

RODRIGO DE SOUZA TAVARES

**NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO
INCLUSIVO: duas visões sobre a incorporação de
critérios morais no direito.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Gama Filho
como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito.

RIO DE JANEIRO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RODRIGO DE SOUZA TAVARES

**NEOCONSTITUCIONALISMO E
POSITIVISMO INCLUSIVO: duas visões
sobre a incorporação de critérios morais
no direito.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho como requisito parcial para obtenção do título de Mestre Direito.

Área de Concentração: *Direito, Estado e Cidadania.*

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Margarida Maria Lacombe Camargo.

RIO DE JANEIRO

2008

TAVARES, Rodrigo de Souza.

Neoconstitucionalismo e Positivismo Inclusivo: duas visões sobre a incorporação de critérios morais no direito. / Rodrigo de S. Tavares; orientador: Margarida Maria Lacombe Camargo – Rio de Janeiro, 2008. 127p.

Dissertação – Universidade Gama Filho. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Neoconstitucionalismo 2. Positivismo Inclusivo 3. Teoria do Direito. 4. Constituição. 5. Direito e Moral. I. Universidade Gama Filho. Programa de Pós-Graduação em Direito. II. Título.

Página reservada à ata de defesa e termo de aprovação.

Para a família que me criou: Josefa, Saidi, Renata e Fábio.

E para a família que construí junto com Bárbara e Heitor.

Agradecimentos

Esta dissertação, embora formalmente seja atribuída a um único autor, é fruto de uma grande rede de solidariedade. Não poderia tê-la realizado sem o apoio, em primeiro lugar, da Professora Margarida Camargo, orientadora, incentivadora e amiga muito estimada. Agradeço também aos Professores José Ribas Vieira e Hilda Bentes, ex-mestres e atuais amigos. Ao Professor Leonardo Greco, cuja inspiração e incentivo foram fundamentais para o início da minha vida acadêmica. Ao Professor Noel Strüchiner, grande interlocutor, seja através de seus livros, ou de sua simpática presença. Ao Professor Ricardo Lobo Torres, cujos comentários foram fundamentais para ‘manter o trabalho nos trilhos’ nesta última fase. Aos Professores Susanna Pozzolo e Alfonso Figueroa, pois não bastassem as diversas obras em que expuseram seus pensamentos sobre o tema da dissertação, ainda tiveram a gentileza de responder aos e-mails de um ávido leitor. À Pro-reitoria Acadêmica da UGF, pela concessão de bolsa de incentivo ao aperfeiçoamento docente. À Bárbara, minha esposa, quem mais de perto acompanhou e apoiou as alegrias e desventuras desta jornada. E ao pequeno Heitor, meu filho que riu mais do que chorou enquanto eu me sentava diante do computador.

Resumo

A presente dissertação tem por objeto discutir as relações entre as teorias do neoconstitucionalismo e o do positivismo inclusivo. Embora ambas admitam a tese conceitual segundo a qual critérios morais podem ser incorporados aos testes de validade jurídica nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, outras peculiaridades conceituais e metodológicas justificam um estudo comparativo entre os dois conceitos. Ao final do trabalho pretende-se obter mais clareza no que tange aos caminhos trilhados atualmente pela teoria do direito com o intuito de dar explicação ao crescente uso da racionalidade ética no cotidiano jurídico, fator ligado ao presente processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo, Positivismo Inclusivo, Direito e Moral, Constituição.

Abstract

This dissertation aims to discuss relations between the theories of ‘new constitutionalism’ and inclusive legal positivism. Although both accept the conceptual thesis according to which moral criteria can be incorporated into tests of validity in the contemporaries legal systems, other conceptual and methodological peculiarities justify a comparative study between the two concepts. At the end of the work we hope to get more clarity with regard to the paths chosen by currently legal theory in order to give explanation to the growing use of ethic rationality in the daily of legal disputes, factor linked to the growing constitutionalisation of modern legal systems.

Keywords: ‘New Constitutionalism’, Inclusive Legal Positivism, Law ans Ethics, Constitution.

Sumário

Introdução	15
Capítulo I	
A crise do positivismo jurídico hartiano: a origem do neoconstitucionalismo e do positivismo inclusivo	20
1. Definindo um marco para abordagem da problemática.....	20
1.1. H. L.A. Hart: vida e obra.....	22
1.1.1. O Conceito de Direito.....	27
1.1.1.1. A regra de reconhecimento.....	33
1.1.1.2. A distinção entre ponto de vista interno e externo.....	35
1.2. As críticas ao modelo hartiano.....	43
1.2.1. Ronald Dworkin: do argumento dos princípios ao direito como interpretação.....	44
1.3. Uma resposta aos críticos: o Pós-Escrito ao Conceito de Direito.....	51
1.4. Conclusão.....	54

Capítulo II	
O Neoconstitucionalismo	56
2.1. Origem e usos do conceito.....	56
2.1.1. O neoconstitucionalismo como modelo de organização política.....	59
2.1.2. O neoconstitucionalismo como ideologia ou programa político-constitucional.....	63
2.1.3. O neoconstitucionalismo como Teoria do Direito.....	65
2.1.4. O neoconstitucionalismo como metodologia da ciência jurídica.....	69
O neoconstitucionalismo como paradigma científico.	71
2.1.6. Repercussão do termo neoconstitucionalismo no Brasil.....	73
2.2. Aproximação crítica aos vários significados do neoconstitucionalismo.....	76
Capítulo III	
O Positivismo Inclusivo	80
3.1. As várias faces do positivismo jurídico contemporâneo.....	80
3.1.1. O positivismo inclusivo.....	84

3.1.1.1. A tese das fontes sociais.....	86
3.1.1.2. A tese do convencionalismo.....	88
3.1.1.3. A tese da separabilidade.....	91
3.1.1.4. A tese da diferença prática.....	93
3.1.1.5. A tese da incorporação.....	96
3.1.1.5.1. A tese da incorporação da frente às demais teses do positivismo jurídico.....	97
3.1.1.6. Aspectos metodológicos do positivismo inclusivo.....	104
3.2. Positivismo Inclusivo e neoconstitucionalismo: como relacionar as duas teorias?.....	107
Considerações Finais	111
Referências Bibliográficas	115

Introdução

Direito e Moral visam, em essência, responder à mesma inquietação humana sobre o que deve ser feito no âmbito das questões práticas. Considerando essa proximidade, não são estranhas as dificuldades experimentadas por teóricos do Direito ao tentar delimitar as fronteiras de cada um desses sistemas normativos. Ao longo da história do pensamento jurídico, o jusnaturalismo e o juspositivismo foram as respostas predominantes na querela relativa aos limites entre o Direito e a Moral. Parece haver na relação entre as duas correntes um padrão pendular, que proporcionou períodos hegemônicos sucessivos a cada uma delas.

Porém, desde o último quartel do século XX, os termos desse debate secular parecem ter mudado radicalmente. Se antes existiam nitidamente dois pólos na discussão, agora se assiste a uma confluência teórica que assume como dado empírico ineludível a existência de padrões morais entre os fundamentos dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Os pivôs dessa mudança foram as transformações sofridas pelas constituições das democracias ocidentais contemporâneas. A positivação de valores nas cartas constitucionais nos levou à reconsideração

das discussões ético-políticas na filosofia do Direito, podemos, nesse sentido, falar numa espécie de ‘constitucionalização da Teoria do Direito’.

Na Europa Continental essa tendência teórica foi reconstruída retrospectivamente, sob a alcunha de neoconstitucionalismo¹. O acréscimo do prefixo “neo” ao termo constitucionalismo indica que os alicerces da proposta encontram-se fincadas nas transformações sofridas nos estados constitucionais, após a 2ª Guerra Mundial, em contraposição ao constitucionalismo oitocentista. No ambiente teórico anglo-saxão, observou-se uma surpreendente aproximação entre as teses de Dworkin, crítico tenaz do positivismo, e fiéis legatários da obra de Hart, expoente maior do juspositivismo no século XX. De fato, há uma corrente do positivismo contemporâneo – denominada positivismo inclusivo - que parece se ajustar às forças centrípetas e aglutinadoras do novo movimento, ao assumir a possibilidade de uma conexão eventual entre o Direito e a Moral². A partir daí, poderíamos concluir que a Teoria do Direito anda em direção ao pensamento único e que o fim da história do debate sobre a separação entre o Direito e a Moral finalmente chegou. Todavia, a discussão hodierna em torno desses temas é muito mais complexa do que faz crer o idílico retrato esboçado.

O objeto principal desta dissertação é investigar o lugar do positivismo inclusivo nesse novo cenário³. Iremos investigar se a inclusão de critérios morais entre os testes de validade das normas jurídicas – tese central do positivismo inclusivo – é condição suficiente para colocá-lo

¹ CARBONELL, M. (org.). **NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**. Madrid: Trotta, 2003.

² “Essa grande aglutinação teórica é apontada, entre outros por Figueroa: “o propósito deste trabalho consiste em reconstruir singularmente este neojusnaturalismo a partir da constatação da convergência de um jusnaturalismo fraco continental, cujo máximo expoente seria a teoria de Robert Alexy, com um positivismo fraco anglo-americano que se desenvolveu a partir das inseguranças incutidas no positivismo jurídico hartiano desde o ataque infligido por Ronald Dworkin. O ponto de encontro de ambas direções se encontra no processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ou na materialização da regra de reconhecimento do sistema”. FIGUEROA, Alfonso García. *La Teoría del Derecho em tiempos del constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel (org.). **NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**. Madrid: Trotta, 2003, pp. 159-186.

³ Esse mesmo objetivo tem mobilizado pesquisadores em outras paragens, como mostra o projeto de pesquisa espanhol “O positivismo jurídico inclusivo e os desafios do neo-constitucionalismo”, cujo progresso pode ser acompanhado parcialmente pela publicação do livro de Luiz M. Cruz. Conferir: CRUZ, Luiz. **La Constitución como Orden de Valores**. Granada: Ed. Comares, 2005.

dentro das chamadas teorias neoconstitucionalistas, ou se, ao contrário, essa tese se apresenta como uma proposta alternativa à leitura do ordenamento jurídico desenvolvida por neoconstitucionalistas.

Parece-nos que o debate sobre Teoria do Direito no Brasil pouco tem caminhado nessa perspectiva. Entre nós, a passagem para o novo paradigma tem sido realizada sem maiores considerações quanto ao fato de que ela não representa um imperativo lógico, mas uma escolha entre visões de mundo concorrentes. São abundantes na literatura jurídica nacional, afirmações no sentido de que a existência e a centralidade, em nosso ordenamento jurídico, de princípios que consagram valores e indicam fins a serem perseguidos por seus destinatários, teriam reaproximado a ética e o Direito. Em suma, a inegável coincidência entre o léxico Moral e o texto constitucional levaria, inapelavelmente, ao entrelaçamento da argumentação Moral e jurídica⁴. Assim, a tarefa de determinação da validade de normas jurídicas não poderia prescindir de considerações morais. Ao final desta dissertação, pretendemos deixar evidentes algumas questões não tão aparentes nas afirmativas acima, notadamente quanto às conseqüências teóricas da nova configuração constitucional e sobre qual deve ser a metodologia aplicada na tarefa de construção da teoria jurídica.

Ademais, acreditamos que a relevância desta investigação transcende o plano estritamente teórico, pois existe um sério efeito colateral resultante da discussão abordada. A separação ou

⁴ A melhor expressão desse argumento pode ser atribuída a Robert Alexy, autor de extrema influência na literatura jusfilosófica nacional, v.g: “No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Donde esto es más claro es en los principios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social. Si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que se han incorporado a ella las formas principales del Derecho racional de la modernidad. El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral”. ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. DOXA. nº 5. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 1988.

conexão conceitual entre o Direito e a Moral tem influência inegável sobre o desenho institucional dos órgãos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas em sociedade. Dependendo da perspectiva que adotarmos nessa controvérsia, iremos desejar (ou, ao menos, deveríamos fazê-lo) diferentes estruturas jurisdicionais. Em nossa opinião, independente da consideração sobre se devem ou não tais considerações pragmáticas governar o trabalho do teórico do Direito, sem dúvida elas conferem relevância especial aos seus esforços.

Para enfrentar as questões levantadas iremos percorrer os seguintes passos. No primeiro capítulo, analisamos o prenúncio dessa reabertura da filosofia do Direito às questões ético-políticas. O início desse período de transformações ocorre em paralelo à chamada crise do positivismo jurídico tradicional. O principal objeto de estudo nessa etapa será a obra de H.L.A. Hart, considerada por muitos o apogeu do positivismo jurídico⁵. Observando as teses centrais do autor (principalmente sua distinção entre ponto de vista interno e externo, bem como seu conceito de regra de reconhecimento) e as críticas que lhe foram endereçadas, podemos destacar as origens comuns do neoconstitucionalismo e do positivismo inclusivo. Através da análise da crise do positivismo hartiano, poderemos individualizar as divergências teóricas e metodológicas que deram azo aos desdobramentos posteriores na Teoria do Direito.

No capítulo dois, iremos analisar o neoconstitucionalismo. O primeiro obstáculo a transpor será a pluralidade de sentidos abraçados pelo termo. Após uma exposição sistemática das várias acepções disponíveis e da repercussão do termo no Brasil, pretendemos chegar a uma síntese crítica que forneça elementos de contraste com a teoria do positivismo inclusivo, nosso próximo objeto de preocupação.

⁵ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417.

Por fim, no capítulo três apresentaremos os aspectos mais salientes da teoria do positivismo inclusivo, que busca adaptar a tradição hartiana aos desafios da “rematerialização” dos ordenamentos jurídicos. Depois de destacarmos os aspectos conceituais e metodológicos mais importantes dessa teoria, iremos compará-la ao conceito de neoconstitucionalismo fixado no capítulo anterior. Ao final de tudo, esperamos obter uma visão mais clara dos diferentes caminhos trilhados na teoria jurídica contemporânea, caminhos esses abertos pelos influxos da constitucionalização nas práticas que compõem o Direito na maioria dos estados democráticos da atualidade.

Capítulo I

A crise do positivismo jurídico hartiano: a origem do Neoconstitucionalismo e do Positivismo Inclusivo

1. Definindo um marco para abordagem da problemática:

A presente dissertação de mestrado pretende investigar o relacionamento entre o chamado neoconstitucionalismo e a teoria do positivismo inclusivo. Para tanto, iremos trazer à tona um ancestral comum aos dois termos da comparação, antes de abordarmos separadamente cada um dos conceitos. Por diversas razões que serão expostas no decorrer deste trabalho, a obra de H.L.A. Hart representa esse antepassado comum. Sem sombra de dúvida, “Hart foi um dos gigantes da Teoria do Direito do século vinte”⁶ e parafraseando o célebre dizer de Isaac Newton,

⁶ O elogio corresponde literalmente às palavras iniciais da resenha de Frederick Schauer à biografia de Hart feita por Nicola Lacey. Ver: SCHAUER, Frederick. (RE)TAKING HART. **Harvard Law Review**. Vol. 119, 2006, pp. 852-883.

os teóricos que lhe seguiram só puderam enxergar longe por estarem acima de seus ombros⁷. Porém, sustentar a partir daí a escolha de sua obra como referência para nossa discussão ainda soaria arbitrário. Mais importante, contudo, é considerar que alguns dos conceitos essenciais para nossa futura empreitada são desenvolvidos na obra de H. L. A. Hart.

Numa visão bastante simplificada, podemos dizer que a Teoria do Direito hoje pode ser dividida em dois pólos: o *neoconstitucionalismo* e o *neojuspositivismo*⁸. Ambos designam diferentes agrupamentos de teorias⁹ que defendem, respectivamente, a conexão ou a separação entre o Direito e a Moral. Nossa intenção é estudar o positivismo inclusivo, como um caso de teoria de fronteira. Ela pode ser assim qualificada porque carrega, simultaneamente, elementos pertencentes ao neoconstitucionalismo (como a admissão da utilização de critérios morais na identificação do Direito válido) e ao juspositivismo (como a defesa de um método descritivo para a Teoria do Direito e a crença de que possível separar conceitualmente o Direito e a Moral). Em vista de recentes manifestações onde o positivismo inclusivo tem sido colocado como um braço do neoconstitucionalismo, buscamos investigar a coerência desse enquadramento¹⁰.

⁷ Cabe advertir que essa metáfora induz a imaginar que a ciência segue uma linha evolutiva contínua, o que, como veremos adiante, não se coaduna com a proposta epistemológica que seguimos. Nos próximos capítulos iremos ver como alguns dos prosseguimentos da Teoria do Direito após Hart, ao invés de representarem continuidade, podem ser considerados como uma ruptura e, para alguns, uma conseqüente troca de paradigma científico.

⁸ A classificação aqui apresentada também não é original. O termo *neoconstitucionalismo*, como veremos, remonta a um debate promovido por espanhóis e italianos como tentativa de elaborar um painel reconstrutivo da Teoria do Direito desenvolvida nas democracias constitucionais após 1945. Esse debate repercutiu sobremaneira entre nós após a publicação de uma coletânea de artigos realizada por **Miguel Carbonell**. Já o termo *neojuspositivismo*, não tão em voga no Brasil, abrange os desdobramentos do positivismo jurídico pós-hartiano, representado principalmente pela disputa de família entre positivistas inclusivos e exclusivos. Todas essas questões serão objeto de aprofundamento nos capítulos que seguem sob a proposta, quiçá nesse ponto original, de usarmos os conceitos hartianos como chave para compreensão e categorização das duas vertentes. Reproduzindo o esquema classificatório aqui defendido veja: BARBERIS, Mauro. **Breve Storia della Filosofia del Diritto**. Bolonha: Mulino, 2004.

⁹ Veremos adiante, com relação ao neoconstitucionalismo que uma das grandes dificuldades é esclarecer qual a natureza desse rótulo, ora visto como teoria, ora como ideologia, ora como paradigma, entre várias outras acepções. Quanto ao neojuspositivismo, iremos abordar apenas uma de suas vertentes, a do positivismo inclusivo.

¹⁰ Sobre o ponto ver item 2.1, página 40 infra.

Creemos que a partir das noções de *regra de reconhecimento* e *ponto de vista interno*, ambas retiradas das páginas do principal livro de Hart, *O Conceito de Direito*¹¹, podemos compreender melhor o neoconstitucionalismo e o positivismo inclusivo, bem como seus pontos de afastamento e interseção. Segundo nossa perspectiva, os dois termos da contraposição podem ser entendidos como tomadas de posição distintas em torno destas duas questões: i) pode a regra de reconhecimento incorporar parâmetros morais como critérios para identificação do Direito num dado ordenamento jurídico e; ii) a adoção de um ponto de vista interno frente às normas jurídicas acarreta inexoravelmente uma postura Moralmente comprometida frente ao fenômeno jurídico ou, é possível a partir da visão de um participante da prática judiciária, que comungue do ponto de vista interno do Direito, manter uma posição neutra e descritiva em sua identificação? Nosso propósito é que tais perguntas, colocadas a princípio de forma bastante esotérica¹², fiquem mais claras ao leitor ao fim desta dissertação e que as respostas fornecidas possam auxiliar na construção de um diagrama interpretativo da dicotomia neoconstitucionalismo/positivismo inclusivo.

1.1. H. L.A. Hart: vida e obra.

Herbert Lionel Adolphus Hart nasceu na Inglaterra, filho de uma próspera família de comerciantes judeus. Considerado um dos mais influentes filósofos do Direito do séc XX, sua carreira teve trajetória peculiar. Embora tenha manifestado seu interesse pela filosofia desde a juventude, foi apenas por volta dos quarenta anos que abraçou efetivamente a atividade que lhe

¹¹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

¹² O termo esotérico, grafado com “s”, refere-se tradicionalmente ao conjunto de obras de Aristóteles dirigidas especialmente aos alunos e mestres de seu Liceu, em contraposição às chamadas exotéricas, voltadas para os leigos. Assim, qualificamos as perguntas acima formuladas como ‘esotéricas’, para ressaltar que sua compreensão depende da iniciação num debate específico, cuja apresentação faremos ao leitor no decorrer desta dissertação.

proporcionaria imensa notoriedade. Antes disso, desempenhou com grande sucesso a advocacia, além de ter sido agente do então recém criado órgão da inteligência militar britânica, o MI5¹³¹⁴. Hart, para além da atividade contemplativa, foi um homem atuante e imerso nos problemas de seu tempo. Isso se refletiria em sua produção intelectual, como demonstra o vivo envolvimento na polêmica com Lord Devlin a respeito da legislação penal dos crimes sexuais e contra os costumes, e a questão do uso de instrumentos legais de coerção para imposição das normas da Moral social ou positiva¹⁵.

Ao final da 2ª guerra mundial, Hart deu uma guinada crucial em sua vida. Resolveu abandonar o posto junto ao serviço de inteligência sem, contudo, retornar a segura e promissora carreira de advogado. Em 1945 foi agraciado com uma bolsa de pesquisa e regressou à universidade de Oxford, ambiente onde cultivara fortes vínculos desde a graduação. A princípio, integrou o departamento de filosofia, e em 1952 galgou a posição que lhe projetaria à fama, assumindo a cadeira de professor de Teoria do Direito na Faculdade de Direito de Oxford. Seu desafio na nova empreitada era conferir status filosófico a uma disciplina até então vista sobre prisma essencialmente dogmático e o resultado nesse sentido não poderia ter sido mais frutuoso.

É importante ressaltar que sua vida intelectual está intimamente ligada a um período efervescente na história da Universidade de Oxford. Ele foi responsável por introduzir nos estudos de teoria jurídica o instrumental teórico desenvolvido pela filosofia da linguagem

¹³ Todos os dados biográficos aqui referidos partem da biografia feita por Nicola Lacey, que fundamenta sua pesquisa em fontes privilegiadas, como entrevistas de pessoas pertencentes ao círculo íntimo de Hart, seu próprio diário e anotações pessoais. O resultado é um retrato interessante e valioso para compreensão da seminal obra do autor. Ver: LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart: the nightmare and the noble dream**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

¹⁴ Segundo o próprio autor, tais fatos seriam de extrema importância em sua trajetória acadêmica. Como disse em entrevista: “meu trabalho como filósofo do direito foi de certa maneira o produto de uma fusão entre as diversas idéias filosóficas vigentes e o conhecimento do direito que havia adquirido na prática”. HART, H.L.A. Entrevista a H.L. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, p 321, 1988. Entrevista Juan Ramón de Páramo.

¹⁵ Os argumentos de Hart, que basicamente giram em torno da tradição ética liberal, vinculada a uma concepção de sistema jurídico que respeite a autonomia moral do indivíduo, estão reunidas numa coletânea de conferências. Ver: H.L.A. HART. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

ordinária, movimento cujo apogeu ocorreu justamente na década de 50, mesmo período em que Hart assumia sua cadeira na Faculdade de Direito. A Escola de Oxford, como veio a ser genericamente denominada tal corrente filosófica, tem como proposta metodológica analisar as expressões tomadas da linguagem cotidiana para compor os problemas filosóficos e daí desfazer possíveis mal-entendidos¹⁶. Hart teve amizade muito próxima a John Langshaw Austin e foi colega de Gilbert Ryle, ambos grandes expoentes dessa tradição.

Podemos especular se o seu interesse pela filosofia da linguagem feita em Oxford derivou de uma crença autêntica nas virtudes do método proposto por essa corrente de pensamento, ou da necessidade de se enquadrar e ser aceito junto ao novo e influente círculo intelectual que nascia na universidade. Mas, sem dúvida, o resultado da aproximação foi extremamente enriquecedor para todos os envolvidos¹⁷. A obra jusfilosófica de Hart é amplamente tributária da filosofia ordinária da linguagem. Existem elos evidentes, como a citação do pensamento de Austin feita por Hart no prefácio ao *Conceito de Direito*: “podemos usar uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos”¹⁸. Ou, ainda, o paralelismo explícito entre os títulos das obras-primas de Ryle e Hart, respectivamente, *The Concept of Mind* e *The Concept of Law*.

Todavia, as influências transcendem esse nível superficial de filiação e podem ser consideradas constitutivas da própria filosofia jurídica hartiana. Por exemplo, para compreender a natureza das obrigações jurídicas e distingui-las de outras formas de obrigação, Hart se ampara no método de análise da linguagem ordinária para esclarecer os diferentes usos do termo obrigação. Dessa forma, conclui que: “há uma diferença (...) entre a asserção de que alguém *foi*

¹⁶ Como explica Danilo Marcondes: “o ponto de partida é assim a análise da linguagem na tentativa de produzir um esclarecimento do significado das expressões envolvidas na caracterização de um problema filosófico”. In MARCONDES, Danilo. **Filosofia Analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p.35.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. *op. cit.*, p. 856.

¹⁸ H.L.A. HART. *op. cit.*, p. 2.

obrigado a fazer algo e a asserção de que essa pessoa *tinha a obrigação* de o fazer”¹⁹. Para ilustrar seu argumento, traz a situação em que uma pessoa é obrigada por um assaltante a entregar sua bolsa. Nesse caso, alguém *é* obrigado a fazer alguma coisa sem *ter* de fato uma obrigação.

O exemplo também tem o intuito nítido de contradizer a teoria imperativista de John Austin, que reduzia o Direito aos comandos do soberano²⁰. Mostrando como *ser obrigado* a alguma coisa e *ter uma obrigação* são coisas distintas, Hart problematiza o conceito de Direito de Austin e abre terreno para sua própria elaboração²¹.

Outro aspecto onde se evidencia o influxo da filosofia da linguagem na obra de Hart é em sua abordagem sobre a interpretação do Direito. Assombrado pelo impasse entre os defensores do ceticismo em relação às regras²², que viam o Direito apenas como livre criação dos juízes, e os defensores do formalismo, para os quais as regras eram a fonte exclusiva de toda decisão judicial, o autor inglês propõe uma alternativa²³. Ele ressalta que as regras jurídicas podem possuir um *núcleo de certeza*, onde há uma clara indicação da conduta a ser seguida, e também uma *zona de penumbra*, na qual o intérprete deve escolher entre as diversas opções interpretativas. Assim, sua posição representa uma linha mediana entre as duas correntes criticadas. Como ele mesmo assevera: “o formalismo e o ceticismo sobre as regras são o Cila e a Caríbdis da teoria jurídica; são grandes exageros, salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no

¹⁹ *Idem*, p. 92.

²⁰ John Austin foi um dos eminentes jusfilósofos que ocupou a cátedra de Teoria do Direito em Oxford, sendo considerado, ao lado de Jeremy Bentham, um dos pais do positivismo analítico inglês, tradição cujo legado no séc. XX seria mantido por Hart. Sua concepção do direito encontra-se exposta principalmente na seguinte obra: AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2000.

²¹ Voltaremos adiante a discutir o tema no item 1.1.1.2 deste trabalho.

²² Hart refere-se dessa forma à escola do realismo jurídico, desenvolvida principalmente nos E.U.A. e nos países Escandinavos. Embora apenas sua vertente escandinava apresente explicitamente uma fundamentação filosófica, podemos dizer que toda a escola é caracterizada por uma postura anti-metafísica e por uma visão naturalista da ciência e do mundo. Como consequência, seus partidários defendem que a Teoria do Direito deve buscar sua fundamentação no comportamento dos juízes, que é um dado empiricamente verificável, e não nas ‘regras’, entidades abstratas, objeto central de preocupação dos juspositivistas. Para mais informações ver: BJARUP, Jes. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. **Ratio Juris**, vol. 18, nº 1, 2005, pp. 1–15; LEITER, Brian. **American Legal Realism**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=339562>> Acesso em: 14 de fevereiro de 2008.

²³ HART, H.L.A. *op. cit.* p. 137-168.

meio deles”²⁴. Fato é que, para explicar a existência dessa zona de penumbra, Hart socorre-se da noção de *textura aberta da linguagem*²⁵, desenvolvida pelo filósofo Friedrich Waismann com amparo no conceito de ‘hipótese’ de Wittgenstein. Esses autores foram integrantes do círculo de filósofos analíticos que se desenvolveu em Cambridge, paralelamente à Escola de Oxford (destacando-se nesse cenário Wittgenstein, o mais importante dentre todos os filósofos analíticos em Cambridge)²⁶. A textura aberta para Hart é um fenômeno inerente à linguagem como um todo²⁷. Ela transmite sua indeterminação ao Direito, porque este formula seus enunciados normativos através de enunciados lingüísticos. Para ilustrar este ponto, o autor mostra como uma regra aparentemente simples que diz - é proibida a entrada de veículos no parque - pode trazer dificuldades de interpretação²⁸. Podemos imaginar casos fáceis para aplicação da regra, por exemplo, se alguém ingressar com um automóvel particular para circular no referido parque. Mas também podemos imaginar hipóteses limítrofes, i.e., casos difíceis, onde a aplicação da regra se torna duvidosa. Imaginemos que um grupo de veteranos de guerra proponha a colocação no parque de um blindado em memória de ex-combatentes²⁹. Nesse caso, no qual não resta evidente se a regra deve ser aplicada ao contexto fático, Hart defende que não há resposta correta a ser dada, ficando a decisão a cabo da discricionariedade do julgador.

Além disso, não foi apenas Hart que se beneficiou do contato com a filosofia da linguagem da Escola de Oxford, esta também deve algo de seu progresso aos *insights* oriundos da

²⁴ *Idem*, p. 161.

²⁵ Para um amplo estudo da idéia de textura aberta da linguagem aplicada ao direito ver: STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

²⁶ REALE, Giovanni. ANTISSERI, Dario. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus. vol. 3, 2005, p. 670-677.

²⁷ Nesse ponto Hart amplia a noção de textura aberta pensada por Waismann, que a circunscrevia apenas aos enunciados que expressam definições de termos empíricos e psicológicos. Ver: STRUCHINER, Noel. *op. cit.*, pp. 15;37.

²⁸ HART, H.L.A. *op. cit.*, p. 139.

²⁹ O exemplo aqui empregado foi elaborado por Lon Fuller num artigo em que polemiza com Hart, entre outras coisas, sobre a noção de textura aberta da linguagem. Ver: FULLER, L.L. Positivism and Fidelity to Law. *In*: PATTERSON, Denis. **Philosophy of Law and Legal Theory: an anthology**. Cornwall: Blackwell, 2003, p.109.

prática jurídica que Hart tão bem conhecia. A teoria dos atos de fala de J. L. Austin é o maior exemplo dessa via no intercâmbio intelectual entre os dois³⁰. Segundo Austin, alguns dos proferimentos que fazemos, os chamados proferimentos *performativos*, não dizem apenas algo, eles servem para *fazer* alguma coisa. Em seu livro *How to do Things with Words*, o filósofo de Oxford expõe como realizamos coisas ao dizer coisas. Exemplificativamente, um juiz de paz ao declarar os nubentes casados – com a célebre expressão: *eu os declaro marido e mulher* – não apenas diz algo, ele realiza algo ao dizer essa frase. Austin chama esse efeito de realizar coisas através da linguagem de força ilocucionária³¹. É fácil relacionar os proferimentos performativos a inúmeros atos jurídicos solenes, evidentemente Austin pôde se beneficiar da experiência de Hart para desenvolver sua teoria.

Visto um pouco da trajetória intelectual de Hart, notadamente como este influenciou e foi influenciada pela escola da filosofia da linguagem ordinária de Oxford e Cambridge, podemos nos concentrar melhor em sua obra, *o Conceito de Direito*, já por nós abundantemente referido.

1.1.1. O Conceito de Direito.

O livro, cuja forma inicial fora um texto dirigido aos estudantes da disciplina de Teoria do Direito ministrada por Hart em Oxford, foi editado pela primeira vez em 1961 e alcançou um sucesso estrondoso e insuspeito para o autor³². Objeto igualmente de críticas e elogios, tornou-se um clássico da teoria jurídica e referência em outras áreas³³. Sua proposta era transmitir de forma acessível uma concepção original sobre o Direito. Por este motivo, são escassas as citações

³⁰ SCHAUER, Frederick. *op.cit.* p. 859.

³¹ COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 43-49.

³² LACEY, Nicola. *op. cit.* 223-224.

³³ Rawls, por exemplo, no início de sua respectiva obra-prima discute a concepção de justiça trazida por Hart no *Conceito de Direito*. Ver: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

a outros autores e teorias no corpo do texto. Estas foram agrupadas ao final do livro. Para justificar a opção metodológica, o autor diria em seu prefácio: “(...) espero que esta solução possa desencorajar a crença de que um livro sobre teoria jurídica é antes de mais um livro a partir do qual se aprende o que outros livros contêm”³⁴. Se por um lado, isso tornou o texto extremamente fluído e de agradável leitura, por outro pode ter obscurecido a contribuição de outros pensadores na formação da teoria hartiana³⁵. Passemos agora a uma síntese dessa obra.

Hart se filia à tradição do positivismo jurídico ao tentar explicar o Direito em termo de convenções sociais que têm relativa autonomia em face de outras ordens reguladoras da conduta humana em sociedade³⁶. Porém, no *Conceito de Direito*, ele pretende corrigir a tendência de seus predecessores em resumir o Direito aos fenômenos da coerção estatal e das sanções. Assim, pretende situar-se ao lado de seus antecessores e contemporâneos na tradição positivista (Bentham, Austin, Kelsen e Ross), fazendo-lhes, todavia, um reparo fundamental. Se o Direito não pode ser resumido aos comandos de um soberano, às normas coercitivas derivadas de uma norma hipotética fundamental ou a predição sobre se tais normas sancionadoras serão aplicadas pelos juízes, como explicar sua existência, validade e obrigatoriedade?

Para distinguir as obrigações jurídicas da pura dominação pelo mais forte, Hart analisa os distintos usos do termo obrigação. Como já mencionamos acima, conclui que ter uma obrigação não corresponde a ser obrigado a algo. Segundo sua teoria, a diferença entre o a conduta do assaltante armado e a do coletor de impostos reside na existência de uma regra jurídica que

³⁴ HART, H.L.A. *op.cit.* p. 2.

³⁵ Veremos adiante que talvez tenha sido esse o caso com relação à tese do ponto de vista interno e a aceitação das regras jurídicas, que já havia sido renunciado por Max Weber e Peter Winch, sendo que Hart reserva em seu livro tão-somente uma exígua referência ao segundo.

³⁶ Como veremos, uma das principais teses hartianas é que o direito, enquanto tal, deve servir como guia de conduta e fazer diferença na deliberação sobre questões práticas. Ver item 3.1.1.4. *infra*.

confere autoridade ao segundo para realizar o que, em síntese, também faz o primeiro, só que apoiado exclusivamente na superioridade de força.

Logo, vemos que a solução de Hart para o problema da definição do Direito tem como pilar central a idéia de regra. Todavia, não só o Direito, mas também outros sistemas de coordenação social podem ser explicados em termos de regras. Daí surge outro problema enfrentado pelo autor, como distinguir as regras jurídicas, daquelas que integram outros sistemas de regulação de conduta?

As regras, em sua visão, correspondem à convergência de hábitos de conduta em sociedade somados a uma postura crítica em relação aos mesmos, que ele denomina como *ponto de vista interno*³⁷. A noção de regra primária para Hart consiste num parâmetro de conduta que gera a obrigação de agir em conformidade com o mesmo. Nesse sentido, as regras do jogo de xadrez ou de etiqueta são indiferenciadas das regras jurídicas. Se alguém num jogo, realizar com um peão o movimento inerente ao cavalo irá ser constrangido por seu parceiro a refazer a jogada. Da mesma forma, se alguém comparecer numa festa de gala trajando chinelos, provavelmente será convidada a se retirar.

A proposta inovadora de Hart para distinguir o Direito de outras formas de coordenação social como os jogos, a linguagem, e, principalmente, a Moral, é afirmar que este é caracterizado pela relação entre regras de natureza distintas. Neste sentido, afirma que “a união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico”³⁸. A combinação dessas diferentes espécies de regra é, segundo o autor, “a chave para a ciência do Direito”³⁹.

Ao lado das regras primárias – que determinam condutas permitidas ou proibidas aos indivíduos – os sistemas jurídicos modernos necessitam incorporar regras de outra ordem – as

³⁷ No item 1.1.1.2. deste capítulo iremos aprofundar a questão. HART. H.L.A. *op. cit.*, p. 98-9.

³⁸ HART. H.L.A. *op. cit.*, p. 109.

³⁹ *Idem*, p. 91.

regras secundárias – para solucionar problemas de coexistência inexoráveis em sociedades minimamente desenvolvidas. Os defeitos⁴⁰ sanados pela introdução de regras secundárias seriam: a incerteza, a estática e a ineficácia dos sistemas compostos apenas por regras primárias. As regras secundárias são então *meta-regras*, ou seja, regras que definem a existência e o funcionamento das regras primárias.

Para clarear a exposição, cabe explorarmos através de exemplos a visão hartiana sobre a insuficiência de um sistema composto apenas por regras primárias. Primeiramente, considere-se o costume social de que os mais novos devem ceder seus lugares aos mais velhos nos transportes públicos. Agora, imaginemos que um indivíduo de 30 anos de idade esteja diante de outro homem de 55 anos, podemos identificar nessa situação um padrão de conduta que diga se há ou não a obrigação de ceder o assento? O quão mais velho deve ser aquele que é beneficiado pela entrega do lugar? Ou, ainda, existe realmente uma obrigação nesse caso, não se trata meramente de um ato de benevolência daqueles que o praticam? Em suma, como é possível identificar a existência de uma regra e fixar seu âmbito preciso de aplicação a fim de ajustar-lhe corretamente a conduta?

A mera observação e a reprodução de hábitos não gera um conhecimento seguro da existência e do conteúdo das regras sociais. Esse é o problema da incerteza vivido por sistemas compostos apenas por regras primárias⁴¹. A solução para o autor estaria na introdução de uma

⁴⁰ Comenta-se criticamente, com propriedade em nossa opinião, sobre a obscura e eurocêntrica descrição de Hart dos chamados sistemas jurídicos primitivos. A hipótese lançada por Hart não parece ter lastro antropológico ou histórico. Nesse sentido: MÄMARI, Stephens. *Māori Law and Hart: a brief analysis*. **Victoria University of Wellington Law Review**, n° 44. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2001/44.html>>. Acesso em: 07/12/2007.

⁴¹ *Idem*, p. 102.

*regra de reconhecimento*⁴² que forneceria os critérios de identificação das regras válidas num sistema jurídico, ou seja, possibilitaria a identificação das fontes de obrigações jurídicas.

Outro problema é a estática dos sistemas compostos apenas por regras primárias. Como saber se um costume ainda está em voga, haja vista as constantes mudanças sociais? Por exemplo, por quanto tempo regras de cavalheirismo, como abrir a porta de um carro para uma mulher, serão correntes em face da afirmação crescente de igualdade entre os gêneros? As regras jurídicas estão sujeitas a um processo de elaboração e revogação que tornam claras as alterações do sistema, As regras que regulam esse processo são as chamadas *regras de alteração*.

Em seguida, o autor aponta como defeito a ineficácia dos sistemas compostos exclusivamente por regras primárias. Como saber se uma regra foi ou não violada e como garantir a punição em caso de violação? A falta de organização e institucionalização dos órgãos julgadores e punitivos faz com que sistemas jurídicos primitivos sejam ineficientes com relação às violações de suas regras. Para remediar tal problema Hart afirma serem necessárias *regras de adjudicação*.

Partindo da premissa de que a união de regras primárias e secundárias é a essência dos sistemas jurídicos, Hart passa a abordar o problema da indeterminação do direito, gerada pelos limites inerentes à comunicação humana. Para tanto recorre ao conceito da *textura aberta* conforme explicamos acima⁴³.

Depois de estabelecida sua visão de um sistema jurídico padrão, o autor passa a contrastar tal modelo com outras instituições de regulação social fronteiriças ao caso paradigmático. Assim, analisa as relações entre o Direito e a Moral para, em seguida, analisar a situação do Direito internacional frente ao Direito interno.

⁴² No item 1.1.1.3. deste capítulo abordaremos com maior profundidade o conceito de regra de reconhecimento.

⁴³ Ver página 8-9 supra.

Quanto ao primeiro ponto, vê-se que a separação entre Direito e Moral proposta por Hart (e por outros positivistas) tem natureza *conceitual*⁴⁴. Os Dez Mandamentos proíbem o homicídio assim como os códigos penais, mas o que faz com que sejam diferenciadas as regras do Decálogo de Moisés da Legislação Penal é, segundo a proposta de Hart, um sistema de remissão às fontes, que culmina num fundamento último diferenciado. Ambas as regras têm o mesmo conteúdo, mas apenas o art. 121 do Código Penal brasileiro derivaria, em última instância, da regra de reconhecimento que fundamenta o nosso sistema jurídico.

Finalmente, com relação ao segundo ponto, conclui que a falta de regras secundárias no Direito internacional, devido à inexistência de um legislativo e judiciário com soberania acima dos estados nacionais, faz com que esse Direito ainda se encontre numa fase de transição entre os sistemas pré-legais e os sistemas jurídicos desenvolvidos. Todavia, considera-o suficientemente análogo ao Direito interno. Em sua opinião: “nenhumas outras regras sociais estão tão próximas do Direito interno como as do Direito internacional”⁴⁵.

Ressaltados os aspectos básicos da teoria jurídica de H.L.A. Hart, podemos dedicar a exposição aos conceitos que nos servirão de guia para a futura tentativa de compreensão e sistematização da Teoria do Direito contemporânea. Cabe então aprofundar o estudo dos conceitos de regra de reconhecimento e ponto de vista interno.

⁴⁴ Isso esclarece alguns mal-entendidos que envolvem a interpretação do positivismo jurídico. Nenhum teórico juspositivista de relevo negou que o direito tem *alguma* ligação com a moral, isso seria contrariar os fatos e o bom senso. O próprio Hart, um dos baluartes da tese da separação entre direito e moral, admite existir um conteúdo mínimo de direito natural, obrigatório para os sistemas jurídicos. Ele também admite que nos estados modernos a legislação é altamente influenciada pela moral social. Todavia, vale ressaltar que as várias propostas do positivismo ao longo da história apenas formularam reivindicações, em maior ou menor grau, de autonomia conceitual ou metodológica entre esses dois sistemas de regulação social. Nessa dissertação ver ainda o item 3.1.1.3. No mesmo sentido: HART, H.L.A., *op. cit.*, 201-228. HOERSTER, Norbert. **En Defensa del positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000. TAVARES, R. S., **Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte.

⁴⁵ HART, H.L.A. *op. cit.* p. 253.

1.1.1.1. A regra de reconhecimento.

Para Hart, a regra de reconhecimento é uma regra última, que fornece os critérios de identificação das regras primárias válidas num determinado sistema jurídico. Tais critérios são considerados supremos frente a quaisquer outros⁴⁶. Sua supremacia faz com que as regras identificadas segundo os critérios nela definidos sejam válidas, mesmo que estejam em conflito com regras identificadas por quaisquer outros critérios⁴⁷. Quanto ao caráter último da regra de reconhecimento, o autor pretende dizer que, embora esta confira validade para as demais regras do sistema jurídico, nenhuma outra regra lhe confere validade.

Nos modernos sistemas jurídicos constitucionalizados, podemos dizer que esses critérios últimos e supremos de identificação estão explicitados nas constituições. Na verdade, seria equivocado estabelecer uma equivalência entre a Constituição formal (a folha de papel de Lassalle) e a regra de reconhecimento de Hart, pois são as práticas de aplicação e interpretação do seu texto e o próprio sentimento que paira sobre sua normatividade que corresponderiam melhor a esta idéia⁴⁸.

Assim, buscando fazer uma equivalência entre a regra de reconhecimento que, segundo Hart, seria o fundamento último de validade no ordenamento jurídico inglês⁴⁹ e o nosso próprio ordenamento jurídico. Temos que, em nosso país, um decreto é válido se for compatível com os

⁴⁶ *Idem*, p. 117.

⁴⁷ Isso explica a posição de Hart em afirmar que embora algumas normas da Alemanha Nacional-Socialista fossem contrárias às mais evidentes regras morais, não deveriam perder sua qualificação como regras jurídicas válidas. Essa foi sua posição na polêmica com os jusnaturalistas Fuller e Radbruch, sobre o *status* das normas jurídicas injustas. A discussão girava em torno de um caso célebre no qual uma mulher, valendo-se das leis que condenavam à morte traidores do regime nazista, havia denunciado com fins escusos seu próprio marido. Para Hart, a saída mais conveniente para o problema seria assumir o ônus de que a punição imposta aos atos cometidos segundo as regras injustas do regime anterior era uma pena criada *ex post facto*. Ver: HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. n° 71, 1958, pp. 593-629.

⁴⁸ SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006. p. 137.

⁴⁹ Segundo Hart, a regra de reconhecimento do sistema jurídico inglês pode ser expressa mediante o seguinte enunciado: “tudo aquilo que a Rainha aprova no parlamento é direito”. Ver: HART, H. L. A. *op. cit.* p. 118.

limites estabelecidos na lei que regulamenta, e esta, por sua vez, é válida se estiver em conformidade com os critérios de validade fornecidos pela Constituição.

Todavia, cumpre advertir que não poderíamos aplicar o mesmo raciocínio sobre a validade da própria Constituição. A regra de reconhecimento detém somente existência empírica, é inconcebível perquirir sobre seu fundamento jurídico de validade⁵⁰. Voltando à nossa analogia, acima da Constituição estaria sua aceitação como fonte de obrigações jurídicas, algo como a aceitação da proposição: aquilo que for elaborado conforme a Constituição é o Direito. Essa sim seria a Regra de reconhecimento de nosso ordenamento jurídico. Devido a sua natureza especial, Hart esclarece que a existência da regra de reconhecimento deve ser buscada nas práticas sociais de identificação do Direito, principalmente naquelas promovidas pelas autoridades que comandam o aparelho coercitivo estatal. Segundo o autor:

(...) a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, “existir” mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática social complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato⁵¹.

Dessa afirmação podemos extrair a conclusão de que a aceitação da regra de reconhecimento, ao menos pelas autoridades da sociedade⁵², é condição necessária à sua

⁵⁰ Cabe ressaltar que esta é a grande diferença entre a regra de reconhecimento hartiana e a conhecida construção da norma hipotética fundamental de Kelsen. Esta é uma premissa abstrata, enquanto aquela se refere a práticas sociais concretas, empiricamente verificáveis. Veja-se, v.g., Guastini: “Como se sabe, la Grundnorm de Kelsen y la rule of recognition de Hart son cosas bastante distintas. Para Kelsen, la norma fundamental (NF) es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica. Para Hart, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces”. GUASTINI, Ricardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. **Analisi e diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/> Acesso em 20 de agosto de 2006.

⁵¹ HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 121.

⁵² HART, H.L.A. *op. cit.* p. 128.

existência. Tal aceitação se expressa na utilização da regra como guia de conduta e parâmetro de crítica frente às condutas dos demais. Segundo Hart, os sistemas jurídicos podem sobreviver desde que as regras primárias consideradas válidas sejam geralmente obedecidas pela maioria dos membros da sociedade e que as regras secundárias sejam aceites pelas autoridades competentes para aplicá-las.

Nesse aspecto, as proposições de Hart sobre a regra de reconhecimento convergem com o tema que abordaremos em seguida: a distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. Para ele, a reação das autoridades perante a regra de reconhecimento não pode ser explicada em termos de obediência habitual, como admite poder acontecer com a relação dos cidadãos frente às normas primárias. A regra de reconhecimento para existir necessita de uma aceitação traduzida na perspectiva interna adotada pelas autoridades⁵³.

Outra questão fundamental diz respeito à natureza dos critérios que podem ser estabelecidos na regra de reconhecimento como parâmetros de validade para as regras primárias. A Teoria do Direito contemporânea tem buscado exaustivamente solucionar o problema desde que Dworkin atribui a Hart a *tese do pedigree*⁵⁴, segundo a qual os critérios estabelecidos na regra de reconhecimento seriam exclusivamente formais. As respostas a tal crítica ocuparão grande parte deste trabalho.

1.1.1.2. A distinção entre ponto de vista interno e externo.

Em diversas passagens do *Conceito de Direito*, Hart demonstra grande preocupação em distinguir as regras jurídicas dos hábitos sociais, seu intuito é novamente contestar a teoria

⁵³ *Idem*, p. 126.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

imperativista de Austin. Para realizar tal tarefa traz à tona o que chama de aspecto interno das regras. Segundo Austin, o Direito poderia ser definido como os comandos de um soberano que é habitualmente obedecido por seus súditos devido ao temor de suas sanções⁵⁵. Dessa forma, poderíamos concluir que a descrição das normas jurídicas válidas poderia ser realizada por um observador que, situado de fora do sistema, meramente se limitasse a constatar e anotar os hábitos regulares de obediência aos comandos do soberano. Hart se posiciona contra tal postura, apontando o fato de que para podermos conhecer o Direito devemos considerar a perspectiva de participantes, que aceitam as regras jurídicas como guia de conduta e parâmetro de crítica.

Para o autor, sem se referir às regras especificamente jurídicas, é preciso distinguir as regras dos hábitos sociais. Os hábitos, segundo sua visão, consistem na mera reiteração e convergência de ações numa sociedade. Por exemplo, podemos dizer que é um hábito brasileiro reunir os amigos para assistir aos jogos da Copa do Mundo. Todavia, as regras representam mais do que a convergência e reiteração de ações num dado grupo, elas são acompanhadas de uma atitude crítica reflexiva. Assim, os desvios às regras geram a crítica dos demais membros do grupo. Existe uma atitude interna que impulsiona o ajustamento da conduta dos indivíduos à regra e uma exigência justificada de que os outros façam o mesmo. O autor usa o jogo de xadrez para exemplificar como se dá o agir baseado em regras, em contraste com as ações habituais:

Este aspecto interno das regras pode ser ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo. Os jogadores de xadrez não têm apenas hábitos semelhantes de movimentar a rainha da forma idêntica que um observador externo, ignorante em absoluto da atitude deles em relação aos movimentos, pode registrar. Para além disso, têm uma atitude crítica reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo. Cada um deles não se limita apenas a movimentar a rainha dum certo modo, mas “tem opinião formada” acerca da correção de todos os que movimentam a rainha dessa maneira. Essa opinião manifesta-se na crítica e nas

⁵⁵ AUSTIN, John. *op. cit.*, 13;202..

exigências de conformidade feitas aos outros, quando ocorre ou ameaça haver desvio, e no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e de tais exigências quando recebidas de outro⁵⁶.

Adiante, Hart afirma que tal atitude diante das regras manifesta a *aceitação* das mesmas, ou seja, sua efetiva utilização como parâmetro crítico da própria conduta e da conduta alheia. Todavia, o autor tem o cuidado de esclarecer que, ao postular a importância do aspecto interno da aceitação das regras, não está fazendo referência a especulações psicológicas. Segundo seu entendimento, a aceitação das regras é uma atitude, não um sentimento, passível de ser apreendida através da linguagem normativa normalmente usada ao falarmos das regras. Voltando ao exemplo do xadrez, Hart diz que os jogadores, diante da violação das regras de movimentação da rainha, dizem: “eu (tu) não devia ter mexido a rainha dessa maneira”⁵⁷. Novamente, o autor busca na análise da linguagem a chave para desvendar o fenômeno da obrigação.

Em síntese, podemos dizer que as regras são bidimensionais, pois podem ser vistas por uma perspectiva interna e outra externa, já os hábitos só podem ser vistos pela perspectiva externa. Voltando aos exemplos anteriores, o xadrez pode até ser descrito com base na anotação das regularidades de movimentação de suas peças, mas, se assim ocorrer, perderemos no relato parte do que compõem a essência dessa atividade. Para sermos fiéis à natureza do jogo de xadrez, necessitamos entender que os tais “movimentos regulares das peças” são mais do que coincidências, eles compõem as regras que constituem o próprio jogo, isso deve necessariamente fazer parte da sua descrição. Quanto aos hábitos, não existe em relação aos mesmos tal atitude crítica e reflexiva. Quebrado o hábito de reunir os amigos para assistir aos jogos da Copa, poderá haver lamentação pelo fato, mas não haverá uma crítica justificada que reivindique a alteração da

⁵⁶ HART, H.L.A. *op. cit.* p. 65-66.

⁵⁷ *Ibidem*

conduta. Outro exemplo bastante elucidativo é o da análise do funcionamento de um semáforo, conforme visto ora por um observador, ora por pedestres. Segundo Hart:

Para tal observador [referindo-se a alguém situado numa perspectiva exclusivamente externa], os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal* para eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.⁵⁸

O trecho transcrito acima, além de sintetizar a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo das regras, possibilita destacar dois outros aspectos fundamentais. O primeiro – de fácil reconhecimento – é a crítica ao realismo jurídico. O segundo – mais importante, porém muito mais sutil – é a própria concepção de Hart sobre a adequada metodologia de investigação na área das ciências sociais.

Quando o autor realça a precariedade da postura do observador que, com base na anotação de regularidades, se contenta em predizer a probabilidade de reação hostil no caso de violação da regras, ele está dialogando diretamente com a tradição do realismo jurídico. Segundo Holmes, um dos maiores expoentes dessa doutrina: “um dever legal nada mais é que uma predição de que, se um homem faz ou deixa de fazer certas coisas, o julgamento de um tribunal

⁵⁸ HART, H.L.A. *op. cit.* p. 99-100.

fará com que ele sofra desta ou daquela maneira”⁵⁹. Ou, ainda: “as profecias do que os tribunais farão, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com Direito”⁶⁰. Para Hart, a mera predição de sanções não é capaz de dar conta do importante aspecto interno das regras, por isso o realismo mostraria um quadro incompleto da realidade jurídica.

Com relação ao segundo aspecto, Hart parece afirmar que a análise dos fenômenos sociais não deve ser feita segundo os métodos das ciências naturais, pois a perspectiva adotada nas chamadas ciências duras é a de um observador que procura apenas regularidades em eventos, a fim de estabelecer regras gerais, segundo critérios de causa e efeito. O autor entende que a observação externa de fenômenos sociais, proposta defendida pelo positivismo sociológico, deixa escapar uma dimensão vital do objeto observado, qual seja, como os atos observados são vistos pelo próprio grupo que os pratica. Observar também essa dimensão é justamente o que o autor considera situar-se no ponto de vista interno.

Essa visão epistemológica sofisticada incorporada pelo autor no *Conceito de Direito* é mais um dos valiosos aportes devidos à filosofia analítica. A paternidade da tese pode ser atribuída a Peter Winch, filósofo inglês discípulo de Wittgenstein⁶¹. Apesar de haver afirmado a importância da distinção entre ponto de vista interno e externo num artigo anterior, o desenvolvimento substancial da teoria só foi realizado por Hart após a publicação do livro *A Idéia de uma Ciência Social*⁶², de Peter Winch⁶³. A similaridade entre o pensamento de ambos é

⁵⁹ HOLMES, O. W., The Path of Law. In: PATTERSON, Denis. **Philosophy of Law and Legal Theory: an anthology**. Cornwall: Blackwell, 2003, p. 9.

⁶⁰ *Idem*, p. 11.

⁶¹ Embora as influências sejam bastante evidentes, Hart faz referência a Winch apenas rapidamente em uma das notas apostas ao final do *Conceito de Direito* HART. H.L.A. *op. cit.* p. 270.

⁶² WINCH, Peter. **A Idéia de uma Ciência Social**. Trad. Anísio Teixeira e Vera Freitas de Castro. São Paulo: Ed. Nacional, 1970.

⁶³ Santiago Sastre Ariza chama atenção para a prioridade cronológica e a importância do pensamento de Peter Winch na distinção hartiana entre ponto de vista interno e externo e suas implicações metodológicas. Assim diz: “antes de la aparición del libro de Winch (que fue publicado em 1958) Hart simplemente había apuntado la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo en su artículo 'Theory and Definition in Jurisprudence'. Pero el

evidente, podemos ver a afinidade de propósitos metodológicos no trecho inicial da mencionada obra de Winch:

Tornou-se lugar-comum, entre os autores que se dedicam ao assunto, dizer que as ciências sociais estão na sua infância. Argumenta-se que isto se deve ao fato de que as ciências sociais imitam com atraso as ciências naturais, não se havendo ainda emancipado do controle da filosofia; que tempo houve em que não existia clara distinção entre filosofia e ciência natural mas, devido às transformações desse estado de coisas por volta do século dezessete, a ciência natural veio a dar, desde então, grandes saltos. Que esta foi a revolução que ainda não se processou com relação às ciências sociais ou, somente agora, está a se iniciar. Que a ciência social, talvez, ainda não tenha encontrado o seu Newton, mas as condições estão sendo criadas para que tal gênio possa surgir. Insiste-se, porém, que, acima de tudo, o que urge é seguir os métodos da ciência natural de preferência aos da filosofia, a fim de obter progressos significativos. Proponho, nesta monografia, combater essa concepção da relação entre os estudos sociais, a filosofia e as ciências naturais⁶⁴.

A idéia fundamental de Winch é que os comportamentos sociais, ao contrário dos fenômenos naturais, ganham significado apenas dentro do contexto social em que são concebidos⁶⁵. Portanto, para compreendermos os atos praticados em sociedade seria necessário mergulharmos na particular forma de vida que representam, para então compreendermos os valores e as regras que os governam. Por esse motivo, os métodos fornecidos pelas ciências naturais, caracterizados pela observação externa dos objetos estudados, não devem ser transpostos para o estudo da sociedade. A crítica de Hart à perspectiva externa, que perde de vista o significado que as práticas sociais têm para os próprios participantes, converge com o ataque de

desarrollo de esta distinción no se produjo hasta el comentario que escribió a raíz de la publicación de Ross de su libro 'On Law and Justice', su artículo titulado 'Scandinavian Realism', que apareció em 1959, um año mas tarde que el libro de Winch. Por todo esto considero de interés exponer las ideas que defiende Winch en dicha obra como un anticipo de la teoría de los puntos de vista de Hart". ARIZA, S. S. **Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 88.

⁶⁴ WINCH, Peter. *op. cit.* p. 13.

⁶⁵ A isso ele chama de comportamento significativo. Segundo o autor, que cita neste trecho Max Webber: “o comportamento humano nos interessa 'se e na medida em que o agente ou agentes associam um sentido subjetivo (Sinn) a ele”. WINCH, Peter. *op. cit.* p. 51.

Winch ao positivismo sociológico e com sua idéia sobre o correto método das ciências sociais.

Este autor traz o seguinte exemplo para ilustrar sua tese:

(...) o historiador ou sociólogo da religião deve ter, ele próprio, algum sentimento religioso, se quiser dar sentido ao movimento religioso que está estudando e compreender as considerações que governam as vidas de seus participantes⁶⁶.

Ademais, outro aspecto que merece nota é a possibilidade de que a preocupação de Hart com o ponto de vista interno frente às regras seja interpretada como uma antecipação da virada hermenêutica⁶⁷ na Teoria do Direito⁶⁸, normalmente atribuída a Ronald Dworkin. Conforme a célebre distinção de Wilhelm Dilthey⁶⁹, um dos precursores da hermenêutica moderna, os produtos do espírito humano devem ser *compreendidos* antes que *explicados*. Segundo tal tradição filosófica, o termo *verstehen* associa-se à tarefa de investigação das atividades humanas. A palavra alemã, que traduzida literalmente significa *compreender*, é usada para expressar a idéia de que o método investigativo das ciências sociais não deve se limitar a explicar fenômenos com base em relações de causa e efeito. Nessa perspectiva, entender uma atitude humana é alcançar, através de um processo empático, qual é o significado da atitude para aqueles que a praticam⁷⁰. A semelhança com o tratamento dado por Hart ao aspecto interno das regras é novamente marcante. Assim, como salienta Brian Bix:

⁶⁶ *Idem*, p. 87.

⁶⁷ O termo virada hermenêutica, cunhado no final da década de 70, vem sendo utilizado para designar o advento de um novo paradigma nas ciências sociais marcado por uma epistemologia interpretativa ou hermenêutica, superadora do positivismo sociológico. Ver: GUINADA INTERPRETATIVA. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 395-398.

⁶⁸ Para um profundo estudo dos influxos da virada hermenêutica na atividade de interpretação do direito ver: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶⁹ DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**, Madrid : Revista de Occidente, 1966.

⁷⁰ Cf. VERSTEHEN. In: **Dicionário Oxford de Filosofia**: Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 404.

(...) a abordagem de Hart, com sua ênfase no aspecto interno das regras jurídicas, é “hermenêutica” no sentido em que tenta compreender uma prática de forma que leve em consideração o modo como a prática é percebida por seus participantes⁷¹.

Todavia, se correta tal interpretação, pode surgir daí uma séria objeção ao compromisso de Hart com a tradição juspositivista, que visa estabelecer uma teoria puramente descritiva do Direito⁷². Ocorre que podemos suspeitar, com razoável motivação, que, ao considerar o aspecto interno das regras, o observador deixa de poder descrever o Direito simplesmente como *é*, pois passaria a misturar no relato descritivo concepções de como o Direito *deve ser*. Isso equivaleria a apagar os limites entre o âmbito da descrição e da justificação do Direito. Ou, ainda, que a idéia de trazer para dentro da definição do Direito a perspectiva interna dos participantes, que se acreditam obrigados a seguir as regras jurídicas, faria com que se misturasse o conceito de Direito com a obrigação Moral de obediência ao mesmo, o que importaria também riscos à tese juspositivistas de separação entre o Direito e a Moral.

Contudo, alguns autores alegam que as teorias neoconstitucionalistas teriam levado adiante uma conclusão que Hart se negou a admitir. Segundo tal entendimento, a perspectiva dos participantes inexoravelmente levaria à justificação moral do Direito, em contraposição àquela descrição neutra proporcionada pelo olhar do observador⁷³.

⁷¹ BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Philosophy. **Southern Methodist University Law Review**, Vol. 52, 1999, p. 176.

⁷²O autor, no prefácio ao *Conceito de Direito*, reforça tal comprometimento ao afirmar que seu livro pode ser encarado como “um ensaio de sociologia descritiva”. Cf. HART, H.L.A. *op. cit.* p. 1.

⁷³ Ver item 2.1.4. infra.

1.2. As críticas ao modelo hartiano.

As críticas à teoria de Hart correm em paralelo ao que se convencionou chamar crise do positivismo jurídico. Numa síntese demasiado estreita, o juspositivismo afirma que o Direito é fruto de certas convenções sociais e, portanto, pode ser conceitualmente separado de outros sistemas de regras, tais como a moral social, a religião, os sistemas críticos-rationais propostos pela Filosofia Moral, etc⁷⁴. Vimos acima qual é a explicação de Hart para tal enclausuramento sistemático. Essa teoria, surgida como uma alternativa ao jusnaturalismo, que subordinava o Direito a uma ordem superior (seja ela divina, racional, ou cósmica), tornou-se hegemônica ao longo do séc XX, encontrando sua expressão mais bem acabada expressão em Hart e Kelsen. Mas a partir da segunda metade do mesmo século, começou a enfrentar um clima de crescente hostilidade. O marco inicial dessa crise foi, sem dúvida, o fim da segunda guerra mundial, pois o positivismo jurídico passa então a ser associado à justificação de regimes jurídicos autoritários. Não convém aqui discutirmos a correção da afirmação, pois afinal, fugiríamos de nosso objetivo central para enveredar em assunto que outros já trataram em profundidade⁷⁵. A partir desse marco histórico, vários argumentos foram levantados contra o positivismo jurídico.

Podemos dividir essa crise em duas fases, a fim de sistematizar o complexo de críticas desenvolvidas no seu decorrer⁷⁶. A primeira fase da crise centra-se no argumento da invalidade das normas jurídicas injustas, visando dar uma resposta aos problemas jurídicos advindos da transição de regimes jurídicos totalitários para regimes jurídicos democráticos. A segunda fase

⁷⁴ Para uma análise mais pormenorizada do positivismo jurídico ver capítulo III desta dissertação.

⁷⁵ Sobre o tema ver o já citada debate entre Hart e Fuller (nota 41 supra). Entre nós consultar a pesquisa elaborada por: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico político**. São Paulo: Método, 2006.

⁷⁶ A divisão segue o modelo proposto em: FIGUEROA, Alfonso Garcia. El Paradigma Jurídico del Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. In: FIGUEROA, Alfonso Garcia (coord.). **Racionalidad y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

tem como foco principal a existência e a centralidade dos princípios na argumentação jurídica. O contexto em que se insere não é, portanto, o da exceção, trazida pelos casos da justiça de transição, mas sim o da normalidade nos modernos Estados Democráticos de Direito, onde os princípios constitucionais têm primazia e irradiação sobre o resto do ordenamento jurídico. Não trataremos aqui da primeira fase da crise, pois, como já dissemos, os problemas relativos ao argumento da injustiça, além de já terem sido amplamente abordados por outros estudiosos, não fazem parte do objeto central de nossa investigação. Muito mais nos interessa saber sobre as críticas focalizadas no argumento dos princípios, pois foram estas que desencadearam os debates subseqüentes da Teoria do Direito que nos propomos analisar.

1.2.1. Ronald Dworkin: do argumento dos princípios ao Direito como interpretação.

A crítica focada no argumento dos princípios tem como principais porta-vozes Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em que pese a notável contribuição deste último para o tema⁷⁷, por questões metodológicas restringiremos a abordagem ao cenário anglo-americano, com ênfase no célebre debate Hart-Dworkin. Ademais, com relação à disputa entre esses dois expoentes da teoria anglo-americana, buscaremos pinçar apenas os tópicos relacionados ao conteúdo da regra de reconhecimento e à perspectiva interna do Direito. Tal corte é ainda mais conveniente em

⁷⁷ A crítica de Alexy ao modelo positivista, com expressa referência à Hart, encontra-se reunida primeiramente em: ALEXY, Robert. **El Concepto y La Validez del Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997. Porém, sua visão sobre o papel e a estrutura dos princípios jurídicos seria aprimorada na seguinte obra: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

virtude da existência de uma ampla literatura específica sobre o debate com um todo⁷⁸. Esclarecidas as opções que guiam nossa exposição, vejamos como se desenvolve a controvérsia.

Como havia ocorrido com Hart em relação a Austin, a elaboração da teoria de Dworkin teve como ponto de partida o conceito de Direito de seu antecessor na cadeira de Teoria do Direito da Universidade de Oxford (e seu ex-professor também). Isso fica claro pelo tom usado por Dworkin em seus primeiros escritos, onde afirmou: “quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”⁷⁹. Todavia, no decorrer de sua carreira, Dworkin abandonou o papel de mero antagonista para colocar-se de forma mais criativa e desenvolver uma concepção própria do Direito.

Dessa forma, podemos dividir os argumentos de Dworkin em duas fases. A primeira delas, onde busca somente minar as bases da teoria hartiana, pode ser sintetizada nos artigos reunidos no livro *Levando os Direitos à Sério*⁸⁰ (principalmente nos artigos *Modelo de Regras I*, *Modelo de Regras II* e *Casos Difíceis*). A segunda fase, onde a crítica a figura de Hart ocupa somente um segundo plano, é representada principalmente pelo livro *Império do Direito*⁸¹, no qual ele elabora sua *Teoria do direito como integridade*.

Tentando fazer um resumo de seus argumentos na primeira fase do debate, percebemos que suas objeções são contra: (i) a visão positivista do ordenamento jurídico como sendo um sistema composto apenas por regras, identificáveis segundo critérios formais previstos numa regra de reconhecimento, pois tal visão deixaria de fora princípios inerentes ao ordenamento

⁷⁸ Destacamos entre as monografias dedicadas ao assunto: SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 16 de dezembro de 2007. RODRÍGUEZ, César. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2005.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 35.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

jurídico, cuja autoridade é constantemente invocados pelos tribunais para justificar suas decisões jurídicas, sobretudo nos chamados casos difíceis e; (ii) a idéia de que nesses casos difíceis, nos quais as regras não são pacificamente distinguíveis, cabe ao aplicador adotar uma solução discricionária, ou seja, se valer de discernimento puramente pessoal e levar os fundamentos da decisão além dos limites Direito. Em nossa análise convém ressaltarmos apenas os contornos da primeira objeção, que diz respeito à relação entre a regra de reconhecimento e os princípios num dado sistema jurídico.

Para Dworkin, um problema fundamental da teoria de Hart é o de que sua proposta não permite destacar determinados padrões usados pelos julgadores na tarefa de adjudicação. Tais padrões, chamados de princípios, funcionariam diferentemente das regras⁸². Segundo defende no artigo Modelo de Regras I, a miopia hartiana frente aos princípios decorre da sua visão da regra de reconhecimento como critério de identificação de todo Direito válido nos ordenamentos modernos (embora suas referências sejam feitas especialmente aos sistemas norte-americano e inglês, podemos levar suas conclusões à maioria dos sistemas jurídicos ocidentais). Dworkin afirmou que a regra de reconhecimento hartiana utilizaria apenas critérios formais ou procedimentais para identificar o Direito. Assim, uma norma seria válida quando promulgada por uma instituição competente segundo as diretrizes de outra norma, até chegarmos à regra de reconhecimento, critério último de validade jurídica. Dworkin apelidou essa construção de teste de *pedigree*⁸³.

⁸² É muito conhecida entre nós a distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin. Segundo diz, ela é decorrência, principalmente, do modo operativo diferenciado de cada uma dessas fontes normativas. As regras funcionariam na base do tudo ou nada, ou são aplicáveis num caso concreto, ou não o são. Os princípios, por sua, teriam uma dimensão de peso, devendo ser ponderados diante das circunstâncias de cada caso concreto. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**, 2002, p. 41-43. Na doutrina nacional ver, por todos: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸³ Que, na linguagem cotidiana, é um certificado de registro de animais domésticos, onde são descritos seus ascendentes, obrigatoriamente até a terceira geração. DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 27-28.

A fina ironia de Dworkin faz crer que as regras jurídicas no modelo hartiano seriam válidas somente em razão da sua ascendência, nunca por seu conteúdo. No entanto, Dworkin chama atenção para o fato de que os princípios jurídicos aplicados pelos juízes, ao contrário das regras do sistema de Hart, não têm validade devido ao seu *pedigree*, i. e., sua origem não se encontra num ato de vontade de uma autoridade competente para elaborar normas, mas na compreensão do que é melhor para o caso concreto, segundo a consciência desenvolvida pelos participantes da atividade jurídica ao longo do tempo. Nas palavras do próprio autor:

Segundo Hart, a maioria das regras de Direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. (...) Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.⁸⁴

Nossa preocupação central não é com a diferença entre regras e princípios, na verdade, o ponto que gostaríamos de ressaltar no debate Hart-Dworkin é sobre a natureza dos critérios de identificação encontrados na regra de reconhecimento. Segundo Dworkin, os critérios exclusivamente formais fornecidos pelo teste de *pedigree*, não seriam suficientes para identificar padrões que se comportam como princípios e não como regras, porque estes são válidos por seu conteúdo. Visto isso, podemos passar à segunda fase do debate.

A segunda crítica, embora tenha tido um prenúncio no artigo *Modelo de Regras II*, seria definitivamente desenvolvida no livro *Império do Direito*, publicado em 1986. Nele Dworkin constrói uma teoria original dialogando com aqueles que considera os maiores antagonistas da proposta: os convencionalistas e os pragmatistas. Os primeiros, segundo Dworkin, decidiriam as controvérsias jurídicas tão somente com olhos para o passado, buscando convenções sociais para

⁸⁴ *Idem*, p. 64.

fundamentar suas decisões, já os segundos, decidiriam com olhos somente para o futuro, buscando a maximização do bem-estar da sociedade. Para Dworkin, a concepção do Direito como integridade é a única que juntaria as duas dimensões, pois, sem descuidar dos atos praticados no passado pelos tribunais e legisladores, buscaria aplicá-los ao presente interpretando-os de acordo com sua melhor justificação do ponto de vista Moral⁸⁵. As teses do autor serão analisadas em capítulo posterior, assim, cabe-nos agora somente destacar como a proposta empreendida em *O Império do Direito* inviabilizaria o projeto hartiano de construir uma teoria que, apesar de adotar o ponto de vista interno do Direito, tem pretensões de ser neutra e puramente descritiva.

A crítica de Dworkin ao modelo descritivo de ciência jurídica tem por base sua distinção entre divergências empíricas e divergências teóricas sobre o Direito. Segundo seu entendimento, os positivistas, notadamente Hart, dizem que a divergência entre juristas só pode se dar sobre o fato de existir ou não uma convenção anterior que prescreva uma conduta para o caso examinado. A esse tipo de divergência deu o nome de *empírica*. Em suas palavras:

Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação vigente.

Em acréscimo, Dworkin diz que a visão positivista reduz o *Direito a uma simples questão de fato*, pois trata o Direito apenas como algo que foi dito por um legislador ou tribunal no passado. Porém, o autor afirma que as disputas jurídicas são mais do que investigações histórias sobre os atos passados das autoridades competentes. Em sua opinião, ao lado das divergências empíricas, existem divergências teóricas sobre o Direito. Os juristas não discutem

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

apenas sobre a existência de leis, eles discutem principalmente o conteúdo das mesmas. Por exemplo, eles não discutem se existe um Direito de liberdade de expressão previsto nas constituições modernas, mas podem discutir muito o alcance deste princípio num determinado caso concreto.

O autor norte-americano acredita que as divergências teóricas, que ocupam um lugar central no Direito, demonstram o caráter essencialmente argumentativo da prática jurídica. Conforme defende: “a prática do Direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige dependem da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito das mesmas”⁸⁶.

Essa disposição argumentativa do Direito enreda seus participantes em um exercício de interpretação criativa. Assim, determinar o conteúdo do Direito consiste, na verdade, em encontrar a melhor justificação das práticas judiciais, ou, como diz o autor, apresentá-las em sua melhor luz⁸⁷. Dworkin compara a interpretação do Direito com um *romance em cadeia*⁸⁸. De acordo com essa hipótese, o juiz agiria como um escritor que recebe uma trama em andamento e nela acrescenta um novo capítulo, com a intenção de torná-lo o melhor romance possível. Se, por um lado, o escritor está preso aos personagens e fatos já inseridos, por outro, tem a possibilidade de criar-lhes um futuro, tendo em vista sua interpretação global do que seria melhor para a trama.

Por fim, para Dworkin a melhor interpretação possível do sistema legal norte-americano é aquela que o interpreta à luz dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Estes princípios, em sua opinião, que segue a tradição liberal, são as melhores justificativas para o exercício do poder coercitivo estatal. Enfim, sua concepção do Direito é assim resumida:

⁸⁶ *Idem*, p. 17.

⁸⁷ *Idem*, p.112.

⁸⁸ *Idem*. p. 275-279.

Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade⁸⁹.

Todas essas considerações convergem para um fato: a interpretação construtiva, característica do Direito, busca explicar uma prática em vista da sua melhor justificativa frente à Moral política de uma comunidade. Assim, toda proposição sobre o Direito carrega consigo sua justificativa moral. Para Dworkin, essa é a única leitura possível do ponto de vista interno do Direito, ou ponto de vista dos participantes. No início do livro *Império do Direito* ele afirma:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam⁹⁰.

Conseqüentemente, na teoria de Dworkin a adoção do ponto de vista interno torna impossível separar a descrição da justificativa do Direito. Em sua visão, os participantes encaram a natureza do Direito como argumentativa, daí sua ânsia em buscar uma teoria de interpretação que explique e justifique essa prática. Como veremos adiante, alguns autores afirmam que está é uma característica primária do novo paradigma neoconstitucionalista, que entende a descrição e a justificativa da prática jurídica como atividades inseparáveis e necessárias à aplicação e explicação do Direito.

⁸⁹ *Idem*, p. 272.

⁹⁰ *Idem*, p. 19.

1.3. Uma resposta aos críticos: o Pós-Escrito ao *Conceito de Direito*.

O pós-escrito ao *Conceito de Direito* é uma resposta póstuma aos críticos da teoria desenvolvida no livro, ele é principalmente uma réplica a Ronald Dworkin. Hart pretendia responder outros críticos, mas não pôde terminar o trabalho. O material que já havia elaborado foi publicado devido aos esforços de dois de seus discípulos, Penélope Bulloch e Joseph Raz⁹¹.

Apesar de descrever o pós-escrito como uma resposta, Hart na verdade avança e revê parte de suas posições anteriores, não se limita a aclarar pontos obscuros de sua obra, ele também apresenta críticas a seus adversários⁹². Das questões analisadas no pós-escrito, iremos ressaltar as duas que se ligam ao objeto de nossa investigação. Em primeiro lugar, veremos sua formulação da tese do positivismo moderado, que admite a inclusão na regra de reconhecimento de testes de conteúdo pautados em critérios morais⁹³. Em seguida, iremos analisar a defesa de Hart, onde afirma que sua teoria, apesar de considerar o ponto de vista interno das regras, é uma explicação descritiva e neutra para os ordenamentos jurídicos modernos.

Em conhecida passagem, Hart afirma que as críticas que Dworkin lhe dirige são devidas a uma má interpretação das suas teses. Com relação à imputação do chamado *teste de pedigree*, argumenta ter dito claramente que a regra de reconhecimento *pode* incorporar juízos de valor como critério de validação do Direito, e, ao mesmo tempo, diz nunca ter afirmado que os critérios

⁹¹ Como veremos adiante, Raz é a grande referência do chamado positivismo exclusivo, se afastando, assim, de algumas teses defendidas no pós-escrito.

⁹² Como afirma Rolando Tamayo y Salmorán na introdução feita à publicação mexicana do pós-escrito: “Que el Post scríptum es una respuesta, si. Sin embargo, es mas que eso. En vários puntos Hart revisa sus tesis, las explica de nuevo com grand claridad; em ocasiones, las reformula. El Post scríptum va más allá de respuestas y lanza varias críticas a su interlocutor. El Post scríptum no es una pieza de diplomacia académica, es un ensayo en el que se persigue el entendimiento del derecho”. HART, H. L. A. **Post Scríptum al Concepto del Derecho**. México: Unam, 2000. p. XXX

⁹³ Iremos apresentar em detalhe a teoria (designada como positivismo inclusivo) no capítulo III deste trabalho.

estabelecidos por ela deveriam ser apenas formais. Podemos ver tal afirmação no trecho que segue:

Dworkin, ao atribuir-me a doutrina do “positivismo meramente factual”, tratou erroneamente a minha teoria enquanto exige não só (como, na realidade, o faz) que a existência e a autoridade da regra de reconhecimento devam depender da sua aceitação pelos tribunais, mas também enquanto exige (como, de fato, não o faz) que os critérios de validade jurídica que a regra fornece devam consistir exclusivamente no tipo específico de mero fato que ele designa como questões de *pedigree* e que respeitam ao modo e à forma de criação do Direito ou de sua adoção. Isto está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designada como “positivismo moderado” e não, como na versão de Dworkin, positivismo “meramente factual”. Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugere que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o conteúdo da legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições ao Direito de voto⁹⁴.

A partir dessa controvertida asserção de Hart irão se desenvolver os fundamentos do chamado positivismo inclusivo. Tal teoria afirma que a regra de reconhecimento socialmente aceita e praticada (portanto, conforme a tese positivista das fontes sociais do Direito), pode incorporar padrões morais como critérios de validade jurídica. Contudo, isso seria um acontecimento circunstancial, não havendo conexão necessária entre o Direito e a Moral. Assim, tal formulação teórica mantém a possibilidade de separação conceitual entre Direito e Moral.

Quanto à segunda tese, Hart, no pós-escrito, reafirma seu compromisso com uma teoria descritiva e Moralmente neutra. Em sua opinião, o conceito de Direito não precisa incorporar uma justificação moral dessa prática. Alega que seu trabalho pode ser visto como uma fase

⁹⁴ HART, H. L. A. *op. cit.* p. 312

preliminar do empreendimento de crítica Moral proposta por Dworkin, em síntese, não vê incompatibilidade entre as duas, esclarece apenas tratem de planos distintos.

A verdadeira divergência entre os dois é relativa à interpretação do ponto de vista interno do Direito e suas implicações metodológicas. Como visto anteriormente, Dworkin entende que a Teoria do Direito deve adotar o ponto de vista interno do Direito, que se traduz para ele como ponto de vista dos participantes. Se os participantes adotam uma postura argumentativa frente ao Direito, caberia ao teórico interpretar tais argumentos segundo sua melhor luz, justificando essa prática, assim como fazem os participantes. Evidentemente, essa tese leva ao colapso entre descrição e avaliação Moral do Direito. Porém, em vista dessa visão Hart argumenta que:

Mas nada há, de fato, no projeto de uma Teoria Geral do Direito descritiva, tal como está exemplificada no meu livro, que impeça um observador não participante de descrever os modos por que os participantes encaram o Direito, de tal ponto de vista interno. (...) o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o Direito, sem a adotar ou partilhar⁹⁵.

Ratificando essa tese, Andrei Marmor formula a seguinte analogia:

Suponha que Sarah tenha que fazer uma escolha e esteja deliberando se deve ir ao cinema para ver o filme A, digamos, um *thriller*, ou o filme B, um melodrama. Tomo conhecimento de que ela escolheu assistir ao filme A. Posso concluir que Sarah tem preferência valorativa por *thrillers* acima dos melodramas? Ou ela teve tal preferência apenas nessa ocasião? Provavelmente não. Eu ainda preciso saber mais. Eu preciso saber porque ela fez a escolha que fez, quais foram suas razões, (e.g. talvez o melodrama estivesse em cartaz num cinema muito distante), e outros aspectos similares da sua deliberação. Uma compreensão adequada de sua escolha requer algum conhecimento disso que, podemos agora chamar, “ponto de vista interno”. Eu preciso saber como ela deliberou. Porém, preciso julgar essa deliberação da minha própria perspectiva valorativa? Minha explicação do raciocínio de Sarah teria que se basear em algum tipo de julgamento valorativo? Nada parece levar a tal conclusão. Mais uma vez, a visão oposta parece seguir-se de uma confusão entre

⁹⁵ *Idem*, p. 303-304.

compreender um valor ou raciocínio valorativo, e formar um julgamento valorativo sobre isso⁹⁶.

Em suma, a tese sustentada por Hart e por outros positivistas que o seguiram afirma que é possível para o teórico, situado numa perspectiva exterior em relação à prática jurídica, descrever a aceitação das regras jurídicas por seus participantes, fator este que constitui o ponto de vista interno frente às regras. Contudo, não é necessário que ele próprio aceite como justificado o comportamento descrito. Em outras palavras, o teórico pode descrever como os participantes internalizaram a atitude de aceitação, sem que ele mesmo tenha internalizado tal atitude. Lembremos neste ponto que o método utilizado por Hart para rastrear a aceitação de uma regra é a linguagem normativa usada pelos participantes com relação à mesma. Dessa forma, ratificamos o fato de que a metodologia de Hart é intrinsecamente ligada à filosofia analítica. Parece-nos uma subversão das idéias de Hart interpretar sua virada hermenêutica de modo a derivar numa confluência entre teoria descritiva e normativa. Podemos concluir que, na visão do jusfilósofo britânico, o teórico pode constatar e descrever uma atitude essencialmente normativa sem, no entanto, endossá-la.

1.4. Conclusão.

Neste capítulo buscamos, em linhas gerais, apresentar a obra de H.L.A Hart, destacando os conceito de regra de reconhecimento e ponto de vista de interno. O intuito, por trás desse empreendimento, foi usar tais conceitos para analisar e sistematizar os desenvolvimentos da Teoria do Direito contemporânea, cujo estudo será objeto dos próximos capítulos.

⁹⁶ MARMOR, Andrei. Legal Positivism: still descriptive and morally neutral? **Oxford Journal of Legal Studies**. vol. 26, nº 4, 2006, p. 702.

Pelo exposto até aqui, pudemos ver que Hart admitiu a possibilidade de incorporação de critérios morais entre os testes de validação das normas jurídicas fornecidos pela regra de reconhecimento. Em outro momento, vimos que Hart se mantém firme quanto à possibilidade de construção de uma teoria geral do Direito descritiva e Moralmente neutra, consoante a tradição do positivismo analítico. Como veremos adiante, essas questões estão no centro dos debates atuais sobre as relações entre o Direito e a Moral.

De um lado da trincheira, os *neojuspositivistas* discutem o acerto e a pertinência da admissão de critérios morais na regra de reconhecimento, dando ensejo ao tumultuado debate entre positivistas exclusivos e inclusivos. Do outro, o *neoconstitucionalismo* leva aos estertores a negação de uma teoria descritiva do Direito, propondo a amálgama entre justificação e descrição do Direito. Esperamos que a abordagem prévia dos conceitos hartianos ajude a iluminar o cenário que iremos considerar daqui por diante.

Capítulo II

O Neoconstitucionalismo

2.1. Origem e usos do conceito.

A expressão neoconstitucionalismo, bastante em voga nas discussões atuais de teoria constitucional e de filosofia jurídica, surgiu na doutrina italiana, no final da década de 90, migrando para Espanha rapidamente e daí se espalhando para a América Latina. A apresentação do termo foi feita por Susanna Pozzolo, numa comunicação no Congresso Mundial de Filosofia e Sociologia do Direito (IVR) de 1997, na cidade de Buenos Aires. Mais tarde, essa comunicação foi transformada no artigo: *Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional*⁹⁷, publicado na revista *Doxa*⁹⁸.

⁹⁷ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*. n° 21, vol. II, 1998, pp. 339-353.

⁹⁸ A auto-atribuição de paternidade e a declaração do momento de criação da expressão são feitos pela própria autora. Ver: POZZOLO, Susanna. Metacritica del Neoconstitucionalismo: una risposta ai critici di neocostituzionalismo e positivismo giuridico. *Diritto e Questioni Pubbliche*. n° 3, 2003, pp. 51-70.

Vale ressaltar que o termo foi criado para designar um modelo teórico composto por teses compartilhadas entre vários jusfilósofos e teóricos do Direito, ainda que nenhum deles se autointitulasse neoconstitucionalista ou estivesse vinculado à totalidade das teses adstritas ao modelo proposto. Assim, os autores inicialmente identificados com o neoconstitucionalismo foram Dworkin, Alexy, Zagrebelsky e Santiago Niño, que apresentam em suas obras tantos pontos divergentes, quanto convergentes. Segundo sua criadora, o termo foi concebido para designar um fenômeno específico, qual seja: a adoção de uma noção de Constituição fortemente substancialista, que age como programa e não como limite, que reclama a técnica interpretativa da ponderação, e que, por tais motivos, restaura o liame entre Direito e Moral, aparentemente cortado pelo positivismo jurídico. A essa concepção de Constituição intitulou “modelo prescritivo de Constituição concebida como norma”⁹⁹. Notamos, assim, que o neoconstitucionalismo foi pensado a princípio como uma doutrina jusfilosófica antipositivista, que promove uma particular reconstrução do ordenamento jurídico dos modernos Estados Constitucionais de Direito¹⁰⁰.

No entanto, o sentido original atribuído ao termo, cujos contornos eram mais ou menos precisos, se dissolveu quase inteiramente em paralelo à popularidade que o mesmo alcançou. A ampla difusão da expressão entre constitucionalistas, teóricos do Direito e juristas em geral acabou por gerar um discurso cacofônico e turbulento. É sintomático que a obra coletiva responsável por grande parte da divulgação do vocábulo em nosso país se chame *Neoconstitucionalismo(s)*¹⁰¹. A flexão em número do substantivo, cuja grafia o organizador fez questão de destacar, denota a polissemia que hoje o caracteriza. De tão difuso, já se disse que o

⁹⁹ “A adoção por parte dos estudiosos do ‘modelo de Constituição concebida como norma’ assumiu particular relevância no último pós-guerra”. Cf. POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Turim: Giapichelli, 2001, p.34.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 55-56.

¹⁰¹ CARBONELL, Miguel (org.). *op. cit.*

termo denota “mais uma atmosfera cultural que uma concepção unitária do Direito, coerente e bem estruturada”¹⁰². A lista de autores pertencentes a essa ‘atmosfera cultural’ então foi ampliada para abarcar defensores de novas variantes do positivismo, tais como Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli¹⁰³. Outro fator que dificulta a definição do termo é sua utilização de forma intercambiável com outros aproximados, tais como constitucionalismo (sem prefixo ou adjetivos), paradigma do Estado Constitucional, pós-positivismo¹⁰⁴, etc. Como afirma Prieto Sanchís:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou, às vezes também, somente constitucionalismo, são expressões ou rubricas de uso cada dia mais difundido e que servem para aludir, de forma nem sempre muito precisa a distintos aspectos de uma presumidamente nova cultura jurídica¹⁰⁵.

Decorre dessa polissemia e dispersão conceitual uma questão que nos interessa diretamente. Como visto, ora o neoconstitucionalismo é conceituado restritivamente na forma de uma teoria abertamente antipositivista, ora como um grande guarda-chuva que abarcaria, também, algumas vertentes da teoria positivista. Sendo assim, cabe perguntar em que sentidos do

¹⁰² SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? Diritto e Questione Publicche*. n. 3. 2003. pp. 38-49.

¹⁰³ Além de Aldo Schiavello, outros autores rotulam como neoconstitucionalistas teorias pertencentes ao campo positivista. Veja-se, por exemplo, Figueroa: “esta concepção [referindo-se ao neoconstitucionalismo ou, como denomina, paradigma do Estado Constitucional] colabora às vezes com uma pujante teoria da argumentação jurídica e moral (Alexy), e em outras se acha presidida pelo ideário garantista (Ferrajoli), freqüentemente incorpora as objeções (Dworkin) ou as correções (Coleman, Waluchow) ao positivismo hartiano...”. FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La Teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel (org.). *op. cit.*, p.161. Ou ainda, ver Guastini: “Dentro da teoria neoconstitucionalista, por outro lado, se assiste à formação de duas tendências contrapostas de pensamento: enquanto alguns de seus expoentes entendem que aquela não é mais que uma continuação, com o mesmo método, mas com um objeto (parcialmente) modificado, do juspositivismo, outros sustentam pelo contrário que as transformações do objeto de investigação comportam a necessidade de uma mudança radical de metodologia e que, portanto, o neoconstitucionalismo apresenta diferenças qualitativas face ao juspositivismo teórico. COMMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In CARBONELL, Miguel (org.). *op. cit.* p. 83.

¹⁰⁴ A amálgama dos termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo parece ser um fenômeno tipicamente brasileiro. O professor Antônio Cavalcanti Maia, principalmente, vem tentando elucidar a trama conceitual que une os dois termos. Ver. MAIA, Antonio Cavalcanti. *op. cit.*, pp. 1-7.

¹⁰⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000, p. 101.

termo (se é que em algum) há compatibilidade entre neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo?

Retornando ao problema de definição do neoconstitucionalismo, no atual estágio da discussão que ainda se desenrola aqui e alhures, é difícil fornecer-lhe um conceito preciso. Portanto, decidimos apresentar várias concepções correntes para o termo neoconstitucionalismo¹⁰⁶. Todavia, cabe dizer que, não obstante a pluralidade dos sentidos atribuídos ao termo neoconstitucionalismo, é possível constatar que todos se interligam como maneiras de aproximação dos fenômenos jurídicos oriundos do constitucionalismo pós-45, caracterizado pela gestação de constituições com um extenso rol de Direitos fundamentais, densamente permeadas por diretrizes axiológicas e blindadas por robustos sistemas de sindicabilidade e garantia judicial. Mas, para além desse ponto de interseção, as interpretações encontradas variam bastante. Estão presentes, entre as várias concepções do neoconstitucionalismo, desde a mera enunciação das transformações sofridas pelo Estado de Direito, passando pelas tentativas de descrição teórica da nova realidade, até discursos ideológicos de suporte ao novo *satus quo*.

2.1.1. O neoconstitucionalismo como modelo de organização política.

Numa primeira acepção, o neoconstitucionalismo pode ser visto como a forma de organização política que marca a passagem do modelo de Estado de Direito para o modelo de

¹⁰⁶ O mesmo método de abordagem já foi desenvolvido, entre outros, por Paolo Comanducci, Tecla Mazzarese e Luis Pietro Sanchis. Vale ressaltar que realizaremos uma interpretação e sistematização pessoal frente àquelas já desenvolvidas por tais autores. Ver: COMMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; MAZZARESE, Tecla. **Appunti del corso di filosofia del diritto**, anos 200/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, inédito, *apud* POZZOLO, Susana. In *Constitucionalismo Ambiguo*. In CARBONELL, Miguel (org.). *op. cit.* pp. 188-189; SANCHÍS, Luis Prieto. *op. cit.*, p. 101-102.

Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo é identificado com uma determinada experiência político-institucional. Um dos autores que menciona tal concepção é Prieto Sanchís, que assim o caracteriza:

Aqui por neoconstitucionalismo não entendi tanto um modelo ideal construído em sede teórica, ainda quando se possa intentar essa construção, senão mais a forma de organização política que vem abrindo caminho na Europa desde meados do século passado; portanto, um modelo histórico...¹⁰⁷

O modelo do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), surgido na Idade Moderna, é fundamentalmente uma técnica de limitação do poder político de matriz liberal, em contraposição ao Estado Absolutista ou Estado de Força (*Machtstaat*). Por ele se operou a inversão da relação entre poder e Direito, de forma que sua expressão passou da fórmula *rex facit legem*, para a contrária *lex facit regem*¹⁰⁸. Seu princípio basilar é o da legalidade, ou seja, os atos do soberano são legítimos quando conformes à lei, considerada expressão máxima da vontade geral do popular. Nessa perspectiva, a Constituição funciona essencialmente como uma ordem marco¹⁰⁹, cuja finalidade precípua é estabelecer os procedimentos de exercício do poder político, bem como garantir uma esfera mínima de proteção do cidadão em face do Estado.

O neoconstitucionalismo, nessa perspectiva, representa a passagem de um modelo fundado no império da lei para outro marcado pela primazia da Constituição, mais

¹⁰⁷ *Idem*, p. 107.

¹⁰⁸ ZAGBREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 1995, p. 21.

¹⁰⁹ Empregamos a noção de ordem-marco em contraposição aquela de ordem fundamental, conforme defendido por Bockenford: “Ou é a Constituição, na medida em que organiza a vida político-estatal e regula a relação estado-cidadão, um ordenamento-marco (...) Ou é a Constituição a ordem jurídico fundamental da comunidade em seu conjunto (...) É então [se entendida como ordem fundamental] uma Constituição dirigente que força a realização dos princípios básicos nela contidos.” Cf. BÖCKENFÖRDE, E. W. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p.137.

especificamente, de um *determinado* tipo de Constituição. Segundo Ricardo Guastini¹¹⁰, a base fenomenológica dessa transformação pode ser exemplificada pelo processo constitucional deflagrado na Europa do segundo pós-guerra dotado das seguintes características: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a atribuição de força vinculante à Constituição; (iv) a sobreinterpretação da Constituição; (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Essas seriam as condições para o que chama de *constitucionalização do ordenamento jurídico*, processo que aqui identificamos com a consolidação do Estado Constitucional de Direito. Outras duas características que podemos acrescentar ao novo modelo de Estado Constitucional são: viii) a positivação de um pauta Moral através de um extenso rol de Direitos fundamentais¹¹¹; ix) o caráter controvertido, vago e pluralista dessa mesma pauta.

Quanto ao primeiro desses aspectos adicionais, a ampla utilização de argumentos morais, atrelados à proliferação de enunciados principiológicos eticamente carregados é uma constante do novo tipo constitucional¹¹². Com relação ao segundo aspecto, chama-se atenção para o fato de que as sociedades contemporâneas são plurais, coexistindo em seu seio inúmeras concepções de bem que inviabilizam um consenso sobre um único ideal de vida a ser promovido

¹¹⁰ GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *op. cit.* pp. 50 e ss.

¹¹¹ Segundo Alexy os direitos fundamentais são essencialmente também direitos morais, pois sua validade é predicada não só por seu caráter institucional, mas também por uma justificação racional de sua correção moral. Cf.: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, pp.46-47.

¹¹² Ainda que estejamos fora do espaço histórico-geográfico ao qual fazemos referência mais diretamente, Dworkin fornece um bom exemplo daquilo que nos referimos como a presença de conteúdos morais na Constituição: "A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a 'liberdade de expressão'. A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça". DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

pelo Estado. Este é o fenômeno que Rawls denominou de “fato do pluralismo”¹¹³. A positivação dessa constelação pluralista de valores torna as constituições dos estados contemporâneos verdadeiros mosaicos, cuja harmonização é um desafio. Colabora para aumentar o desafio a preferência pelo emprego de dispositivos abertos, ou “enunciados de baixa densidade regulativa” conforme denomina Alexy¹¹⁴, como técnica legislativa predominante nos textos constitucionais hodiernos.

Um caso paradigmático de consolidação dessa forma de organização política corresponde àquele ocorrido na Alemanha, posteriormente à promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Podemos dizer que o modelo se propagou daí para grande parte do Ocidente. Países como Itália, Espanha, Portugal e Brasil passaram posteriormente, pelas mesmas vicissitudes político-institucionais, guardadas obviamente peculiaridades concretas da vida de cada nação. Alexy apresenta um quadro sintético da situação constitucional alemã pós-segunda guerra:

O exemplo mais importante de uma posição constitucionalista é oferecido pela axiologia do Tribunal Constitucional Federal. De acordo com essa concepção, que foi plenamente elaborada pela primeira vez na decisão Lüth do ano de 1958, a Lei Fundamental contém em seu capítulo sobre Direitos fundamentais, uma “ordem objetiva de valores” que, enquanto “decisão jusconstitucional fundamental”, vale para todos os âmbitos do Direito e do qual recebem “diretrizes e impulsos” a legislação, a administração, e a justiça. A suposição de que, além das normas de tipo tradicional, também pertencem ao sistema jurídico valores que, enquanto valores de estatuto constitucional, exercem um efeito de irradiação em todo o Direito ordinário tem amplas conseqüências¹¹⁵.

¹¹³ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, 2000, p. 24.

¹¹⁴ “Certamente, há que se distinguir, em cada caso, entre aquelas disposições sobre direitos fundamentais que são muitos vagas e as que o são menos, mas, em geral, é verdade que o catálogo de direitos fundamentais (...) constituem, no sistema jurídico da República Federativa da Alemanha, a ‘obra de regulação com menor densidade regulativa’”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.22.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 2007, p. 159.

Considerado como forma de organização política, o neoconstitucionalismo representa o Estado onde a Constituição é considerada a fonte formal e material de todo o exercício de poder político. A Constituição assume caráter extremamente invasivo, o que leva à constitucionalização de diversos âmbitos da vida. Os critérios de validade jurídica, presentes na Constituição, deixam de ser procedimentais para adquirir natureza substancial, o que reafirma a interdependência entre legalidade e justiça. O Poder Judiciário, como órgão constitucionalmente legitimado para atuar no papel de guardião da Constituição, passa a ser a última instância decisória dos conflitos entre as diversas concepções sociais de bem, função subtraída do legislativo, que a realizava no antigo modelo do Estado de Direito.

Cabe apenas perguntar se o retrato da realidade institucional fornecido pelo neoconstitucionalistas não é antes uma pressuposição que conforma a realidade às expectativas e anseios daqueles que realizam essa descrição. Se a afirmação proceder, o alegado retrato seria, na verdade, uma espécie de pintura impressionista. Após apresentarmos as demais concepções de neoconstitucionalismo, voltaremos ao problema.

2.1.2. O neoconstitucionalismo como ideologia ou programa político-constitucional.

Uma ideologia é “qualquer sistema abrangente de crenças, categorias e maneiras de pensar que possa constituir o fundamento de projetos de ação política”¹¹⁶. Logo, o neoconstitucionalismo concebido como ideologia é o sistema de crenças que visa dar suporte à forma de organização política descrita acima, aquela do Estado Constitucional de Direito. É, em

¹¹⁶ Cf. IDEOLOGIA. In: **Dicionário Oxford de Filosofia**: Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 195.

suma, a fé nas virtudes de modelo junto à defesa de sua implantação. Uma ideologia não descreve a realidade, ela prescreve como esta deveria ser. Bem ilustrativo do aspecto ideológico do neoconstitucionalismo é a afirmação de Zagrebelsky no sentido de que o fundamental para a caracterização daquilo que chama de *Direito Dúctil*, forma como intitula os novos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, é “a *idéia de Direito e de Constituição*, e não essas *coisas* em si mesmas”¹¹⁷. O neoconstitucionalismo, nesse sentido, não seria uma descrição da realidade constitucional, mas uma ideologia prescritiva que acaba por conformar o próprio objeto que descreve. Conforme diz Pedro Serna ao prefaciar a obra de Luiz Cruz¹¹⁸:

Enfim, constitucionalização do ordenamento jurídico não é outra coisa que uma transformação operada na realidade do mesmo. Como consequência da adoção de uma teoria ou, se preferir, de uma ideologia sobre o que a Constituição é: uma ordem valorativa onde os elementos estruturais do Estado obedecem a princípios substantivos que se encontram também na base do sistema de Direitos fundamentais.

Portanto, o neoconstitucionalismo pode ser visto como o conjunto de ideais que propugna que a Constituição *deve ser* vista como norma, que seus efeitos *devem* irradiar sob as normas infraconstitucionais e que os Direitos fundamentais *devem ser* tidos como Direitos subjetivos passíveis de salvaguarda judicial, sem a necessidade da intermediação concretizadora do legislador. Essas coisas são consideradas valiosas segundo o ideal neoconstitucionalista. Comanducci assim se refere a tal visão: “o neoconstitucionalismo ideológico não se limita a

¹¹⁷ “O que conta em última instância, e do que tudo depende, é a idéia de direito, da Constituição, do código, da lei e da sentença. A idéia é tão determinante que às vezes, quando está particularmente viva e é amplamente aceita, se pode inclusive prescindir da “coisa” mesma, como acontece com a Constituição na Grã-Bretanha ou (...) no Estado de Israel”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, p. 21.

¹¹⁸ CRUZ, Luiz. *La Constiución como Orden de Valores*. Granada: Ed. Comares, 2005, p. XVII.

descrever os feitos do processo de constitucionalização, em vez disso valora positivamente e advoga sua defesa e ampliação”¹¹⁹.

A ideologia política neoconstitucionalista é alimentada pela a crença de que o regime majoritário não é garantia suficiente dos Direitos fundamentais. Estes devem ser protegidos das violações perpetradas por maiorias políticas ocasionais, bem como da inação dos agentes políticos obrigados a promover ativamente sua realização. Há, em contraposição, uma desvalorização das ‘constituições-garantia’, características do Estado Legislativo de Direito. O neoconstitucionalismo visto como ideologia é uma aposta no processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, como promotor essencial do livre desenvolvimento da personalidade individual e de concretização da dignidade da pessoa humana. Sem dúvida, a ideologia neoconstitucionalista é fruto das feridas abertas na consciência da civilização ocidental, em virtude da barbárie perpetrada por regimes totalitários no século XX.

2.1.3. O neoconstitucionalismo como Teoria do Direito.

Uma teoria, empregado o vocábulo num contexto científico, é uma forma racional de compreensão dos processos de interação e das características de um determinado conjunto de fenômenos. Quando o termo neoconstitucionalismo é empregado nesse sentido, refere-se a uma forma sistemática de explicação dos sistemas jurídicos característicos do Estado Constitucional de Direito. Para o neoconstitucionalismo teórico, o quadro descrito no item 2.1.1. supra é visto como um dado empírico que desafia a construção de um modelo explicativo. Numa tentativa de sintetizar as principais características da teoria neoconstitucionalista Prieto Sanchís faz a seguinte asserção:

¹¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. *op. cit.* p. 85.

Essa nova teoria parece que pode ser resumida nestas cinco epígrafes: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de extensos espaços em favor da opção legislativa e regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológico em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, às sucessivas opções legislativas.

A enunciação do professor espanhol, ainda que traga a vantagem de simplificar e tornar mais inteligível o complexo de teses agrupadas sob o rótulo do neoconstitucionalismo teórico, peca por misturar elementos que preferimos considerar como parte da estrutura constitucional e política que fundamenta essa teoria (é o caso do pluralismo de valores que já aludimos no item 2.1.1) e outros que podem ser vistos como parte da ideologia neoconstitucionalista (seria o caso da onipresença da Constituição, mas tal afirmação merece argumentos mais extensos, cujo desenvolvimento reservaremos espaço um pouco diante). Outra crítica à enunciação proposta é a ausência daquilo que consideramos um elemento essencial do neoconstitucionalismo teórico: *a inclusão da correção moral como critério de validação do Direito*. Feitas tais considerações, buscaremos correlacionar os traços propostos por Sanchís e este último que acrescentamos, com algumas teorias comumente associadas ao neoconstitucionalismo.

Em primeiro lugar, um pilar central do neoconstitucionalismo teórico é a tese de que o Direito não é válido tão-só pelo cumprimento de requisitos formais de elaboração, mas também pela satisfação de critérios morais de correção. Assim, o Direito posto pelas autoridades necessita, para que seja válido, corresponder a um tipo de ideal de justiça. Dessa forma, as fronteiras entre o Direito como *é*, e como *deveria ser*, tornam-se difusas, ou melhor, deixam de

existir. Como exemplo dessa tese, podemos citar a construção de Dworkin, já mencionada no primeiro capítulo¹²⁰. Lembre-se que o autor conceitua o direito não como um dado conjunto de práticas sociais, mas como a melhor interpretação possível dessas práticas, segundo princípios de justiça e equidade. Outro exemplo bastante ilustrativo é a defesa feita por Alexy da *pretensão de correção* como elemento intrínseco do Direito¹²¹. Segundo o autor, seria uma contradição empregar como fundamento de uma Constituição a proposição de que ela constituiria uma república injusta, pois todo sistema normativo pretende, necessariamente, ser correto moralmente. A defesa de uma conexão *necessária* entre o Direito e a Moral faz a teoria neoconstitucionalista fundamentalmente anti-positivista. Isso porque o positivismo tem como uma de suas principais teses a separação conceitual entre o Direito e a Moral. Resta saber se a tese da conexão necessária é em si uma condição necessária (perdoem a redundância) para caracterizar a teoria neoconstitucionalista, ou se esta seria compatível com uma tese de conexão apenas contingente entre a Moral e o Direito. Ademais, cabe indagar se o positivismo seria compatível com tal tese da conexão contingente. Se a primeira pergunta puder ser respondida negativamente e a segunda positivamente, haverá espaço para uma vertente positivista no âmbito da teoria neoconstitucionalista. Todavia, esse é um ponto a ser tratado posteriormente, pois não expusemos todos os conceitos necessários ao seu enfrentamento. Vale alertar, ainda, que Susanna Pozzolo, primeira a empregar o termo neoconstitucionalismo¹²², concebeu-o originalmente como um modelo teórico anti-positivista.

Em segundo, devemos destacar o papel dos princípios na teoria neoconstitucionalista. A atenção para o fato de que os sistemas jurídicos contemporâneos são compostos por regras e

¹²⁰ A propósito, ver item 1.2.1. supra.

¹²¹ ALEXY, Robert. *On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique*. **Ratio Juris**, volume 13, número 2, 2000, p. 138-147.

¹²² Ver página item 2.1.

princípios é uma preocupação central da teoria das normas no modelo teórico do neoconstitucionalismo. Novamente, Dworkin e Alexy fornecem os melhores exemplos. O autor norte-americano funda duras críticas ao positivismo hartiano sob o argumento de que sua regra de reconhecimento seria insuficiente para explicar o papel que os princípios jurídicos desempenhariam no sistema jurídico¹²³. Alexy também atenta para a centralidade dos princípios, defendendo a adoção de um modelo de ordenamento jurídico composto por regras, princípios e procedimento¹²⁴. Ou seja, ao lado das regras e princípios, o autor coloca como parte do ordenamento jurídico também os seus procedimentos de aplicação. Isso nos leva às próximas teses neoconstitucionalistas.

A configuração dos Direitos fundamentais através de princípios levaria à onipresença da Constituição. Dado que os Direitos fundamentais são expressos em dispositivos de eficácia ampla, mas cujo conteúdo normativo é vago e dependente de concreção posterior, qualquer conflito passa a ter dimensões constitucionais. Isto pode ser colocado na forma de um paradoxo: embora os princípios não expressem nitidamente coisa alguma, eles podem ser referidos a quase tudo, dependendo da reconstrução interpretativa que deles se fizer. Outra consequência teórica seria o emprego maciço da ponderação como método de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Se os princípios são inerentemente colidentes em virtude da diversidade de valores que abarcam e ao contrário das regras, não se aplicam na base do *tudo ou nada* e adquirem peso relativo em vista das circunstâncias do momento de sua aplicação, imperiosa a

¹²³ Ver item 1.2.1. supra.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 172-174.

utilização de uma técnica que confira racionalidade à tarefa de resolução das colisões entre princípios. Essa técnica é o difundido método da ponderação¹²⁵.

Por fim, todas essas teses levariam à primazia do Poder Judiciário frente ao Legislativo. Se a Constituição é, antes de tudo, considerada uma norma que se estende por toda província do Direito, pouco espaço resta para que o legislador faça opções valorativas, pois estas estarão submetidas irremediavelmente ao crivo dos valores inscritos na Constituição, cuja guarda é exercida zelosamente pelo Poder Judiciário. Enfim, esses seriam traços peculiares da reconstrução teórica que o neconstitucionalismo empreende em face das inovações decorrentes da consolidação do modelo de Estado Constitucional de Direito.

2.1.4. O neoconstitucionalismo como metodologia da ciência jurídica.

Por metodologia entendemos aqui o modo ou os meios de condução da investigação científica de um determinado objeto. Assim, a metodologia jurídica seria um específico meio de aproximação do investigador frente ao fenômeno jurídico. Conforme vimos acima¹²⁶, uma das principais teses do neoconstitucionalismo teórico é que o Direito tem necessariamente uma dimensão de correção moral, essa tese tem então óbvios reflexos metodológicos.

O neoconstitucionalismo considerado como uma metodologia da ciência jurídica se caracteriza por desdenhar da separação entre descrição e prescrição, característica daquilo que Bobbio¹²⁷ chamou positivismo metodológico. A tradição positivista tentou conduzir o fenômeno jurídico a algum tipo de fato social, passível de ser descrito de forma neutra pelo investigador. Na

¹²⁵ Sobre o tema ver: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 90-101. Na doutrina brasileira, por todos: SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

¹²⁶ Ver página 49.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

contramão dessa tendência, os neoconstitucionalistas afirmam que não há como se realizar uma descrição pura e avaliativa do Direito, em vista da impureza do próprio objeto descrito. Segundo afirmam, toda descrição do Direito seria, a bem da verdade, uma tentativa de justificá-lo sob a perspectiva Moral inscrita na Constituição¹²⁸. O Direito visto como objeto científico seria necessariamente um objeto construído pelo observador e justificado segundo um prisma valorativo. Alexy afirma que: “indagar sobre a natureza do Direito é perguntar necessariamente sobre as relações entre os conceitos de sentido normativo, eficácia social e correção do conteúdo”¹²⁹. Dessa forma, seu método propugna investigar conjuntamente os aspectos institucionais, reais e ideais do Direito.

Vimos no primeiro capítulo¹³⁰ a mesma fusão entre a descrição do real e prescrição de um ideal sendo feita por Dworkin. Uma das principais críticas que dirigiu a Hart foi feita exatamente em vista da pretensão descritiva da teoria deste. O Direito, segundo Dworkin, é uma prática interpretativa, o que faz com que toda afirmação sobre a verdade de uma proposição jurídica seja na verdade uma justificação de sua adequação a princípios de Moralidade política. Podemos afirmar que os neoconstitucionalistas em geral adotam essa postura metodológica normativa ou prescritiva frente ao Direito. Isso seria uma consequência da adoção do ponto de vista dos participantes do sistema jurídico, que conferem algum sentido ou valor Moral às suas práticas¹³¹.

¹²⁸ No mesmo sentido podemos ver a manifestação de Sastre Ariza: “Enquanto o positivismo metodológico define o Direito a partir de certos fatos e argumentos que possibilitam ao jurista manter-se em uma posição asséptica na hora de explicar o direito, agora sucede que o neoconstitucionalismo pretende mostrar que o Direito está intimamente ligado com a moral e que por isso o jurista deve estar comprometido com a moral que aparece expressa na Constituição. O neoconstitucionalismo valorizou novamente a importância do ponto de vista interno interpretado como um ponto de vista moral”. ARIZA, Santiago Sastre. *op. cit.* p. 146.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *The Nature of Legal Philosophy*. **Ratio Juris**, volume 17, nº 2, 2004, p.156.

¹³⁰ Ver item 1.2. supra.

¹³¹ Porém, cabe advertir que está não é a única leitura possível do que seria adotar um ponto de vista interno frente ao sistema jurídico. Sobre isso remetemos o leitor a discussão do conceito dos pontos de vista hartianos no item 1.1.1.2. desta dissertação.

2.1.5. O neoconstitucionalismo como paradigma científico.

Paradigma é um termo oriundo do jargão da filosofia da ciência, que ganhou bastante popularidade na linguagem cotidiana. Aqui estamos nos referindo ao seu uso original, qual seja, aquele defendido por Thomas Kuhn em a *Estrutura das Revoluções Científicas*¹³². Um paradigma, nessa acepção, é um quadro conceitual amplo, dentro do qual se desenvolve a atividade teórica da chamada ciência normal. Nele estão reunidos elementos consensuais de uma comunidade de pesquisadores, embora dentro do paradigma haja amplo espaço para divergências teóricas¹³³. Esse consenso sobre alguns fundamentos permitiria o desenvolvimento da ciência. Porém, de tempos em tempos, face às anomalias e dificuldades enfrentadas pelo paradigma estabelecido, a ciência experimentaria processos revolucionários de troca dos seus fundamentos, com o conseqüente estabelecimento de um novo paradigma. São exemplos claros de troca de paradigma científico as revoluções promovidas por Copérnico e Einstein¹³⁴.

A proposta de enxergar o neoconstitucionalismo como um novo paradigma de ciência jurídica é defendida por Alfonso García Figuera¹³⁵. O autor espanhol propõe a reconstrução do neoconstitucionalismo como opção ao antigo paradigma que une positivistas e jusnaturalistas. Ele emprega a palavra reconstrução por entender que o neoconstitucionalismo é uma tendência difusa

¹³² KUHN, T. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

¹³³ Quais elementos comporiam um paradigma é questão complexa demais para abordarmos aqui. O próprio autor do termo admite usá-lo em maneiras tão distintas que torna difícil abordar de forma exaustiva o tema. Veja-se sobre isso: KUHN, T.S. Second Thoughts on Paradigms. In: **The Essential Tension**. Chicago: The University of Chicago Press, 1977, 293-319.

¹³⁴ Copérnico revolucionou a astronomia e o mundo no séc. XVI, ao propor sua visão heliocêntrica e contestar à teoria geocêntrica de Ptolomeu e Aristóteles. Einstein fez o mesmo no século XX, ao contestar postulados básicos da física Newtoniana e propor a teoria da relatividade.

¹³⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. In: FIGUEROA, Alfonso Garcia (coord.). **Racionalidad y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006.

no plano teórico, que necessita de uma abordagem meta-teórica construtiva para alcançar unidade e consistência.

Em sua opinião, enquanto positivistas e jusnaturalistas travaram seu histórico duelo, estiveram na verdade debatendo sob a égide de um conjunto comum de crenças que formariam o paradigma denominado “IP” (*Iusnaturalismo-Positivismo*). O primeiro elemento desse paradigma seria uma concepção dualista de mundo que, no plano da filosofia do Direito, se traduziria na dicotomia Direito e Moral, considerados como sistemas qualitativamente diversos. A segunda seria uma visão objetivista sobre as relações entre o Direito e a Moral. Nesse sentido, positivistas discordariam sobre a resposta à pergunta: a correção moral é ou não uma propriedade do conceito de Direito? Mas concordariam ambos em formular a pergunta de forma que a resposta seja binária – sim ou não. Isso é o que em lógica se convém chamar lei do terceiro excluído, pois admite apenas a formulação da proposição como *p* ou *não-p*¹³⁶.

Para Figueroa, as transformações ocorridas nos ordenamentos jurídicos da Europa Ocidental, devidas à consolidação do Estado Constitucional de Direito¹³⁷, bem como as transformações ocorridas na Filosofia Moral, em virtude do surgimento das teorias éticas construtivistas¹³⁸, trariam a necessidade de superação do velho paradigma IP. O novo paradigma neoconstitucionalista, conforme concebido por Figueroa, propõem que a relação dualista entre Direito e Moral seja vista de forma *gradualista* e que o objetivismo ceda lugar a uma versão *disposicional* da tese da correção moral. Expliquemos melhor o câmbio sugerido.

¹³⁶ TERCEIRO EXCLUÍDO, LEI DO. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 387.

¹³⁷ Ver item 2.1.1. supra.

¹³⁸ O construtivismo ético, grosso modo, propõe uma intermediação entre as doutrinas éticas que buscam fundamentos absolutos e aquelas doutrinas que pregam o total relativismo. Em síntese, pode ser caracterizado pela busca de fundamentação procedimental e intersubjetiva para a correção dos juízos morais. Cf. NIÑO, C. S. **El Constructivismo Ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Em primeiro lugar, se alega que a Moral e o Direito não devem ser encarados como objetos estanques e distintos, mas sim como tons diferentes de uma mesma escala. Essa única escala seria o discurso prático geral. Tal defesa segue de perto a conhecida *tese do caso especial* de Robert Alexy¹³⁹. Com relação ao objetivismo, Figueroa afirma que a correção moral do Direito não deve ser vista na base do tudo ou nada, mas como uma propriedade disposicional, que depende de certas circunstâncias para se afirmar. Esclarecendo a asserção, propriedade disposicional é aquela de reagir de certo modo a um determinado estímulo. Por exemplo, o sal detém a propriedade de ser solúvel, desde que misturado à água¹⁴⁰. Da mesma forma, um ordenamento jurídico seria correto moralmente, desde que reconhecidos os direitos fundamentais e justificado por uma teoria racional da argumentação jurídica¹⁴¹. Com base nesses elementos, o autor propõe que a pergunta formulada no antigo paradigma IP – o Direito apresenta a propriedade categórica de correção? – seja colocada de forma a se enquadrar no novo paradigma. Segundo tal paradigma neoconstitucionalista deveríamos então perguntar: o Direito apresenta a propriedade disposicional de correção moral?

2.1.6. Repercussão do termo neoconstitucionalismo no Brasil

A introdução do termo no Brasil deu-se em 2004 pela publicação de um volume da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, intitulado “(Neo)constitucionalismo: ontem, os

¹³⁹ Alexy afirma que a moral e o direito tratam ambos de discussões sobre questões práticas, a respeito do que deve ou não ser feito. Assim, ambos os sistemas normativos fariam parte do chamado discurso prático geral, diferindo apenas por conta das especificidades do ambiente onde se desenvolve a argumentação jurídica. Cf. “Acima afirmamos a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso aconteceu com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de caso especial porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

¹⁴⁰ O exemplo é do próprio autor. Ver: FIGUEROA, A. G. *op. cit.* p.286-288.

¹⁴¹ *Idem.* p. 289.

códigos, hoje, as constituições”¹⁴², mas o maior veículo de sua divulgação tem sido a coletânea de Miguel Carbonell¹⁴³. Percebe-se que a partir da publicação dessa obra o termo vem ganhando popularidade impressionante entre nós. Porém, sua fama não contribuiu muito no aprofundamento de sua compreensão. Na verdade, a cacofonia aludida anteriormente¹⁴⁴ parece ter sido amplificada no processo de transmissão do debate europeu-continental para o ambiente intelectual brasileiro, a máxima *traduttore, traditore* se mostra especialmente apropriada. Vejamos duas abordagens da doutrina nacional. De um lado, Ana Paula Barcellos¹⁴⁵ afirma num artigo que: “a expressão ‘neoconstitucionalismo’ tem sido usada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo”¹⁴⁶. Em seguida lista características do chamado neoconstitucionalismo, dividindo em dois grupos (metodológico-formais e materiais). Pela leitura do texto podemos ver que a autora privilegia o que definimos aqui como modelo político-institucional neoconstitucionalista, sem, contudo, trabalhar o termo em seus aspectos teóricos ou metodológicos. Por outro, em sentido diametralmente oposto, Luis Roberto Barroso apresenta uma visão demais abrangente do termo, ao afirmar que:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos Direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos

¹⁴² **(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

¹⁴³ CARBONELL, M. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁴⁴ Ver item 2.1 supra.

¹⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, pp. 83-103.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 83.

resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito¹⁴⁷.

Contudo, a pouca precisão terminológica apresentada até aqui não deve ser superestimada. Ainda mais porque, como vimos, um dos desafios à estabilização do termo neoconstitucionalismo no discurso teórico europeu (seu *locus* de criação) é justamente a pluralidade de sentidos em que tem sido empregado. Somado isso ao atraso de quase uma década que levamos para discutir o assunto, é bastante razoável que estejamos longe de usar a expressão em sentido unívoco.

Outro problema a ser enfrentado pela literatura jurídica nacional é a delimitação das fronteiras entre os termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo, pois são muito comuns manifestações onde ambos são postos lado a lado¹⁴⁸. Paulo Schier, professor paranaense nos dá um exemplo dessa tendência:

Precisou o neo-constitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito. Agora, falamos do pós-positivismo, da inevitável intervenção da Moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do Direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhecemos certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união lingüística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios¹⁴⁹.

O problema dessa posição é que, como visto acima, não há clareza se o termo neoconstitucionalismo é de todo incompatível com algumas vertentes do positivismo jurídico

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

¹⁴⁸ Ressalvas sejam feitas aos trabalhos do professor Antônio Cavalcanti Maia, que tem dedicado bastante espaço em sua abordagem do neoconstitucionalismo à diferenciá-lo do pós-positivismo e da professora Margarida Maria Camargo Lacombe, que busca, notadamente desde a terceira edição de seu livro *Hermenêutica e Argumentação*, precisar a significação do conceito de pós-positivismo. Ver. MAIA, A. C. *op. cit.* pp. 3-9 e CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 146.

¹⁴⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24 de janeiro de 2008.

contemporâneo. Afinal, um dos objetivos desta dissertação é justamente esclarecer tal ponto. Acontece que o pós-positivismo é um conceito criado especificamente para designar teorias que negam duas teses básicas do juspositivismo: i) a tese das fontes sociais e ii) a tese da inexistência de conexão necessária entre Direito e Moral¹⁵⁰. Quanto ao neoconstitucionalismo, estamos buscando analisar sua compatibilidade com uma teoria positivista que seja fiel às duas teses descritas. Por fim, o pós-positivismo se circunscreve ao âmbito da Teoria do Direito, enquanto que o neoconstitucionalismo pode ser visto sob várias perspectivas. Qualquer manifestação que caracterize o neoconstitucionalismo como pós-positivista sem tratar do complexo de premissas subentendidas na afirmação é sem dúvida temerária.

2.2. Aproximação crítica aos vários significados do neoconstitucionalismo.

Observamos várias concepções possíveis para o termo neoconstitucionalismo. Cabe, agora, questionar a utilidade e coerência das distintas perspectivas. Sem dúvida a apresentação sistemática dos distintos ângulos do neoconstitucionalismo tem a vantagem de por em ordem um conjunto complexo de fenômenos decorrentes de transformações no Estado, na Constituição e na Teoria do Direito desde meados do século XX. Em compensação, tal divisão nos parece artificial. É necessário não perder de vista a unidade do fenômeno neoconstitucionalista. Duvidamos que as categorias apresentadas tenham autonomia suficiente para justificar concepções estanques. Na verdade, acreditamos que as várias concepções do neoconstitucionalismo podem ser remetidas apenas a uma teoria normativa neoconstitucionalista, esta, por sua vez, movida por uma forte ideologia. Essa é, em nossa concepção, a essência do neoconstitucionalismo. Nesse sentido, não

¹⁵⁰ CALSAMIGLIA, A. Postpositivismo. **DOXA**, n° 21, 1998, pp. 209.

há empiricamente um modelo de organização política neoconstitucionalista, na verdade, tal modelo seria decorrente da adoção de uma determinada postura teórica ou ideológica frente à Constituição. Da mesma forma, não existe uma Constituição que, por essência, seja dotada de força normativa ou eficácia irradiante, essas características atribuídas ao modelo de Estado Constitucional de Direito dependem, fundamentalmente, da postura que os juristas em geral têm em relação à Constituição. Vimos essa interdependência entre ideologia, teoria, metodologia e modelo institucional expressa muito claramente na consideração de Zagrebelsky ao afirmar que a Constituição vale mais como idéia do que como coisa em si¹⁵¹. Susanna Pozzolo chama claramente atenção para o fato de que o neoconstitucionalismo depende de uma tomada intencional de posição em vista do texto constitucional, denominada por ela especificamente de *modelo prescritivo da Constituição como norma*. A opinião da autora, que nos parece nesse ponto plenamente correta, é sintetizada na seguinte passagem:

A tese que pretendo sustentar afirma que as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são estreitamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a Constituição. Sustento que o modo de interpretar a Constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la, isto é, a metodologia interpretativa e suas exigências conexas não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção do modelo *prescritivo da Constituição como norma*; e a partir daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista.

Não concordo, assim, com a tese daqueles que individualizam um modelo institucional especificamente neoconstitucionalista, senão como produto interpretativo-reconstrutivo à luz de certas posições ideológicas-políticas relativas à Constituição¹⁵².

Assim, em nossa opinião, o neoconstitucionalismo deve ser considerado uma teoria normativa do ordenamento jurídico, que, informada por uma ideologia, prescreve determinada

¹⁵¹ Ver item 2.1.2. supra.

¹⁵² DUARTE, E. O., POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 78.

função e configuração para a Constituição. Essa teoria tem corolários no plano da interpretação e aplicação do Direito, bem como na própria concepção da metodologia da investigação jurídica. No próximo capítulo iremos contrastar a teoria do positivismo inclusivo frente a essa específica concepção de neoconstitucionalismo.

Quanto à tentativa de converter o neoconstitucionalismo num novo paradigma científico, trata-se de um viés bastante interessante. Todavia, sua efetivação dependerá da adesão da comunidade científica aos postulados do *graduliasmo* e da *disposicionalidade* propostos por Figueroa. Como advertiu Tomas Kuhn: “Na escolha de um paradigma, - como nas revoluções políticas – não existe critério superior ao consentimento da comunidade relevante”¹⁵³. Ocorre que tais postulados, sobretudo a tese da correção moral como propriedade disposicional do Direito, ainda não fazem parte do acervo teórico dos neoconstitucionalistas¹⁵⁴. Figueroa reconhece o fato, pois de antemão afirma que sua proposta é uma reconstrução do atual cenário da Teoria do Direito, e não uma descrição do atual estado da arte. Indagado sobre o assunto o autor assim se posicionou:

Eu creio que a dialética do positivismo jurídico (e isso incluiu a meu juízo o positivismo inclusivo) foi movida por certos pressupostos que são precisamente os que (em minha proposta) o neoconstitucionalismo deveria superar (*e, certamente, Alexy e o resto dos neoconstitucionalistas ainda não os superaram*)¹⁵⁵.

Grifos nossos.

¹⁵³ Esse é um ponto extremamente controverso na obra de Kuhn, muitos acusam-no de defender um modelo irracional de desenvolvimento da ciência, ao condicionar às revoluções científicas a critérios exteriores à própria ciência. Todavia, ainda que tenha mitigado o autor não deixou de crer que a escolha da comunidade é o último critério de sucesso de uma revolução paradigmática. Ver: KUHN, T. S. *op. cit.*, 128.

¹⁵⁴ Como vimos (item 2.1.3. supra) Alexy e Dworkin defendem que a correção moral é uma propriedade necessária do ordenamento jurídico e não uma disposição.

¹⁵⁵ O trecho em destaque segue conforme resposta do autor a algumas questões que lhe foram enviadas por e-mail.

Resta saber se tal adesão virá com o tempo, pois sem ela o neoconstitucionalismo perderá o potencial de transformar-se num paradigma que congregue as diversas vertentes da Teoria do Direito contemporânea. Como não possuímos dons proféticos, iremos nos contentar em investigar no próximo capítulo a compatibilidade teórica e conceitual do positivismo inclusivo com a matriz disciplinar do paradigma neoconstitucionalista na concepção de Figueroa.

Assim, chegamos a uma delimitação mais precisa do neoconstitucionalismo, que servirá de parâmetro de contraste com a chamada teoria do positivismo inclusivo. Como últimas palavras da tentativa de aproximação ao multifacetário termo neoconstitucionalismo, gostaríamos de lançar uma provocação que por si só mereceria um denso estudo em apartado, mas que para nós servirá apenas para questionar sobre o futuro de tal teoria. Se a realidade e a ideologia que movem a teoria neoconstitucionalista estão intrinsecamente relacionadas ao processo de realce do conteúdo ético do ordenamento jurídico, face aos traumas decorrentes do legalismo aliado a regimes totalitários no séc XX, quais as transformações que deverão acontecer nos ordenamentos jurídicos para adaptá-los aos desafios criados pela realidade geopolítica pós-11 de setembro? O neoconstitucionalismo, nesse sentido, não seria uma reconstrução teórica de uma realidade que já parece hoje substancialmente modificada¹⁵⁶?

¹⁵⁶ A teoria constitucional brasileira não está alheia a esse novo câmbio de situação como mostra a seguinte tese doutoral: PAIXÃO, Cristiano. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito**. Belo Horizonte-MG: UFMG-Pós-Graduação em Direito, 2004. 417 p.

Capítulo III

O Positivismo Inclusivo

3.2. As várias Faces do Positivismo Jurídico Contemporâneo.

Neste capítulo iremos investigar uma teoria sobre o ordenamento jurídico filiada à corrente do positivismo jurídico. Porém, enfrentar a temática do juspositivismo é tarefa que comporta alguns desafios. Em primeiro lugar, como vimos anteriormente ao tratar da teoria de H.L.A. Hart e dos desdobramentos posteriores que levaram à construção do neoconstitucionalismo, o positivismo jurídico tem sido alvo de inúmeros ataques nas últimas décadas. Conforme diz Norbert Hoester, numa referência à cultura jurídica alemã que poderia muito bem ser estendida para toda Filosofia do Direito produzida no ocidente: “desde pelo menos cinqüenta anos na Filosofia do Direito alemã é quase de bom tom rechaçar e até condenar o

positivismo jurídico”¹⁵⁷. Contudo, muitas das críticas se valem de uma visão caricata do juspositivismo. Na verdade, a maioria delas se dirige a teses que não fazem parte do núcleo essencial dessa doutrina ou que, no pior dos casos, nunca foram defendidas por nenhum juspositivista¹⁵⁸.

Em segundo lugar, outro obstáculo para abordagem do positivismo jurídico é que o termo por si só diz muito pouco sobre as várias premissas teóricas defendidas debaixo dessa designação geral. Existem muitos ‘positivismos jurídicos’ atualmente¹⁵⁹. Fazendo um paralelo, podemos dizer que rotular alguém como positivista é tão revelador de suas concepções teóricas quanto pode ser esclarecedor sobre as convicções religiosas de um indivíduo declará-lo cristão, sem especificar em qual das várias denominações cristãs este se enquadra. Wilfrid Waluchow, num artigo cujo título tomamos emprestado para nomear o presente item, afirma o seguinte:

A Etiqueta ‘positivismo jurídico’ é entendida em tantas formas distintas que se torna quase sem sentido falar de positivismo jurídico sem afirmar precisamente o sentido no qual se emprega o termo, o tipo de positivismo jurídico que se tem em mente. Talvez seja o tempo de parar de se referir ao ‘positivismo jurídico’ *per se*, e se dizer ao invés sobre a variedade de formas de positivismo jurídico”¹⁶⁰.

Dessa forma, para podermos cumprir satisfatoriamente nosso propósito de esclarecer as relações entre o neoconstitucionalismo e o positivismo inclusivo¹⁶¹, precisamos superar esses

¹⁵⁷ HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 9.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 10.

¹⁵⁹ Repetindo o que já vimos com o conceito de neoconstitucionalismo no capítulo anterior, nos deparamos com uma etiqueta abrangente, preenchida por uma miríade de teses distintas (ver capítulo 2).

¹⁶⁰ WALUCHOW, W. J. The Many Faces of Legal Positivism. **University of Toronto Law Journal**, Vol. 48, nº. 3, 1998, p. 338.

¹⁶¹ Essa mesma teoria é por vezes chamada de positivismo suave (Hart) ou positivismo incorporacionista (Coleman). Preferimos o termo positivismo inclusivo em atenção à tendência entre os estudiosos do assunto de repudiar uma desnecessária multiplicação de nomenclaturas. Jules Coleman, por exemplo, um dos maiores defensores da teoria na atualidade, embora faça constar sua preferência pelo termo ‘positivismo incorporacionista’, abriu mão de seu uso em favor do termo ‘positivismo inclusivo’ para evitar a multiplicação indesejável de designações. Ver: COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001, p.105.

dois obstáculos, definindo sobre qual positivismo estamos falando e apresentando claramente suas teses. Em conseqüência, tentaremos firmar algumas premissas antes de prosseguir com a discussão.

O termo positivismo jurídico, assim como o neoconstitucionalismo, já foi usado para designar coisas muito diferentes. Contudo, quando estudamos o neoconstitucionalismo no capítulo anterior, concluímos que seria impossível dividir os vários aspectos que o compõem. Em última instância, não faria sentido falar numa teoria normativa como aquela do neoconstitucionalismo, ou seja, uma teoria que prescreve como seu objeto deve ser, em separado dos motivos que impulsionam essa prescrição ou do método que permite uma aproximação abertamente valorativa do objeto estudado. A separação de qualquer desses elementos tornaria incongruente o neoconstitucionalismo. Acontece que, com relação ao positivismo jurídico, é recomendável que façamos justamente o contrário.

Norberto Bobbio propôs que o positivismo jurídico fosse visto em três acepções distintas: como metodologia, como teoria e como ideologia¹⁶². De forma bastante sucinta, podemos dizer que: i) a primeira acepção corresponde a um método de aproximação do fenômeno jurídico que é avalorativo, descritivo e neutro; ii) a segunda acepção corresponde a um conjunto específico de teses que tentam descrever quais são os requisitos de existência e os elementos básicos de um ordenamento jurídico qualquer; iii) e a terceira acepção é um programa político que confere um valor positivo ao ordenamento jurídico enquanto tal e por isso prega o dever de obediência à lei. Todavia, o mesmo autor que formulou a distinção frisou a autonomia de cada uma das acepções:

¹⁶² BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p.233-238.

(...) a assunção do método positivista não implica também na assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica (...) Do mesmo modo, a assunção do método e da teoria juspositivista não implica a assunção da ideologia do positivismo ético.¹⁶³

Destes três aspectos, podemos dizer que o núcleo do positivismo jurídico encontra-se em sua perspectiva teórica. Em primeiro lugar, o modelo descritivo e neutro de ciência jurídica defendido por juspositivistas metodológicos é compartilhado também por críticos do positivismo jurídico, como os realistas jurídicos¹⁶⁴. No entanto, sua contraposição frente ao modelo prescritivo defendido por neoconstitucionalistas é de tal ordem, que guardaremos um tópico para abordar a questão. Quanto à ideologia do positivismo jurídico, podemos colocá-la de lado nesta dissertação, pois, como veremos, a vertente juspositivista enfocada é essencialmente isenta de pretensões normativas¹⁶⁵. Não está em nossos planos analisar o positivismo jurídico *tout court*, e sim o positivismo inclusivo. Assim, de agora em diante abordaremos as teses conceituais e as questões metodológicas que lhe são características.

¹⁶³ *Idem*, p.234.

¹⁶⁴ Ver nota 17 desta dissertação.

¹⁶⁵ Interessante seria contrapor a ideologia neoconstitucionalista à versão normativa do positivismo contemporânea, denominada positivismo ético. Essa variante do juspositivismo não pretende formular uma teoria descritivo-conceitual sobre o conceito de direito. Sua intenção não é descrever o direito como é, ela se engaja na tentativa de propor como o direito deve ser. Sua tese principal consiste na afirmação de que, considerando o pluralismo das visões sobre o bem e o valor intrínseco da autonomia moral dos indivíduos, a identificação do direito *não deveria* depender de critérios morais. Pois, se o direito deve servir como um guia claro de conduta, não deve adentrar no controverso reino da moral. Todavia, comparar essa visão com aquela defendida pelo neoconstitucionalismo ideológico requereria uma digressão nada conveniente aos fins e limites desta dissertação. Sobre o positivismo ético ver: CAMPBELL, T. El sentido del Positivism Jurídico. *Doxa*, n° 25, 2002, pp. 303-31; WALDRON, J. Normative (or Ethical) Positivism. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 411-33.

3.2.1. O positivismo inclusivo.

A teoria do positivismo inclusivo surgiu no final da década de 70¹⁶⁶ como uma resposta ao já citado debate Hart-Dworkin¹⁶⁷. O ataque desferido contra o positivismo teve grande impacto na comunidade acadêmica e fez com que muitos teóricos tentassem ajustar o juspositivismo à inegável presença de parâmetros morais no cotidiano judicial das democracias constitucionalizadas contemporâneas. As respostas a essa provocação criaram uma intrincada desavença entre positivistas – o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos¹⁶⁸ – e entre estes e os partidários da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Veremos adiante que hoje as críticas mais contundentes ao positivismo inclusivo partem do próprio flanco juspositivista. Em suma, as concessões realizadas às críticas de Dworkin colocam o positivismo inclusivo sob o ataque em dois *fronts* e o pior deles, sem dúvida, tem sido a ‘disputa de família’¹⁶⁹ entre positivistas exclusivos e inclusivos.

Colocando numa apertada síntese um complexo debate, podemos identificar três posições. Num extremo estaria a tese defendida por Dworkin, segundo o qual: (1a) o Direito válido não pode ser identificado através da remissão a fatos sociais, pois alguns parâmetros usados pelos

¹⁶⁶ Os primeiros artigos a tratar do tema foram: SOPER, Philip. *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*. **Michigan Law Review**, vol. 75, n° 3, 1977, pp. 473-519; LYONS, David. *Principles, Positivism, and Legal Theory*. **The Yale Law Journal**, vol. 87, n° 2, 1977, pp. 415-435; e COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*. **The Journal of Legal Studies**, vol. 11, n° 1, 1982, pp. 139-164.

¹⁶⁷ Ver item 1.2.1. supra.

¹⁶⁸ Danny Priel adverte que é muito maior o número de manifestações em favor do positivismo inclusivo. Além disso, o autor propõe “dar um adeus a tal debate”, cuja relevância prática põe em dúvida e que, em sua opinião, seria resultado de uma errônea interpretação de termos como igualdade liberdade e etc, pois, em sua opinião, seu uso no discurso jurídico e completamente distinto daquele presente no discurso moral. Ver: PRIEL, Danny. *Farewell to Exclusive-Inclusive Debate*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 25, n° 4, 2005, pp. 675-696.

¹⁶⁹ Com humor Fernando Atria desdenha da relevância da divisão interna entre positivistas. Ele prefere sustentar a posição denominada positivismo ético ou normativo, para o qual a separação entre o direito e amoral é um político ideal a ser perseguido. Seu artigo tem como epígrafe um trecho da comédia ‘*A vida de Brian*’ do grupo humorístico inglês *Monthy Phytton*, no qual dois grupos anti-romanos (*People’s Front of Judea* e *Campaign for Free Galilee*) se encontram no palácio de Poncio Pilatos, ambos pretendendo sequestrar sua mulher, e, esquecidos da comunhão de seus objetivos de longo prazo, começam a brigar entre si. ATRIA, F. *La Ironía del Positivismo Jurídico*. **Doxa**, n° 27, 2004, p. 83.

juízes são válidos em razão da sua correção moral, não em razão de fatos praticados no passado por legisladores ou tribunais; (2a) em razão desse fato, o Direito está necessariamente ligado à Moral, pois a interpretação do Direito consiste na leitura de todos os dispositivos normativos à luz desses parâmetros morais, cuja validade é decorrente da sua correção moral. No extremo oposto ficaria a posição de Joseph Raz, ao afirmar: (1b) que a validade de qualquer norma jurídica é sempre determinada por fatos sociais, independentes do seu conteúdo moral; (2b) por isso, o Direito e a Moral são conceitualmente separados sempre.

Buscando uma brecha entre as duas posições¹⁷⁰, os positivistas inclusivos defendem que: (3a) às vezes, a identificação do Direito válido pode se fundar em considerações morais, isso dependerá do conteúdo da regra de reconhecimento de cada sistema jurídico; (3b) portanto, é possível imaginar um sistema jurídico no qual o Direito e a Moral estejam separados. Em suma, os positivistas inclusivos afirmam que: é possível que em algum sistema jurídico a legalidade de uma norma não dependa de sua adequação moral.

Enfim, para essa teoria, o fato de que nos sistemas jurídicos da atualidade o Direito e a Moral estão interligados, em virtude de dispositivos constitucionais que apelam a valores como a liberdade, a igualdade, etc, não afasta a possibilidade de uma separação conceitual entre essas duas ordens normativas. Tal ligação seria um fenômeno empírico que não atrapalharia o caminho do positivismo conceitual. Convém agora que as teses até aqui expressadas superficialmente sejam submetidas a uma análise mais pormenorizada.

¹⁷⁰ Wilfrid waluchow, um dos expoentes dessa teoria, afirmou o seguinte: “creio que em algum lugar entre as visões conflitantes de Raz [o maior representante do positivismo exclusivo] é Dworkin se situa o positivismo inclusivo, uma viável e iluminadora Teoria do Direito”. In: WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 9.

3.2.1.1. A tese das fontes sociais.

A tese das fontes sociais do Direito (TFS) é o pilar central do positivismo conceitual. Todos os juspositivistas aderem a ela, ainda que o façam de maneira bastante distinta. Ela consiste, falando de forma muito ampla, na afirmação de que o Direito é um artefato social, ou seja, um produto de práticas humanas. A propósito, Joseph Raz afirma que essa tese é a mais fundamental entre todas as defendidas pelos positivistas jurídicos. Em sua opinião, seria essa tese que justificaria a denominação ‘positivismo’, pois, em síntese, ela afirma que o Direito é algo posto ou positivado pela vontade de seres humanos¹⁷¹. Buscando uma fórmula sintética poderíamos afirmar que segundo a tese das fontes sociais:

TFS: A existência do Direito depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas realizadas pelos membros de uma determinada sociedade.

Sua origem, como a de todo o juspositivismo, encontra-se na negação da doutrina jusnaturalista. Se os jusnaturalistas insistem que a autoridade das normas jurídicas seria derivada de uma ordem superior, algum tipo de entidade metafísica que sobrepassa ao Direito, os juspositivistas insistem, consensualmente, que a autoridade das normas jurídicas pode ser explicada tendo em vista algum tipo de fato social.

Veja-se, por exemplo, a versão do positivismo de Hans Kelsen. Segundo o autor, uma norma jurídica retira sua validade de outra norma jurídica hierarquicamente superior e assim por diante, até chegarmos à *grundnorm*, pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico. Assim, a validade de todas as normas jurídicas dependeria de um fato social, qual seja, a

¹⁷¹ RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Nova Iorque: Clarendon Press, 2002, p.38.

promulgação em conformidade com uma norma jurídica hierarquicamente superior. O problema desta formulação é que não é possível continuarmos infinitamente essa cadeia, então, como explicar a autoridade da última norma do sistema. Kelsen utiliza a polêmica noção de norma hipotética fundamental para solucionar a controvérsia, esta não existiria de fato, mas seria uma pressuposição lógica que viabiliza a estruturação piramidal dos sistemas jurídicos¹⁷². H.L.A. Hart oferece uma versão mais consistente do ordenamento jurídico, também em consonância com a tese das fontes sociais. Hart afirma que o Direito seria composto pela união de regras primárias, que impõem condutas aos cidadãos e regras secundárias, que regulam o modo de criação, alteração e aplicação dessas regras primárias. A validade das regras primárias pode ser explicada pelo fato social consistente na criação em conformidade com os critérios estabelecidos na principal regra secundária – a regra de reconhecimento. Já a validade da própria regra de reconhecimento seria explicada pela aceitação desta regra de reconhecimento pelas autoridades do sistema. Essa aceitação também consiste num fato social, composto pela convergência de determinados hábitos e a adoção de uma postura crítica-reflexiva com relação aos mesmos¹⁷³. Na verdade, todas as teorias juspositivistas poderiam ser aqui lembradas como variações da TFS.

Porém, ainda que haja unanimidade na superfície da TFS, algumas sutis variações podem ser vistas entre as várias correntes do positivismo jurídico. Para os objetivos desta dissertação, vale ressaltar a peculiar interpretação da tese entre positivistas inclusivos e sua divergência face à versão defendida por positivistas exclusivos. As duas variantes de juspositivismo concordam que a regra de reconhecimento de qualquer sistema jurídico retira sua validade de algum tipo de fato social. Porém, positivistas exclusivos afirmam que isso é válido

¹⁷² Esse é um ponto extremamente frágil da teoria Kelseniana, porque não há na obra do autor uma exposição satisfatória das relações entre a eficácia e a existência dos ordenamentos jurídicos.

¹⁷³ Para uma exposição mais extensa dessa temática ver o item 1.1.1. supra.

tanto para as regras primárias quanto para a regra de reconhecimento¹⁷⁴, já positivistas inclusivos admitem que a dependência das fontes sociais é uma verdade conceitual apenas em relação à regra de reconhecimento, pois algumas regras primárias podem ser válidas por sua correção moral, desde que isso seja previsto pela regra de reconhecimento. Melhor explicando a posição inclusivista, toda regra de reconhecimento seria válida em virtude de fatos sociais, mas nada impede que uma regra de reconhecimento incorpore parâmetros morais e faça com que outras regras do sistema jurídico sejam válidas apenas por sua natureza justa ou correta. Assim podemos distinguir uma versão forte e outra fraca da tese das fontes sociais, sendo que o positivismo inclusivo defende apenas a segunda¹⁷⁵. Vamos chamá-las respectivamente de: TFS' e tfs':

TFS': A existência e a validade de todo o Direito é determinada em virtude de fatos sociais.

tfs': A existência e a validade da regra que estabelece os critérios de identificação do Direito válido depende de fatos sociais.

3.2.1.2. A tese do convencionalismo.

De acordo com a tese do convencionalismo, a validade do Direito é conferida através de parâmetros estabelecidos em alguma espécie de convenção social. Podemos dizer que a tese do

¹⁷⁴ Essa versão da tese das fontes sociais é defendida por Joseph Raz e equivale a tese do pedigree conforme caracterizada por Dworkin. Contudo, Raz não vê nisso uma dificuldade para explicar o uso de padrões morais por juízes. Na sua concepção, mesmo quando uma norma jurídica indica ao julgador considerações morais para a resolução de um caso concreto isso não implica que a moralidade foi incorporada ao direito, a norma continuará sendo identificada como válida por referência a suas fontes e não pelo seu conteúdo moral. Para esclarecer a idéia, o autor faz analogia com as regras de direito internacional privado, que impõem ao julgador a aplicação de normas estrangeiras para solução de casos sob a jurisdição nacional. RAZ, Joseph. *op. cit.* p. 46.

¹⁷⁵ A divisão aqui proposta segue, com algumas modificações, as considerações feitas por Raz e Kenneth Himma. Ver. RAZ, Joseph. *op. cit.* pp. 46-52; HIMMA, K. E. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, J (Org.). SHAPIRO, SCOTT (Org.). **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, pp. 126-129.

convencionalismo complementa a asserção contida na tese das fontes sociais, pois estabelece que os critérios de validade jurídica, referidos antes como as fontes sociais do Direito, derivam de algum tipo de acordo ou, melhor dizendo, de algum tipo de convenção social.

TC: Os critérios de identificação do Direito válido em qualquer sistema jurídico são estabelecidos e têm autoridade, em última instância, em virtude de algum tipo de convenção social.

Um exemplo de posição afinada ao convencionalismo pode ser visto na concepção hartiana sobre a validade da regra de reconhecimento. Conforme visto¹⁷⁶, a validade dessa regra depende de uma convenção social, explicada pelo autor como a adoção de um ponto de vista interno frente a essa regra. Segundo o autor, a convenção social consistente em considerar a regra de reconhecimento como um padrão comum de identificação das regras válidas de um sistema jurídico é uma condição de existência do próprio ordenamento jurídico.

Relacionando essa tese com a tese das fontes sociais observamos que todas as regras do sistema são válidas, pois têm como fonte uma regra social chamada regra de reconhecimento (TFS), mas a regra de reconhecimento, por sua vez, é válida em função de sua aceitação pelas autoridades, ou seja, a autoridade da regra de reconhecimento é estabelecida por uma convenção social (TC).

Embora seja pacífico entre os juspositivistas o entendimento de que o Direito é fruto de convenções sociais, existem concepções distintas sobre a natureza dessas convenções. Andrei Marmor considera que a regra de reconhecimento deve ser considerada como uma “convenção constitutiva”, enquanto Jules Coleman prefere considerá-la uma “atividade cooperativa - AC” (*shared cooperative activity - SCA*). Uma convenção constitutiva é aquela que estabelece uma prática autônoma, conferindo-lhe objetivos e valores peculiares. Marmor cita os exemplos das

¹⁷⁶ Ver itens 1.1.1.1. e 1.1.1.2. supra.

regras de xadrez ou das regras que constituem gêneros artísticos específicos, como a ópera. As regras constitutivas dessas práticas sociais criam sistemas autônomos, dando-lhes um sentido e valores próprios¹⁷⁷. Já as atividades cooperativas partilhadas seriam aquelas nas quais os membros de um grupo envolvido numa prática social agiriam de forma sensível aos atos dos demais membros do grupo. Por exemplo, podemos imaginar a forma como se relaciona um grupo de pessoas que sai para caminhar junto, a velocidade de cada um dependerá da velocidade com que os demais andam, da mesma forma, o trajeto dependerá da resposta de cada um às sugestões dos demais, etc. As características de uma AC seriam então que: i) cada participante tentaria conformar seu comportamento ao comportamento dos outros participantes; ii) cada participante está comprometido com o empreendimento coletivo; iii) cada participante está comprometido em dar suporte aos esforços dos outros participantes em desempenharem seus respectivos papéis no empreendimento coletivo. Coleman afirma que a regra de reconhecimento é criada e utilizada como uma forma de atividade cooperativa¹⁷⁸.

Essa distinta concepção sobre a natureza da convenção social que dá vida à regra de reconhecimento gera, por sua vez, duas versões da tese do convencionalismo. O foco da divergência é o fato de que convenções constitutivas, como as do jogo de xadrez, não originam, por si mesmas, razões para se engajar na prática que criam. Assim, para Marmor, não há como fundamentar a obrigação das autoridades de seguir a regra de reconhecimento, ela existe apenas

¹⁷⁷ Marmor assim expressa sua opinião sobre a natureza da regra de reconhecimento: “Como o próprio Hart parece ter sugerido, a regra de reconhecimento é muito parecida com as regras de xadrez: elas constituem modos de criação e reconhecimento do direito enquanto tal. (...) As regras que determinam como o direito é criado, modificado e reconhecido como direito, também constituem em parte o que o direito é numa dada comunidade. Elas definem as regras do jogo e, assim, constituem o que o jogo é”. MARMOR, Andrei. How Law is Like Chess? **Legal Theory**, vol. 12, nº 4, 2006, p.358.

¹⁷⁸ “AC é algo que fazemos juntos – dar uma caminhada juntos, construir uma casa juntos e cantar um dueto são exemplos de AC. Eu gostaria de sugerir que a prática das autoridades de julgar condutas com base em regras que satisfazem certos critérios de legalidade é uma espécie de AC”. COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, p. 96.

enquanto é praticada¹⁷⁹. Enquanto isso, Coleman defende que a regra de reconhecimento impõe uma obrigação em relação às autoridades, porque uma AC gera obrigações para seus participantes¹⁸⁰. Assim, podemos dividir a tese do convencionalismo numa versão fraca e outra forte, como fizemos com a tese das fontes sociais:

TC': A regra de reconhecimento consiste numa convenção social que obriga as autoridades de um sistema jurídico a utilizar os critérios de identificação nela contidos para descobrir e aplicar as demais normas desse sistema jurídico.

tc': A regra de reconhecimento consiste numa convenção social que reúne os critérios de identificação do Direito válido e que pode ser usada pelas autoridades para descobrir e aplicar as demais normas desse sistema jurídico.

3.2.1.3. A tese da separabilidade.

A tese da separabilidade consiste, a princípio, numa tese negativa, segundo a qual: não há conexão necessária entre a Moral e o conteúdo das normas jurídicas e qualquer coincidência nesse sentido é um fato meramente contingente. Essa tese pode ser vista como um corolário da TFS. O raciocínio nesse sentido é mais ou menos o seguinte:

- I) o Direito é proveniente de fatos sociais ou ações humanas;
- II) podemos identificar o Direito válido em razão dessas práticas sociais;

¹⁷⁹ MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism. In: COLEMAN, JULES. **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 210-212.

¹⁸⁰ COLEMAN, Jules. *op. cit.* pp. 84-102.

III) a validade das normas jurídicas não depende da correspondência com nenhuma ordem externa a essas práticas.

IV) a validade das normas jurídicas não depende de correspondência com o ordenamento moral.

Porém, é preciso esclarecer melhor a proposição para torná-la representativa do positivismo inclusivo, porque, na verdade, nenhum dos grandes expoentes do juspositivismo jamais negou a veracidade da afirmação. Todos são unânimes em reconhecer que existem freqüentes coincidências entre as normas morais e as normas jurídicas¹⁸¹, mas apesar dessa aparente convergência, afirmam que as duas esferas normativas podem ser conceitualmente separadas através de teorias que explicam a autonomia do sistema jurídico. Porém, enquanto positivistas exclusivos defendem que o Direito é *sempre* conceitualmente separado da Moral, positivistas inclusivos afirmam apenas *a possibilidade de uma separação conceitual* entre o Direito e a Moral.

A reivindicação dos positivistas inclusivos é que admitamos como possível imaginar um mundo onde a regra de reconhecimento do sistema jurídico não tenha incorporado nenhum critério moral como fator de identificação do Direito¹⁸². Sendo assim, a constatação empírica de sistemas jurídicos onde aconteça o contrário (como faz Dworkin usando casos concretos nos quais juízes se valeram de padrões morais para solução de controvérsias jurídicas) é incapaz de minar a correção conceitual da afirmação. Também por isso, positivistas inclusivos preferem apresentá-la como tese da *separabilidade* ao invés da tradicional designação de tese da separação,

¹⁸¹ Os dois maiores teóricos do positivismo jurídico no século XX, afirmavam, muito antes das críticas relativas à existência de princípios morais no ordenamento jurídico, a possibilidade e freqüência de correspondência entre normas jurídicas e morais numa sociedade. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 75; HART, H.L.A., *op. cit.* pp.201-228.

¹⁸² COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. In: PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006, p. 118.

indicando assim que ela trata de uma possibilidade lógica¹⁸³. A divergência entre as duas posições é decorrente da admissão ou recusa da incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento, proposições que veremos mais detidamente no item 3.1.1.5. infra. Por hora, a tese da separabilidade pode ser enunciada como segue:

TS: A identificação do Direito válido num ordenamento jurídico não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais, embora isso possa circunstancialmente acontecer.

3.2.1.4. A tese da diferença prática.

Segundo a tese em destaque: *TDP: o Direito deve ocupar lugar como autoridade prática, fazendo diferença na deliberação sobre o que deve ser feito por agentes racionais em situações sujeitas à incidência de normas jurídicas.*

Essa tese está vinculada a uma determinada concepção sobre as funções do Direito. Hart evidencia tal concepção teleológica dos ordenamentos jurídicos, comum a outros juspositivistas, na seguinte passagem: “de facto, penso que é totalmente despiciendo procurar qualquer finalidade mais específica que o Direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta¹⁸⁴”. Sem dúvida, é bastante óbvio que o Direito tem a pretensão de regular a conduta humana, mas por trás dessa constatação evidente, existem muitas formas de explicar como o Direito pode prover razões para agir e fazer diferença no âmbito das questões práticas.

¹⁸³ *Idem*, pp. 116-118.

¹⁸⁴ HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 310.

Scott Shapiro, após afirmar que é ambíguo o tratamento dado por Hart ao tema, encontra dois sentidos nos quais uma norma pode servir como guia para conduta, e assim fazer diferença prática. Primeiro, afirma que a norma pode servir como guia *motivacional*, em segundo lugar, afirma que a norma pode servir como guia *epistemológico*. Uma norma serve como guia motivacional quando provoca a conformidade da conduta de uma pessoa que efetivamente aceita tal norma como um parâmetro crítico-reflexivo. No outro caso, uma norma serve como guia se apenas informa alguém da conduta devida e essa pessoa satisfaz os requerimentos da norma por razões prudenciais. Vejamos a definição dada pelo próprio autor:

Ser guiado por uma regra é conformar-se à regra pela razão de que a regra regula sua conduta. Entretanto, uma regra pode dar razões a alguém para agir ao menos em um destes dois modos. A regra pode motivar a ação simplesmente em virtude do fato de que a regra regula a ação em questão. Ou ela pode informar o sujeito da existência de certos requerimentos feitos por uma autoridade e, dessa forma, recomendar a conformidade¹⁸⁵.

A distinção em questão serve para esclarecer porque, segundo Hart, os diferentes tipos de regras devem servir como guias distintos para cidadãos e para as autoridades. Em sua concepção (agora iluminada pela distinção de Shapiro) um sistema jurídico necessita, para existir, de uma regra de reconhecimento que seja usada como guia motivacional pelas autoridades. Mas o mesmo requisito não se aplica ao resto da população. As regras identificadas segundo a regra de reconhecimento são úteis desde que sejam guias epistemológicos para os cidadãos, que poderão,

¹⁸⁵ SHAPIRO, Scott. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, JULES. *op. cit.*, p. 173.

segundo seus próprios cálculos, conformar ou não sua conduta aos requerimentos de tais normas¹⁸⁶.

Uma contribuição fundamental para a compreensão da tese da diferença prática é proporcionada pela teoria de Joseph Raz¹⁸⁷. Segundo sua formulação, é uma verdade conceitual que o Direito reivindica autoridade legítima sobre questões práticas. Para o autor, as normas jurídicas exercem autoridade sobre os indivíduos por serem *razões excludentes*, ou seja, são razões para agir num determinado sentido que excluem a possibilidade de deliberar sobre a conveniência de agir baseado em quaisquer outras razões¹⁸⁸. Essa concepção sobre as normas jurídicas e o seu papel nas questões práticas está ligada à idéia de autoridade para Joseph Raz. Em sua concepção, a finalidade da autoridade é fazer a mediação entre um agente e as inúmeras razões que seriam relevantes em suas deliberações, portanto, uma autoridade tem a função de substituir a ponderação individual das razões aplicáveis às controvérsias práticas. Essa tese (chamada de tese da autoridade) pode ser considerada uma especificação da proposição mais geral prevista na TDP.

¹⁸⁶ Ver no item 1.1.1.1. como Hart afirma que é condição suficiente para existência de um sistema jurídico a adoção pelas autoridades de um ponto de vista interno frente às regras secundárias, somado a um mínimo de cumprimento das regras primárias pela população.

¹⁸⁷ Sobre a noção da autoridade do direito e razões para agir ver: RAZ, Joseph. *op. cit.*, pp.3-33.

¹⁸⁸ Noel Struchiner apresenta um exemplo retirado de nosso cotidiano que ilustra bem a concepção raziana de razões excludentes: “aqui uma comparação pode ser bastante esclarecedora. Imagine uma partida de futebol entre uma equipe cujos torcedores são pessoas pacatas e pacíficas e uma equipe tradicionalmente conhecida pelos seus torcedores baderneiros, agressivos e violentos (pense nos *hooligans* ingleses ou na torcida Mancha Verde). Talvez, sempre que ocorresse um jogo configurado dessa maneira, o árbitro, por razões morais consequencialistas, devesse dar a vitória para o time cuja torcida é violenta, tentando, assim, evitar desdobramentos catastróficos. Pense agora que o jogo envolve uma equipe com centenas de torcedores e outra equipe com milhares deles. Fazendo uso de um raciocínio utilitarista, talvez o juiz da partida devesse atribuir a vitória para o time que tem a maior torcida, para maximizar o prazer da maior quantidade de pessoas. O ponto é que as regras do futebol fornecem razões excludentes ou protegidas. As regras de futebol tiram da jogada outras razões que seriam consideradas boas razões em contextos diferentes. Para os formalistas, as regras jurídicas desempenham a mesma função, ao mesmo tempo estabelecendo soluções e fechando as portas para a consideração de outras razões que em outras circunstâncias seriam bem-vindas”. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**, 2005, (Tese de Doutorado) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro, pp. 162-163.

3.2.1.5. A tese da incorporação.

Esta tese é verdadeiramente a marca distintiva do positivismo inclusivo. Ela é uma tomada de posição frente à divergência sobre a existência ou não de restrições aos tipos de critérios que podem figurar na regra de reconhecimento. Positivistas exclusivos acreditam que a regra de reconhecimento só pode conter parâmetros formais de identificação do Direito, ao estilo do teste de *pedigree*, seguindo a denominação de Dworkin. Enquanto isso, positivistas inclusivos, adeptos da tese da incorporação, defendem que uma regra de reconhecimento pode incorporar parâmetros morais de validade e assim instituir testes de conteúdo no processo de identificação do Direito válido num dado ordenamento jurídico. De acordo com a tese da incorporação:

TI: é possível haver um sistema jurídico no qual a regra de reconhecimento incorpore critérios morais entre os testes de validade jurídica.

Outros esclarecimentos devem ser acrescentados a essa proposição geral. Primeiro, vale dizer que os testes da regra de reconhecimento podem incorporar padrões morais de maneira bastante distinta, pois os critérios morais podem figurar como *condição necessária* ou como *condição suficiente* de legalidade. Isso dá origem a duas versões tese da incorporação, uma fraca e outra forte, respectivamente.

Na primeira versão, uma norma jurídica é considerada *válida a não ser que seja imoral*. Dessa forma, a moralidade é uma dentre as condições de validade. Ela é um requisito de validade ao lado de outros, como, por exemplo, a remissão a autoridade das suas fontes de criação. Essa fórmula é bastante similar ao raciocínio empregada na declaração de inconstitucionalidade das leis com fundamento na violação de princípios como o da isonomia. A lei, promulgada segundo o devido processo legislativo, perde seu *status* como norma jurídica em razão de sua reprovação

num teste moral. Já na segunda versão, uma norma jurídica é considerada *válida porque é moralmente apropriada*, prescindindo de qualquer outro critério de validação. Essa versão mais forte da tese da incorporação é derivada da resposta ao célebre argumento de Dworkin com relação ao caso *Riggs x Palmer*¹⁸⁹. Segundo o autor, nenhum positivista poderia explicar a aplicação ao caso do princípio segundo o qual “nenhum homem poderá se beneficiar da própria torpeza”, já que este princípio não tem *pedigree*, i. e., uma fonte formal que lhe confira validade. Na versão forte da tese da incorporação, a aplicação do princípio se justificaria pela inclusão na regra de reconhecimento da correção moral como critério suficiente para conferir validade jurídica a um padrão de conduta.

3.1.1.5.1. A tese da incorporação da frente às demais teses do positivismo jurídico.

As teses apresentadas anteriormente representam a estrutura básica do positivismo conceitual de matriz hartiana, com ênfase em sua vertente incorporacionista. Cumpre agora mostrar a relação entre as teses principais do juspositivismo sem adjetivos e aquela que é central ao positivismo inclusivo. Conforme veremos, essa coexistência não é nada pacífica, de fato, muitos críticos apontam para incompatibilidades entre as teses gerais do juspositivismo e a tese incorporação.

Primeiramente, a tese das fontes sociais não apresenta um obstáculo sério à tese incorporacionista. Como vimos, a única adaptação a ser feita para compatibilizar ambas as

¹⁸⁹ Este precedente da *common law* refere-se a um caso onde um homem, após assinar seu avô, busca a justiça para exigir sua parte na herança. Mesmo não havendo na legislação nenhuma regra permiti-se o afastamento da sucessão por ingratidão, os julgadores decidiram fazê-lo por maioria, aplicando o princípio mencionado. Dworkin utiliza o caso para ilustrar como nem todos os padrões aplicados por juízes na solução de casos concretos são válidos em função de algum teste de pedigree. Sobre o tema ver item 1.2.1. desta dissertação.

proposições é adotar uma versão mitigada da tese das fontes sociais. Dworkin afirma que a tese das fontes sociais é incompatível com a identificação de alguns princípios jurídicos, pois estes não teriam nenhum fato social como respaldo, sendo válidos tão somente por sua correção moral. Os positivistas inclusivos, por admitirem a incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento, respondem à crítica da seguinte forma: embora alguns padrões de conduta sejam identificados por testes substantivos e, assim, não possam ser reconduzidos a fatos sociais, o sistema como um todo pode sê-lo, pois a regra de reconhecimento é válida em função de sua aceitação pelas autoridades, fato que representa uma convenção social. Essa defesa corresponde àquilo que chamamos de tese fraca das fontes sociais ('tfs).

A tese do convencionalismo também foi apontada por Dworkin como um obstáculo à tese da incorporação. Todavia, as objeções parecem não resistir à réplica incorporacionista. O argumento de Dworkin nessa questão é o de que uma regra que incorporasse critérios morais seria inexoravelmente controvertida, haja vista a natureza polêmica das questões morais. Como consequência, essa regra seria incompatível com a tese positivista das convenções sociais, pois sem consenso não há convenção possível. Em sua visão, a convergência de hábitos é um pressuposto lógico da regra de reconhecimento, existindo polêmica na identificação do Direito, faltaria um requisito básico de existência do ordenamento jurídico, segundo a proposta de Hart¹⁹⁰. Em resposta, Jules Coleman afirma que a crítica de Dworkin deixa de fora a importante distinção entre o que é a regra de reconhecimento e quais são os parâmetros que a satisfazem¹⁹¹. Em outras palavras, podemos distinguir o desacordo que recai sobre o conteúdo da regra daquele

¹⁹⁰ Os argumentos aqui resumidos encontram-se no artigo, *Modelo de Regras II*. Ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 73-125.

¹⁹¹ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, p. 130.

que recai sobre a aplicação da mesma¹⁹². Por exemplo, podemos estar de acordo quanto ao fato de que as regras que violam a dignidade da pessoa humana não são válidas no ordenamento jurídico brasileiro, todavia dificilmente encontraremos consenso num grupo que, tomando por base esse parâmetro, discuta a validade da lei de biossegurança¹⁹³, no que tange a pesquisas com células-tronco embrionárias. Dessa forma, resta evidente em que sentido a regra de reconhecimento pode ser considerada uma regra social, portanto, dependente da convergência e, ao mesmo tempo, admitir um amplo espectro de divergência na sua aplicação.

Em relação à tese da separabilidade, não há nenhuma dificuldade de compatibilizá-la com a tese da incorporação. Na verdade, aquela pode ser vista como um corolário desta. Pois, a admissão de que a regra de reconhecimento *pode*, embora não necessariamente o faça, incluir critérios morais entre os testes de validade jurídica (*TI*) permite aos positivistas inclusivos afirmar que é possível imaginar um ordenamento jurídico no qual a identificação do Direito não dependa em nada do seu conteúdo moral ($\diamond TS$).

Finalmente, o verdadeiro desafio do positivismo inclusivo tem sido a compatibilizar a tese da incorporação com a tese da diferença prática. È nesse terreno que o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos encontra-se mais acirrado¹⁹⁴. Segundo Raz, a tese incorporacionista é incompatível com a pretensão do Direito de afirmar sua autoridade em questões práticas. Como

¹⁹² COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. In: PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006, p. 126-130.

¹⁹³ Lei nº 11.105 / 2005.

¹⁹⁴ Foi publicada considerável bibliografia sobre a questão. Entre as críticas dos positivistas exclusivos destacam-se os artigos de Raz e Scott Shapiro. Do lado dos positivistas inclusivos, Coleman, Waluchow e Himma tentaram responder as objeções levantadas pelos dois autores. Ver: RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, nº. 3. Illinois: The Hegeler Institute, 1985, pp. 295-324; SHAPIRO, Scott. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, JULES. **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 149-191. COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 99-147. HIMMA, K. E. H.L.A. Hart and The Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 1-43. WALUCHOW, W. J. Authority and Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 45-81.

visto anteriormente¹⁹⁵, o autor afirma que a autoridade do Direito é exercida substituindo o balanceamento individual das razões para agir aplicáveis num dilema prático, por razões para agir pré-determinadas¹⁹⁶. Em consequência, um ordenamento jurídico só poderia reivindicar autoridade sobre questões práticas ao proibir a deliberação sobre as razões subjacentes a instituição das regras jurídicas. Mas, para o autor, a regra de reconhecimento que incorporasse critérios morais na atividade de identificação do Direito seria um convite para que fossem reexaminadas justamente as razões morais que justificaram a criação das regras submetidas ao teste validade. Em resposta, Coleman afirma que é um erro supor que os critérios morais incluídos na regra de reconhecimento seriam sempre os mesmo que justificam a regra sob teste. O autor afirma exemplificativamente que:

“Uma regra de reconhecimento especificando que ‘apenas regras que tratem os indivíduos de forma justa podem ser válidas’ expressa um teste de conteúdo, mas isso não nos direciona diretamente às razões dependentes que justificam cada uma das regras jurídicas em particular. (...) Certas razões de justiça e igualdade (e.g., a lei oferece oportunidades justas de apelação? Ela é equitativamente aplicada? Não são parte da justificação de leis que proíbem o homicídio, por exemplo – não fazem parte das razões pelas quais seria Moralmente bom ou desejável ter esse tipo de legislação”.¹⁹⁷

Crítica semelhante é feita por Shapiro, que adverte que o comprometimento do positivismo (referindo-se especificamente à Hart) com a idéia de que o Direito tem como função principal servir como de guia de conduta, seria incompatível com a incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento. Vejamos seus argumentos numa forma simplificada¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ver item 3.1.1.4. supra.

¹⁹⁷ COLEMAN, Jules. *op. cit.* p. 135.

¹⁹⁸ Cumpre advertir que muitos detalhes da tese de Shapiro não serão aqui reproduzidos. Seus argumentos se dividem para abordar a TDP em relação às autoridades, em relação aos cidadãos, em relação a cláusulas de incorporação da moral como condição necessária e, por fim, como condição suficiente. Preferimos reduzir a complexidade do debate, considerando apenas a estrutura central de sua crítica. Para acompanhar de forma completa a argumentação ver:

Imaginemos que a moralidade é uma condição suficiente para a validade jurídica de um padrão de conduta. Nessa situação, teríamos uma cláusula como: são válidas as regras justas. No momento em que um juiz identifica-se uma regra de conduta segundo essa regra de reconhecimento, como poderia a regra reconhecida servir de guia para a solução do caso? O juiz já a aprovou por considerar que a mesma corresponde à justa solução da controvérsia, assim, a regra reconhecida não faria diferença alguma na solução do caso concreto, pois as razões da decisão estariam nas considerações sobre a justiça incorporadas nos testes da regra de reconhecimento. Para tornar mais claro o argumento, faremos um experimento mental aplicando-o num sistema de regras pertencentes a uma fictícia estrutura militar:

I) Regra de Reconhecimento da corporação:

a) Todos devem agir fazendo bem aos necessitados.

b) Todos devem agir segundo as ordens de seus superiores.

II) O chefe dos bombeiros ordena que: em caso de calamidade pública, os soldados do corpo de bombeiros deverão cuidar dos desabrigados.

III) Imagine que, após uma grande calamidade com inúmeros desabrigados, devemos considerar a posição de: (1) um oficial intermediário que deve julgar as ordens decretadas pelo chefe da corporação, seguindo os fundamentos da instituição e daí dizer aos soldados como devem agir.

Hipótese:1 (a)

Nesse caso, qual será a razão para que o oficial ordene aos soldados prestarem auxílio aos desabrigados? Não há como o oficial ser guiado ao mesmo tempo pela ordem do

chefe do corpo de bombeiros e pela regra de ouro da corporação. A ordem de auxílio já está contida no mandamento geral de ajuda aos necessitados. A ausência da ordem do chefe não mudaria em nada a conduta a ser seguida.

Hipótese: 1 (b)

Na segunda hipótese, tanto a regra de reconhecimento quanto a regra testada servem como guia de conduta. A ordem do chefe é seguida, pois assim determina a regra de reconhecimento. Os desabrigados são socorridos, porque assim determina a ordem do chefe.

Na visão do autor: “uma regra faz diferença na deliberação prática quando motiva um agente a agir de forma que não teria agido se não tivesse apelado à regra em seu raciocínio prático”¹⁹⁹. Assim, a conclusão que podemos retirar do experimento mental acima é que uma regra de reconhecimento que incorpore critérios morais impede que as regras reconhecidas segundo seus parâmetros façam diferença na deliberação sobre a conduta a ser seguida. Logo, a tese da incorporação seria incompatível com TDP.

Em resposta, Coleman prefere abandonar a versão de TDP defendida por Shapiro e Raz, cujo conteúdo consiste na afirmação de que afirma *toda* norma para manter seu caráter jurídico necessita servir de guia para conduta. Em sua opinião, as normas identificadas segundo a tese da incorporação podem visar outras funções, além daquela de guiar a conduta dos indivíduos. Elas podem servir, por exemplo, para explicitar as exigências impostas pelos critérios morais incorporados na regra de reconhecimento. Vejamos um trecho de sua defesa:

¹⁹⁹ SHAPIRO, Scott. Law Morality and the Guidance of Conduct. **Legal Theory**, vol. 6, n°2, 2000, pp. 132.

Mesmo que a melhor explicação sobre a existência, persistência e estruturação do Direito envolva sua função de servir como guia de conduta, não há evidência a partir daí para inferir que cada regra precisa ser concebida como uma contribuição da mesma forma a essa função. (...) Ao sustentar que normas válidas segundo uma regra inclusiva podem fazer parte do Direito, apesar de não serem aptas para guiar condutas, eu enfatizei que elas podem servir para agregar a Moralidade política e tornar suas exigências mais explícitas. Elas não podem, como regras independentes, criar razões para agir, mas elas podem tornar mais concretas as exigências impostas pelas razões das cláusulas incorporacionistas²⁰⁰.

Neste ponto o autor parece se afastar da visão funcionalista de Hart, para se aproximar daquela de Dworkin, para quem a função principal do Direito é servir de justificação moral do exercício da coerção estatal. Enfim, podemos constatar que o preço para afirmar a coerência conceitual do positivismo inclusivo é bastante alto. Foi necessária para esse fim a adoção de diversas ‘versões enfraquecidas’ das teses tradicionais do positivismo jurídico. Cabe perguntar se o esforço para criar uma versão da teoria positivista compatível com a incorporação de testes morais entre os mecanismos de identificação do Direito, não resultou num conceito de positivismo demasiadamente estreito. Nesse sentido, a tese incorporacionista resultaria numa teoria muito mais próxima daquela defendida por Dworkin do que aquelas defendidas, v.g., por Kelsen, Austin ou Bentham, posição embaraçosa para aqueles que se dizem fiéis à tradição do positivismo jurídico²⁰¹.

²⁰⁰ COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 146-147.

²⁰¹ Dworkin, ao comentar a defesa do positivismo inclusivo de Jules Coleman, afirma que: “Coleman alega que sua versão do positivismo inclusivo provê uma compreensão do direito melhor do que aquela fornecida por minha teoria, e, por isso, é curioso que a sua concepção seja formidavelmente parecida com a minha. De fato, é difícil de enxergar alguma genuína diferença entre ambas. (...) A versão de Coleman do positivismo é mais bem descrita como anti-positivista. Ele abandonou completamente o legado filosófico que se comprometeu a defender. Ele encobre sua fuga afirmando permanecer fiel à tese cardeal do positivismo jurídico, qual seja, aquela que afirma que o direito é sempre uma questão de convenções. Mas seu uso da noção de convenção resulta numa vitória de Pirro. (...) Não fizemos nenhum progresso na compreensão da persistência dos acólitos do positivismo, em compreender por que razão Coleman, por exemplo, está tão ansioso em hastear a bandeira do positivismo, quando ao mesmo tempo está disposto a abandoná-la em cada artigo que escreve”. DWORKIN, Ronald. *Thirty Years On*. In: **Justice in Robes**. Londres: Belknap, pp. 188;198.

3.2.1.6. Aspectos metodológicos do positivismo inclusivo.

A metodologia utilizada por positivistas inclusivos na construção de sua teoria pode ser caracterizada, em linhas gerais, como descritiva e moralmente neutra²⁰². Nesse ponto, estão muito mais propensos em manter a metodologia tradicional do positivismo²⁰³ do que em fazer concessões às críticas de Dworkin²⁰⁴. Para os defensores da tese incorporacionista, ainda que o Direito consista em práticas sociais determinadas pelos juízos morais de seus participantes, um teórico pode descrevê-lo sem utilizar suas próprias avaliações morais sobre tais práticas.

Fazendo uma interpretação pessoal da conhecida distinção entre os pontos de vista interno e externo²⁰⁵, Mathew Kramer, defensor do positivismo inclusivo, afirma em relação à metodologia da teoria jurídica que devemos levar em consideração quatro perspectivas: i) a extrema externa; ii) a moderadamente externa, iii) a simuladora; iv) a interna²⁰⁶.

A perspectiva *extremamente externa* vê as instituições jurídicas como um conjunto de fenômenos sociais que deve ser descrito em termos de regularidades observáveis, pouco importando os valores atribuídos a esses fenômenos por aqueles que lhes deram origem. A

²⁰² As considerações aqui esboçadas abordam apenas tangencialmente a discussão sobre a correta metodologia da Teoria do Direito. Para uma visão mais densa do debate ver: DICKSON, Julie. *Methodology in Jurisprudence: a critical survey*. **Legal Theory**, vol. 10, 2004, 117–156; LEITER, Brian R. **Beyond the Hart/Dworkin Debate: the methodology problem in jurisprudence**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=312781>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2008.

²⁰³ Hart no pós-escrito ao *Conceito de Direito* explicitamente se distancia da proposta metodológica de Dworkin: “o meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil”. HART, H.L.A. *op. cit.*, p. 301. Para mais considerações sobre as divergências metodológicas entre Hart e Dworkin ver itens 1.2.1. e 1.3. supra.

²⁰⁴ Wilfrid Waluchow, assim como Hart, ressalta sua divergência metodológica em relação a Dworkin: “Nós já vimos um aspecto em que o positivismo inclusivo difere da Teoria do direito como integridade. A primeira é uma Teoria do Direito geral, explanatória e descritiva, enquanto que a última é uma ‘interpretação construtiva’ do ‘nosso direito’, sendo que por ‘nosso’ Dworkin provavelmente se refere às práticas jurídicas das democracias liberais do ocidente”. WALUCHOW, W. J. *op. cit.*, pp. 166-167.

²⁰⁵ Ver item 1.1.1.2. supra.

²⁰⁶ KRAMMER, M. H. **In Defense of Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 163-173.

perspectiva *moderadamente externa* não ignora as características do Direito que são a preocupação do teórico situado na perspectiva extremamente externa, mas ela põe foco também nas crenças e atitudes dos indivíduos em face das instituições. Nas palavras do autor:

“Mesmo que o teórico situado na perspectiva moderadamente externa veja o Direito como um domínio de regularidades e padrões, ele também o vê como um domínio onde conceitos como justificação, aceitação, comprometimento e obediência são pertinentes. Ainda que ele mesmo não se sinta comprometido com nenhum sistema de normas jurídicas cuja explicação oferece – isso desde que esteja ocupando genuinamente uma posição externa – ele ressalta as atitudes de comprometimento sentidas pelas autoridades e comumente compartilhadas pela população em geral”.²⁰⁷

Quanto à perspectiva simuladora, o teórico situado nessa posição daria expressão às crenças e atitudes dos participantes de um sistema jurídico, sem, contudo, endossá-las intimamente. O autor traça um paralelo com a interpretação de um papel teatral para esclarecer a noção. Assim, por exemplo, um ator que interpreta um vilão poderia praticar todas as maldades inscritas no roteiro, poderia até, imbuído do espírito do personagem, acrescentar outras em “cacos” improvisados. Todavia, ninguém poderia com base nesse trabalho inferir que o ator aprova ou desaprova os atos da sua personagem. Por último, a *perspectiva interna* seria aquela de um participante comprometido com a justificação moral da prática em que está inserido. Como vimos Dworkin defende que é impossível descrever de forma neutra um conceito interpretativo como o Direito e que, por isso, a Teoria do Direito deve aderir a sua proposta prescritiva e justificadora. Na visão de Kramer, o argumento de Dworkin ignora a possibilidade da adoção das perspectivas moderadamente externa e a simuladora, incorrendo, portanto, em um *non sequitur*.

²⁰⁷ *Idem*, p. 165.

Wilfrid Waluchow, outro jusfilósofo defensor do positivismo inclusivo, também demonstra divergências metodológicas em relação à teoria normativa de Dworkin²⁰⁸. Mas, além disso, o autor chama atenção para uma importante distinção: nem todo juízo de valor é um juízo moral²⁰⁹. De fato, toda teoria envolve julgamentos sobre quais aspectos são mais relevantes dentre as práticas descritas, sendo assim, toda teoria é construída com base em valorações por parte do teórico. Mas dessa afirmação não segue a conclusão de que uma teoria deve usar critérios morais para escolher e descrever seu objeto. Por exemplo, um teórico pode considerar a coerção estatal um fenômeno digno de atenção e, por isso, buscar explicar seu papel no papel de Direito. Todavia, considerar relevante a coerção estatal é muito diferente de justificar esse fenômeno através de uma ‘leitura moralizante’ das práticas onde é encontrado. Assim, fica esclarecido que a defesa de uma teoria descritiva e moralmente neutra não se coaduna com uma visão utópica fundada no mito de neutralidade científica.

Em síntese, na visão dos positivistas inclusivos, a defesa da tese segundo a qual a identificação do Direito válido pode depender de critérios morais, não leva à conclusão de que uma teoria sobre o Direito também deve ser construída com base em avaliações morais. Descrever as características essenciais de um ordenamento jurídico onde as normas sejam válidas em virtude de sua correção moral é algo bastante diferente de justificar moralmente esse mesmo ordenamento jurídico. Assim, os pressupostos metodológicos compartilhados pelos autores estudados neste capítulo estão em rota de colisão com teorias normativas, cujo intento seja recomendar, por questões morais, a prevalência de uma determinada explicação do Direito, como deixa clara esta afirmação de Waluchow: “a teoria positivista descritiva e explanatória não deve

²⁰⁸ O trecho seguinte ilustra a afirmação: “nós já vimos um aspecto em que o positivismo inclusivo difere da Teoria do direito como integridade. A primeira é uma Teoria do Direito geral, explanatória e descritiva, enquanto que a última é uma ‘interpretação construtiva’ do ‘nosso direito’, sendo que por ‘nosso’ Dworkin provavelmente se refere às práticas jurídicas das democracias liberais do ocidente”. WALUCHOW, W. J. *op. cit.*, pp. 166-167.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 19-29.

se transformar, contra sua vontade, numa teoria normativa sobre o que é desejável existir num sistema jurídico”²¹⁰.

3.3. Positivismo Inclusivo e neoconstitucionalismo: como relacionar as duas teorias?

Nas páginas precedentes investigamos argumentos teóricos envolvendo as relações entre o Direito e a Moral, no âmbito de ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Partindo de pressupostos diversos, as duas posições teóricas estudadas fazem coro ao afirmar que, na prática jurídica contemporânea, a identificação do Direito depende de critérios morais. Em primeiro lugar vimos o neoconstitucionalismo. Não obstante os vários sentidos que lhe atribuem, concluímos que este pode ser mais bem compreendido como uma teoria normativa do ordenamento jurídico, que prescreve a adoção de um modelo substancial de Constituição, atrelado a métodos específicos de aplicação e interpretação jurídica. Depois, vimos o positivismo exclusivo que é, em síntese, uma teoria descritiva e conceitual sobre ordenamentos jurídicos possíveis, cuja proposta é evidenciar as características essenciais de qualquer ordenamento jurídico. Com as informações reunidas, podemos fazer algumas comparações.

Inicialmente, podemos ver que as teorias em contraste delimitam seus objetos de forma absolutamente diversa. Enquanto neoconstitucionalistas preocupam-se com a explicação do ordenamento jurídico das democracias ocidentais, com ênfase em seus peculiares sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, os juspositivistas (não só os de viés incorporacionista) buscam encontrar um conceito que se encaixe neste e em qualquer outro ordenamento jurídico possível. Em suma, positivistas inclusivos buscam a natureza do Direito enquanto tal, já neoconstitucionalistas buscam explicar a natureza do ‘nosso’ Direito.

²¹⁰ WALUCHOW, W. J. *op. cit.*, p. 190.

Outro ponto de afastamento entre as duas teorias é a perspectiva adotada por cada uma delas para elaborar suas considerações sobre as práticas que compõem o Direito. Neoconstitucionalistas situam-se dentro das práticas que descrevem. Adotam a perspectiva de participantes comprometidos em tornar razoáveis seus próprios atos. Por isso, se encarregam de justificá-los à luz de padrões morais. Em outras palavras, eles tentam descrever as práticas jurídicas segundo sua melhor interpretação. Por outro lado, positivistas inclusivos acreditam que devem apenas descrever as práticas que compõem o Direito, sem entrar em seu mérito moral. Ainda que na descrição concedam peso aos juízos morais dos participantes dessas práticas, não vêem necessidade de utilizar seus próprios juízos morais para descrever as instituições jurídicas, na verdade, até abjuram tal postura²¹¹.

Enquanto o positivismo inclusivo admite que o Direito *pode* estar conectado conceitualmente à Moral, o neoconstitucionalismo afirma que isso é uma propriedade *necessária* do Direito. Ademais, a conexão entre Direito e Moral tem papel muito diferente nas duas teorias. O positivismo inclusivo admite somente que a Moral pode funcionar como parâmetro de identificação das normas jurídicas válidas. Por outro lado, neoconstitucionalistas atribuem à Moral, além dessa função, aquela de justificar o ordenamento jurídico como um todo. Já que, em sua opinião, um sistema de regulação de conduta que não se justifica moralmente não pode ter nem mesmo a pretensão de ser um ordenamento jurídico.

²¹¹ Waluchow adverte que Dworkin (um caso paradigmático de teórico neoconstitucionalista) confunde as posições do teórico e do juiz, ao afirmar que ambos devem fazer de seus objetos de trabalho (respectivamente, o conceito de direito e as sentenças) os melhores possíveis do ponto de vista da moral política. WALUCHOW, W. J. *op. cit.*, p. 24. Para mais detalhes sobre essa divergência ver item 3.1.1.6. *supra*.

Susanna Pozzolo²¹² considera as divergências entre as duas posições da seguinte forma: as duas teorias divergem, em suma, em relação à realidade sob a qual se debruçam. Na visão normativa típica do neoconstitucionalismo, a realidade do Direito consiste num conjunto de padrões de condutas interpretados segundo os princípios morais previstos na Constituição, em suma, o ‘real’ é em si um ideal construído pela atividade interpretativa. Contudo, para juspositivistas, a realidade do Direito são os fatos sociais que o criam (na visão hartiana, por exemplo, é a aceitação de uma regra de reconhecimento pelas autoridades). Enfim, o juspositivismo trabalha com uma concepção empírica da realidade, desprovida de formulações prescritivas.

Diante de tantas incompatibilidades não vemos razão para colocar o positivismo inclusivo como uma variante da teoria neoconstitucionalista. Aliás, fazemos bem em discerni-los como formas alternativas de aproximação dos mesmos fenômenos. Como Hart chamou atenção em seu pós-escrito, teorias que visam justificar e teorias que visam descrever o Direito não chegam a ser incompatíveis, são simplesmente empreitadas diferentes²¹³. Obtemos mais clareza e capacidade crítica ao constatar que a incorporação de padrões morais no ordenamento jurídico, fruto da opção do constituinte originário, pode ser interpretada de perspectivas tão diversas. Impor o neoconstitucionalismo como um rótulo onipresente, de forma a amalgamar teorias tão diversas, obscurece nuances, principalmente metodológicos, de cada uma das teorias reunidas.

²¹² A autora se refere neste ponto ao positivismo como um todo, não só a sua variante incorporacionista. Aliás a autora tem grandes restrições sobre a consistência teórica do positivismo inclusivo. DUARTE, E. O., POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 183; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 78. POZZOLO, S. Inclusive Positivism: alcune critique. In: **Diritto & Questione Publiche**, nº 1, 2001.

²¹³ “A teoria jurídica, concebida deste modo como sendo ao mesmo tempo descritiva e geral, constitui um empreendimento radicalmente diferente do da concepção de Dworkin de teoria jurídica, concebida, em parte, como teoria de avaliação e de justificação e como dirigida a uma cultura jurídica concreta (...) Não é óbvia a razão por que deverá haver, ou efectivamente poderá haver, qualquer conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes como o das minhas próprias concepções de teoria jurídica e o das concepções de Dworkin sobre tal teoria”. HART, H.L.A. *op.cit.*, pp. 301-302..

Além disso, pode existir aí uma questão ideológica sub-reptícia, porque a defesa da conexão entre o Direito e a Moral como uma verdade conceitual sobre o Direito, impede qualquer projeto de elaboração de ordenamentos jurídicos moralmente neutros, ao talante dos ideais liberais radicais. Por outro lado, a descrição da conexão entre essas duas esferas normativas como uma verdade contingente, *permite*²¹⁴ a defesa política de desenhos institucionais que favoreçam sua separação. Enfim, essas são razões suficientes para mantermos o positivismo inclusivo como conceito estanque frente ao neoconstitucionalismo.

²¹⁴ Vale lembrar que o positivismo inclusivo pretende ser ideologicamente neutro. Todavia, alguns autores utilizam-no como fundamento teórico para considerações de filosofia política. Ver sobre a questão as referências e comentários contidos na nota nº 161 desta dissertação.

Considerações Finais

Nesta dissertação objetivamos responder se o positivismo inclusivo pode ser considerado um subtipo das teorias neoconstitucionalistas. O motivo da indagação é a proximidade entre as duas posições, que admitem, cada qual a sua maneira, a inclusão de critérios morais entre os testes de validade das normas jurídicas. Para analisar a questão procedemos como segue.

No capítulo primeiro, buscamos a gênese do problema, usando a obra de H.L.A. Hart como chave para compreensão da evolução da Teoria do Direito nos últimos tempos. Encontramos nos conceitos de regra de reconhecimento e do ponto de vista interno das regras um porto seguro para traçar as similaridades e divergências entre o neoconstitucionalismo e o positivismo inclusivo.

No capítulo dois, delimitamos melhor o conceito de neoconstitucionalismo, termo polissêmico, ainda em fase de consolidação. Notamos que, principalmente no Brasil, o neoconstitucionalismo se transformou numa etiqueta muito ampla, perdendo parte da precisão conceitual que lhe era própria originalmente. Por isso, resolvemos resgatar neste trabalho seu

sentido original, caracterizando-o como uma teoria prescritiva sobre o ordenamento jurídico, atrelada a uma ideologia de maximização da esfera de influência do texto constitucional.

Por fim, no capítulo três analisamos o positivismo inclusivo. Essa teoria tenta situar-se numa posição intermediária entre o positivismo exclusivo, que não admite nenhuma conexão conceitual entre o Direito e a Moral, e a teoria neoconstitucionalista, que advoga uma conexão necessária entre essas duas esferas normativas. Concluimos que o positivismo inclusivo representa uma continuação da proposta hartiana de separação entre o Direito e a Moral, embora faça concessões substanciais às críticas da teoria neoconstitucionalista (principalmente àquelas formuladas por Dworkin). Todavia, a convergência entre as duas vertentes teóricas para por aí, pois existem profundos desacordos metodológicos e ideológicos entre elas.

Comparando as perspectivas adotadas por cada uma das teorias no processo de elaboração de seus respectivos modelos explicativos do ordenamento jurídico, observamos que o positivismo inclusivo pretende manter-se descritivo e moralmente neutro em relação ao seu objeto, enquanto que o neoconstitucionalismo abertamente pretende justificá-lo e prescrever-lhe uma determinada conformação. No primeiro caso, a teoria é feita pelo ‘lado de fora’, mesmo que sejam consideradas as convicções daqueles que estão inseridos na prática descrita. No segundo, o teórico se situa dentro da prática, torna-se um participante e, por isso, busca a justificação moral do objeto que está ajudando a criar.

Essas diferenças metodológicas deságuam numa divergência política importante. Se a teoria neoconstitucionalista justifica a prática que descreve, ela apaga a linha que distingue a descrição da crítica do Direito. Cada enunciado de verdade emitido por um teórico dessa linha já é a interpretação que este fez das normas jurídicas, em vista dos princípios morais que melhor as justificam. Então, qual é o espaço que resta para a crítica do sistema como um todo? Por outro

lado, o positivismo inclusivo mantém-se fiel ao postulado da separação entre teoria e crítica do Direito, assim, pouco importa para a teoria se o sistema descrito é moralmente correto, aliás, caso não o seja, caberá a pertinente impugnação da sua legitimidade, só que esta não faz parte do trabalho descritivo do teórico do Direito. Em consequência, o positivismo inclusivo permite a crítica do atual modelo de Estado Constitucional de Direito, caracterizado pela onipresença da Constituição e pela sobrevalorização do Poder Judiciário. O neoconstitucionalismo, ao contrário, prescreve e justifica tal modelo de Estado.

Em suma, chegamos à conclusão que o neoconstitucionalismo e o positivismo inclusivo guardam alguma proximidade conceitual²¹⁵, pois admitem que, em vista do modelo de constitucional prevalecente hoje nos Estados do Ocidente, critérios morais façam parte das práticas de reconhecimento do Direito válido. Todavia, os desacordos metodológicos e ideológicos entre as duas teorias recomendam que as deixemos em nichos separados durante a sistematização da Teoria do Direito contemporânea. Assim, acreditamos que a utilização do neoconstitucionalismo como uma etiqueta abrangente presta um desserviço à compreensão do fenômeno jurídico atual.

A conclusão que obtivemos não deve ser interpretada como uma apologia a nenhuma das teorias estudadas. Como vimos, ambas representam propostas racionais de explicação das implicações teóricas do processo de constitucionalização do Direito vivido na atualidade. Ao mesmo tempo, os dois caminhos ainda dialogam com diversas críticas, principalmente as formuladas pelo positivismo exclusivo. A pretensão dessa dissertação não foi de declarar um vencedor, pretendemos apenas fazer distinções importantes entre as várias posições em disputa. Com isso, esperamos ter contribuído para a reflexão brasileira em torno de intrincadas questões

²¹⁵ Mesmo esse liame é frágil, pois cada uma das teorias interpreta esse dado empírico de maneira diversa, neoconstitucionalistas acreditam que a conexão conceitual com a moral é uma verdade necessária para qualquer ordenamento jurídico, e positivistas inclusivos vêem nisso apenas uma verdade contingente.

pertinentes à confluência entre Teoria do Direito e as mudanças impostas pelo chamado processo de 'constitucionalização do Direito', característico da maior parte dos ordenamentos jurídicos atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El Concepto y La Validez del Derecho**. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**. nº 5. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 1988, pp. 139-151.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and Morality: Bulygin's critique. **Ratio Juris**, volume 13, número 2, 2000, pp. 138-147.

_____. The Nature of Legal Philosophy. **Ratio Juris**, volume 17, nº 2, 2004, pp. 156-167.

ARIZA, S. S. **Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

ATRIA, F. La Ironía del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 27, 2004, pp. 81-139.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2000.

BARBERIS, Mauro. **Breve Storia della Filosofia del Diritto**. Bolonha: Mulino, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, pp. 83-103.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Philosophy. **Southern Methodist University Law Review**, Vol. 52, 1999, pp. 167-199.

BJARUP, Jes. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. **Ratio Juris**, vol. 18, nº 1, 2005, pp. 1–15.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BÖCKENFÖRDE, E. W. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. In: **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CALSAMIGLIA, A. Postpositivismo. **DOXA**, nº 21, 1998, pp. 209-220.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, T. El sentido del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 25, 2002, pp. 303-31.

CARBONELL, M. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Negative and Positive Positivism. **The Journal of Legal Studies**, vol. 11, nº 1, 1982, pp. 139-164.

_____. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 99-147.

_____. (Org). **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001.

COMMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, pp. 75-98.

COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CRUZ, Luiz. **La Constiución como Orden de Valores**. Granada: Ed. Comares, 2005.

DICKSON, Julie. Methodology in Jurisprudence: a critical survey. **Legal Theory**, vol. 10, 2004, 117–156.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**, Madrid : Revista de Occidente, 1966.

DUARTE, E. O., POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justice in Robes**. Londres: Belknap, 2006.

FIGUEROA, Alfonso García. El Paradigma Jurídico del Neoconstitucionalismo. *In*: FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). **Racionalidad y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 159-186.

FULLER, L.L. Positivism and Fidelity to Law. *In*: PATTERSON, Denis. **Philosophy of Law and Legal Theory: an anthology**. Cornwall: Blackwell, 2003, p.91-115.

GUASTINI, Ricardo. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. **Analisi e diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. Disponível em:<http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/> Acesso em 20 de agosto de 2006.

HART, H. L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

_____. Entrevista a H.L. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, 1988. Entrevista a Juan Ramón de Páramo, pp. 339-361.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. nº 71, 1958, pp. 593-629.

_____. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HIMMA, K. E. Inclusive Legal Positivism. *In: COLEMAN, J (Org.). SHAPIRO, SCOTT (Org.).*

Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Nova Iorque: Oxford

University Press, 2004, pp. 125-165.

_____. Hart and The Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 1-43.

HOLMES, O. W., *The Path of Law.* *In: PATTERSON, Denis.* **Philosophy of Law and Legal**

Theory: an anthology. Cornwall: Blackwell, 2003.

HOERSTER, Norbert. **En Defensa del positivismo Jurídico.** Barcelona: Gedisa, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRAMMER, M. H. **In Defense of Legal Positivism.** Nova Iorque: Oxford University Press,

1999.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 9ª ed. São Paulo: Perspectiva,

2006.

_____. Second Thoughts on Paradigms. *In: The Essential Tension.* Chicago: The University of

Chicago Press, 1977, 293-319.

LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart: the nightmare and the noble dream.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

LEITER, Brian R. **Beyond the Hart/Dworkin Debate: the methodology problem in jurisprudence.** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=312781>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2008.

LYONS, David. Principles, Positivism, and Legal Theory. **The Yale Law Journal**, vol. 87, nº 2, 1977, pp. 415-435.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 05 de novembro de 2007.

MÄMARI, Stephens. Mäori Law and Hart: a brief analysis. **Victoria University of Wellington Law Review**, nº 44. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRev/2001/44.html>>. Acesso em: 07/12/2007.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia Analítica.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARMOR, Andrei. *Legal Positivism: still descriptive and Morally neutral?* **Oxford Journal of Legal Studies**. vol. 26, nº 4, 2006, p.683-704.

_____. Legal Conventionalism. *In*: COLEMAN, JULES. **Hart's Postscript**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 193-217

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIÑO, C. S. **El Constructivismo Ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PAIXÃO, Cristiano. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do Direito**. Belo Horizonte-MG: UFMG-Pós-Graduação em Direito, 2004. 417 p.

PATTERSON, Dennis (Org.). **Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. **Doxa**. nº 21, vol. II, 1998, pp. 339-353.

_____. **Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Turim: Giapichelli, 2001.

_____. Metacritica del Neoconstitucionalismo: una risposta ai critici di neocostituzionalismo e positivismo giurico. **Diritto e Questione Pubbliche**. nº 3, 2003, pp. 51-70

_____. Inclusive Positivism: alcune critiche. In: **Diritto & Questione Pubbliche**, n° 1, 2001.

Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-1/contributi.htm>

Acesso em: 15 de fevereiro de 2008.

PRIEL, Danny. Farewell to Exclusive-Inclusive Debate. **Oxford Journal of Legal Studies**. vol.

25, n° 4, 2005, pp. 675-696.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Nova Iorque: Clarendon Press, 2002.

_____. Authority, Law and Morality. **The Monist**, vol. 68, n° 3. Illinois: The Hegeler

Institute, 1985, pp. 295-324.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Giovanni. ANTISSERI, Dario. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus. vol. 3, 2005.

RODRÍGUEZ, Cesár. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del

Hombre, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro:

Lúmen Júris, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2000.

SCHAUER, Frederick. (RE)TAKING HART. **Harvard Law Review**. Vol. 119, 2006, pp. 852-883.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?* **Diritto e Questione Publiche**. n. 3. 2003. pp. 38-49.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24 de janeiro de 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 16/12/2007.

_____. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, JULES. In: **Hart’s Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.

_____. Law Morality and the Guidance of Conduct. **Legal Theory**, vol. 6, nº 2, 2000, pp. 127-170.

SOPER, Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute.

Michigan Law Review, vol. 75, nº 3, 1977, pp. 473-519.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e**

sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**, 2005, (Tese de Doutorado) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. 2ª

edição revista e ampliada. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2000.

WALDRON, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: **Hart's Postscript: essays on the**

postscript to the *Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 411-33.

WALUCHOW, W. J. The Many Faces of Legal Positivism. **University of Toronto Law**

Journal, Vol. 48, nº. 3, 1998, pp. 387-449.

_____. **Inclusive Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

_____. Authority and Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, nº 6, 2000, pp. 45-81.

WINCH, Peter. **A Idéia de uma Ciência Social**. Trad. Anísio Teixeira e Vera Freitas de Castro.
São Paulo: Ed. Nacional, 1970.

ZAGBREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta, 1995.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)