa doutrina, os quais foram abordados e analisados pelo filósofo do direito Norberto Bobbio.<sup>7</sup>

Dessa feita, com base nos ensinamentos de Bobbio, temos que o positivismo jurídico poderá ser caracterizado como pensamento e doutrina conforme a identificação dos seguintes pontos e descrições:

- a) **Modo de abordar e de encarar o direito** - o positivismo considera o direito como um fato e não como um valor, afastando-se, portanto do pensamento jusnaturalista. Nesse aspecto, o direito deve ser tido como a reunião de fatos, fenômenos ou dados sociais em tudo análogos àqueles presentes no mundo natural. Dentro desse contexto, temos que o jurista e o aplicador do direito devem estudá-lo e analisá-lo da mesma forma que o cientista estuda a realidade, abstendo-se, pois, de formular qualquer juízo de valor sobre as questões que lhe são apresentadas. O termo direito deve ser considerado como absolutamente avalorativo, independentemente do fato de ser mau ou bom, justo ou injusto. A validade do direito se funda em critérios que concernem à estrutura formal, independente de conteúdo (como veremos adiante com base na denominada regra fundamental formulada por Kelsen, ou mais recentemente na regra de reconhecimento concebida por Hart). Assim, a validade de uma norma jurídica se traduz necessariamente na afirmação de seu valor ou de sua justiça.
- b) **Definição do direito** - com base nesse aspecto, o direito é considerado em razão do seu elemento de coação, derivando, portanto, da denominada teoria da coatividade do direito, a qual será motivo de nossa análise nas linhas que seguem. A consideração do direito como fato conduz necessariamente

ao entendimento do direito como aquele que vige em uma sociedade, ou seja, como sendo o conjunto de normas que são consideradas válidas e impostas pelo meio da força estatal.

- c) **Fontes do direito** – o positivismo jurídico desenvolve uma doutrina acerca: i) das relações travadas entre a lei e os costumes, de forma a excluir o costume *contra legem* ou o costume ab-rogativo e admitindo somente o costume *secundum legem* e às vezes o *praeter legem*; e ii) das relações havidas entre a lei e o direito judiciário e o direito consuetudinário. Devem-se também considerar os problemas surgidos em razão das denominadas fontes “pressupostas” e “aparentes” do direito, como a equidade e a natureza das coisas e dos fatos. Nesse ponto, veremos adiante que o positivismo peca em explicar o fundamento de validade da norma fundamental desenvolvida por Kelsen (norma pressuposta) bem como da denominada regra de reconhecimento concebida por Hart, isso porque é fundamento dessa doutrina a não admissão de interferências metafísicas, contrapondo-se mais uma vez ao pensamento jusnaturalista.
- d) **Teoria da norma jurídica** – considera a norma como um comando da qual decorre a teoria imperativista do direito. O imperativo, dentro desse aspecto, pode ser considerado como positivo (*facere*) ou negativo (*non facere*).
- e) **Teoria do ordenamento jurídico** – deve-se considerar a estrutura não mais da norma isoladamente descrita e posta, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes em um determinado corpo social. Com base na referida teoria, o positivismo contempla ainda as denominadas teorias da coerência e da completitude do ordenamento jurídico:
- coerência: não permite que, em um mesmo ordenamento jurídico, coexistam de forma simultânea duas normas antagônicas (contraditórias ou contrárias), pois decorre do próprio ordenamento o princípio que estabelece que uma das duas ou ambas as normas são inválidas (hierarquia, temporalidade e especialidade, métodos ainda aplicáveis hodiernamente);

- completitude: o positivismo jurídico considera que, das normas explícita ou implicitamente existentes no ordenamento jurídico, o magistrado poderá sempre obter uma decisão regular para solucionar qualquer caso que lhe seja apresentado. O positivismo jurídico visa a eliminar, portanto, de forma definitiva a existência de lacunas do direito.<sup>8</sup>
- f) **Método da Ciência Jurídica** – por meio deste método, o positivismo jurídico defende a aplicação da teoria da interpretação mecanicista, a qual entende que, por ocasião da atividade do aplicador do direito deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. Nos dizeres de Bobbio: “[...] (empregando a imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivista considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)”.<sup>9</sup> Ainda segundo Bobbio, tal foi o ponto escolhido pelos adversários da doutrina positivista para desencadear a contraofensa contra esse pensamento e que gerou um debate denominado como a “batalha dos métodos”. Assim, a visão tradicional do positivismo entende que da interpretação poderia produzir uma única solução correta e ajustada ao caso concreto. Devemos, entretanto, ressaltar que tal fato é refutado por Kelsen, quando afirma que o direito está inserido em uma moldura, o que autorizaria o juiz e o aplicador do direito a atuar de forma discricionária nas hipóteses de indeterminação da norma, escolhendo uma dentre as diversas soluções possíveis.<sup>10</sup>
- g) **Teoria da obediência** – o positivismo jurídico, como pensamento, apregoa a obediência absoluta e irrestrita da lei como tal, isso porque, como já visto, essa doutrina está desprovida de valores quanto ao conteúdo da norma. A partir do final da Segunda Guerra Mundial, a teoria da obediência começa a ser refutada por parte da doutrina positivista, tendo em vista a reaproximação da moral ao direito, quando ganha maior notoriedade a figura dos princípios jurídicos os quais, por estarem diretamente vinculados aos valores e à moral, deixam de ser meros elementos de integração do direito e passam à categoria de espécies do gênero norma jurídica,

doutrina defendida por Ronald Dworkin e John Rawls, dois grandes críticos contemporâneos do pensamento positivista, os quais defendem, inclusive, em algumas hipóteses, a legitimação da desobediência civil<sup>11 12</sup>.

Assim, após analisarmos, com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio, as características do positivismo jurídico, podemos afirmar que a concepção do direito como ciência, lastreada, por sua vez, em uma abordagem avalorativa, não submetendo o próprio direito a qualquer critério de validade metafísico, tendo em vista a sua separação total dos preceitos morais, parece-nos ser o ponto-chave para melhor entendermos essa doutrina e suas posteriores críticas surgidas, em especial, após o término da Segunda Guerra Mundial, fato que, ainda neste estudo, merecerá uma melhor atenção da nossa parte.

### **A ABORDAGEM AVALORATIVA DO DIREITO**

Valendo-nos, ainda, das lições de Bobbio, a doutrina positivista tem origem “[...] no esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira adequação da ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.<sup>13</sup>

Diante dessa afirmação, salientamos que uma das características básicas da ciência se traduz exatamente em sua *avaloratividade*, ou seja, na diferença existente entre os juízos de fato e de valor, isso porque a ciência consiste apenas em juízo de fato, o que representa a expressão de conhecimento da realidade como fim único de informar e comunicar uma determinada constatação. Temos, portanto, que a ciência deve ser rigorosa e definitivamente excluir o juízo de valor como método de conclusão. Por sua vez, o juízo de valor, em posição oposta ao juízo de fato, representa uma tomada de posição do sujeito observador em frente à própria realidade, visto que sua formulação não possui o intuito de informar, mas sim de influenciar terceiros.

A ciência, como objeto de estudo, tem a pretensão de excluir do seu próprio âmbito os juízos de valor pela simples razão de ser conhecimento puro e objetivo da realidade, enquanto o juízo de valor

terá sempre caráter subjetivo ou pessoal, contrário à objetividade preconizada pela análise científica.

Nesse contexto, conclui-se que o positivismo jurídico assume uma atitude científica em frente ao direito, já que o estuda como é, e não como deveria ser. Entende-se o direito como fato e não como valor, de forma que, em sua definição, deve ser desconsiderada toda qualificação que seja fundada em juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.

Podemos deduzir, inicialmente, que o juspositivista, para a doutrina clássica, deve estudar o direito real, sem se questionar se, além do direito posto, existe também um direito ideal. Para nós, essa é a concepção mais marcante que contrapõe o positivismo ao jusnaturalismo, o qual sustenta que deve fazer parte também do direito real a valoração com base no chamado direito ideal.

## VALIDADE DO DIREITO E VALOR DO DIREITO

Ao considerarmos a abordagem *avalorativa* do direito preconizada pelo pensamento positivista clássico, faz-se importante a diferenciação existente entre a validade e o valor de uma norma jurídica, em especial no que se refere à sua observância e aplicabilidade pelo operador do direito. Segundo Bobbio, a validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, com base na qual ela existe na esfera do direito. Nesse aspecto, ao afirmarmos que uma norma é válida, significa dizer que essa norma integra validamente um ordenamento jurídico real e pode ser invocada e aplicada a uma determinada situação concreta.<sup>14</sup>

Por outro lado, o valor de uma norma jurídica traduz a qualidade dessa norma, pela qual deve ser tida conforme o direito ideal (considerado como a síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve buscar inspiração), de forma que, ao dissermos que uma norma jurídica é válida ou justa, significa dizer que ela está de acordo com o direito ideal, o que revela grande subjetivismo e implica insegurança jurídica.

O oposto de validade é a invalidade e o contrário de valor (ou justiça) é o desvalor (ou injustiça). Assim, com base nesses conceitos, decorrem, ainda, no entender de Bobbio, as seguintes correntes jurídico-filosóficas:<sup>15</sup>

- a) **o jusnaturalismo** – defende que a validade de uma norma está necessariamente atrelada ao seu valor, de forma que, para esta corrente, uma norma é considerada válida se ela for valorosa ou justa; nem todo direito existente deve ser considerado como válido e, por conseguinte, aplicável, pois nem todo seria justo. Essa concepção identifica o conceito de validade e de valor e reduz a validade ao próprio conceito de valor;
- b) **o positivismo extremo** – inverte totalmente a posição jusnaturalista, identificando também os conceitos de validade e de valor, porém reduzindo o conceito de valor ao de validade. Para esta corrente, uma norma jurídica é considerada justa pela simples e única razão de ser válida (isto é, de advir da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para elaborar e impor normas). Nos dizeres de Bobbio, seria exemplo desta corrente as palavras de Hobbes, quando afirmou ser “[...] justo o que o soberano ordena e injusto o que o soberano veta”;
- c) **o positivismo clássico** – tem-se por habitual a distinção e separação do conceito de validade do de valor. Nesse sentido, para esta concepção do pensamento, poderá existir direito válido que é injusto e direito justo que é inválido. Não excluindo, totalmente, a possibilidade de se promover um juízo de valor do direito, o positivista clássico defende que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica. Esta última deve se limitar a formular um juízo de validade do direito, assegurando a sua existência jurídica, segundo os métodos e critérios estabelecidos pelo próprio sistema (e.g. hierarquia, temporalidade e especialidade).

Com base nessas considerações e a partir dos conceitos básicos atinentes ao positivismo jurídico como doutrina científica e *avalorativa*, entendermos que nos encontramos em melhores condições de passar a abordar o pensamento dos principais defensores dessa corrente jurídico-filosófica que mudou a forma de pensarmos o direito, trazendo grandes avanços ao seu estudo, independentemente de eventuais críticas, que também serão objeto de nossas análises.

## O PENSAMENTO DE KELSEN<sup>16</sup>

Como já mencionamos, Kelsen pode ser tido, indubitavelmente, como um dos grandes pensadores do positivismo jurídico da primeira metade do século XX, tanto que sua principal obra escrita, “Teoria Pura do Direito”, é considerada por muitos, até os dias atuais, como o grande símbolo dessa doutrina, uma vez que se traduz num projeto de definições do direito como ciência (fundamento do positivismo).

A teoria de Kelsen, numa breve síntese, baseia-se na existência de dois mundos distintos, quais sejam: a) o do “ser”; e b) do “dever ser”. Nesse contexto, o mundo do ser pode ser considerado como aquele em que há uma ligação direta entre um fato e uma consequência (*e.g.*: no mundo da natureza – corpo que cai devido à força da gravidade). Por sua vez, o mundo do “dever ser” pode ser tido como as hipóteses da moral, da religião e do direito, de forma que, entre o fato e a consequência, deve haver uma necessária imputação externa.

Assim, com base nos conceitos descritos por Kelsen, temos que, para os fenômenos da natureza, deve ser aplicável o princípio da causalidade, enquanto, relativamente aos fenômenos normativos, o princípio a ser aplicado é o da imputação, considerando-se, para tanto, o tipo da norma e o fruto da vontade humana.<sup>17</sup>

Devemos ressaltar, entretanto, que Kelsen não aceita a existência de direito sem valores, porém, como já visto por nós, ele repele a ideia de valores morais absolutos, em que pesem, em seu entender, as normas, como prescrições de dever ser, resultarem necessariamente de valores. Entretanto, segundo sua concepção, a tarefa da ciência jurídica não se traduz de forma alguma numa valoração ou apreciação do seu objeto, mas em sua descrição de forma alheia a qualquer valor preexistente, fazendo com que o jurista científico não identifique com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.<sup>18</sup>

## CRITÉRIOS PARA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO

A partir das premissas acima abordadas e considerando os ensinamentos de Adrian Sgarbi,<sup>19</sup> verificamos que Kelsen tenta aprimorar a definição de direito ao estabelecer três critérios de delimitação do seu

objeto nos seguintes termos: a) direito é uma técnica social específica; b) direito usa a força monopolizada pelo Estado; e c) direito pertence ao mundo do dever. Esses critérios serão objeto de nossas análises abaixo:

#### **a) O direito é uma técnica social específica**

O direito não deve ser considerado uma finalidade em si mesmo, devendo ser tido como uma técnica de controle social específica e, como técnica, deve servir a quem a utiliza e emprega. Dessa forma, podemos considerar que o direito pode ser revelado como uma técnica de controle indireto da conduta humana, isso porque a adequação ao comportamento social e humano pode ser obtida por meio de sanções punitivas estabelecidas pela norma.

Assim, o direito, como ordem social que estabelece sanções, poderá regular a conduta humana não apenas num sentido positivo, quando prescreve uma conduta ligando um ato de coerção, como sanção a uma conduta oposta e vedando, assim, essa conduta, mas também por uma forma negativa, de modo que uma conduta que não é juridicamente proibida deve ser considerada juridicamente permitida.

Podemos concluir, portanto, que, dentro da concepção de Kelsen, a liberdade, pela ordem jurídica é negativamente deixada aos cidadãos pela simples razão de aquela não lhes proibir uma determinada conduta, fato por ele definido como sendo o “mínimo de liberdade”.<sup>20</sup>

#### **b) O direito usa a força monopolizada pelo Estado**

Com base neste critério, podemos pressupor que a sanção não é exclusividade do direito posto, porém é o próprio direito que monopoliza e determina a força de imposição, de modo que a ordem jurídica estabelecida se distingue necessariamente da ordem normativa moral ou religiosa pelo simples modo pelo qual descreve ou veda determinadas condutas humanas.<sup>21</sup>

#### **c) O direito pertence ao mundo do dever**

O mundo do dever é tido como a realidade natural ou mundo fisicamente considerado, no qual o pensamento humano simples-

mente constata uma ocorrência de um nexu naturalístico necessário. Desse modo, o mundo do dever pode ser conceituado como sendo o mundo normativo, o qual é explicitado pelo já mencionado princípio da imputação.

Nesse contexto, e segundo os ensinamentos de Kelsen: “O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. Ex: quando alguém te fez um bem, deve mostrar-se agradecido; quando alguém sacrificar sua vida pela pátria, sua memória deve ser reconhecida, quando alguém pecar, deve fazer penitência”.<sup>22</sup>

## A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO

Após definir e delimitar sua teoria do direito, Kelsen apresenta o seu modelo de estruturação e de aplicação do direito. Para tanto, considera a abordagem de validade da norma e apresenta a dinâmica de sua aplicação, introduzindo o conceito de norma fundamental mediante a exploração da figura da pirâmide normativa como estrutura hierárquica que confere validade às leis.

Dentro desse contexto, vem-nos imediatamente à memória a famosa imagem da pirâmide constituída por Kelsen para exemplificar a forma como se estrutura o ordenamento jurídico vigente e até hoje lembrada pelos professores durante o curso de direito.

No topo da pirâmide, concentra-se a Constituição, norma tida por Kelsen como fundamental e pressuposta, a partir da qual todas as demais devem auferir sua validade e legitimidade. Essa teoria pode ser resumida mediante a afirmação de que sempre uma determinada norma buscará sua legitimidade e validade, tomando por base outras normas existentes no sistema jurídico e a ela superiores.

Dando continuidade ao desenvolvimento da sua teoria de estruturação e sistematização do direito, Kelsen passa a considerar e admitir a existência de dois tipos de derivação: a) o estático e; b) o dinâmico.

Em sua concepção, sistemas jurídicos são dinâmicos na hipótese de as normas originarem-se a partir de uma pressuposta e complexa organização de produção normativa por competência e delegação de competência estabelecida na regra matriz (Constituição). Por sua vez,

nos sistemas estáticos, por exemplo, os morais, a derivação normativa é obtida por uma sequência de deduções lógicas ou ilações.

Assim, numa breve síntese, temos que, no sistema estático, a validade das normas decorrerá de deduções lógicas decorrentes de uma norma **pressuposta fundamental**, a qual não apenas fornece o fundamento de validade, como também o conteúdo de validade deduzido de uma operação lógica, o que modernamente é denominado pelos constitucionalistas como validade ou constitucionalidade material. A validade material de norma, ou sua compatibilidade, decorre de uma conclusão do geral para o particular.

Como exemplo da derivação estática, podemos citar os postulados gerais da veracidade e do amor ao próximo, dos quais tiramos as seguintes conclusões lógicas pelo método da ilação:

- a) VERACIDADE - não devemos mentir, não devemos prestar falso testemunho; devemos respeitar os compromissos firmados;
- b) AMAR O PRÓXIMO - não devemos causar a morte de alguém, não devemos prejudicar moral ou fisicamente o próximo etc.

Desse modo, se algum postulado normativo específico for, de alguma forma, materialmente incompatível com o postulado normativo geral tido pelo ordenamento jurídico como pressuposto lógico e superior, ele, necessariamente, será considerado inválido e inaplicável. Por sua vez, no sistema dinâmico, a validade de uma norma pode ser rastreada até ser alcançada a Constituição, marco de independência, autonomia e autodeterminação de um Estado, mediante a observância dos requisitos formais estabelecidos pela norma fundamental daquela ordem jurídica para elaboração de outras normas inferiores, o que implica a sua validade e constitucionalidade formal.

A partir desses conceitos, temos condições de identificar o grande ponto fraco (calcanhar de Aquiles) do positivismo jurídico como doutrina e objeto de críticas pesadas por parte de seus opositores, isso

porque eles dão margem ao questionamento acerca do fundamento de validade da Constituição tida como norma fundamental.

Com base nessa consideração, Márcio Monteiro Reis<sup>23</sup> formula as seguintes indagações: como podemos explicar a legitimidade das normas contidas no topo da pirâmide, denominadas como norma fundamental? De onde vem o fundamento de para aplicá-las? Por que motivos todas as outras normas inferiores devem ser com ela compatíveis? Qual seria o fundamento para reconhecermos a validade do Poder Constituinte Originário?

Antevendo exatamente questionamentos a respeito dos critérios de validade da norma fundamental superior, Kelsen desenvolveu a denominada “Teoria da norma fundamental”, pela qual a norma fundamental deve ser considerada válida como marco inicial e jurídico-positivo, correspondendo, portanto, a uma opção intelectual do cientista do direito e desvinculada de qualquer valor moral.

Temos, portanto, que a norma fundamental idealizada por Kelsen corresponde a uma pressuposição tida por imprescindível (norma pressuposta), a partir da qual se viabiliza a identificação da validade das demais normas integrantes da ordem jurídica. Dentro desse contexto, a validade da norma é fundamental independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral (fato que foi flexibilizado, como veremos adiante, mediante a concepção da regra de reconhecimento por Hart).

Entretanto, com a devida vênia à “Teoria da norma fundamental”, que estabelece a denominada norma pressuposta, a qual não depende de qualquer valor metafísico ou moral, cremos que ela não responde a contento às indagações acerca do seu fundamento de validade, fato a que a doutrina positivista, mesmo a contemporânea, nunca conseguiu responder satisfatoriamente, passando sempre ao largo de uma reflexão mais profunda.<sup>24</sup>

## DA APLICAÇÃO DO DIREITO

O último capítulo da “Teoria Pura do Direito” formulada por Kelsen é destinado à análise e descrição dos métodos de interpreta-

ção do direito, considerada como a operação mental que acompanha o aplicador do direito aos casos concretos que lhe são apresentados.

Tendo em vista a estruturação do direito, o processo de sua aplicação deverá, necessariamente, acontecer a partir de um escalão normativo superior para um escalão inferior. Após esta análise, entram em cena: a) o aspecto da temporalidade, método pelo qual deve a norma mais recente revogar a mais antiga naquele conteúdo em que forem incompatíveis; e b) o aspecto da especialidade, por meio do qual uma norma com conteúdo específico deve prevalecer em face daquela cujo conteúdo sobre o mesmo tema analisado é geral.

Kelsen defende que a aplicação do direito pode ser considerada como um ato de criação jurídica, em parte determinada, situação em que o aplicador será tido como mero executor do comando, por meio do método de subsunção do fato à norma, e em parte indeterminada. Nesse ponto, a indeterminação poderá ser intencional, quando, por exemplo, a lei penal deixa à faculdade do magistrado a aplicação de uma multa penal ou de uma pena de prisão; ou não intencional, nas hipóteses em que o sentido da verbal da norma não seja inequívoco.<sup>25</sup>

Nos casos de indeterminação da norma, intencional ou não, haverá sempre um leque de possibilidades de aplicações. É o que Kelsen chama de moldura dentro da qual estariam inseridas as possibilidades de aplicação. Nesse aspecto, como já mencionado, com esse pensamento, Kelsen contraria a visão da teoria positivista tradicional, segundo a qual a interpretação poderia produzir uma única solução correta e ajustada a caso concreto apresentado.

## O APARECIMENTO DE UM NOVO POSITIVISMO

Após o final da Segunda Guerra Mundial e em razão das grandes transformações por que passou a sociedade desde a concepção da doutrina positivista, que considera o direito como ciência, deu-se início a uma demanda social no sentido de se exigir uma relativização das decisões judiciais que, em vezes cada vez maiores, precisava ser adequada aos casos concretos, os quais se mostravam diversificados na medida em que as relações sociais se tornavam mais complexas e dinâmicas, de modo que o direito posto não conseguia acompanhá-las a contento.

A característica da declaração por parte do aplicador do direito da norma ao fato que lhe é apresentado, abstendo-se de qualquer juízo de valor, em algumas hipóteses, não mais estava funcionando de modo que houve a necessidade de adaptação do direito às novas exigências sociais, o que implicou a necessária revisão do legado positivista tradicional.

O pensamento positivista clássico começa, portanto, a sofrer uma reformulação a partir do pensamento de Hebert L. A. Hart e Gregorio Peces-Barba, autores que passam a reconhecer contemporaneamente o importante papel desempenhado pelos princípios e pelos valores morais. Devemos, entretanto, ressaltar que esses pensadores ainda são considerados defensores do positivismo jurídico como doutrina, pois mantêm a afirmação de que somente as normas podem produzir direitos, negando a possibilidade de existirem direitos metafísicos e não escritos.

## AS IDEIAS DE HART

O jusfilósofo alemão Hebert L. A. Hart defende que deve existir uma forma segura de se determinar em que consiste exatamente direito. Dentro desse contexto, e analisando o direito natural, o referido pensador conclui que há duas proposições defendidas por aquela doutrina:<sup>26</sup>

- a) existência de certos princípios de moral e de justiça passíveis de descoberta pela razão humana, mesmo que sua origem não seja terrena e sim divina; e
- b) as leis dos homens que contrariem tais princípios não são válidas.

No entendimento de Hart, somente o segundo postulado seria objeto de negação por parte dos autores positivistas clássicos. Tal conclusão, contudo, não significa dizer que os pensadores positivistas não reconheçam a existência dos conceitos de moral e de justiça; o que eles não aceitam é que os princípios morais integrem o ordenamento jurídico como um todo.

Diante desse fato, e em razão do não convencimento da “Teoria da norma fundamental” como norma pressuposta e desvinculada de quaisquer valores morais, Hart tenta aperfeiçoar o pensamento de Kelsen mediante a introdução da “Teoria das regras de reconhecimento”.<sup>27</sup> Com base nesse pensamento, o ordenamento jurídico seria constituído por normas primárias e normas secundárias: as primárias são aquelas que produzem direitos subjetivos e criam obrigações; e as secundárias aquelas que indicam a forma pela qual devem ser produzidas as normas primárias. Seriam essas normas que permitiriam o reconhecimento e a alteração do direito.

Numa breve síntese, podemos concluir que as denominadas normas primárias são consideradas como de mera conduta e, por sua vez, as secundárias seriam espécies de normas de organização e procedimento.

Nesse aspecto, a regra de reconhecimento desenvolvida por Hart pode ser tida como espécie de regra secundária que é utilizada para identificação e formulação de regras primárias de obrigação. Dentro da concepção de Hart, a referida regra pode ser formulada de forma expressa ou não, de maneira que “[...] sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos Tribunais, quanto pelos funcionários, como pelos particulares e seus consultores”. Seria uma regra última, que estabelece os critérios por meio dos quais a validade do sistema é avaliada.<sup>28</sup>

Num primeiro momento, o conceito da regra de reconhecimento pode ser confundido com o de norma fundamental formulada por Kelsen. Porém, a regra de reconhecimento apresenta-se como um fato, enquanto que a regra fundamental se constitui numa pressuposição lógica necessária, já que sua validade é suposta, e não demonstrada pelos critérios de hierarquia definidos pelo positivismo clássico. Assim, a regra de reconhecimento não pode ser considerada nem suposta válida ou inválida, sendo simplesmente aceita socialmente, devendo ser praticada.

Podemos, contudo, identificar uma controvérsia no que tange à legitimidade acerca da denominada norma de reconhecimento. O problema que se impõe é bastante semelhante àquele enfrentado por Kelsen em relação à sua concepção de norma fundamental.

A defesa por Hart de que a legitimidade da regra de reconhecimento é auferida diretamente de uma aceitação social, de modo que inexistência de validade da referida norma, por ser sua existência questão de fato, o que mantém sua consonância com os preceitos do positivismo, é objeto de crítica por parte de Ronald Dworkin, quando este afirma que a eventual aceitação social significa um reconhecimento de que a regra existe, mas não significa, contudo, que as pessoas concordem com ela, pois o simples reconhecimento pode ser obtido pelo uso da força militar ou mediante o arbitrário do Poder.<sup>29</sup>

Queremos, entretanto, ressaltar que Hart ousa, em relação ao pensamento positivista clássico, quando afirma que a moral poderá influenciar o direito de duas maneiras:<sup>30</sup>

- a) quando da elaboração legislativa; e
- b) quando da atividade judicial.

O referido pensador esclarece ainda que a moral, como tradição, não pode ser revogada ou modificada por atos de vontade (legislativo), porém ressalva que somente um ato legislativo pode ser causa dessa alteração ou modificação ao longo do tempo.<sup>31</sup> Nesse contexto, as exigências do sistema oficial podem ou mesmo devem sempre estar sujeitas a um exame moral, por maior que seja a autoridade de onde provém. Porém, para algumas questões, somente podem ser apreciadas satisfatoriamente quando surgem no caso concreto.

Hart ressalta o papel do Judiciário, ao defender que o direito positivo deve ser considerado como uma estrutura aberta, o que decorre da própria textura aberta de linguagem (fato que se assemelha à moldura descrita por Kelsen).

Nessa linha de raciocínio e diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*) para os quais o aplicador do direito não consegue de pronto aplicar uma solução lógica com base no método da subsunção, tendo em vista a estrutura forçosamente aberta do ordenamento e da imprecisão apresentada por determinadas normas, Hart admite que o juiz aja de forma discricionária. Porém, esse agir deve, em seu entender, estar

limitado ao espaço deixado pela própria norma, momento em que o julgador pode se valer de preceitos morais.<sup>32</sup>

Antes do seu falecimento, contudo, Hart confeccionou um pós-escrito à sua obra “O conceito de direito”, no qual procura responder a algumas críticas que lhe foram dirigidas por Dworkin. Por meio desse instrumento, autodenomina sua doutrina como sendo um positivismo moderado ou *soft*, já que procura descrever o funcionamento do direito reconhecendo a normatividade dos princípios, bem como valores na regra de reconhecimento, sem que com isso passe a ser uma teoria valorativa, porque a moral somente pode ter aplicabilidade normativa quando introduzida de alguma forma no sistema jurídico.<sup>33</sup>

## O PENSAMENTO DE PECES-BARBA

O jusfilósofo espanhol Gregorio Peces-Barba é outro nome que tentou readaptar o pensamento positivista às demandas sociais surgidas a partir de meados do século passado, ocasião em que o conceito científico e *avalorativo* de observar e aplicar o direito começou a perder força.

Para o referido autor, o poder político deve ser considerado como fundamento básico do direito, o qual será legitimado mediante a organização do Estado, fato que terá o condão de limitá-lo.<sup>34</sup>

Nesse contexto, segundo Márcio Monteiro Reis, o poder político deve, necessariamente, buscar seu fundamento no direito, esclarecendo que Peces-Barba defende que o Estado deve se organizar incorporando a denominada moralidade crítica em moralidade positivada.<sup>35</sup>

No entendimento de Barba, a moralidade crítica é considerada como aquela que tem inclinação para ser integrada ao direito positivo, porém, por questões meramente formais, ainda não foi convertida em norma, de modo que, dentro de uma visão positivista, não pode ser considerada direito. Por sua vez, a moralidade positivada deve ser conceituada como aquela que já foi incorporada ao ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

Barba reconhece a existência de uma moralidade externa e anterior ao Estado e ao próprio direito, contudo não considera que essa moralidade possa, antes de sua positivação, ser garantida pelo direito, isso porque o direito somente possui instrumentos para assegurar

o respeito àqueles valores que estiverem efetivamente incorporados por normas, concluindo que, se estiverem positivados, não estará garantido pelo direito.<sup>37</sup>

Como pensador, Barba critica as teorias jusnaturalista e positivista clássica. Refuta o jusnaturalismo por preceituar um canal entre direito e moral, ignorando as questões atinentes ao exercício do Poder e admitindo a existência de uma determinada moralidade como jurídica, sem que, para tanto, haja necessidade de verificar os procedimentos instituídos para criação do direito novo. Por outro lado, no entendimento do jusfilósofo espanhol, o positivismo tenciona comunicar o poder ao direito, sem, contudo, passar pela moral, restringindo o direito àquilo que é definido pelo Poder criador das normas, desconhecendo qualquer valor moral no Estado de Direito.<sup>38</sup>

Assim, com base nessas constatações, Barba passa a propor um modelo que leve em consideração a relação entre Moral, Poder e Direito, no qual se adote o seguinte processo:<sup>39</sup>

- a) a moralidade crítica pressiona o poder, buscando incorporar-se ao ordenamento existente;
- b) a moralidade positivada ganha cada vez mais espaço no ordenamento, o que se dá principalmente com a atividade de interpretação, que provoca a consolidação e ampliação daqueles valores positivados.

Márcio Monteiro Reis esclarece ainda que Peces-Barba, em seus estudos, promove também outra diferenciação importante no que tange às relações entre moral e poder. Segundo esse renomado autor, o jusfilósofo espanhol distingue ética pública da denominada ética privada.<sup>40</sup>

A ética pública seria aquela vocacionada a se incorporar ao Estado mediante o fornecimento de parâmetros de orientação do exercício do Poder Público, bem como do estabelecimento das autoridades competentes para realizar as funções a serem desempenhadas pelo poder estatal, referente, portanto, ao próprio exercício do poder. Nesse aspecto, parece-nos que Barba descaracteriza a afirmação de Kelsen

de que a moral não pode ser absoluta, dando lugar à razoabilidade preconizada por John Rawls.<sup>41</sup>

Por outro lado, a ética privada pode ser considerada como uma ética de conduta, que norteia os planos de vida individuais de cada cidadão. Compõem a ética privada, além dos valores individuais, o conceito de felicidade de cada um, seus ideais, ou seja, todo o conteúdo moral particular com o qual os indivíduos pautam suas ações, de forma que, nesse caso, estaríamos no âmbito da racionalidade.<sup>42</sup>

Barba apresenta-se como um liberal ao defender que todos os cidadãos devem gozar de total liberdade na busca da felicidade e da realização pessoal, defendendo nesse ponto uma intervenção mínima estatal. Nesse aspecto, ele prega a realização de um modelo social aberto, ou seja, no qual o Estado interfere tão somente no âmbito da Ética pública, deixando que cada indivíduo se pautar por uma ética privada individualmente construída. Para tanto, o Estado deve criar as condições mínimas para o desenvolvimento de um espaço no qual os cidadãos possam gozar de autonomia moral e estejam livres para optar por sua própria ética privada.<sup>43</sup>

No entanto, parece-nos que Barba não foi suficientemente claro no sentido de dar uma solução às hipóteses em que a moralidade não é incorporada ao direito, isso porque se limitou a reconhecê-la como garantida apenas nos casos em que é positivada pelo ordenamento.

Como veremos adiante, é nesse vácuo que o autor americano Ronald Dworkin propõe um modelo totalmente inédito do que foi até agora definido e defendido pelos pensadores positivistas, mediante o qual procura demonstrar que os métodos clássicos de produção do direito, que Kelsen chama de norma fundamental e Hart de regra de reconhecimento, não são os únicos existentes, podendo o direito ser manipulado e “encontrado” por seus aplicadores de várias outras maneiras além das convencionais.

## OS POSITIVISMOS EXCLUSIVISTA E INCLUSIVISTA

A partir dos conceitos introduzidos por Hart e Peces-Barba, os quais foram objeto de nossos comentários, podemos considerar que

o pensamento positivista sofreu uma divisão como doutrina, dando origem aos denominados positivismo exclusivista e inclusivista.

O positivismo exclusivista é considerado como aquele que desvincula a moral do direito e somente a considera garantida pelo direito, se incorporada pelo ordenamento jurídico mediante um reconhecimento prévio, posição defendida por Peces-Barba e por Hart antes da elaboração do seu pós-escrito.

Por outro lado, quando o direito reconhece validade normativa a critérios de racionalidade, a sua positividade e o próprio reconhecimento como critério de validade ficam suspensos.

Na esfera de racionalidade, as normas da razão ética podem contradizer as normas positivas e prevalecem sobre elas por superioridade lógico-normativa e hierárquica. Essa maneira de ver as coisas só é compatível com o positivismo inclusivo da moral ou positivismo moderado, por meio do qual os princípios passam a ganhar força normativa ao lado das regras e podem ser considerados como verdadeiros elos de conexão entre a moral, a filosofia e o direito (positivismo inclusivista).

O positivismo inclusivista decorre, em parte, da aceitação do pensamento, de acordo com Hart em seu pós-escrito e das considerações feitas por Dworkin acerca dos princípios jurídicos, como veremos adiante, os quais deixam de ser vistos como elementos subsidiários de integração do direito, para serem considerados como parte integrante do próprio direito em razão da sua normatividade.

## **O ENTENDIMENTO DE DWORKIN INAUGURA UMA NOVA CORRENTE, O PÓS-POSITIVISMO**

O jusfilósofo americano Ronald Dworkin, tido como o grande crítico do positivismo jurídico, concentrou seus estudos na relação entre moral e direito, o que resultou na proposição de um modelo inteiramente diverso daquele concebido pelos positivistas.<sup>44</sup>

Segundo seu entendimento, não seria correto afirmarmos a existência de um método de ilação lógica que possa definir ao certo o conceito de direito, pretensão essa sugerida pela doutrina positivista,

de modo que sua teoria confere aos princípios um papel protagonista, aos quais atribui eficácia plena e criadores de direitos subjetivos.

Dworkin interpela a doutrina de Hart, a qual afirma que as denominadas regras de reconhecimento auferem sua aplicabilidade diretamente de sua aceitação social. Assim, com base em seu pensamento, se essa premissa fosse realmente adequada, poder-se-ia afirmar que também as denominadas normas primárias poderiam auferir legitimidade do mesmo modo, de forma que não haveria justificativa para que somente as normas secundárias possam ser legitimadas pela aceitação por parte da sociedade.

Nesse ponto, Dworkin defende que, mesmo as normas de conduta (denominadas primárias por Hart), são necessariamente suportadas por princípios, os quais, em seu entender, decorrem da própria moral.

Em sua visão, a moral possui forte interação com ordenamento jurídico, manifestando-se como princípios jurídicos, que integram, em seu sentir, o direito, mesmo na hipótese de não estarem expressamente positivados. Por tal razão, Dworkin rechaça as concepções formais do direito propostas pelo positivismo, defendendo que, filosoficamente, não há motivo para se desenvolver uma teoria da verdade, pois, ao se partir de uma premissa de que uma proposição somente pode ser verdadeira, significa que devemos de alguma forma demonstrar sua verdade.

Parece-nos, portanto, que Dworkin possui uma visão uniforme da moral e do direito, fato até certo ponto viabilizado pelo sistema jurídico no qual desenvolve seus estudos (*common law*), visando a melhorar a concepção dada por Hart e Peces-Barba.

Assim, Dworkin pensa o ordenamento jurídico positivo apenas como meio destinado a conferir maior segurança às relações jurídicas, de forma que não desconsidera em seu pensamento o direito posto, porém, em seu entender, as normas são sustentadas por princípios morais, os quais devem, em verdade, ser considerados como seu real fundamento de validade, podendo, inclusive, implicar a não aplicação daquelas normas que lhes são contrárias.

Considerando esse entendimento, temos que a moral se manifestaria por meio de princípios, seja orientando a elaboração das normas, seja da aplicação direta ao caso concreto, realizada pelo magistrado.<sup>45</sup>

A ideia consequente desse pensamento é a de que a moral deve ser entendida como antecedente ao direito, devendo, por conseguinte, ser resguardada por seus instrumentos. Portanto, aceitando-se uma definição de direito como apenas o texto positivado, chega-se à conclusão de que a moral deve ser posta acima do direito.<sup>46</sup>

Com base na afirmação de que os valores morais estão acima do direito, fato que pode ser viabilizado pelo sistema da *common law*, surge a justificação da desobediência civil, reconhecida como possível pelo já citado filósofo americano John Rawls, isso porque, na hipótese de os cidadãos deverem mais obediência aos valores morais do que às próprias regras escritas, nada mais evidente que se aceite a possibilidade de deixarem de obedecer às leis que eventualmente repute imorais.<sup>47</sup>

Outra consequência do pensamento de Dworkin é exatamente a possibilidade de enxergar a moral como fundamento de validade das normas, de modo que, além de poderem ser desobedecidas, as leis imorais merecem ser declaradas nulas o quanto antes, o que valeria, inclusive, para as normas constitucionais. Nesse sentido, devemos ressaltar que, com base em tal entendimento, o estudioso alemão Otto Bachof<sup>48</sup> desenvolveu a sua teoria acerca das chamadas normas constitucionais inconstitucionais, fato que, em sua compreensão, poderia ocorrer nas seguintes hipóteses: a) não observância das regras estipuladas por documento pré-constitucional para sua aprovação; b) a inobservância de regras constitucionais que disciplinam sua própria reforma; c) a existência de hierarquia entre diversas normas constitucionais;<sup>49</sup> e d) a infração de direito supralegal, positivado ou não na Constituição.<sup>50</sup>

Para Dworkin, o positivismo seria um modelo concebido para um sistema de regras focado na possibilidade de existência de um teste único capaz de traduzir, ao certo, todo o conteúdo do direito. Essa abordagem torna distante a aplicação de elementos que, embora não sejam considerados regras, seriam fundamentais, como é o caso dos princípios. Assim, chama a atenção para as denominadas políticas e os princípios, aos quais considera como princípios em sentido amplo.

Uma política definiria um objetivo a ser alcançado. Já o princípio, em sentido estrito, seria um enunciado a ser observado por um critério de justiça ou de moral. Nesse ponto, a grande distinção entre as regras e os princípios, segundo Dworkin, seria a forma pela qual são aplicados.

As regras, no entender do referido pensador e com base numa concepção positivista, obedeceriam a um sistema de tudo ou nada, de forma que, se o fato ocorrido se subsumir no comando legalmente previsto, a norma é considerada válida e passível de aplicação, ou, ao contrário, não é válida, hipótese em que não poderá ser aplicada e não contribuirá de forma alguma para a decisão a ser conferida ao caso apresentado.

Por outro lado, temos que a aplicabilidade lógica e prática dos princípios é diversa. Nesse ponto, Dworkin explica que os princípios possuem uma dimensão e uma aplicabilidade que as regras em si não dispõem, que é exatamente o estabelecimento de peso, ou de valoração. Com base nessa premissa, não haveria que se falar, portanto, em conflito entre princípios, mas sim em colisão, isso porque cada princípio, em determinadas circunstâncias, tem um peso próprio. Da argumentação entre eles é que surgiria a solução para o caso concreto apresentado.<sup>51</sup>

Na hipótese de existirem princípios contraditórios entre si e aparentemente capazes de incidir sobre um mesmo caso concreto, o operador do direito não está obrigado a escolher apenas um aplicável. Outro ponto relevante é que, a cada hipótese em que aqueles mesmos princípios colidirem, a preferência pode recair sobre um diferente, dependendo das especificidades do caso apresentado e estudado. Resta claro, portanto, que as decisões tomadas nem sempre serão lógicas, podendo, muitas vezes, causar controvérsias, considerando-se para tanto cada caso concreto avaliado.

Já os conflitos entre regras são resolvidos por um sistema preestabelecido clássico pela doutrina positivista, que é, ele próprio, um sistema de regras. Como já vimos, é o que Hart chama de regras secundárias (regras de reconhecimento), ou norma fundamental para Kelsen, de forma que haverá sempre uma norma a prevalecer em detrimento da outra. Nesse aspecto, os critérios da escolha das regras continuariam fornecidos pelo próprio sistema, como *e.g.*, temos a hierarquia, o fato de ser mais recente, de ser mais específica ou até mesmo de possuir um peso maior dentro do sistema (lei ordinária, lei complementar, Constituição).

Não podemos deixar de mencionar que a teoria formulada por Dworkin, no sentido de conferir validade ao direito a partir de conceitos

morais e princípios, não necessariamente positivados, parece-nos muito inteligente e fascinante, contudo, cremos que sua aplicabilidade nos sistemas jurídicos que seguem o modelo romano-germânico não terá muito sucesso, pois, nesse sistema, o direito posto ainda é a principal fonte a instruir as decisões judiciais.

É com base nesse entendimento que começa a ser discutida uma nova doutrina, denominada neoconstitucionalista, a qual, em razão do reconhecimento da normatividade dos princípios, defende que eles devem necessariamente ser alçados à categoria de princípios constitucionais, os quais integrariam o texto das Constituições, mantendo-se, assim, a segurança jurídica preconizada pelas normas postas e afastando os critérios morais e supralegais aceitos por Dworkin.

## PORTAS ABERTAS PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO

O reconhecimento da normatividade dos princípios, os quais perdem o seu caráter subsidiário e integrativo, deve ser considerado um divisor de águas dentro do estudo do direito. Entretanto, o entendimento de que os princípios morais podem ser aplicados independentemente de sua positivação como sendo valores supralegais, em nosso sentir, deve ser apreciado com ressalvas, de forma que, para conferir efetividade ao pensamento inaugurado por Dworkin, nos alinhamos àqueles que defendem que os princípios devem ser alçados à categoria de princípios constitucionais.

Segundo Paulo Bonavides, os princípios, por expressarem valores morais, sem dúvida, removem dificuldades para resolução de eventuais controvérsias apresentadas ao aplicador do direito, porém devemos ressaltar que o referido autor não admite a sua extraconstitucionalidade, isso porque considera que a aceitação dessa hipótese atrairia efeitos nocivos ao sistema jurídico, por reconhecer novamente a perda dos progressos normativos, trazidos pelo positivismo jurídico.<sup>52</sup>

Dessa forma, gostaríamos de reafirmar que a tese do direito supralegal não escrito e preconizado por Dworkin não tem grande receptividade no direito brasileiro, primeiramente porque estaria ligada à ideia de direito natural, tão combatido pelo positivismo jurídico e, segundo,

em razão da natureza principiológica da nossa atual Constituição a qual incorpora, em seu texto, um extenso rol de direitos fundamentais.<sup>53</sup>

Dentro desse contexto, com o intuito de tornar efetivo o reconhecimento e a conseqüente aplicação dos princípios morais a um caso concreto apresentado, sem que, contudo, deixemos de lado os progressos trazidos pela doutrina positivista, nasce o denominado movimento neoconstitucionalista, corrente que possui grande aceitabilidade na Espanha e na Itália e que, no Brasil, ganhou inúmeros defensores após a divulgação da coletânea “Neoconstitucionalismo(s)”, coordenada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell.<sup>54</sup>

O neoconstitucionalismo, com base nos ensinamentos de Daniel Sarmiento,<sup>55</sup> pode ser considerado um movimento pelo do qual se reconhece a constitucionalização do direito, privilegiando-se a incorporação no texto constitucional dos princípios e viabilizando a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis de hermenêutica jurídica, dentre os quais podemos destacar a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à moral, sem que haja, contudo, o retorno às categorias metafísicas do jusnaturalismo, de forma a conferir um maior destaque ao Judiciário na implementação dos valores aceitos pela Constituição.

Por sua vez, e norteando-nos pelas lições de Antônio Cavalcanti Maia,<sup>56</sup> talvez o maior defensor do neoconstitucionalismo no Brasil, podemos concluir que o pensamento neoconstitucionalista pode ser considerado como decorrente do entendimento pós-positivista do direito o qual, aos nossos olhos, não se configura totalmente apto para ser aplicado em nosso país, uma vez que nossa tradição não reconhece força normativa a conceitos morais não positivados.

Temos, portanto, que o pensamento neoconstitucionalista pode ser concebido como uma teoria que procura viabilizar a aplicação dos conceitos trazidos pelo movimento pós-positivista e abordados por Dworkin, sem que se descarte, contudo a importância das regras jurídicas, da subsunção e da consecução do direito como sistema, conceitos descritos pelo positivismo jurídico.

Assim, com base na teoria neoconstitucionalista, a Constituição deixa de ser considerada como mero instrumento político que reparte competências e estabelece regras acerca do funcionamento do Estado,

para ser tida como uma carta principiológica que reconhece direitos fundamentais e se conecta com a moral preestabelecida, mediante a positivação constitucional dos princípios jurídicos (explícitos ou implícitos) os quais se irradiam pelo ordenamento jurídico e orientam a aplicação do direito bem como a elaboração das regras.

Tal fato faz com que a Corte Constitucional passe a ter papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, o qual deve ser analisado e abordado segundo os critérios e princípios reconhecidos pela Constituição.

A teoria neoconstitucionalista, a qual tem ganhado cada vez mais adeptos no Brasil, em nosso sentir, surge, portanto, como um pensamento que pretende compatibilizar a corrente positivista que, como vimos, trouxe grandes avanços ao estudo do direito, com alguns conceitos defendidos pelo pós-positivismo, o qual reserva aos princípios e aos valores morais um papel importantíssimo na aplicação do direito, mediante o seu reconhecimento pelo texto constitucional.

## CONCLUSÕES

Com base no presente estudo, verificamos que a doutrina positivista foi concebida com o intuito de trazer maior segurança às relações jurídicas travadas, criando, para tanto, um sistema fechado e um método de aplicação e compreensão do direito baseado na supremacia da denominada norma fundamental (norma pressuposta) de Kelsen ou na regra de reconhecimento de Hart.

Nesse aspecto, o positivismo jurídico clássico preconizava uma separação total entre o direito e a moral, afastando, portanto, qualquer juízo de valor no que se refere à aplicação e à validade das normas, o que se daria conforme uma abordagem científica feita dentro de um Sistema posto.

Entretanto, com o passar do tempo, o modelo positivista começou a não mais solucionar a contento problemas jurídicas que se apresentavam, porque as relações jurídicas eram muito mais dinâmicas do que a eficiência do Estado em gerar normas, fato que teve o condão de reaproximar a moral do direito na busca de uma solução mais justa ao caso concreto.

A concepção clássica do positivismo jurídico começa, em meados do século XX, a passar por uma crise reflexiva, o que faz com que novos filósofos do direito passem a aceitar uma maior conectividade do direito com a moral, fato que se revela por meio dos princípios, os quais são alçados à condição de norma.

De todo modo, em que pesem as várias críticas pelas quais o positivismo jurídico passou, não temos dúvida em afirmar que essa corrente deixou um grande legado para o mundo jurídico e revolucionou a forma de aplicação do próprio direito, sistematizando-o e simplificando-o, estando mais para sucesso do que para o fracasso.

Tanto isso é verdade, que a doutrina neoconstitucionalista surge como corrente, exatamente no intuito de viabilizar a aplicação dos conceitos pós-positivistas com aqueles conceitos denominados positivistas, mediante a inserção nos textos constitucionais dos princípios jurídicos que deverão nortear a elaboração e a própria aplicação do direito.

## NOTAS

- 1 Nesse sentido, são pertinentes os ensinamentos proferidos pelo professor Luís Roberto Barroso em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, publicado na *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006, quando afirma, na página 47, que: “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da lei”.
- 2 REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Pece-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 124.
- 3 FERRARA, Francesco. **Tratado de diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. v. 1. p. 30 et seq..
- 4 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 75-76.
- 5 HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001. p. 287-288.
- 6 Vide nota n.º 1.
- 7 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 131-134.
- 8 Podemos citar, como exemplo prático recente da observância ao princípio da Completitude, o voto do ministro Eros Grau, relator, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção n.º 712-8 do Pará, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em razão da inércia do Congresso Nacional em deliberar sobre uma lei que dispusesse e regulamentasse o direito de greve dos servidores públicos, garantido pelo art. 37, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e no intuito de dar efetividade ao referido dispositivo constitucional, considerou válida a aplicação supletiva da Lei n.º 7.783/89, que regula os limites e condições do exercício do direito de greve pelos empregados da iniciativa privada às hipóteses de greve dos servidores públicos. Nesse sentido, vejamos o trecho final do voto: “Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, **para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de**

- greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto” (grifo nosso).**
- 9 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 133.
  - 10 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 390.
  - 11 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 315 et seq.
  - 12 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 462 et seq.
  - 13 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 135.
  - 14 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Editora Ícone, 1995. p.136
  - 15 *Ibid.*, p. 137-138.
  - 16 Para o desenvolvimento deste item, utilizamos, como fonte de consulta, a dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-RIO, por Bernardo Abreu de Medeiros, intitulada: **Positivismo inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos.** Disponível em: <www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/.../0710471\_09\_pretextual.pdf>. Acesso em: 9 out. 2010)
  - 17 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 86-102.
  - 18 *Ibid.*, p. 77.
  - 19 SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito: Jonh Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006. p. 35.
  - 20 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 46-47.
  - 21 Nesse aspecto, são elucidativas as considerações feitas por Kelsen em seu: **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. p. 233, quando afirma *in verbis*: “A questão da necessidade do Direito é idêntica à questão da necessidade do Estado. Pois o Estado é uma ordem coercitiva, uma ordem jurídica, relativamente centralizada, relativamente soberana – uma comunidade constituída por tal ordem jurídica. Se o Estado for definido como uma organização política, isso significará uma ordem coercitiva. O elemento especificamente político consiste em nada mais que o elemento de coerção”.
  - 22 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 100.
  - 23 REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Pece-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 125.
  - 24 Exatamente por conta da total separação entre o direito e a moral defendida pela doutrina positivista e com base numa interpretação equívoca da teoria da norma fundamental, a qual se utiliza do conceito de norma pressuposta como marco do ordenamento jurídico, e cuja validade independe de qualquer valor metafísico, é que o Nazismo na Alemanha e o Fascismo na Itália legitimaram inúmeros atos de barbárie e atentatórios contra os Direitos Humanos, todos realizados sob o manto da legalidade estrita (vide nossos comentários na nota n.º1).
  - 25 HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 388.
  - 26 HART, Hebert L. A. **O conceito de direito.** 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001. p. 170.
  - 27 *Ibid.*, p. 104 et seq.
  - 28 *Ibid.*, p. 116-120.
  - 29 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 23-126.
  - 30 HART, Hebert L. A. **O conceito de direito.** 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001. p. 220.
  - 31 *Ibid.*, p. 216-228.
  - 32 *Ibid.*, p. 137-161.
  - 33 HART, Hebert L. A. Pós-escrito. In: \_\_\_\_\_. **O conceito de direito.** 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001. p. 312-321.
  - 34 PECES-BARBA, Gregorio. Ética, poder y derecho. **Cuadernos y debates,** Madrid, n. 54, p. 97-107, 1995.

- 35 REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Pece-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 131.
- 36 PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, poder y derecho**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995. **Cuadernos y Debates**, n. 54, p. 14 e 15.
- 37 *Ibid.*, p. 71-72
- 38 REIS, *op. Cit.*, p. 131.
- 39 PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 96.
- 40 *Ibid.*, p. 133.
- 41 O filósofo americano John Rawls estabelece a distinção entre razoável e racional, esclarecendo que a racionalidade se traduz num conceito particular de bem, enquanto a razoabilidade é uma decorrência clara da racionalidade, a qual visa a limitar a concepção de bem em prol do senso de justiça comum, fundamento da sua justiça como equidade (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Lisboa: Editora Presença, 1997).
- 42 Vide nota de rodapé acima (n.º 41).
- 43 REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Pece-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 131.
- 44 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 46 et seq.
- 45 REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Pece-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 147.
- 46 Em que pese concordarmos no sentido de que a moral antecede o direito e de entendermos extremamente lógico e admirável o pensamento de Dworkin, não podemos nos furtar de comentar que sua teoria, a qual concebe superioridade aos preceitos morais, parece não funcionar muito bem no sistema romano-germânico, cuja importância da norma posta é de fundamental relevância para as decisões judiciais. Contudo, cremos que seus estudos foram de grande utilidade para o Constitucionalismo contemporâneo dos sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, porque viabilizaram a incorporação dos denominados princípios jurídicos aos textos constitucionais, fato que propiciou uma maior conexão com a moral e com os valores, conferindo-lhes, por conseguinte, maior efetividade.
- 47 John Rawls, entretanto, menciona que existe um dever moral imposto a todos de seguir a lei, de forma que a desobediência civil deve ser tida como uma situação excepcional a qual decorre do direito do cidadão ter e seguir sua própria consciência, sendo justificada apenas quando do desenvolvimento de políticas ou da edição de normas extremamente injustas. Contudo, o cidadão que promover a desobediência civil deve estar disposto a suportar as consequências que podem surgir de seus atos (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 415-486).
- 48 BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. (Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, do Original *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951).
- 49 Devemos ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 939-DF proposta em face da Emenda Constitucional n.º 03/1993, entendeu pela possibilidade da existência de norma inconstitucional proveniente do Poder Constituinte derivado, quando houver violação do denominado núcleo imutável da Constituição (cláusulas pétreas). Dentro desse contexto, o STF, na hipótese, interpretou que as garantias e direitos individuais não se limitam ao elenco previsto no art. 5.º da Constituição Federal, podendo ser encontrados em outros dispositivos constitucionais, como é o caso específico das limitações ao Poder de Tributar, fato que eivava pelo vício da inconstitucionalidade, parte da Emenda Constitucional n.º 3, que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF), sem que para tanto fosse observado o princípio da anterioridade do tributo.
- 50 Nesse ponto, em razão de a nossa tradição jurídica ser romano-germânica, na qual a lei positivada ainda tem grande importância no desenvolvimento das decisões judiciais, cremos que

esta última possibilidade ainda levará muito tempo para ser aceita por nossos tribunais, até porque nossa atual Constituição, decorrente do Poder Constituinte originário, é totalmente principiológica, de modo que seu texto está necessariamente em consonância com os preceitos morais aceitos.

- 51 Dentro desse contexto, ganham força os conceitos abordados por Robert Alexy em sua **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, pelos quais se estabelecem métodos adequados para serem seguidos pelos aplicadores do direito para justificação da aplicação de um determinado princípio em detrimento de outro na hipótese de colisão aparente.
- 52 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 293-294.
- 53 Em que pese alguns autores afirmarem que a Constituição brasileira reconhece a ideia do denominado direito supralegal, quando, em seu art. 5.º, § 2.º, dispõe que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado, entendemos ser essa uma concepção teórica que dificilmente será necessária em democracias constitucionais como a brasileira, quando, na maior das vezes, se não em sua totalidade, a própria Constituição fornecerá os instrumentos necessários à decisão judicial.
- 54 CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- 55 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.
- 56 MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 395-398.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. (Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, do Original *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951).

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. **Tratado de diritto civile italiano**. Roma-Atheneum, 1921. v.1.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Positivismo inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica (PUC), Rio de Janeiro, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, poder y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. Cuadernos y Debates, n. 54, 1995.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Lisboa: Editora Presença. 1997.

REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito: a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barbas e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**: Jonh Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin . Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

Artigo recebido em: 14-11-2011

Aprovado em: 02-01-2012

