UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

**A construção do enfoque nas teorias jurídicas:
subsídios para repensar o debate
em torno da racionalidade no direito**

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

SÃO PAULO

2010

CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA

**A construção do enfoque nas teorias jurídicas:
subsídios para repensar o debate
em torno da racionalidade no direito**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da **Universidade de São Paulo**, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. RICARDO RIBEIRO TERRA

SÃO PAULO – 2010

Costa, Carlos Eduardo Batalha da Silva e
C871 A construção do enfoque nas teorias jurídicas : subsídios para repensar
o debate em torno da racionalidade no direito / Carlos Eduardo Batalha da
Silva e Costa. São Paulo : USP, 2010.

187 f.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Filosofia.

Orientador : Ricardo Ribeiro Terra.

1. Teorias Jurídicas. 2. Racionalidade. 3. Hermenêutica Jurídica. 4.
Positivismo Jurídico. 5. Discurso Jurídico. I. Terra, Ricardo. II.
Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências
Humanas. Departamento de Filosofia.

CDU 340:12

Este trabalho é dedicado a meus pais,

MARIA THEREZINHA e EURÍPEDES

AGRADECIMENTOS

O estímulo para escrever esta tese de doutorado nasceu no interior do NÚCLEO “DIREITO E DEMOCRACIA”, vinculado ao CENTRO BRASILEIRO DE ANÁLISE E PLANEJAMENTO – CEBRAP e apoiado pela FAPESP, sob a forma de Projeto Temático. Os integrantes deste núcleo de pesquisa acolheram o autor desta tese com grande generosidade e lhe ofertaram a possibilidade de acompanhar e participar de excelentes discussões que renovaram, por completo, seus interesses e suas questões sobre a sociedade contemporânea, sob diversos aspectos. A primeira oportunidade para repensar de modo interdisciplinar o problema da racionalidade do direito positivo surgiu nesse contexto, muito antes do início das atividades de pós-graduação junto ao Departamento de Filosofia da FFLCH/USP.

A *todos* os integrantes do Núcleo – desde seu início em 1999 até o presente – é devido, portanto, o primeiro agradecimento desta pesquisa, em conjunto com um justo reconhecimento à inteligência e à sensibilidade de SORAYA DIB-ABDUL NOUR, que orientou o autor – ainda quando estudante na Faculdade de Direito da USP – a conhecer o trabalho dos Profs. Drs. RICARDO R. TERRA e MARCOS S. NOBRE.

Na condição de coordenadores do NÚCLEO “DIREITO E DEMOCRACIA”, ambos os professores acabaram por ocupar, cada um a seu modo, a posição de orientadores de todo este trabalho. O Prof. Dr. MARCOS NOBRE contribuiu para que fronteiras, teóricas e práticas, não fossem naturalizadas. Recomendou autores e temas contemporâneos (não apenas no campo da filosofia do direito e da teoria política) e despertou, com peculiar habilidade, sua discussão. O Prof. Dr. RICARDO TERRA criou condições para que essas descobertas convergissem para uma tese de doutoramento. Além de admitir o autor como seu orientando junto ao programa de pós-graduação em Filosofia da FFLCH/USP, o Prof. RICARDO manteve-se um interlocutor paciente, interessado e encorajador, que sempre permitiu que o autor caminhasse segundo suas próprias escolhas, durante todas as diferentes etapas de pesquisa e reflexão (às vezes estética, às vezes política, às vezes ético-jurídica). Seus comentários trouxeram a base de sustentação e o horizonte para o

resultado que aqui se apresenta. Por isso, quaisquer virtudes que puderem ser encontradas nesta pesquisa devem ser atribuídas, sem dúvida, ao seu orientador.

No âmbito da secretaria do Departamento de Filosofia da FFLCH/USP, MARIE MÁRCIA PEDROSO e MARIA HELENA BARBOSA DE SOUZA muito auxiliaram para a conclusão deste trabalho. No curso de pós-graduação, contribuíram para a elaboração do deste texto, com críticas e sugestões, dois amigos presentes desde a graduação: CARLOS EDUARDO RIBEIRO e MÁRCIO JOSÉ SILVEIRA LIMA. Sem esse apoio o autor encontraria dificuldades ainda maiores para estabelecer como fio condutor da pesquisa a questão do enfoque interpretativo.

O autor agradece, igualmente, o apoio encontrado no âmbito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, com especial menção ao seu coordenador pedagógico, MAURO PARDELLI COLOMBO, aos Professores ALBERTO GOSSON JORGE JÚNIOR, ANA CAROLINA DA MATA CHASIN, ARIANI BUENO SUDATTI, CARMEN SILVIA FULLIN, FELIPE GONÇALVES SILVA, MARCELO SOUZA KOCH VAZ DOPPENSCHMITT, MÁRCIA ARNAUD ANTUNES e MAURÍCIO PAGOTTO MARSOLA, às bibliotecárias MARIA DE FÁTIMA CÂNDIDO e MARIA TERESINHA ZERRENNER CAMURI, e aos alunos FELIPE EPPRECHT DOUVERNY e HABACUQUE WELLINGTON SODRÉ, que, aliás, muito bem representam a excelência do corpo discente com o qual o autor tem tido o privilégio de dialogar.

Na Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado, a gratidão se dirige, em primeiro lugar, à Profa. NÁILA CRISTINA FERREIRA NUCCI, coordenadora de disciplinas, e ao Prof. MARCOS RENATO SCHAHIN, com quem o autor compartilha aulas e interesses sobre a teoria contemporânea do direito. Pela amizade e confiança, os Professores CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT, DANIEL PORTO GODINHO DA SILVA e JOSÉ RUBENS DE MORAES também não podem ser esquecidos. Um agradecimento particular, contudo, é devido ao Prof. ARTUR MARQUES DA SILVA NETO, pela troca de idéias sobre as imagens do direito no campo audiovisual, ao Prof. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, pela ajuda na obtenção de obras jurídicas de difícil acesso, e ao Prof. RUBENS FERNANDES JÚNIOR, pelas orientações para o estudo do foco com relação à imagem fotográfica.

No ambiente acadêmico da teoria jurídica e da história do direito, conversas com os Professores EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES, RONALDO PORTO MACEDO JR., SAMUEL RODRIGUES BARBOSA e THIAGO DOS SANTOS ACCA trouxeram referências importantes para este trabalho.

Fora do campo filosófico-jurídico, acompanharam a construção desta tese, com muito cuidado e compreensão, MARIANNA SCHONTAG e MARIA JOSÉ CASARIN ARCIERI OLMOS. Também estiveram presentes amigos valiosos para o autor: DAVID MEDEIROS NEVES, FÁBIO ROGÉRIO BOJO PELLEGRINO, FERNANDO LESSA DA SILVA, FLÁVIO JOSÉ GOSLING, GUILHERME JOSÉ FARIAS, JOSÉ LUÍS GOMEZ GONZALES JÚNIOR e WELLINGTON YAMAGUTI. Junto a eles, merecem especial agradecimento ADROALDO JOSÉ FRANTZ, CELINA DIAFÉRIA, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO e MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, que trouxeram ao autor idéias, livros e esperanças. LUCIANA BARBOSA MUSSE fez o mesmo, incansável em sua disposição para ajudar neste trabalho, sempre próxima e carinhosa, como PATRÍCIA VERÍSSIMO STAINE. CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI auxiliou na revisão.

Para concluir estes agradecimentos, o autor deseja reconhecer sua maior dívida de gratidão – acadêmica e pessoal – para com o Prof. Dr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, o Prof. Dr. JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, THIAGO FRANCISCO DA SILVA BRITO, CÉSAR CARVALHO DE PAULA CÔRTEZ e JADER MANOEL e MARIA CECÍLIA DE FREITAS CAMPOS. Sem eles, dentro e fora deste trabalho, o enfoque não seria um *sentido*.

Assim como nada seria possível sem EURÍPEDES WELLINGTON DA SILVA E COSTA e MARIA THEREZINHA BATALHA DA SILVA E COSTA. Não à toa, este texto lhes é dedicado, com grande *amor*.

São Paulo, abril de 2010.

RESUMO

COSTA, CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E. **A construção do enfoque nas teorias jurídicas: subsídios para repensar o debate em torno da racionalidade no direito.** 2010, 187 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

A relação entre razão e direito faz parte da tradição do pensamento ocidental. No período moderno, essa relação serviu de base para o surgimento de uma cultura jurídica autônoma, dentro da qual foram elaboradas as idéias de “sujeito de direito” e “sistema jurídico”. No entanto, a modernidade também criou condições para o nascimento das chamadas “teorias jurídicas”, que se constituem como uma nova forma de discurso jurídico, distinta das teorias filosóficas e das dogmáticas jurídicas, por não manifestarem o modelo de racionalidade tradicional, associado à concepção de “lei natural”. Para compreender a racionalidade nesse novo âmbito do discurso dos juristas, é proposto, nesta tese de doutoramento, um caminho peculiar: por um lado, tomam-se por objeto teorias jurídicas que se tornaram referência no contexto anglo-saxônico, ou seja, fora dos marcos habituais da racionalização na Europa continental moderna; por outro lado, são considerados como fio condutor para esta investigação os enfoques interpretativos construídos como legítimos por essas teorias, em vez de configurar sua racionalidade a partir de divisões escolares ou matrizes epistemológicas. Essa delimitação permite revelar três modelos novos e distintos de racionalidade jurídica, que resultam do desenvolvimento de diferentes concepções de “pontos de vista” no contexto do debate entre as teorias jurídicas de John Austin, Oliver W. Holmes Jr., Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Esses três modelos, por sua vez, contribuem para ressaltar os limites heurísticos da contraposição positivismo vs. antipositivismo para tratar da racionalidade no direito contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: teorias jurídicas, racionalidade, ponto de vista, hermenêutica jurídica e positivismo jurídico.

ABSTRACT

COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e. **The Formulation of Focus in Legal Theories: a Contribution to Rethinking the Debate over Rationality in Law.** 2010, 187 p. Thesis (Doctoral) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, University of Sao Paulo. Sao Paulo, 2010.

The relation between reason and law is part of the Western thought tradition. In the modern period, this relation served as basis for the emergence of an autonomous legal culture, within which the ideas of "subjects of law" and "legal system" were elaborated. However, modernity has also created conditions for the birth of the so-called “legal theories”, which were constituted as a new form of legal discourse (distinct from the legal dogmatics and philosophical theories of law), for they do not present the traditional model of rationality – associated with the conception of “natural law”. A peculiar method is proposed in this doctoral thesis, in order to understand the rationality in this new sphere of legal discourse: on the one hand, legal theories which have become reference within the Anglo-Saxon world – *i.e.*, theories outside the usual landmarks of rationalization in modern continental Europe – are taken as object; on the other hand, the interpretive approaches (focuses) formulated as legitimate by these theories are considered as expressions of rationality, instead of rationality as originated from divisions by schools of thought or epistemological matrices. By means of this method, three new distinct models of legal reasoning are revealed. These models are the outcome of different concepts of "point of view" which were defended throughout the dialogue which took place between the theories of John Austin, Oliver W. Holmes Jr., Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin and Robert Alexy. These three models, in turn, contribute to highlighting the heuristic limits of the opposition “legal positivism” vs. “non-positivism” in the debate over rationality in contemporary law.

KEYWORDS: legal theories, rationality, point of view, legal interpretation and legal positivism.

SUMÁRIO

I. Apresentação do problema.....	11
 II. A construção do “enfoque externo”: a razão como discurso da utilidade.....	27
2.1 A transição para racionalidade no direito inglês: a teoria jurídica de Austin.....	27
2.1.1 O problema da tradição da lei natural.....	27
2.1.2 A reconstrução utilitarista da teoria da soberania.....	30
2.1.3 A reconstrução analítica do estudo das leis.....	35
2.2 O estabelecimento da racionalidade jurídica externa: a teoria jurídica de Holmes...37	
2.2.1 O problema do formalismo jurídico.....	37
2.2.2 A construção do “ponto de vista do homem mau”.....	44
2.2.3 A racionalidade a partir de predições.....	45
 III. A construção do “enfoque interno”: a razão como discurso da validade.....	50
3.1 A busca por uma racionalidade jurídica interna: a teoria jurídica de Kelsen.....	50
3.1.1 O problema do conhecimento não-científico.....	50
3.1.2 A construção do “ponto de vista do terceiro desinteressado”.....	51
3.1.3 A racionalidade diante da moldura.....	59

3.2 A consolidação da racionalidade jurídica interna: a teoria jurídica de Hart.....	76
3.2.1 O problema dos modelos simples de sistema jurídico.....	76
3.2.2 A construção do “ponto de vista interno ao sistema jurídico”	82
3.2.3 A racionalidade diante da textura aberta.....	94
IV. A construção do “enfoque judicial”: a razão como discurso de justificação...	101
4.1 Por uma racionalidade prática jurídica: a teoria jurídica de Alexy.....	101
4.1.1 O problema da realização dos valores constitucionais.....	101
4.1.2 A construção do “ponto de vista do participante”	103
4.1.3 A racionalidade por meio da ponderação.....	120
4.2 Por uma racionalidade jurídica compartilhada: a teoria jurídica de Dworkin.....	127
4.2.1 O problema do discurso da validade.....	127
4.2.2 A construção do “ponto de vista do juiz”	137
4.2.3 A racionalidade por meio da integridade.....	142
V. Conclusões, implicações e novas questões.....	158
Referências.....	164

I.

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

1. Esta tese de doutorado insere-se no campo das investigações filosóficas sobre as manifestações do fenômeno jurídico na sociedade ocidental. Seu *tema* diz respeito, mais exatamente, ao discurso jurídico. Identificando-se o termo “discurso” à concepção de “situação comunicativa”¹, torna-se claro que o tema aqui visado é bastante amplo. Há inúmeras situações comunicativas jurídicas que podem ser investigadas filosoficamente. Tradicionalmente, a pesquisa filosófico-jurídica se dedica principalmente a três dessas situações: a produção de normas, a aplicação de normas e o estudo científico das normas de direito. Em que pesem as dificuldades para caracterizar e diferenciar essas situações, é possível, no campo dos estudos sobre o discurso jurídico, justificar tal delimitação por analogia com a conhecida distinção aristotélica dos três gêneros retóricos: judicial, deliberativo e demonstrativo. Nesse sentido, é possível dividir a investigação filosófica do discurso jurídico em três campos, que teriam por objeto o “discurso judicial”, o “discurso da norma” e o “discurso da ciência do direito”².

Neste trabalho, porém, para delimitarmos nosso tema, não tomaremos por referência a tradição dos estudos filosóficos. Para compreender o discurso jurídico, levaremos em consideração a categoria social dos juristas³. Discurso jurídico será, assim, antes de tudo, uma modalidade de discurso operada por especialistas em direito.

---

¹ FERRAZ JR., 1997: IX-XIV e 57-71.

² FERRAZ JR., 1997: XII-XIII.

³ Tomamos por base, em certa medida, a distinção operada por Norberto Bobbio entre “filosofia do direito dos filósofos” e “filosofia do direito dos juristas”, bem como as considerações de Theodor Viehweg e Michel Troper, no sentido de que é possível proceder uma distinção entre a “filosofia do direito dos juristas” e a atividade realizada pelos “teóricos do direito”. Cf. BOBBIO, 1965b: 43-46; VIEHWEG, 1979, TROPER, 2008: 17-20.

Além disso, entre diferentes manifestações de discurso feitas por juristas, optamos por dar atenção justamente a uma forma de discurso que, tradicionalmente, acaba sendo confundida com o discurso científico a respeito do direito. Nosso *ponto de partida* serão as chamadas “teorias jurídicas”. Essa outra forma de discurso jurídico, que se desenvolveu nas sociedades ocidentais a partir da modernidade, também apresenta caráter teórico, assim como as teorias filosóficas sobre o direito e a ciência dogmática do direito que se formou na Europa continental, especialmente a partir do século XIX. No entanto, o que aqui chamaremos de “teorias jurídicas” será postulado como uma modalidade peculiar de discurso jurídico, que se diferencia tanto das teorias filosóficas quanto das dogmáticas jurídicas. Os motivos para essa opção e suas implicações para este trabalho encontram-se a seguir.

2. Como dissemos, as chamadas “teorias jurídicas” têm sua origem no âmbito da cultura jurídica da modernidade. Seu aparecimento está ligado a certas condições sociais que ganharam força por volta do século XVII e permitiram a formação de uma cultura jurídica autônoma. Entre essas condições, com certeza se destaca o que a teoria dos sistemas sociais denomina como “o processo de diferenciação do sistema jurídico”, especialmente perante a religião, a moral e a política⁴. Contudo, tendo em vista a delimitação de nosso tema, outra transformação da cultura jurídica na modernidade também merece atenção. Para a consideração do que chamamos de teorias jurídicas, importa o desenvolvimento moderno de um entendimento universalista da identificação do direito.

O desenvolvimento desse entendimento universalista está ligado ao aparecimento de teorias jusnaturalistas de feição antropológica⁵, com as obras de Grócio e Hobbes, e sua posterior sistematização por Pufendorf e Kant. Ele também está vinculado ao racionalismo iluminista, que consolidou tal entendimento, seja para superar a crise do *ius commune* no período do Absolutismo esclarecido, seja para objetivos mais diretamente vinculados às revoluções burguesas. Em termos sociais, porém, a principal manifestação dessa transformação da cultura jurídica está na elaboração de sucessivas declarações de “direitos do homem”, entre as quais destacam-se as várias declarações francesas de 1789 a 1795 e relevantes partes das codificações

---

⁴ LUHMANN, 1983a: 15.

⁵ LOPES, 2004: 122.

civis da Prússia (1794), da França (1804) e da Áustria (1811)⁶. Com o aparecimento das declarações de direitos, que promoveram a positivação do que se compreendia como direito racional, as teorias filosóficas do direito pareceram alcançar seu maior grau de realização. Essa realização, contudo, também lhes trouxe um problema. Sua positivação acabou por atingir essas teorias em sua função.

A partir de agora, elas não mais se desenvolveriam sob uma perspectiva predominantemente filosófica, tal como ocorrera desde o século XVI até o final do século XVIII. Se antes era inegável a contribuição da teoria do direito para o debate filosófico – bastando, para comprovar isso, observar a obra de Pufendorf, cujo *De officio hominis et civis* produziu impacto não apenas sobre três gerações de juristas de muitas partes da Europa, mas também de influenciou a obra de Wolff, Rousseau e Kant –, com sua nova fundamentação positiva, o discurso jusnaturalista encaminhou-se para os domínios do que Viehweg chamou de “enfoque dogmático” do conhecimento jurídico, assumindo uma nova forma de relação com a chamada dogmática jurídica. São essas as teorias do direito que consideramos nesta tese para tratar do tema da razão jurídica.

Trataremos, pois, das teorias que, a partir do século XIX, foram elaboradas pelos juristas sob um novo regime de relação com as chamadas dogmáticas jurídicas. Viehweg denomina essas teorias como “teorias jurídicas de base”, tendo em vista a posição dessa forma de conhecimento jurídico para formulação de uma ciência do direito⁷. Aqui essas teorias serão chamadas apenas como “teorias jurídicas” (doravante sem aspas), para indicar uma nova forma de conhecimento do direito que se diferenciava tanto das teorias filosóficas do direito (das quais, de certa forma, decorria) quanto das dogmáticas jurídicas, com as quais, contudo, estabelecia a partir daquele momento uma forte relação. O estabelecimento dessa relação, aliás, contribuiu para a formação do *problema* que aqui será investigado. Mas isso somente será compreensível se, antes, esclarecermos que as três principais transformações pelas quais passou a concepção de dogmática jurídica no contexto do século XIX.

---

⁶ VIEHWEG, 1997: 114-115; COMPARATO, 2001: 122-160.

⁷ VIEHWEG, 1997: 115.

3. Como parte do conhecimento do direito, a dogmática foi tradicionalmente concebida como “o artesanal da jurisprudência”, ou seja, “o saber jurídico artesanal” ligado à “aplicação real e imediata” do direito⁸. Não se apresentava diretamente ligada às manifestações teóricas, no sentido forte da palavra “teoria”. Por isso mesmo, na perspectiva dos sistemas sociais, sua formulação poderia ser vinculada a uma etapa do processo de abstração do sistema jurídico. Dentro dessa etapa, a sociedade, junto com a formação de suas regras jurídicas, elaboraria também um conjunto específico de critérios para disposição (sistematização, interpretação, aplicação) dessas regras jurídicas. Esses critérios de disposição poderiam estar relacionados de um modo imediato a determinados casos concretos (casos numerosos, famosos, importantes etc.). Assim, assumiriam a forma de uma “casuística”. Quando, porém, os critérios de disposição passaram a ser resultado de reflexão e articulação dos fundamentos de semelhança entre os casos, assumindo uma nova forma ainda mais abstrata (conceitos, institutos, classificações, princípios, máximas etc.), pode-se então falar em uma “dogmática” do direito⁹.

Na condição de conjunto de critérios que a experiência traz aos juristas para que o direito possa ser afirmado em cada situação concreta, a dogmática poderia estar limitada à parte “técnica” do conhecimento do direito, com sua elaboração conceitual e classificadora do material jurídico¹⁰. No entanto, durante o século XIX, ganhou fôlego (até mesmo por causa da difusão e da influência do positivismo científico) a busca por um lugar para a dogmática jurídica no âmbito do debate sobre ciência do direito. Essa busca provocou reações negativas de alguns juristas, que entendiam, por exemplo, que a dogmática “tem por objeto o dogma do direito, isto é, os cânones, as regras do direito positivo, as leis” e, com isso, seria composta por “preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações, ordens que se impõem à vontade”, não se confundindo com as

---

⁸ Era nesse sentido que Gustav Hugo, por exemplo, mencionava a dogmática jurídica em sua “filosofia do direito positivo”. Cf. VIEHWEG, 1997: 88.

⁹ Para uma compreensão da distinção e da relação entre “casuística” e “dogmática”, cf. LUHMANN, 1983a: 33.

¹⁰ Nesse sentido, cf. CARNELUTTI, 2003: 61-66, especialmente o trecho em que é feita a distinção entre técnica e ciência no âmbito da jurisprudência.

afirmações científicas, “que se dirigem à inteligência”¹¹. A rejeição da dogmática como ciência, porém, não resistiu às transformações modernas da idéia de “historicidade”. Entre os modernos, a História não mais se reduz ao desenrolar dos eventos que afetaram a vida dos homens no passado. A idéia moderna de História traz consigo a idéia de um processo social feito pelo homem, talvez o único processo global cuja existência se deve inteiramente ao ser humano¹². Dentro desse processo, o acontecimento presente também pode ser qualificado como histórico. Logo, se a história pode ser compreendida como um conhecimento científico, e a dogmática jurídica em sua relação com “o que é direito” (no presente) é uma forma especial de conhecimento histórico, então a dogmática do direito parece perder seu caráter artesanal ou cientificamente duvidoso. Ela pode, agora, ser considerada pelos próprios juristas dogmáticos como parte integrante de uma ciência do direito¹³. Essa foi sua primeira grande transformação.

Essa inserção do “artesanal da jurisprudência” no campo científico certamente não supera, na perspectiva dos sistemas sociais, a possibilidade de uma distinção entre teoria do direito e ciência jurídica. Devido à própria diferenciação entre sistema jurídico e sistema científico, com estruturas e processos próprios em cada caso, ainda hoje mantém-se possível diferenciar, por um lado, as auto-abstrações conceituais que caracterizam a dogmática do direito e, por outro, sua análise científica, que aspira àquela autonomia de conhecimento que se impôs junto ao desenvolvimento moderno das ciências em geral¹⁴. Todavia, o desenrolar progressivo de um debate em torno da metodologia para constituição de uma “ciência *dogmática* do direito” criou condições

---

¹¹ Cf., a propósito dessas idéias, LESSA, 2000: 54 ss. O jurista em questão – importante mestre da primeira geração positivista no início da filosofia do direito em São Paulo – entendia que a ciência do direito correspondia à “teoria verdadeira acerca da restrição das atividades voluntárias”, sendo necessária para sua compreensão “estudo das condições de vida, os fatos, o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade”. Já as teorias dogmáticas (tais como a doutrina da ignorância e do erro de direito, da retroatividade das leis e da eficácia das leis no espaço), mesmo se assemelhando a “verdades gerais, induzidas da observação de fatos sociais”, eram simplesmente “a explanação de uma arte”. Logo, confundir dogmática e ciência do direito lhe parecia “desconhecer um dos mais vulgares elementos da lógica”. Para uma análise dessa concepção, cf. REALE, 1992: 124 ss.

¹² ARENDT, 1992: 89.

¹³ VIEHWEG, 1997: 89.

¹⁴ LUHMANN, 1983a: 21.

no século XIX para que se colocasse em questão a função social da ciência jurídica e a própria relação entre dogmática e sistema social. Aí se encontram as bases para uma segunda transformação relevante na idéia de dogmática jurídica: a possibilidade de sua problematização funcional.

Esse questionamento ultrapassa a discussão do início do século XIX sobre a historicidade da matéria jurídica. Para os historiadores do direito, a reflexão sobre a função da dogmática jurídica relaciona-se, de certa forma, à polêmica erguida pelos defensores da chamada “jurisprudência dos interesses” contra a perspectiva da “jurisprudência dos conceitos”, que pretendia relacionar a dogmática jurídica (em sua atividade de disposição conceitual autônoma de questões jurídicas) tão-somente ao interesse de conhecimento do direito. Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, esse debate diz respeito, mais exatamente, à própria concepção de sistema, que se transforma em face do aparecimento das perspectivas evolucionistas em outras disciplinas científicas (tais como a biologia), as quais obrigaram o conhecimento científico a situar no próprio objeto o que se entendia por ordem, organização, sistema, fundamentando assim sua própria sistemática a partir do objeto¹⁵. A segunda fase da obra de Rudolf von Ihering pode ser identificada como o lugar teórico no qual esse debate desenvolve-se em termos jurídicos.

Nessa segunda fase, a perspectiva histórico-natural que orientava os primeiros escritos teóricos de Ihering foi substituída por um “utilitarismo social”, que passou a ser assumido como método para o conhecimento científico do direito¹⁶. Com isso, a idéia fundamental de Ihering tornou-se a seguinte: todas as proposições jurídicas são criadas e podem ser explicadas a partir de alguma “finalidade”, ou seja, de algum “motivo prático”. Como as finalidades são postas por algum sujeito, há, portanto, por detrás das proposições jurídicas, um sujeito que estabelece essas finalidades e que dá prosseguimento a esses fins por meio da imposição do direito.

Ora, na medida em que a atividade de dizer o direito encontra-se associada à centralização do poder na figura do soberano estatal, esse sujeito dos fins deve corresponder, obviamente, à figura do legislador. Contudo, tomando por referência a

---

¹⁵ LUHMANN, 1983a: 18.

¹⁶ LARENZ, 1997: 55-63.

idéia de que o soberano não corresponde a uma vontade particular, Ihering concebe o legislador como uma figura mais ampla. O legislador é, em sua teoria, a própria sociedade, que aparece como o sujeito das finalidades de todas as proposições jurídicas. Como ressalta Durkheim¹⁷, para Ihering, a causa prática que gerou o direito é a necessidade de assegurar as condições de existência da sociedade. Assim, o direito torna-se uma força imanente à sociedade (um conjunto de regras estatais postas a serviço de um fim social) e, no mesmo movimento, a compreensão do direito é afastada tanto da análise lógica quanto da psicológica. O saber jurídico encaminha-se, então, em direção às teorias sociais.

O uso do termo “interesse”, apesar de repleto de problemas¹⁸, assinala essa virada “sociológica” do pensamento jurídico, a partir da qual o sistema jurídico pode se compreender, cada vez mais, como sistema parcial da sociedade e o pensamento jurídico pode ser entendido como um sistema de ações (e não de conceitos). No dizer de Luhmann, trata-se aqui de sempre atribuir a criação de sistemas, antes de tudo, à própria sociedade e, somente a partir deste pressuposto, perguntar tanto pelos resultados da auto-organização e auto-abstração dos sistemas parciais da sociedade como pelas condições de sua possibilidade¹⁹. Com esse novo conceito de sistema, a dogmática ganha uma nova base: ela passa a depender da legislação em medida maior do que anteriormente ocorria, pois para caracterizar o direito a dogmática deve agora pressupor a valoração de interesses (isto é, imposição de finalidades) por parte do legislador. E isso conduz à idéia de que a dogmática possui uma função *imanente* ao sistema jurídico enquanto sistema parcial da sociedade²⁰.

Essa função imanente foi muitas vezes afirmada do seguinte modo: enquanto a teoria geral do direito estuda o direito positivo em seus conceitos mais gerais (e,

---

¹⁷ DURKHEIM, 2006: 56 ss.

¹⁸ As insuficiências de sua formulação enquanto “saber sociológico” são destacadas por alguns importantes teóricos preocupados com essa perspectiva: LUHMANN, 1983a: 19; DURKHEIM, 2006: 55; OLIVECRONA, 2005: 20. Olivecrona, aliás, sequer insere Ihering entre os defensores de uma concepção naturalista do saber jurídico. Para ele, a teoria de Ihering ainda apresenta em seu conceito de direito subjetivo um velado enfoque metafísico.

¹⁹ LUHMANN, 1983a: 19.

²⁰ LUHMANN, 1983a: 20.

portanto, em seus aspectos puramente formais), a dogmática jurídica estuda o direito positivo em seu conteúdo²¹, tendo, por isso, considerável importância em sua investigação os aspectos nacionais do material jurídico (sendo por isso mais preciso utilizar, para tratar da dogmática do direito, expressões como “direito civil brasileiro”, “direito público francês”, “direito privado alemão” etc.)²². Na famosa abertura da “Teoria Pura do Direito” de Kelsen, bem como no prefácio de sua “Teoria Geral do Direito e do Estado”, é possível encontrar um entendimento da teoria geral como “análise estrutural do direito positivo” que parece confirmar que a função das dogmáticas jurídicas está na “sistematização e na interpretação de particulares normas jurídicas”²³.

Contudo, a imanência da função das dogmáticas jurídicas não diz respeito propriamente a esses aspectos. Ela está relacionada, de modo mais direto, à idéia de que as dogmáticas jurídicas – como partes integrantes do sistema jurídico – possuem uma função *social*. Para que isso torne-se claro, é importante entender uma terceira transformação da dogmática jurídica ocorrida durante o século XIX. Essa modificação está ligada ao processo social de positivação do direito.

Esse processo é um dos fenômenos mais característicos da experiência jurídica européia entre os séculos XVI e XVIII. Ele corresponde, neste contexto, ao fato do direito apresentar-se cada vez mais sob a forma escrita. Para tanto contribuiu a exigência política de progressiva concentração do poder de legislar. Essa exigência marcou o período do Estado absolutista e se expressou tanto por meio da redação oficial de grande parte das regras costumeiras quanto pelo aumento da quantidade de leis emanadas pelo poder constituído. O advento das revoluções burguesas promoveu a modificação das concepções absolutistas de Estado, mas não alterou esse direcionamento do fenômeno jurídico para a positivação. O surgimento de declarações de direitos naturais, nas quais se vinculava a soberania à nação e se proclamava a

---

²¹ LUMIA, 1983: 5.

²² VIEHWEG, 1997: 119.

²³ KELSEN, 1984: 17; KELSEN, 2005: XXVII- XXXIV. Esse modo de compreender a função imanente da dogmática também pode ser encontrado no verbete de Aulis Aarnio sobre “Dogmática jurídica” para ARNAUD, 1999: 284-287.

distinção entre os tribunais e o corpo legislativo, confirmou a importância dos preceitos legais, agora entendidos como legítima expressão da vontade geral²⁴.

Exigências morais também podem ser elencadas como fatores do processo de positivação. Nesse sentido, a ampliação e a centralidade do direito positivo no período de formação do Estado moderno podem ser compreendidas como parte de um processo social mais amplo, caracterizado pela desintegração das concepções clássicas de comunidade, que se baseavam na comunhão recíproca de expectativas e, especialmente, em noções comuns do que seja certo e do que seja errado. Quando as concepções de vida virtuosa e excelente se deslocam para o domínio privado e os homens, identificados como livres a partir de sua consciência, já não se sentem tão seguros quanto ao que devem e não devem fazer, apresentando menor adesão irrefletida a concepções morais comuns e, conseqüentemente, menor certeza quanto à possibilidade das relações sociais confirmarem suas expectativas, ganha importância o direito positivo, cujo estabelecimento expressa, assim, uma das formas de controle das inseguranças no agir e das incertezas no pensar que marcam a individualidade moderna²⁵.

Esse processo, que leva ao surgimento de direitos fundamentais positivos (os quais, por sua vez, reforçam a idéia de que todo direito é direito *positivo*), permite aos juristas do século XIX identificar a relação de aplicação (a imputação de regras jurídicas a casos concretos) como uma relação variável por ambos os lados. No âmbito da positivação do direito como relação causal entre vontade do legislador e a norma legislada²⁶, não apenas os casos são contingentes (podendo ter lugar ou não, ter uma forma ou não etc.); também as próprias regras são contingentes (podendo ser fixadas de uma ou outra maneira, ser interpretadas de uma ou outra maneira etc.)²⁷. Nada mais é necessário na relação de aplicação. O que surge então como necessário, para que a própria relação se estabeleça, é a dogmática jurídica, na medida em que passa a ter por função a buscar de uma limitação para a arbitrariedade das variações que se fazem

---

²⁴ FERRAZ JR., 2003: 72-73; COMPARATO, 2001: 151-153; BOBBIO, 1995:26-27.

²⁵ UNGER, 1979: 71-72; SIMMONDS, 2002:393-394.

²⁶ FERRAZ JR., 2007: 89.

²⁷ FERRAZ JR., 2008: 74.

possíveis em uma relação que se apresenta como contingente por ambos os lados. Nesse sentido, é possível dizer que a dogmática tornou-se *necessária* no contexto do século XIX²⁸. E aí se encontra sua função social: a matéria jurídica levada à forma de abstrações conceituais e instituições de regulação do sistema jurídico pode não apenas sistematizar-se e ordenar-se segundo princípios, mas também pode converter-se em uma “massa dinâmica e autocrítica”²⁹, que contribui para o processo de aplicação do direito, regulando o modo pelo qual os juristas dispõe de todo o material jurídico³⁰.

A dúvida que aqui se coloca é a de saber, mais exatamente, como será possível desenvolver essa atividade de crítica do direito. Durante a modernidade, o discurso responsável por essa atividade podia ser encontrado nas teorias do direito natural racional. No entanto, como aqui já foi ressaltado, essas teorias assumiram – no mesmo contexto da moderna transformação da dogmática – a nova posição de “teoria jurídica básica”. No interior dessa posição, o discurso jusnaturalista já não correspondia a um ponto de vista predominantemente crítico. Perdia, assim, seu caráter propriamente filosófico, sobretudo quando se tem em mente o sentido que a análise crítica possuía na fase inicial do período da Ilustração. Seria então toda a crítica absorvida pelo próprio funcionamento do sistema jurídico, ocasionando o fim de uma teoria propriamente dita do direito? Ou essa situação seria o início de uma identificação necessária entre filosofia jurídica e pensamento idealista, de tal modo que o preço a pagar pela manutenção do enfoque filosófico do direito seria a perda de todo e qualquer contato com os direitos positivos?

O fenômeno da positivação, nesses termos, não deve ser entendido apenas como ampliação da fixação do direito sob a forma escrita para atender à moralidade política das sociedades modernas. Em uma perspectiva especificamente jurídica, é possível afirmar que a positivação também corresponde a um processo interno de reestruturação da concepção do direito como um sistema. Nessa perspectiva, percebe-se que a concepção de sistema jurídico, uma vez associada à idéia de direito positivo, deixa de assentar a congruência do direito na natureza, no costume, na revelação divina ou na

---

²⁸ LUHMANN, 1983a: 32.

²⁹ LUHMANN, 1983a: 20.

³⁰ LUHMANN, 1983a: 29.

consciência individual. Em vez disso, a congruência sistemática do direito passa a se basear na própria vida social moderna, com sua contingência e sua pluralidade. Como então, nesse contexto, identificar uma relação entre direito e racionalidade? Eis a pergunta que está no centro desta tese de doutoramento.

6. As relações entre direito e razão podem ser identificadas das mais diferentes formas. Consideradas como tema filosófico, elas podem ser encontradas desde a antiguidade clássica. Na obra de Aristóteles, a consideração da argumentação retórica no estabelecimento de verdades judiciais já sugere uma peculiar compreensão da “racionalidade jurídica”. A partir da imagem de dois oradores, representando ataque e defesa, defendendo teses contrapostas (discutindo, por exemplo, se Sócrates corrompe ou não a juventude), tendo em vista persuadir os juízes, é possível reconhecer no discurso judicial uma espécie de “princípio racional” segundo o qual a verdade deveria ali se manifestar por meio da confrontação de enunciados contraditórios entre si, sem, contudo, negar a importância da não-contradição, relevante em outros domínios discursivos (discurso demonstrativo)³¹. A razão jurídica de que tratamos tem aí parte de suas raízes, na medida em que essas operações retóricas – que podem ser identificadas como manifestações de raciocínio ou razão discursiva (*dianoia*, *logismos*) – contribuíram para a formação da idéia de *interpretatio* que foi desenvolvida posteriormente por manuais de *Topica* ou de *Dialectica legalis*, nos quais se ofereceriam modelos de raciocínio jurídico para o bom juiz ou para o bom jurista, com base em regras para o intérprete sob a forma de *argumenta* (*a simili*, *a contrario*, *a fortiori*, *a maiore ad minus* etc.) ou de regras para a solução de controvérsias para a resolução de controvérsias (pelas quais a *ars iudicandi* e a *ars disputandi* sempre se distinguiram da *ars inveniendi*)³².

As bases do que discutiremos nesta tese como racionalidade também passam, porém, por outro caminho da filosofia de Aristóteles. Esse caminho está relacionado ao uso aristotélico do termo *logos*, que pode ser encontrado em suas obras como um dos símbolos lingüísticos usados para indicar “relação matemática” (geométrica ou

---

³¹ WOLFF, 1996: 78-82.

³² BOBBIO, 1985: 21. Sobre a tópica aristotélica (em especial, como “*techne* de pensamento que se orienta para o problema” – o que tem significado relevante para a concepção de “teoria jurídica” que propomos nesta tese) e sua relação com a tópica posterior, cf. VIEHWEG, 1979: 23 ss.

aritmética) entre duas grandezas. O termo apresentava, assim, o sentido de “ligar”, “unir”, “juntar”, “pôr em conjunto”, o que criava condições para que também fosse usado no sentido de “palavra”, como signo que sintetiza em um fonema vários significados³³. Todavia, em conhecidas passagens da *Ética Nicomaquéia*, Aristóteles também se refere ao termo de outro modo, ao afirmar que é comumente aceito como homem virtuoso aquele que age em acordo com *orthos logos*³⁴. No contexto dessa expressão, o adjetivo *orthos* possui tanto o significado de “correto” quanto o de “ativo”, “orientador”, que nos “põe de pé (*orthos*) quando caímos”³⁵. Tem-se, então, a concepção de um *logos* que se manifesta não apenas nas conclusões corretas de um saber especulativo, mas também, e principalmente, nas orientações adequadas para a ação. A razão jurídica de que tratamos também tem relação com esse *logos* qualificado especialmente para a prática.

Não se trata, certamente, do mesmo *logos* antes referido. A ética aristotélica aponta agora para uma peculiar operação da alma que, mesmo sem se confundir com o saber demonstrativo, a ele se alinha, na medida em que o saber demonstrativo tem um objeto privilegiado (o Bem) que se constitui como pólo irradiador de todos os processos de desvendamento (*aletheia*) manifestados pelos demais níveis e gêneros de saber. Essa operação está associada à disposição da alma para a descoberta da verdade na ação (*phronesis*), entendida em acepção própria, distinta daquela encontrada na filosofia platônica³⁶. Contudo, esse detalhamento não impede Aristóteles de reconhecer que “se falar assim é verdade, por outro lado, não é nada claro”³⁷. A determinação do significado de *orthos logos* é controversa desde suas primeiras formulações.

Na cultura romana, a compreensão do *orthos logos* será feita, a partir dos estóicos, em termos de *recta ratio*. Por um lado, essa tradução latina de *logos* sob a forma de *ratio* (do verbo *reor*, que apontava para “medir”, “contar”) implicou, no

³³ GRANGER, 1969: 11; FERRAZ JR., 2003: 353.

³⁴ 1103b 26 e, com maior desenvolvimento, 1138b 18. Cf. ARISTÓTELES, 2009: 42 e 128ss; ROSS, 1987: 220 ss.

³⁵ Este sentido é dado por António de Castro Caeiro na tradução aqui utilizada: ARISTÓTELES, 2009: 254.

³⁶ LEOPOLDO E SILVA, 1996: 353.

³⁷ ARISTÓTELES, 2009: 128.

campo dos significados, uma aproximação entre razão e cálculo³⁸. Por outro lado, a compreensão estóica da ordem universal (*cosmos*) como unidade dotada de harmonia (*sympatheia*) criou condições para uma compreensão do *logos* como força imanente (*poioun*) ao universo, que resultou na postulação da concepção de uma *lex naturalis* (“aquela da relação universal que existe objetivamente entre os seres”³⁹). Como muitos juristas romanos clássicos – entre eles, Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino – receberam influência direta da doutrina estóica – que teve em Sêneca, Epicteto, Catão e Marco Aurélio seus mais conhecidos representantes – a discussão jurídica em torno da *lex* passou a se reportar também à idéia de lei natural e, com isso, as relações entre direito e razão ganharam suas primeiras manifestações dentro do debate próprio dos juristas.

Em Gaio, por exemplo, encontramos uma menção ao direito “*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*”. Cícero – mesmo sem vincular-se seja à tradição aristotélica, seja à doutrina estóica⁴⁰ – também advogou que a lei não é outra coisa que a razão justa (*lex nihil aliud, nisi recta...ratio*), falando da “*vera lex recta ratio naturae congruens*” e da “*lex ratio summa insita in natura*”. No terceiro livro que compõe o *De Republica*, ele se opõe à opinião, atribuída à Carneades, que desqualifica o direito natural (*ius autem naturale esse nullum*), afirmando que a *reta razão* é uma verdadeira lei conforme a natureza (III, cap. 22). No *De legibus*, defende que não devemos considerar correto tudo que é estabelecido pelos povos em suas leis porque se afastam da *reta razão*⁴¹.

A partir da Idade Média, as relações entre direito e razão concebidas por meio da associação entre *lex naturalis* e *recta ratio* ganharam novas manifestações, não apenas no campo da filosofia moral cristã, com a concepção tomista de que a lei é algo de razão (*lex est aliquid rationis*) ou ordenação da razão (*ordinatio rationis*)⁴². Também os juristas construíram novos exemplos da relação em questão. Na Europa Continental,

---

³⁸ GRANGER, 1969: 12.

³⁹ BILLIER, 2005: 2005: 94.

⁴⁰ Como ressalta STRAUSS (1971: 153-156), muitos elementos da obra de Cícero indicam sua vinculação ao ceticismo acadêmico.

⁴¹ BOBBIO, 1985: 21-22; BEVILAQUA, 1897: 42-46.

⁴² AQUINO, 2001: 521-523.

tornou-se conhecida a caracterização dos textos dos glosadores da *Littera Bolonienses* como *ratio scripta*. No contexto anglo-saxônico, por volta do século XV, os juristas que elaboraram as primeiras obras jurídicas de importância em língua inglesa – Thomas Littleton e Edward Coke – trataram a *common law* como *law of reason*⁴³.

Entretanto, durante o período medieval, começou a se desenvolver um novo significado para a *recta ratio*. Dentro da argumentação filosófica, surgiram dois lugares comuns que predispueram uma relação que não tinha sido realizada até aquele momento: a aproximação entre *ratio* e *conscientia*. Os dois lugares comuns que criaram contribuíram para essa relação foram: *contra conscientia erronea* e *conscientiam agere*. Sua utilização terá conseqüências importantes para o debate filosófico⁴⁴.

Com a primeira expressão, os tomistas sublinharam uma espécie de objetivação da consciência como vinculação à vontade divina. A *conscientia erronea* opunha-se à *conscientia recta*, como uma espécie equivocada de aplicação da sabedoria prática; falava-se em *error in iudicium rationes practicae*, ou seja, erro no julgamento da razão prática. Essa objetivação – que retira o termo *conscientia* do campo das ações e inicia sua transformação em uma propriedade da mente ou dos sentidos – acabará por autorizar, nos séculos XVII e XVIII, a elaboração de uma filosofia específica da consciência, que se desenvolve com Locke e Leibniz. Dentro dessa perspectiva filosófica, “a consciência, antes ação da mente ou dos sentidos, converte-se agora em um ato de consciência de si que ser como condição para todos os outros atos de consciência”⁴⁵.

Já com a expressão *conscientiam agere*, desenvolvida por Aberlado, tornou-se possível destacar, na configuração do agir pecaminoso, a importância da vinculação do agir aos ditames do próprio agente. Com isso, teve início a noção de que pecar era agir contra a consciência e não contra os ditames de uma ordem objetiva. Isso foi o caminho para a elaboração da consciência como senso moral no contexto do protestantismo,

---

⁴³ BOBBIO, 1995: 32-37; HOBBS, 2001: 11-16; FERRAZ JR., 2003: 62.

⁴⁴ O termo *conscientia* era associado, entre os estóicos, ao termo *synaithesis*, como “percepção contínua de si mesmo, que acompanha todas as suas percepções do mundo exterior a si mesmo”. Cf. BILLIER, 2005: 94. Para os comentários seguintes sobre os lugares comuns introduzidos por Aberlado e pelo tomismo, cf. FERRAZ JR., 2002: 95.

⁴⁵ CAYGILL, 2000: 69-71.

especialmente entre os calvinistas. A razão será então trata também como um “foro íntimo” (o “tribunal da consciência”), distinto do “foro externo” do mundo. São evidentes os reflexos desta concepção na filosofia kantiana, na qual a consciência aparece como “o juiz interno” por quem todos “se sentem observados, ameaçados e, em geral, tomados de um misto de temor e respeito”⁴⁶.

A aproximação entre razão e consciência levará assim à concepção de consciência ética, a qual deslocará tanto o pensar filosófico quanto o pensar teológico para um novo campo: o domínio do sujeito enquanto indivíduo livre por si e para si. Contra a heteronomia eclesiástica, será agora afirmada a autonomia do homem como *ego* que dá normas a si mesmo. No campo da racionalidade prática, o tema da lei natural como ditame da razão não será eliminado. Os jusnaturalistas do século XVII e do século XVIII, de Grócio a Kant, passando por Hobbes, Espinosa, Pufendorf, Locke, Leibniz, Wolff, mesmo apresentando diferentes pontos de partida, ainda tinham em vista a construção de um sistema completo de leis ditadas pela razão. Deus também será preservado – em muitos autores – como princípio necessário do mundo⁴⁷. No entanto, dentro da nova compreensão da razão, o discurso jurídico ganhará uma nova direção. Ele será reorientado para condição do homem como ser naturalmente portador de direitos. Essa compreensão do direito em termos de uma qualidade moral (*facultas moralis*) – que aparece a Grotius (1625) antes mesmo da formulação metafísica cartesiana – resultará em uma total modificação das relações entre direito e razão, introduzindo o que se pode considerar como a compreensão moderna da racionalidade no direito⁴⁸.

7. Em vista desse quadro teórico, é preciso ressaltar que não buscamos aqui seguir a perspectiva da relação entre direito e razão a partir da idéia de lei natural. Seguimos outro caminho, recuperando, de certa forma, a discussão da racionalidade que estava presente na outra parte do pensamento aristotélico, que deu origem à discussão sobre a *interpretatio* no campo do direito. Não se trata de afirmar que toda teoria jurídica possui um viés hermenêutico (no sentido filosófico proposto, por exemplo, por Habermas). Nem de afirmar que toda teoria jurídica apresenta uma específica teoria da

---

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ GOYARD-FABRE, 2006: 44.

⁴⁸ ZARKA, 1997: 9-29; ARAÚJO, 1998: 135 ss.

interpretação (em Holmes, como veremos). O que afirmamos neste trabalho é que as teorias jurídicas, ao exercerem a atividade de repensar as concepções correntes que compõem o senso comum teórico dos juristas, acabam por propor uma ampliação do campo de identificação do direito. Isso se dá pela proposta de algum ponto de vista, modo de abordagem, postura teórica, que chamaremos ao longo deste trabalho de “enfoque”. O exame do modo como os enfoques são construídos no interior das teorias jurídicas podem ter contribuições para a hermenêutica jurídica ou para as filosofias hermenêuticas do direito. No entanto, nosso propósito, neste trabalho, limita-se à contribuição que a identificação desses enfoques pode trazer para o entendimento da concepção da racionalidade que se manifesta por meio dessas teorias jurídicas.

Observaremos isso no contexto do pensamento jurídico anglo-saxônico por três motivos: em primeiro lugar, porque nesse contexto, como ressalta Weber⁴⁹, o processo social de racionalização do direito assumiu caracteres peculiares, distintos daqueles encontrados na Europa continental; em segundo lugar, porque entre as peculiaridades da formação da racionalidade jurídica no contexto anglo-saxão, está o fato, também destacado por Weber⁵⁰, de que a teoria jurídica ali não seguiu os caminhos europeus tradicionais, que passam seja por um direito natural religiosamente vinculado aos dogmáticos (católicos), seja pela busca de padrões objetivos mediante deduções segundo uma orientação neokantiana; por fim, no contexto anglo-saxônico, podemos encontrar um debate explícito sobre a questão do enfoque interpretativo adequado para o conhecimento do direito. Esse debate envolve cinco autores principais: Oliver Wendell Holmes Jr. (com sua proposta de “ponto de vista do homem mau”), Hans Kelsen (que defende o “ponto de vista do terceiro desinteressado”), Herbert L. A. Hart (que visa a um “ponto de vista interno”), Robert Alexy (que propõe para o estudo do direito o “ponto de vista do participante”) e Ronald Dworkin (que vincula sua teoria ao “ponto de vista do juiz”). O modo como estes autores constroem sua idéia de “enfoque” será tratada nos três próximos capítulos. Quanto à teoria jurídica de John Austin, ela tem sido considerada a origem do processo de racionalização do direito no contexto anglo-saxônico, sendo discutida por todos os demais autores que aqui serão tratados. Por isso, ela é, neste trabalho, um pressuposto, de que tratamos já a seguir.

---

⁴⁹ WEBER, 1999: 148-151.

⁵⁰ WEBER, 1999: 150.

II.

A CONSTRUÇÃO DO “ENFOQUE EXTERNO”:

A RAZÃO COMO DISCURSO DA UTILIDADE

2.1 A transição para racionalidade no direito inglês: a teoria jurídica de Austin

2.1.1 O problema da tradição da lei natural

John Austin (1790-1859) foi o fundador da chamada teoria analítica do direito⁵¹. Ela está baseada na concepção de que a lei é um comando do soberano⁵². Nesses termos, Austin limita o estudo do direito à análise dos conceitos mais genéricos que concorrem em um dado conjunto de regras jurídicas positivas. Como Blackstone, seguiu o método expositivo e, nesse sentido, encontra-se em total divergência com Bentham, mas Austin assenta sua exposição sobre critérios concretamente utilitaristas. Sua obra foi a primeira, no contexto inglês, a propor traçar sistemática e criticamente as idéias e as formas fundamentais envolvidas em um determinado conjunto de leis. Tomando por referência o direito comum inglês e a tradição romano-germânica, Austin está única e necessariamente preocupado com as instituições vigentes destes sistemas jurídicos; procura destilar o essencial mediante a classificação dos dados jurídicos que se lhe apresentam e relaciona-os a uma substancializada “natureza das coisas”.

Essa teoria analítica do direito recusou sempre considerar o direito com base em fundamentos metajurídicos. Ela apresenta uma estreita relação com o que, no continente europeu e, em especial, na Alemanha, ficou conhecido como “teoria geral do direito”.

---

⁵¹ FRIEDRICH, 1965: 116.

⁵² FRIEDRICH, 1965: 117.

Esta – como a teoria analítica do direito – considerou sua missão a análise dos conceitos jurídicos gerais patentes nos diversos sistemas.

A questão central que se apresenta acerca da noção de lei natural é tratada por Austin como o problema do conhecimento das leis de Deus que não foram reveladas. Assim, ela se coloca nos seguintes termos: se Deus as outorgou sem expressá-las na forma lingüística, como poderão os homens determinar o seu sentido? John Austin classifica as respostas a essa pergunta em três diferentes classes de teorias: as teorias do senso moral, as teorias da utilidade e as teorias mistas. Segundo o autor, as teorias do senso moral afirmam que as leis divinas não-reveladas fazem parte dos homens como princípios inatos. Essas teorias partem do pressuposto de que todos os seres humanos possuem um sentido moral instintivo, que é derivado da vontade divina e expressa um sinal de deus. Para Austin, no entanto, não é possível encontrar evidência empírica da existência de um tal sentido inato. Acrescenta, ainda, ao refutar as teorias calcadas sobre esse fundamento, que os sentimentos morais dos homens não são unívocos, mas variam no tempo e no espaço, não podendo, por conseqüência, ser sinal da vontade geral expressa por Deus.

Em oposição à teoria do senso moral, Austin elege a utilidade como base do conhecimento das leis divinas não-reveladas. As teorias da utilidade sustentam que Deus quer o que promove a felicidade das criaturas e proíbe o que lhe é contrário. Dessa forma, o princípio da utilidade geral apresenta-se como um guia seguro para a determinação do sentido dos comandos não-revelados de Deus. Para tanto, os homens contam com a razão, que lhe permite descobrir a tendência boa ou má de uma ação determinada. Essa tendência só pode ser definida pela soma das conseqüências boas ou más da ação em questão, que devem ser racionalmente pesadas a fim de determinar o saldo positivo ou negativo. Essa ponderação, no entanto, segundo o autor, deve levar em conta dois princípios: de um lado, as conseqüências boas ou más devem sempre ser consideradas em função da felicidade de todos, não da felicidade individual, uma vez que o comando divino é dirigido a todos os seres humanos; de outro lado, devem-se considerar as ações de forma abstrata, ao invés de se analisar a situação concreta em que a ação está inserida. Por meio desses dois princípios, John Austin preserva a generalidade das leis divinas, mantendo o princípio da utilidade em referência à sociedade em geral, antes que às situações e pessoas particulares.

Por fim, são mistas as teorias que afirmam que o conhecimento das leis não-reveladas dá-se em parte por meio da utilidade e em parte mediante manifestação do senso moral. Assumindo a perspectiva utilitarista, Austin rejeita a teoria mista, pelos mesmos fundamentos com os quais rejeitara a teoria do senso moral, ou seja, devido à falta de evidência da existência de um tal senso. No entanto, segundo afirma, a teoria mista deve ser entendida como um pressuposto de duas distinções importantes na história do pensamento jurídico: a distinção *ius gentium/ius civile*, dos antigos, e a distinção direito natural/direito positivo, dos modernos⁵³. Para ele, tanto o conceito de *ius gentium* quanto aquele moderno de direito natural assentam-se sobre a idéia de princípios inatos, que pressupõe a afirmação da existência de um senso moral humano. Já, por outro lado, os conceitos de *ius civile* e de direito positivo estariam fundamentos no princípio racional da utilidade geral – o qual, de resto, era o único aceitável para Austin, como já mencionado.

Se a categoria das leis metafóricas desempenham um papel importante no teoria de Austin, as leis divinas não exercem papel menos relevante. De fato, é por meio delas que Austin insere a diferença entre “aquilo que o Direito é” e “aquilo que o Direito deve ser”. Para o autor, as leis divinas não se confundem com o Direito, que é entendido como direito positivo, fruto não da vontade divina, mas da vontade do superior político (detentor da soberania). Ao expulsar, porém, a vontade de Deus do âmbito do direito positivo, Austin não rejeita completamente suas relações com o mundo jurídico. Ao contrário, admite que as leis divinas podem ser exercer uma função importante para o Direito, não mais fornecendo critérios diretamente para a tomada de decisões jurídicas (que devem sempre se reportar à vontade do soberano), mas os fornecendo indiretamente, ao dar subsídios para a formulação das leis. É nesse sentido que o autor incorpora a distinção que atribui a Jeremy Bentham entre a ciência da direito e a ciência da legislação. Enquanto a primeira refere-se ao direito positivo – “direito como ele é” –, a segunda aponta para o princípio da utilidade, ou seja, para o “direito como dever ser”.

---

⁵³ AUSTIN, 1998.

2.1.2 A reconstrução utilitarista da teoria da soberania

O conceito de soberania de Austin é frequentemente mal interpretado. Seu soberano não é juridicamente limitável, mas deve responder aos ditames da moralidade positiva e das leis divinas do modo como se dão a conhecer por meio do princípio da utilidade. A preocupação fundamental de Austin, segundo Morrison⁵⁴, era comum no contexto do que hoje chamamos de pensadores políticos liberais da Inglaterra do início do século XIX, a saber: o medo da dissolução da sociedade e a necessidade de um governo forte. Ainda que para Bentham quanto Austin um governo reformista não devesse ser visto como um governo fraco, e conquanto Bentham defendesse a existência de limitações constitucionais, para Austin os artifícios para limitação jurídica da soberania – tais como as declarações de direitos e garantias e a separação dos poderes – eram questões problemáticas que, às vezes, levavam ao próprio fracasso na prática, sendo também indefensáveis em termos lógicos. Não que não houvesse limitações constitucionais efetivas; o fato é que estas eram conjuntos complexos de crenças e práticas que não podiam ser chamadas estritamente de “direito”, pois eram antes uma forma de moralidade crítica. Isso equivale a dizer que, na verdade, a opinião esclarecida e os ditames do princípio da utilidade asseguram um governo responsável. Em seus últimos anos, Bentham argumentava que a soberania política devia ser inerente ao povo, uma vez que desse modo o interesse do povo, o interesse geral e o interesse do governo se tornariam uma só coisa. Enquanto o jovem Austin talvez estivesse de acordo, o Austin da maturidade teórica deixou de acreditar na base de tal argumentação: de que modo a mera opinião poderia ser garantia de um governo racional?

“Aqui se encontra a diferença entre os governos de direito e os governos de homem”.

A opinião, porém, é crucial. Sustentando o soberano há um vazio pré-jurídico. O soberano nasce de um conjunto de ajustes sociais que são anteriores à justiça; não tem nem a posse nem a ausência de direitos.

---

⁵⁴ MORRISON, 2006: 280.

O Estado é sujeito a uma indeterminação jurídica radical. Por um lado, o soberano de Austin parece a personificação todo-poderosa dos desejos e esperanças das elites que formam o Estado; por outro lado, o Estado se dilui numa rede de procedimentos e convenções. O direito público – aquilo que, em outro contexto, chamamos de direito constitucional – pode ser definido ou como aspectos do “direito processual geral”, ou como formas “diversas e suplementares” do direito das pessoas. A distinção público-privado tampouco configura um absoluto: “qualquer parte do direito é em certo sentido pública, e qualquer parte dele é em certo sentido igualmente privada”⁵⁵. Em última análise, o direito civil se baseia em uma dialética entre o poder do direito criminal e a aceitação das normas dos direitos e deveres estipulados pelo direito civil. Em última análise, o soberano é constituído por conjuntos de ajustes dentro de um nebuloso domínio de “opinião geral” e “máximas éticas observadas pelo soberano”.

Ainda que, com rigor lógico, boa parte do suposto direito relativo à soberania devesse ser banido do *corpus juris*, é preciso introduzi-lo por razões de conveniência que são superiores à simetria lógica. Pois ainda que, estritamente falando, pertença à moralidade positiva ou à ética, o conhecimento de tal direito é absolutamente necessário ao conhecimento do direito positivo ao qual o *corpus juris* diz propriamente respeito.

O emprego dos poderes soberanos tem por base a opinião e a aceitação da autoridade. A opinião se baseia no estado de conhecimento público e na racionalidade do soberano. Muito embora a prisão configure o ápice do direito criminal enquanto sanção externa suprema, a opinião racional é a sanção interna; uma população educada é mais benéfica ao legislador esclarecido do que uma tropa de polícia. Além disso, “a diferença entre o governo pelo direito e o governo dos homens” encontra-se na revogação, por parte das elites, de seu poder de tomar decisões arbitrárias em favor de sua concordância ética em agir nos termos da lei. O governo moderno requer uma forma de sabedoria prática no exercício de seu poder discricionário. A teoria jurídica não pode existir fora de uma parceria com os conhecimentos positivos; fazê-lo é o mesmo que abrir mão do significado do direito em favor de sua tênue positividade, ou despojar o entendimento do direito como fenômeno social vivo, remetendo-o a um vazio conceitual.

---

⁵⁵ AUSTIN, 1998.

A característica determinante do direito positivo para John Austin é a de ser criado por um soberano para os membros da sociedade política independente na qual o soberano exerce sua superioridade política⁵⁶. A definição acima depende, por consequência, do sentido emprestado aos termos “soberania”, “sujeição” e “sociedade política independente”. É à análise desses conceitos que Austin dedica a última das seis aulas de seu *O campo da teoria do direito determinado*.

A noção austiniana de soberania remete expressamente à idéia de superioridade. Para o autor, a soberania é um tipo específico de superioridade, qual seja, aquela que se dá no campo político. São duas as notas essenciais do conceito, uma positiva, outra negativa⁵⁷. A primeira consiste no hábito da obediência das pessoas em geral a uma mesma pessoa ou grupo de pessoas. Já a segunda refere-se ao fato de essa pessoa ou grupo de pessoas a quem se presta obediência não estar em um hábito de obediência para qualquer outro ser humano. A correta compreensão da característica negativa deve ainda levar em consideração que a obediência eventual a um terceiro não é suficiente para descaracterizar a soberania, visto que, por ser eventual, não chega a formar um hábito.

Além disso, é importante ressaltar que a obediência a Deus – o que implica, no contexto intelectual utilitarista a que Austin se vincula, a adoção dos princípios da ciência da legislação como inspiração material para a criação do direito positivo – também não impede a caracterização do poder soberano, uma vez que Deus está naturalmente fora das relações sociais humanas, às quais é superior. Por fim, não se pode também ignorar que a superioridade política – e, portanto, jurídica – do soberano não significa que ele esteja isento de deveres no campo da moralidade positiva, apesar de tais deveres não serem obrigatórios (ou seja, em termos austinianos, seu descumprimento não ser passível de sanção jurídica).

Em resumo, é possível afirmar que, para o autor, soberano é aquele que, sendo obedecido de maneira geral pela população de uma dada comunidade, não obedece a mais ninguém. Com essa abordagem empírica da soberania, Austin coloca-se em oposição a uma de suas principais influências teóricas – Thomas Hobbes – que buscou

---

⁵⁶ AUSTIN, 2002.

⁵⁷ AUSTIN, 1998.

defender a legitimidade do soberano com base em um consenso original: o contrato original. Por meio de um conceito meramente factual, extra-jurídico e não-normativo de soberania, Austin pretende afastar-se da discussão a respeito da legitimidade do poder, fundamentando o direito na política.

No entanto, a solução austiniana para a soberania não é isenta de críticas. Um dos autores que se dedica a apontar as deficiências dessa abordagem é Herbert L. A. Hart⁵⁸. Para esse autor, a referência completamente empírica à obediência não é um fundamento suficientemente sólido para se assentar as bases da noção de obrigação jurídica. Nesse sentido, desenvolve e aprofunda dificuldades que o próprio Austin já reconheceu⁵⁹ a respeito da delimitação do conceito de soberania, como, por exemplo, a impossibilidade de se determinar um número mínimo de pessoas em hábito de obediência para se caracterizar um soberano. A elas, acrescenta ainda novas críticas à concepção austiniana de soberania, em que se destaca a incapacidade de justificar, a partir dessa abordagem empírica, a manutenção da vigência do direito em caso de sucessão do soberano.

Se Austin pretende definir a soberania como uma espécie de superioridade, ressaltando, portanto, a relação social hierárquica, assimétrica, que é subjacente a esse conceito, é inevitável tratar do outro lado da distinção soberano/não-soberano. Dessa forma, a contrapartida da soberania é o estado de sujeição ou dependência em que se encontram as pessoas que devem obediência ao superior político. A essas pessoas o autor designa súditos⁶⁰. O conceito, no entanto, não é desenvolvido com maior profundidade por Austin.

Como já salientado acima, no pensamento austiniano, soberano e súditos são dois lados de uma diferença de caráter político aplicada a um universo de indivíduos. Esse universo de indivíduos é representado por Austin por meio do conceito de sociedade política independente⁶¹. Essa nada mais é que o conjunto composto pelo soberano e seus súditos. O termo “sociedade” nesse passo, presta-se a representar a

---

⁵⁸ HART, 1996.

⁵⁹ AUSTIN, 1998.

⁶⁰ AUSTIN, 1998.

⁶¹ AUSTIN, 2002.

idéia de conjunto de indivíduos, em linha com a tradição ocidental de compreender a sociedade como um agregado – orgânico (para os antigos) ou mecânico (para os modernos) – de pessoas. Já o caráter “político” assenta-se sobre a existência, nessa sociedade, de um hábito de obediência e, em decorrência, da identificação de um soberano. A politicidade, portanto, advém de a sociedade em questão estar sujeito a uma ordem baseada, em última análise, no poder, na capacidade de orientar condutas sob ameaça coercitiva. Por fim, a noção de sociedade “independente” opõe-se à idéia de uma sociedade que é mera parte de outra sociedade. Dessa forma, o que confere unidade e autonomia à uma sociedade, para Austin, é justamente a característica negativa da soberania. Fica ressaltada, assim, a centralidade do papel do soberano dentro da sociedade, ainda típica de uma sociedade estamental, em linha com a concepção hierárquica das relações jurídicas que marca o pensamento austiniano.

Para Austin, “todo governo supremo é juridicamente despótico”. Dada a estrutura geral do pensamento de Austin, seria ilógico que o soberano fosse limitado pela lei, uma vez que se trata da autoridade máxima, do centro em que se concentra o poder de uma nação.

“Segue-se que o poder soberano não é passível de limitação legal... O poder soberano limitado pelo direito positivo é uma total contradição em termos. As leis que os soberanos costumam impor a si mesmos, ou aqueles que costumam impor a seus seguidores, não passam de princípios ou máximas que eles por guia, ou que preconizam como tal aos que os sucedem no poder soberano”.

Na Lição VI, Austin explica “as características que distinguem as leis positivas” mediante uma análise das expressões:

““Soberania”, a expressão correlata “submissão”, e a expressão “sociedade política independente”, que lhes é inseparavelmente ligada... Todo direito positivo, ou todo direito simples e expressamente assim denominado, é criação de um indivíduo soberano, ou de um corpo soberano de indivíduos, para um membro ou para membros da sociedade política independente em que tal indivíduo ou corpo detém o poder soberano ou supremo.”

Enquanto instrumento do poder político, o direito é representado como elemento-chave da garantia do progresso social. Austin faz uma distinção central entre sociedade natural (primitiva) e sociedade política (em que o direito poder operar).

O direito positivo, nesses termos, é entendido por Austin como um conjunto de comandos emitidos por alguém capaz de impor sanções inclusive por meios violentos para pessoas que lhe estão subordinadas em virtude de um hábito de obediência. Esses comandos extraem sua obrigatoriedade não da justiça ou racionalidade intrínsecas a seu conteúdo, mas da relação de superioridade/inferioridade existente entre emissor e destinatários. O conjunto do emissor dos comandos com seus destinatários forma a unidade em que se situam o direito positivo e sua análise, a teoria do direito (*jurisprudence*).

2.1.3 A reconstrução analítica do estudo das leis

Sob a perspectiva estrutural, John Austin diferencia as leis próprias das leis impróprias, com base no conceito de comando, que, segundo ele, é a chave para as ciências do direito e da moral. Para o autor, comando pode ser definido como a expressão de um desejo de que alguém faça ou não faça algo, acompanhado de um mal causado pelo emissor ao destinatário caso o desejo seja descumprido⁶². Nessa definição, a diferença específica que qualifica o comando dentro do gênero mais amplo dos desejos é justamente a capacidade de o emissor punir o destinatário em caso de violação da ordem expressa⁶³. O destinatário, dessa forma, passar a ser visto como responsável pela ocorrência ou não do mal que lhe é causado pelo emissor, em função do descumprimento da ordem.

A noção de comando, para Austin, está estritamente vinculada aos conceitos de dever e sanção. Com efeito, para ele, um dever nada mais é que a conduta imposta por um comando, cuja violação está sujeita a uma sanção. Dessa forma, todo comando

---

⁶² AUSTIN, 1998.

⁶³ AUSTIN, 1998.

impõe um dever e todo dever, por sua vez, pressupõe um prévio comando. De modo similar, todo comando impõe uma sanção, que é sempre entendida como um mal. Comando, dever e sanção, nesses termos, são conceitos indissociáveis, que expressam cada qual um aspecto específico de um mesmo fenômeno.

Cabe ressaltar que Austin rejeita a idéia de sanção premial, sob o argumento de que os prêmios não constroem seus destinatários a adotar uma determinada conduta, ainda que sirvam para induzi-la. Em outros termos, somente o mal, a punição, imposta por meio de um comando como consequência do descumprimento de um dever, é capaz de gerar obrigação⁶⁴.

Antes de retomar a distinção leis próprias e leis impróprias, importa abordar brevemente a divisão estabelecida pelo autor entre comandos gerais e comandos particulares ou ocasionais. Na primeira categoria enquadram-se os comandos que obrigam ou proíbem atos em caráter geral. Tais comandos são designados por John Austin, como regras ou leis, tomando esse segundo termo em um sentido mais específico do que aquele anteriormente referido. Já os comandos particulares obrigam ou proíbem atos em caráter específico. É nessa classe que se encontram, por exemplo, as decisões judiciais, que são distinguidas das leis por meio da diferença geral/específico.

É por meio da noção de comando que se estabelece a distinção das leis em próprias e impróprias. Leis próprias são sempre comandos. Como tal, exigem uma relação vertical, hierárquica, entre seu emissor e seu destinatário⁶⁵. O conceito de superioridade adotado pelo autor fundamenta-se na capacidade de impor sanções, ou seja, em última análise, no poder. Já as leis em sentido impróprio são aquelas a que se empresta o termo lei sem que, contudo, sejam comandos.

É interessante notar que as duas distinções acima referidas, quais sejam, de um lado, leis divinas/leis humanas/leis metafóricas e, de outro lado, leis próprias e leis impróprias não são exatamente coincidentes. Com efeito, segundo Austin, são leis próprias as leis divinas, o direito positivo (lei humana) e parte da moralidade positiva

---

⁶⁴ CARVALHO NETO, 2007: 119.

⁶⁵ AUSTIN, 1998.

(também lei humana). Dessas, as leis divinas baseiam-se na superioridade de Deus sobre os homens, enquanto o direito positivo fundamenta-se na superioridade política de alguns homens sobre outros e parte da moralidade positiva assenta-se sobre a superioridade não-política (relações de família ou autoridade moral, por exemplo) de determinadas pessoas. Ao contrário, são leis impróprias as leis metafóricas e as regras restantes da moralidade positiva. Enquanto essas estão em analogia próxima com os comandos, uma vez que constituem opiniões gerais que, se violadas, geram uma sanção difusa, não podendo ser atribuídas especificamente à vontade de ninguém, as leis metafóricas estão em analogia remota com os comandos, visto que seu descumprimento não acarreta qualquer tipo de sanção.

2.2 O estabelecimento da racionalidade jurídica externa: a teoria jurídica de Holmes

2.2.1 O problema do formalismo jurídico

Oliver Wendell Holmes Jr. é muitas vezes considerado a figura central do panorama da teoria jurídica americana. Até hoje, muitas elaborações teóricas são compreendidas, no interior do debate jurídico americano, como um desenvolvimento ou uma reação crítica às concepções holmesianas. Isso não ocorre à toa. De certa forma, a obsessão dos teóricos americanos com a natureza do processo judicial encontra sua certidão de nascimento no célebre artigo de Holmes sobre “O caminho do Direito”, publicado na *Harvard Law Review* em 1897.

As contribuições iniciais de Holmes ao pensamento jurídico norte-americano são, porém, anteriores a esse artigo. Nos textos publicados na *The American Law Review* a partir de outubro de 1870 já é possível identificar uma tomada de posição perante as concepções que predominavam no discurso jurídico americano desde o período da Independência da país (1776). Tomando por referência o pensamento manifesto nas decisões das cortes americanas nesse período, é possível dizer que essas concepções se vinculavam principalmente à tradição do pensamento jusnaturalista no

contexto anglo-saxão. Nesse sentido, para compreender o pensamento de Holmes, é preciso entender, antes de tudo, os termos em que essa tradição se manifestava.

Quando Holmes começou a escrever, essa tradição correspondia a uma doutrina dos direitos subjetivos naturais que tomava por marco fundamental os *Commentaries on the Laws of England*, elaborado pelo jurista inglês William Blackstone. Esse tratado foi originalmente publicado em Oxford, no período entre 1765-1769. Nos Estados Unidos, foi impresso a partir de 1771 e alcançou, ao longo de mais de cem anos, grande receptividade. Indiferentes, em princípio, aos protestos utilitaristas de Bentham e ao esforço analítico-utilitarista de Austin, os juristas norte-americanos e as cortes do país transformaram Blackstone no mais citado autor ao longo do século XIX⁶⁶.

A base de seu discurso jusnaturalista eram fontes medievais, nas quais se encontrava a concepção geral de que “nenhuma lei humana deveria contradizer as leis naturais e as leis reveladas”. Sobre essa base, Blackstone construiu uma definição da lei civil como “regra de conduta civil prescrita pelo poder supremo de um Estado, ordenando o que é correto e proibindo o que é errado”. Essa definição não o impedia de admitir que as leis estabelecidas cobriam ofensas positivadas como ilícito mas “moralmente indiferentes” (*mala prohibita*). Mas, ainda assim, Blackstone defendia que o núcleo do direito regulava ofensas “naturais” (*mala in se*) e direitos naturais. No mesmo sentido, defendia também que a lei civil pouco acrescentava às forças do que se considerava “naturalmente” como lesões e direitos. Liberdade individual, propriedade e segurança eram, de fato, “direitos absolutos”, mesmo que pudessem ser limitados, se a lei assim o determinasse.

Quanto ao tema da atividade dos juízes, Blackstone sustentou que estes não criam direito, mas apenas o declaram, de tal modo que “as decisões das cortes de justiça são a evidência do que seja a Common Law”. Nas situações em que a decisão prévia é evidentemente “contrária à razão” e, por isso, acaba afastada, o juiz que decide pelo seu afastamento não cria novo direito. A decisão afastada era mais que “mau direito” – na verdade, ela nunca havia sido direito propriamente. Assim, é possível concluir que, com relação ao tema da decisão que determina o direito, a tradição jusnaturalista

---

⁶⁶ GOLDING, 2010: 105.

predominante à época de Holmes manifestava uma “teoria declaratória da decisão judicial”⁶⁷.

O conceitualismo - outro aspecto do formalismo - foi representado no contexto americano pelo pensamento de Christopher Columbus Langdell. Não há dúvida de que Langdell era o alvo da famosa afirmação de Holmes – que é a mais citada sentença em toda teoria jurídica norte-americana – no parágrafo de abertura de *O Direito Comum*: “A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência”. De acordo com Langdell, como expressado no prefácio de seu livro de casos sobre contratos (1871), o direito consiste em um limitado número de doutrinas e princípios fundamentais e “os casos que são úteis para [traçar seu crescimento até] os dias presentes dão à luz uma proporção excessivamente pequena de tudo o que tem sido relatado”. [casos são uma amostra]

Ainda que Langdell estivesse escrevendo sobre a *Common Law*, sua visão é similar ao que os alemães chamaram de Jurisprudência dos Conceitos⁶⁸. Essa proximidade é ilustrada em sua *Brief Survey of Equity Jurisprudence* (1905): “direitos absolutos”, disse ele, “são tanto direitos pessoais quanto direitos de propriedade. Todo direito pessoal nasce com a pessoa a quem ele pertence e morre com ela. Direitos pessoais, assim, não podem ser adquiridos nem partilhados e, portanto, nunca são sujeito ao comércio, nem tem qualquer valor pecuniário”. Não fosse pela interposição da lei positiva, o débito de um devedor seria extinto com sua morte, pois, ele escreveu, “é impossível que uma obrigação continue a existir depois que o obrigado cessou de existir” [direitos pessoais como personalíssimos].

Basicamente Langdell aceitou a teoria declaratória da decisão judicial: o direito preexiste ao caso e o princípio da evolução do direito é o princípio do desenvolvimento lógico, a partir de doutrinas e conceitos fundamentais, não essa que é atacada na famosa sentença de Holmes. Em carta a Pollock, datada de 1881, Holmes diz que Langdell “representa os poderes da escuridão”.

Entre o período final do século XIX e o início do século XX, difundiu-se no pensamento norte-americano um movimento intelectual que proclamou a necessidade

---

⁶⁷ GOLDING, 2010: 105

⁶⁸ LARENZ, 1997.

de uma cultura que, em todos os campos, estivesse unida à realidade concreta, às exigências efetivas do homem e da sociedade. Esse movimento ficou conhecido como “a revolta contra o formalismo”, encontrando em nos estudos pragmatistas de John Dewey sua principal manifestação no campo da filosofia⁶⁹.

Antes de Dewey, porém, os escritos reunidos por Holmes em *O Direito Comum* já tinham dado início ao combate ao formalismo no campo do pensamento jurídico. Holmes teve contato pessoal com Charles S. Pierce e William James, o que poderia reforçar uma associação entre sua postura anti-formalista e o pensamento pragmatista. No entanto, em *O Direito Comum*, a revolta contra o formalismo se desenvolve em outras bases. Buscando contrapor-se, antes de tudo, à tradição jusnaturalista e ao conceptualismo, a postura anti-formalista se estrutura aqui a partir da aplicação de uma perspectiva histórica ao conhecimento jurídico. Holmes tem por referência fundamental *O Direito Antigo*, obra publicada por Henry S. Maine em 1861, na qual a história é utilizada para criticar compreensões comuns sobre as origens e a natureza do direito romano. Uma vez aplicada para a compreensão da *Common Law*, a perspectiva histórica indica para Holmes:

“a falência de todas as teorias que consideram o direito apenas pelo seu lado formal, seja quando procuram deduzir o *corpus*, partindo de postulados preestabelecidos, seja quando caem no erro mais rasteiro de supor residir a ciência do direito na *elegantia iuris* ou na coerência lógica de uma parte com outra. A verdade é que o direito está sempre se aproximando da uniformidade, jamais a alcançando, porém. Está ele continuamente a deduzir novos princípios da vida, por um lado; e por outro, a manter sempre velhos princípios da História, ainda não absorvidos ou abandonados. Tornar-se-á inteiramente uniforme apenas quando cessar de desenvolver-se”⁷⁰.

Além de contribuir para a rejeição da tradição jusnaturalista e das propostas de Langdell, o discurso historicista também oferece condições para que Holmes apresente

---

⁶⁹ FASSÓ, 1996: 214.

⁷⁰ HOLMES, 1967: 55.

sua proposta de compreensão do fenômeno jurídico. Essa proposta, em princípio, segue as linhas anteriormente traçadas por Austin. Por um lado, defende que a melhor compreensão do direito inicia-se pela compreensão de seus limites. Por outro lado, argumenta que a busca desses limites conduz especialmente à necessidade de delimitar o direito perante a moral, para dissipar uma confusão “que às vezes eleva-se ao ponto de uma teoria consciente, e muito frequentemente – na verdade, sempre – cria problemas [...] sem alcançar o nível da consciência”⁷¹.

Essa preocupação com a reconstrução da compreensão do direito – afastando, com fundamentos históricos, a linguagem da moralidade, a qual provoca confusões quando aplicada ao fenômeno jurídico – aparece já na primeira preleção de *O Direito Comum*. Nesta preleção, Holmes trata das “formas primitivas de responsabilidade”. o argumento histórico de Holmes em favor de padrões “externos” ou “objetivos” para a responsabilidade criminal. Esse argumento foi parte de.

De acordo com Holmes, a moralidade usa um padrão “interno” para determinar culpabilidade: leva o estado mental do autor em consideração. A compreensão histórica do desenvolvimento do direito, pensa ele, mostra uma transição dos padrões subjetivos a objetivos de culpa. Além disso, tal desenvolvimento se passa como deveria ser quando o direito se liberta de dogmas irracionais tais como o direito à vida, liberdade e segurança, que são pressupostos pela teoria kantiana da pena. A maioria dos advogados da língua inglesa – diz Holmes – adotaria a teoria utilitária (preventiva) “sem hesitação”⁷².

O propósito do direito é induzir conformidade externa à regra – “estados de coisas manifestos aos sentidos” – e, então, Holmes (falaciosamente) argumentou que dever-se-ia empregar padrões externos de responsabilidade. A razão capaz de explicar a regra geral de que “ninguém se excusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” é a mesma que faz o direito criminal transpor os limites da reparação: o direito, de um modo geral, “subordina a consideração do indivíduo à do bem-estar público”⁷³.

---

⁷¹ HOLMES, 1897: 459.

⁷² GOLDING, 2010: 107.

⁷³ HOLMES, 1967: 63.

Resta claro que o argumento precedente emprega uma mistura de considerações utilitárias e filosóficas e um apelo à investigação histórica, tal qual Holmes a interpreta. Holmes resume sua posição dizendo que “permanecendo ainda a terminologia da moral e enquanto o direito medir – e o fará sempre, em certo sentido – a responsabilidade jurídica por padrões morais, não obstante estará ele, pela necessidade mesma de sua natureza, continuamente transformando aquelas normas morais em normas externas ou objetivas, das quais a culpa efetiva da parte interessada é inteiramente eliminada”⁷⁴.

Essa afirmação ressalta a concepção holmesiana de que os conceitos jurídicos e morais necessariamente diferem em conteúdo e significado. Mas o enunciado como um todo é uma repetição da conhecida “lei histórica” (repleta de juízo de valor) de Henry Summer Maine: “a história das sociedades progressivas tem sido um movimento do status ao contrato”.

Apesar da influência do *Ancient Law* trair-se a si mesma já nos primeiros capítulos de *O Direito Comum*, ali se trata de “legislação judicial” apenas brevemente e isso se dá no contexto da discussão acerca das ficções jurídicas. Entretanto, Maine não estava lidando com *Common Law*. A Oliver Wendell Holmes Jr. foi deixado espaço para desenvolver sua original e poderosamente influente tese anti-Langdelliana de que o princípio do desenvolvimento jurídico na *Common Law* são as decisões legislativas e politicamente orientadas dos tribunais.

Isso não quer dizer que Holmes não se engajava frequentemente na análise conceitual da doutrina jurídica, que denegria a importância de conceitos e doutrinas ou que negava que juízes geralmente estejam vinculados a regras. Todavia, essa perspectiva (posteriormente qualificada como “realista”) encontra-se implícita em cada página do livro de Holmes. Sua posição é tornada bastante clara em um artigo de 1879, no qual define “política pública” como “considerações acerca do que é conveniente para a comunidade afetada”. A importante consequência do estudo histórico de Holmes é que nos mostra que somos livres para considerar a questão da política com uma liberdade que não era possível anteriormente⁷⁵.

---

⁷⁴ HOLMES, 1967: 56.

⁷⁵ HOLMES, 1879.

Além de discutir detalhadamente regras e doutrinas particulares em *O Direito Comum*, Holmes introduz em seu artigo sobre “O Caminho do Direito” um elegante argumento em suporte de sua tese. Juízes evidentemente fundamentam suas decisões de forma a fazer parecer que o resultado no caso é mera extensão lógica de leis ou doutrinas prévias. No entanto, em litígios importantes, onde o direito parece faltar, essas fundamentações, na realidade, padecem de “falácia” lógica, porque, em verdade, o resultado muitas vezes dependerá de premissas de valor inarticuladas, de um julgamento acerca do que é conveniente.

Essa consideração acerca do processo decisório permite a Holmes sustentar a existência de uma conexão entre direito e moralidade. Mas devemos ser cuidadosos na interpretação dessa conexão. Ele realmente sustentou que juízes, queiram ou não, tomam partido nas questões polêmicas, que eles têm o dever de ponderar questões acerca do benefício social, um dever que é “inevitável”. Também pensava que “para o estudo racional do direito o homem da letra gótica pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem das estatísticas e o mestre em economia”⁷⁶. Todo o direito não é senão “uma batalha oculta e semiconsciente sobre a questão da política legislativa” e, se alguém pensa que ela pode ser resolvida dedutivamente, ou de uma vez por todas, só posso dizer que penso que ele está errado em termos teóricos, e que estou seguro de que sua conclusão não será aceita na prática *semper ubique et ab omnibus*”. É a Holmes que devemos a inclinação pragmática que tanto se desenvolveu no âmbito da teoria jurídica norte-americana. Contudo, nunca desenvolveu propriamente um completo pragmatismo jurídico. Para Holmes, a conexão entre direito e moralidade nunca foi maior do que a contida na posição acima exposta – aquela da inevitabilidade dos juízos de valor no exercício da função jurisdicional. Ele remanesceu um positivista até o fim, pois entendia que os fundamentos dessas decisões judiciais eram extra-jurídicos⁷⁷.

Esses julgamentos e as decisões por eles determinadas recaem sob o domínio da discricionariedade dos juízes, uma vez que tais julgamentos e decisões não são predeterminados pelo direito existente – discricionariedade em sentido forte, como a

---

⁷⁶ HOLMES, 1967.

⁷⁷ GOLDING, 2010: 110.

chama Ronald Dworkin. É nessas idéias holmesianas que encontramos a origem da obsessão americana com a natureza do processo judicial.

2.2.2 A construção do “ponto de vista do homem mau”

O projeto de reduzir o Direito e os conceitos jurídicos a “fato puro” ganhou continuidade no artigo sobre “O Caminho do Direito”, em que a famosa teoria do “homem mau” é exposta. Do ponto de vista do homem, leis não mais do que previsões gerais das decisões dos tribunais. A abordagem da previsibilidade também é aplicada na análise do conceito de “direito subjetivo”. Já em 1870, Holmes sugeriu que a terminologia dos direitos poderia ser eliminada em favor do conceito de deveres. Nesse artigo ele foi além e sustentou que, tal como o direito pode dispensar a idéia de direitos primários. Dizer que “A tem um dever para com B” não significa mais do que uma previsão de que se B puder provar sua reivindicação de um modo satisfatório perante a corte, então ela decidirá dando provimento ao pedido de B em face de A.

Não é difícil perceber que a teoria da previsibilidade da lei e de direitos e deveres, ainda que possa ser adequada para compreender a perspectiva do litigante e de seu advogado, é inadequada como teoria geral do direito (se Holmes a pretendeu assim) ou como uma consideração da perspectiva do juiz. Certamente, os juízes da mais alta corte em uma jurisdição não estão preocupados em prever suas próprias decisões.

Contudo, a concepção de Holmes do Direito como previsões gerais das decisões dos juízes contribuiu para que a abordagem focada nas decisões dos tribunais

Em seu primeiro ensaio importante (“*Codes, and the arrangement of the law*”), publicado na *American Law Review* em 1870), Holmes deixou claro não estar satisfeito com essa situação e que faria o que pudesse para persuadir sua geração de que uma ordenação “científica” do direito traria consigo não apenas clareza intelectual, mas também crescente competência profissional⁷⁸. Reconhecendo em Austin um profeta,

---

⁷⁸ HOLMES, 1967.

Holmes, entretanto, não se converteu em seu discípulo. Considerava o esforço daquele como inteiramente justo, mas o resultado significativamente errado.

Em primeiro lugar, considerava impossível aceitar a tese de Austin de que o direito pode sempre identificar-se aos comandos do soberano. Via serem tantas e tão multiformes as forças a atuar sobre o processo judicial que a análise de Austin lhe parecia simplista e inexata do ponto de vista descritivo. Se o Direito, em última instância, é feito pelas decisões dos juízes e sendo estas resultantes da ação de muitas forças – costumes, regulamentos, precedentes e opinião pública – torna-se virtualmente impossível para o jurista dizer que “é” o direito em um caso particular. O melhor que ele pode fazer é predizer, de modo mais ou menos seguro, como o assunto *será* resolvido no âmbito do processo judicial. O direito não se faz pelas ordens do soberano de Austin, mas por juízes sensíveis simultaneamente aos ditames da tradição, de sua própria consciência e da opinião da comunidade sobre o que é exigido pela ordem pública.

2.2.3 A racionalidade a partir de predições

São conhecidas as conseqüências das idéias de Holmes: ao assumir o ponto de vista do homem mau, ele está expressando sua idéia de que a vida do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior do que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser. Devemos consultar, alternativamente, a história e teorias existentes sobre legislação. O mais difícil, porém, será compreender a junção desses dois elementos em novos produtos, a cada estágio. Em qualquer tempo, a substância do direito, enquanto esteja ele em vigência, corresponde, de modo bem aproximado, ao que se tem então por conveniente; sua forma, entretanto, e seu

mecanismo, e o grau em que capaz de produzir resultados desejados, dependem muito de seu passado”.

“Recorrerei à história de nosso direito tanto quanto seja necessário para explicar uma concepção ou interpretar uma norma; não mais, porém. Assim procedendo, temos – leitor e escritor – de evitar dois erros. Um deles é supor, porque uma idéia se nos parece muito familiar e natural, que sempre foi assim. Muitas coisas que admitimos tiveram de ser laboriosamente conquistadas ou mediatadas no passado. O outro erro é o oposto: exigir demais da história. Partimos do homem plenamente amadurecido. É de supor-se que os primitivos bárbaros, cujas práticas devem ser consideradas, possuíam boa parcela dos mesmos sentimentos e paixões que temos”.

A história precedente, independentemente dos propósitos que a nortearam, ilustra bem o paradoxo entre forma e substância no desenvolvimento do direito. Na forma, seu crescimento é lógico. A teoria oficial é que cada decisão nova decorre silogisticamente de precedentes existentes. Entretanto, da mesma forma que a clavícula no gato apenas recorda a existência de alguma criatura primitiva a quem aquele osso era útil, os precedentes no direito sobrevivem por longo tempo quando a aplicação que tiveram chega ao fim e é esquecida a razão de sua existência. Segui-los resulta frequentemente em fracasso e confusão de um ponto de vista simplesmente lógico.

Por outro lado, o crescimento do direito é substancialmente legislativo. E isto num sentido mais profundo do que aquele que os tribunais declaram sempre ser o direito, é de fato novo. É legislativo em suas razões. As próprias considerações tão raramente mencionadas pelos juízes – e sempre com uma justificação – são a raiz secreta de onde o direito suga todas as seivas da vida. Quero dizer, naturalmente, considerações do que é conveniente à comunidade interessada. Todo princípio importante, desenvolvido por meio do litígio, é de fato e no fundo resultados de pontos de vista de ordem pública, entendidos de maneira mais ou menos definida; de modo mais geral, sem dúvida, em nossa prática e em nossas tradições, o resultado inconsciente de preferências instintivas e convicções inarticuladas, mas de nenhuma forma atribuível a concepções de interesse público, em última análise. E sendo a lei ministrada por homens hábeis e experientes, que conhecem demais para sacrificar o bom senso a um silogismo, descobrimos que – quando o antigo direito se mantém na forma como vimos e veremos neste livro – novas razões mais adaptadas ao tempo foram

para ele encontradas e ele, gradualmente, recebe novo conteúdo e, por fim, nova forma, imposto pelas terras para onde foi transplantado.

Até agora, porém, este processo tem sido inconsciente. É importante, com relação a isso, recordar o que foi o efetivo curso dos acontecimentos. Mesmo se se tratasse apenas de insistir em um reconhecimento mais consciente da função legislativa das cortes, isso seria útil e o veremos mais claramente adiante.

O estudo a que nos lançamos é necessário tanto ao conhecimento quanto à revisão do direito. Por mais que possamos codificá-lo em uma série de proposições aparentemente auto-suficientes, tais proposições não serão mais que uma etapa de crescimento contínuo. Para entender inteiramente seu alcance, para saber como serão tratadas por juízes educados no passado englobado pelo direito, devemos nós mesmo, conhecer algo do passado. A história do que tem sido o direito é necessária para o conhecimento do que é o direito.

O primeiro requisito de um sadio corpo de leis é que deve corresponder aos reais sentimentos e exigências da comunidade, justos ou injustos. Se o povo satisfizesse a paixão de desforra fora da lei, caso esta não o apoiasse nisto, não lhe restaria escolha senão satisfazer, ela própria, tal desejo; e evitar, desta maneira, o mal maior da retribuição privada. Ao mesmo tempo, não é esta uma paixão que encorajamos, como entes privados ou legisladores. Além disso, não envolve todo o fundamento. Há crimes que não excitam e devemos, naturalmente, esperar que os mais sérios propósitos de punição sejam coextensivos a todo o campo de sua aplicação. Resta descobrir se existe tal objetivo e, em caso afirmativo, qual é ele. Teorias diversas dividem, ainda, a opinião sobre o assunto.

Pensou-se que o objetivo da punição é reformar o criminoso, ou dissuadir, a ele e a outros, de cometer crimes semelhantes, ou, ainda, que é a reparação. Poucos sustentariam hoje ser o primeiro destes objetivos o único. Se assim fosse, todo preso deveria ser solto logo parecesse claro que jamais reincidiria, e se irrecuperável, não deveria absolutamente ser punido. Seria difícil conciliar a pena de morte com essa doutrina.

O choque principal está entre as outras duas. De um lado, a noção de um vínculo místico entre erro e punição; de outro, a aplicação da pena como meio apenas para um

fim. Afirmar Hegel, um dos grandes expositores do último ponto de vista, em sua forma quase matemática, que – sendo o crime a negação do direito – a punição é a negação da negação, ou seja, a retribuição. Equilibrada há de ser, portanto, a punição – em sentido proporcional ao crime, vez que sua única função é neutralizá-lo. Outros, sem este aparato lógico, contentam-se em confiar numa necessidade sentida de que à infração deve seguir-se o sofrimento.

Objeta-se com a imoralidade da teoria preventiva por dissimular o justo castigo da ofensa e não proporcionar nenhuma medida de grandeza da punição, exceto a opinião subjetiva do legislador em relação à suficiência da quantidade de sofrimento preventivo. Na linguagem de Kant, ele trata o homem como coisa, não como pessoa; como meio, não como fim em si mesmo. Afirmar-se conflitar com o senso de justiça e violar o princípio fundamental de todas as comunidades livres – de que os membros de tais comunidades tenham direitos iguais à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A despeito de tudo isto, provavelmente a maioria dos juristas de língua inglesa aceitaria a teoria preventiva sem hesitação. Quanto à violação de direitos iguais de que é acusada, pode-se responder que o dogma da igualdade forma uma equação entre indivíduos apenas, não entre o indivíduo e a comunidade. Nenhuma sociedade jamais admitiu não poder sacrificar o bem-estar individual à sua própria existência. Se necessita de conscritos para os seus exércitos, agarra-os e os envia à morte sob a ameaça de baionetas. Corta com rodovias e ferrovias herdadas de velhas famílias, em que pese o protesto de seus proprietários, neste caso pagando-lhes, sem dúvida, o valor venal, pois nenhum governo civilizado sacrifica o cidadão mais do que este pode suportar; sacrifica, porém, o seu bem-estar e a sua vontade à dos demais.

O crescente valor atribuído à paz e às relações sociais tende a dar ao direito do ser social a aparência do direito de todos os seres. Parece-me, claro, entretanto, que a *ultima ratio*, não somente *regum*, mas de pessoas privadas, é a força; e que, na base de todas as relações privadas, temperadas embora pela simpatia e por todos os sentimentos sociais, está justificável autoprioridade. Se um homem flutua sobre uma prancha em alto mar e a mesma só comporta uma pessoa, a ela se agarrando um estranho, ele o lançará fora, se puder. O Estado, achando-se na mesma posição, agirá de modo semelhante.

As considerações que respondem ao argumento de direitos iguais respondem, também, às objeções de encarar o homem como coisa e a outros semelhantes. Se um homem vive em sociedade, é passível de se achar assim tratado. O grau de civilização atingido por um povo é, sem dúvida, marcado por sua preocupação em tratar os outros como gostaria de ser tratado, e o destino do homem pode ser o crescimento dos instintos sociais, a ponto de lhe dirigirem absolutamente as ações, mesmo em situações anti-sociais. Todavia, ainda não conseguiram, e como as regras do direito são, ou deveriam ser, baseadas em uma moralidade geralmente aceita, nenhuma norma fundada em uma teoria de absoluto altruísmo poderia ser estabelecida sem uma rotura entre o direito e as crenças existentes.

Não há caso em que o legislador tome como criminosa determinada conduta sem demonstrar, com isso, o desejo e o propósito de preveni-la. A prevenção parecia ser, portanto, o principal e o único objetivo universal de punição. A lei ameaça com certas penas, se você faz certas coisas, tencionando dar-lhe, assim, novo motivo para abster-se delas. Se você insiste em fazê-las, ela terá de aplicar as penas de modo a poderem continuar acreditadas em suas ameaças.

Se este é um relato verdadeiro do direito como se nos apresenta, ele trata efetivamente o indivíduo como meio para determinado fim e o utiliza como instrumento para elevar o bem-estar geral às suas próprias custas. Afirmou-se acima ser este procedimento perfeitamente justo; mas, mesmo que seja errado, nosso direito criminal o segue e a teoria deste deve ser moldada de acordo com ele.

III.

A CONSTRUÇÃO DO “ENFOQUE INTERNO”:

A RAZÃO COMO DISCURSO DA VALIDADE

3.1 A busca por uma racionalidade jurídica interna: a teoria jurídica de Kelsen

3.1.1 O problema do conhecimento não-científico

A teoria jurídica proposta por Hans Kelsen (1881-1973) é predominantemente uma teoria epistemológica a respeito do direito. Nesse sentido, discute fundamentalmente o problema do conhecimento jurídico, e não a questão de sua aplicação. Para tratar do conhecimento, porém, não toma por referência imediata nenhuma das teorias anteriormente apresentadas como teoria jurídica. Seu modelo de conhecimento é retirado diretamente da própria imagem que a ciência construiu para si durante a modernidade. Trata-se, pois, do modelo estabelecido pelas modernas ciências naturais.

Considerando as ciências da natureza, Kelsen entende que seu desenvolvimento durante o período moderno é resultado de sua emancipação perante os demais saberes, em especial a política e a religião. Assim, Kelsen estabelece uma concepção de “conhecimento verdadeiro” baseada em dois pressupostos: por um lado, a idéia de independência como base para a liberdade de investigação; por outro lado, a idéia de objetividade, como resultado dos procedimentos de demonstração e experimentação que caracterizam a atividade dos cientistas modernos.

Kelsen entende que a articulação desses dois pressupostos conduziu ao desenvolvimento de uma nova prática científica, mas também – e principalmente – a

uma nova compreensão tanto dos enunciados científicos quanto da própria realidade (natural ou social). A verdade não é tratada como um valor entre outros. Ela, aliás, sequer é um valor. Valores são enunciados subjetivos, ausentes de qualquer objetividade. A emancipação, portanto, envolve – em última instância – a separação entre fato e valor. Essa separação é, na concepção de Kelsen, a base do progresso do conhecimento científico.

Para que o conhecimento do direito se desenvolva, Kelsen entende então ser necessário dar desenvolvimento a essa concepção de ciência. É preciso, pois, aplicar ao direito uma concepção de ciência que corresponde, mais precisamente, a uma interpretação da ciência moderna segundo concepções que foram consolidadas pelo positivismo lógico. Isso traz por consequência a delimitação do problema da identificação do direito na teoria jurídica de Kelsen: para ele, o aspecto crítico da teoria corresponde à denúncia das teorias do direito e das dogmáticas jurídicas nas quais não foi garantida nem a independência da investigação, nem sua objetividade. Como esses fatores se conjugam no postulado da separação entre fatos e valores, o problema a ser denunciado pela teoria jurídica diz respeito àquelas teorias que não promovem essa separação. Dito de outro modo, trata-se de rejeitar, excluindo do domínio do conhecimento do direito, as teorias que não distinguem os valores como fenômenos subjetivos e, pelo contrário, os tratam como imanentes à própria realidade. Kelsen acaba assim identificando como tarefa inicial das teorias jurídicas a crítica das doutrinas teológico-cristãs e jusnaturalistas, por entendê-las como conhecimento metafísico-religioso, incompatíveis com o modelo de conhecimento a que o discurso jurídico deve aspirar: o conhecimento científico.

3.1.2 A construção do “ponto de vista do terceiro desinteressado”

Uma vez realizada essa denúncia, trata-se então de propor uma saída para o conhecimento jurídico. Essa saída, nos próprios termos colocados por Kelsen, corresponde a uma metodologia para garantir a cientificidade do conhecimento jurídico. Essa metodologia deve, portanto, garantir tanto a independência quanto a objetividade que estão na base de todo e qualquer progresso científico.

Para atender a esses requisitos modernos do conhecimento, Kelsen, em princípio, assume o caminho já indicado pela teoria de Austin: a postura analítica perante o conhecimento. Trata-se, pois, de retomar a preocupação com depuração da linguagem e dos conceitos jurídicos, tendo em vista obter uma separação precisa entre as leis jurídicas e as outras leis com as quais ela poderia se confundir (especialmente, com a concepção de lei natural, no duplo sentido – teológico-religioso e filosófico-metafísico – que essa expressão pode assumir).

Kelsen, assim, retoma o antigo tema benthamiano da distinção entre “conhecer algo como ele é” e “considerar seu mérito”. Ele o retoma sob a forma da distinção entre “juízos de realidade” e “juízos de valor”. Com base nessa distinção, sua teoria jurídica procura empreender uma analítica jurídica para garantir a devida independência dos estudos jurídicos. A analítica de Austin, porém, revela-se quando aplicada mais um problema para o conhecimento científico do direito. Ela é uma base para o método, mas não o método todo. Afinal, em seu desenvolvimento, a teoria jurídica de Austin se revelou incompleta. Segundo Kelsen, em seu ataque às figuras de linguagem no campo da linguagem jurídica, faltou a Austin atacar a concepção de “criação do direito a partir de fatos”. Essa concepção, em princípio, parece ser uma realidade. Todavia, diz Kelsen, se ela não for admitida como uma metáfora, a postura analítica não terá condições de garantir o conhecimento independente do direito. Uma vez entendido que o direito é criado “a partir de fatos”, a análise não resultará em conhecimento jurídico estrito. Temos, em seu lugar, um conhecimento sociológico ou sócio-psicológico do direito.

Não é à toa, portanto, que o estudo do direito durante o século XIX criou condições para o surgimento de uma sociologia jurídica ou de concepções realistas do direito. O movimento – comum na virada para o século XX – que denunciava a revolta dos fatos contra o direito é, ele próprio, resultado de uma confusão entre direito e fato social à qual nem mesmo Austin, com sua analítica incompleta, teria escapado. De certa forma, na tradição do direito anglo-saxônico, o surgimento e a ampliação do realismo jurídico apenas deram continuidade a equívocos já presentes na teoria jurídica de Austin. Kelsen critica a posição de Holmes (o enunciado jurídico não tem o sentido de profecia, mas de dever) ao afirmar que: “Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou quando confere o poder de realizá-la, o

sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira”.

É falaciosa a identificação do enunciado normativo com o ato por meio da qual ele foi criado. O enunciado normativo e o ato que estabeleceu o enunciado são duas entidades que devem ser mantidas nitidamente separadas. Não fazer essa distinção torna impossível obter uma descrição satisfatória do fenômeno jurídico.

Uma norma jurídica, que deve sua existência a uma decisão parlamentar, obviamente começa a existir em um momento em que a decisão já tomada e em que não há mais nenhuma vontade presente. Tendo aprovado a lei, os membros do parlamento voltam-se para outras questões e deixam de querer o conteúdo da lei, se é que alguma vez consideraram tal vontade. Como a norma jurídica passa a existir depois de completado o processo legislativo, sua “existência” não pode consistir na vontade dos indivíduos pertencentes ao corpo legislativo. Um jurista que queria estabelecer a “existência” de uma norma jurídica não tenta, de maneira alguma, provar a existência de um fenômeno psicológico. A existência de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico. Um jurista considera “existente” uma lei mesmo quando os indivíduos que a criaram não mais querem o conteúdo da lei, na verdade, até mesmo quando absolutamente ninguém mais quer seu conteúdo. É perfeitamente possível, e de fato é comum suceder, que uma lei “exista” quando os que a criaram já estão mortos há muito tempo.

Como a lei começa a “existir” depois que o processo legislativo foi completado, ela deve ser algo distinto desse processo. A terminologia jurídica, portanto, designa “existência” de normas legais por meio de um termo que é inaplicável à existência do ato criador de norma. O jurista expressa o fato de que uma norma “existe” dizendo que ela é “válida”. A existência de uma norma é sua validade. É a essa validade que se refere o conceito de “dever ser”. Que uma norma possui validade significa que o indivíduo deve conduzir-se como estipula a norma. Não se pode dizer que um ato criador de norm, que é um ato da vontade, é “válido”. Ele está presente ou não; sua existência é o seu “ser”. (distinção entre ser e dever ser como “dois modos de existência” ou “duas entidades totalmente diferentes” ou “dois sentidos / significados”).

Por meio de sua positividade, o direito difere do chamado direito natural. Não se presume que as normas do direito natural foram deliberadamente criadas por alguém, como as normas do direito positivo. Supõe-se que elas existam na natureza, independentemente dos desejos e vontades do homem e que podem ser descobertas por meio do exame da natureza. O chamado direito natural é uma das formas em que surge a idéia de justiça. Kelsen, porém, está unicamente interessado no direito positivo. Para quem supõe que o ato criador de uma norma seja um ato de vontade, a afirmação de que uma norma válida é criada por tal ato significa que os homens devem conduzir-se de certa maneira, se certos indivíduos expressaram uma vontade dirigida a essa conduta. Entre esse ato criado de norma e o seu significado (isto é, a norma criada por esse ato) prevalece um tipo de paralelismo similar ao que existe entre os processos fisiológicos do cérebro e os fenômenos psicológicos, como, por exemplo, pensamentos e sentimentos. A norma não é possível sem o ato criador; mas os dois são entidades totalmente diferentes. O ato criado é condição necessária (*conditio sine qua non*) da norma, mas não é sua condição suficiente (*conditio per quam*).

Se a própria norma jurídica é designada como “vontade” – seja do Estado, seja do legislador, seja do povo –, então o termo “vontade” é usado em sentido diferente de quando é aplicado ao fenômeno psicológico representado pelo ato criador de norma. Dizer que é a “vontade” da norma jurídica que as pessoas se conduzam de certa forma é dar expressão figurada à idéia de que as pessoas devem conduzir-se daquela maneira. Existe, na verdade, certa similaridade entre o enunciado no sentido de que alguém quer que as pessoas se conduzam de certa maneira e o enunciado de que as pessoas devem conduzir-se daquela maneira. O “dever ser” é, por assim dizer, uma vontade “despsicologizada”.

A teoria de Kelsen assume, pois, a tarefa de completar a proposta de uma teoria analítica do direito, ainda mais radical que a de Austin, para eliminar essa confusão de base sobre o entendimento da criação do direito. Mas, para dar conta dessa tarefa, Kelsen precisa introduzir uma compreensão da distinção entre juízo de realidade e juízo de valor que vá além dos termos propostos por Bentham e Austin. Para ir além epistemologicamente, Kelsen, curiosamente, irá aquém cronologicamente, retomando um par conceitual que foi explicitado antes mesmo de Bentham, pelo autor que está nas origens do debate moderno sobre a distinção entre fatos e valores e nas bases do

positivismo lógico que inspira a concepção kelseniana do progresso da ciência moderna. Esse autor é Hume; o par conceitual retomado por Kelsen é a distinção entre ser e dever ser, que Hume trata como uma separação.

Essa resposta fundamental que Kelsen encontra para o problema da garantia do conhecimento científico no âmbito do direito: para superar tanto o problema do conhecimento não-científico quanto as insuficiências do modelo de Austin (que contribuíam para que não se tivesse formado, ainda, uma ciência *propriamente dita* do direito), o estudo do direito deve promover a separação entre ser e dever ser. Dito de uma forma mais precisa, o que Kelsen procura é que os estudos *jurídicos* a respeito do direito positivo considerem a categoria do “dever” como uma categoria própria, distinta e até mesmo separada da categoria do “ser”. Eis a independência que interessa à teoria de Kelsen: a independência do dever perante o ser⁷⁹. Assim torna-se possível liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.

A separação entre ser e dever ser funciona como princípio metodológico fundamental, que diferencia a teoria jurídica de Kelsen perante a teoria jurídica de Austin. Mais que uma teoria analítica, trata-se de uma teoria pura do direito, na qual uma metodologia de depuração do conhecimento jurídico garante a distinção da lei jurídica perante as outras formas de lei e os outros fenômenos sociais.

Com essa metodologia, Kelsen poderá, de imediato, propor um novo caminho para a compreensão da noção de obrigação no campo do direito. O direito positivo, enquanto considerado tal como “é”, pode ser percebido como estabelecido por atos de vontade. Entretanto, essa percepção não leva à compreensão da obrigatoriedade que garante os enunciados jurídicos. A obrigatoriedade não é resultante desses atos de vontade. A obrigatoriedade tem, por assim dizer, uma existência própria..

Além disso, a separação entre ser e dever ser também terá outras cinco consequências fundamentais:

---

⁷⁹ Nessa defesa da separação entre ser e dever ser é possível identificar a teoria da sociedade pressuposta pela teoria kelseniana do direito: “A visão de que o valor é imanente à realidade, se sustentada por uma teoria da sociedade anti-religiosa, antimetafísica (como, por exemplo, pela filosofia positiva de Comte ou pela interpretação econômica da história de Marx), não tem nenhum fundamento” (KELSEN, 1997: 357).

a) Em um primeiro momento, não se trata propriamente de superar o imperativismo, mas de eliminar os elementos de sociologia ou psicologia social que apareciam em Austin, reformulando o significado do direito positivo: seus enunciados podem ser entendidos, de um ponto de vista psicológico ou sócio-psicológico, como imperativos, mas, de um ponto de vista analítico, devem ser considerados “imperativos despsicologizados”⁸⁰. Nesses termos, os enunciados jurídicos não podem ser entendidos como atos psíquicos da vontade de um indivíduo dirigidos à conduta de outro indivíduo. Elas até se assemelham a imperativos ou comandos quanto ao momento de sua criação (imposição). Mas, ressalta Kelsen, a *afirmação* de que “uma norma proíbe o roubo” não significa que “a proibição do roubo é a vontade efetiva de alguém”. Significa apenas que “um indivíduo *deve* conduzir-se de maneira a evitar a sanção imputada para aqueles que roubam”. A análise de uma norma não se confunde com a análise da vontade que a prescreve⁸¹.

b) No entanto, sem referência à vontade, o enunciado jurídico não tem mais o sentido de um comando ou mandamento. Ele aparece agora, em termos analíticos, como “enunciado de dever ser”. Mais que reformular os termos de Austin, é preciso então uma reformulação mais radical, que introduza uma nova terminologia para os enunciados jurídicos entendidos como “de modo despsicologizado”. Kelsen estabelece para tanto o termo “norma”. Enunciados de dever ser são “enunciados normativos” ou “normas”. O direito positivo, assim, não é um conjunto de comandos, mas um “conjunto de normas”.

c) O conteúdo específico de uma norma jurídica, tradicionalmente, diz respeito à sua diferença perante a moral. Essa diferença, no entanto, não diz respeito nem à espécie de conduta determinada, como está na doutrina de Kant. O conteúdo específico está, na verdade, na forma como elas prescrevem ou proíbem algo. Essa forma é coerção. Pela redução da definição de norma jurídica à forma coercitiva, entre outros aspectos formais, Kelsen é entendido como formalista. Contudo, mesmo que possa ser compreendido como um formalista, é importante notar que, em função de sua perspectiva analítica, Kelsen reformula a própria idéia de coerção, que deve ser entendida como sanção externa. O direito positivo continua sendo entendido como uma

---

⁸⁰ KELSEN, 1997: 268.

⁸¹ KELSEN, 1997: 261-268; KELSEN, 1984: 7-28.

ordem de coerção, no sentido de que reage, contra situações consideradas indesejáveis, por meio da ameaça da realização de um mal. É seu caráter coercitivo, aliás, que o distingue perante as demais ordens positivas (como, por exemplo, a moral). No entanto, a tradicional definição do direito em função da possibilidade de coerção (coerção) da conduta humana sofre aqui uma alteração. Na filosofia de Austin, a coerção que aparece como elemento essencial do direito positivo é a coerção *psíquica* e a obediência ao direito positivo é conseguida por *temor* da ameaça de sanção. Já na teoria pura do direito proposta por Kelsen, a questão dos *motivos* da conduta é considerada como um problema que escapa ao conhecimento propriamente jurídico. Este deve ocupar-se apenas do conteúdo da ordem jurídica. E o conteúdo da norma é, mais exatamente, composto por sanções e delitos. O direito positivo é, portanto, um conjunto de juízos hipotéticos que ligam delito e sanção.

d) Kelsen, porém nunca reduz os enunciados jurídicos a simples prescrições, positivas ou negativas. Sua teoria sempre ressalta que, além de prescrever comportamentos, as normas jurídicas também se caracterizam por permitir condutas e conferir poderes para realizar essas condutas. Entre essas últimas, aliás, encontram-se as normas que conferem o próprio poder para estabelecer normas, tais como as normas que conferem competências para a produção de normas jurídicas gerais (por exemplo, as normas da Constituição que regulam o procedimento legislativo ou determinam o costume como fato produtor de direito) e as normas que regulam procedimentos jurisdicionais e administrativos (nos quais, diz Kelsen, “as normas gerais produzidas através da lei ou do costume serão aplicadas”)⁸². Essas normas, porém, em conjunto com aquelas que contenham uma permissão positiva, são qualificadas por Kelsen como “normas jurídicas não autônomas”, na medida em que, não contendo prescrições, “apenas têm validade em ligação com outra norma estatuída de coerção”⁸³. Um exemplo típico de tais normas, para Kelsen, são as normas constitucionais que regulam o processo legislativo: elas não estabelecem quaisquer sanções para a hipótese de não serem respeitadas⁸⁴. A norma que não determina sanção é vista como dependente de outra norma, que estipula a sanção. Kelsen expressa essa dependência chamando a

---

⁸² KELSEN, 1984: 21, 35-37 e 90.

⁸³ KELSEN, 1984: 91-92.

⁸⁴ KELSEN, 1984: 84.

norma sancionadora de “norma primária”, enquanto a outra seria uma “regra secundária”. Assim Kelsen inverte a concepção de Austin entre deveres primários e deveres secundários⁸⁵.

e) A existência das normas tem que ser distinta da existência do ato criador da norma. Para tanto, o termo adequado, de um ponto de vista analítico, é “validade”. A existência de uma norma é sua validade. O direito positivo, nesses termos, aparece então como um “conjunto de normas válidas”. O problema da existência normativa é uma questão de identificação / verificação da validade. A teoria do direito positivo torna-se uma teoria da validade.

Ao entender que o significado de uma regra está em um juízo lógico denominado “norma”, Kelsen acaba por afirmar ir além da concepção propriamente, em um significado, ou seja, ela é resultado de uma interpretação de um fato como “fator criador de uma norma”.

Essa interpretação (como atribuição de sentido) existe no próprio ato de vontade que põe a norma (em termos de intencionalidade). Mas essa interpretação é uma interpretação subjetiva; é preciso, portanto, ir além do ponto de vista analítico para garantir o conhecimento jurídico. É preciso de algo mais do que um ponto de vista analítico para garantir não apenas a independência do conhecimento jurídico, mas também sua objetividade (por ressaltar o elemento “interpretação”, Kelsen se preocupa com a objetividade)

Para garantir essa objetividade, Kelsen propõe que se vá além do ponto de vista do indivíduo que põe o ato de vontade (interpretação subjetiva) e se assuma “também o ponto de vista de um terceiro desinteressado”. Eis o novo enfoque construído no âmbito da teoria de Kelsen. Trata-se de um novo enfoque, não apenas porque vai ultrapassar o enfoque analítico, mas também porque supera criticamente o enfoque elaborado por Holmes com sua figura do “homem mau”. Na teoria jurídica de Holmes, estávamos diante do ponto de vista do “destinatário interessado”. O enfoque do “terceiro desinteressado” proposto por Kelsen é o total oposto disso. A grande questão está em saber, justamente, em que se constitui um “terceiro desinteressado”.

---

⁸⁵ KELSEN, 1992: 66-68; FERRAZ JR., 2003: 124.

Para compreender isso é preciso, em primeiro lugar, entender como ocorre a interpretação que conduz à identificação de uma norma. Toda interpretação é uma operação mental parte da pressuposição de outra norma que confira a um fato a qualidade de fato criador de norma.

Nesses termos, o enfoque do “terceiro desinteressado” aponta para a consideração do fato do ponto de vista de outra norma jurídica que empresta sentido objetivo ao ato na medida em que atribui a alguém competência para esse ato. Não à toa, Kelsen chama esse enfoque de “ponto de vista jurídico” ou “ponto de vista do Direito”.

Para tanto, Kelsen desenvolve uma quarta concepção de enunciado normativo: a norma não apenas é o “significado de fato”, mas também “esquema de interpretação”.

Além de tratar-se de um ponto de vista normativo, o enfoque do terceiro desinteressado é também caracterizado como dinâmico, pois não considera apenas o enunciado normativo em si, mas também o processo que governa sua criação e o conteúdo da norma a ser criada. Assim, se contrapõe ao ponto de vista analítico de Austin, que seria um ponto de vista estático. A validade, nessa perspectiva dinâmica, não é um atributo da norma, mas da relação intra-normativa.

3.1.3 A racionalidade diante da moldura

Do ponto de vista do “terceiro desinteressado”, a racionalidade jurídica, dois elementos peculiares que permitem ver a imagem do direito como “ordenamento”:

- a) o postulado de uma hierarquia das normas (ordem escalonada) – representação formal (geométrica) adequada à racionalidade formal (Bobbio): a idéia de que o motivo para validade de uma norma é sempre outra norma superior também permite a Kelsen a introdução de outro conceito que (embora elaborado originalmente por seu aluno Adolf Merkl) tornou-se característico de sua Teoria Pura do Direito: a idéia de que a ordem jurídica, como ordem normativa, é

constituída (articulada logicamente) pelo cientista sob a forma de uma *estrutura escalonada*, formando uma hierarquia de diferentes tipos de normas⁸⁶.

a. o problema do fundamento de validade da primeira norma (norma fundamental) – aqui há relação entre validade e eficácia aparece (princípio geral da eficácia)

1. Esse problema não exclusivo da teoria jurídica: também se manifesta na doutrina teológico-cristã e na doutrina jusracionalista

2. Toda forma de pensamento normativo enfrenta o problema da norma fundamental, que é o conceito da condição transcendental de pensamento

A ciência natural descreve seu objeto como real enunciando que, em certas condições (causas), ocorrem, necessária ou provavelmente, certas conseqüências (seus efeitos). Essas proposições, como foi assinalado, são as chamadas leis da natureza, que são leis de causalidade. A causalidade não é uma força imanente à realidade, é um princípio de cognição, o instrumento específico pelo qual os cientistas da natureza desempenham sua função de descrever seu objeto. Como a conduta humana é determinada por normas, a ciência jurídica, ao descrever o direito como um conjunto de normas, está descrevendo também a conduta humana, mas não a descrevendo como ocorrendo sob a forma de causa/efeito na realidade natural. Ela descreve a conduta tal como ela é determinada, isto é, prescrita ou permitida, por normas legais. Os enunciados pelos quais a ciência do direito descreve seu objeto não são uma aplicação do princípio da causalidade; eles não tem o significado das leis da natureza, embora tenham a mesma forma gramatical. São proposições que ligam uma condição à sua conseqüência, mas essa ligação tem outro significado além do expresso nas leis da natureza. Seu significado não é o de que, em certa condição, determina conseqüência ocorre efetivamente, isto é, necessária ou provavelmente, mas que, sob a condição de certa conduta humana, outra conduta humana deve ocorrer como conseqüência. Esses enunciados são as regras jurídicas. Na regra jurídica, o termo dever expressa o significado específico da ligação entre condição e conseqüência, estabelecida por uma norma jurídica (uma prescrição ou permissão), como diferente da ligação entre causa e efeito. Pode ser designada como “imputação”. É o princípio de acordo com o qual certas

---

⁸⁶ KELSEN, 1984: 309ss.; SGARBI, 2006: 43-45.

ciências sociais, cujo objeto são as normas determinantes da conduta humana, descrevem seu objeto. É o princípio que, no campo de certas ciências sociais, como a ética e a ciência jurídica, corresponde ao princípio da causalidade no campo das ciências naturais. É necessário lembrar, é claro, que, no campo da ciência, quando o princípio da imputação é aplicado, e se afirma que, “sob a condição de certa conduta, outra conduta deve ocorrer”, o termo “deve” não tem seu significado moral costumeiro, mas um significado puramente lógico. Designa, como a causalidade, uma categoria no sentido da lógica transcendental de Kant. (Para Kant, as categorias são as formas de acordo com as quais os objetos de experiência são estruturados e ordenados pelo juízo, que é a operação do entendimento responsável pela síntese ou pela unificação dos múltiplos. Na analítica transcendental, é fornecido o ordenamento inicial do pensamento analisado em juízo.).

O ponto de partida da teoria kelseniana é a separação radical da consideração do dever-ser perante o pensamento que diz respeito ao ser. Essa separação apresenta, na obra de Kelsen, uma dupla qualificação. De um lado, ser e dever são considerados categorias ordinárias do pensamento, cujo sentido revela-se de imediato à consciência. Esse caráter elementar, no entanto, traz como conseqüência a dificuldade na conceituação precisa do significado dessas duas formas de pensamento, abrindo espaço, como se verá ao longo desta seção, para que o autor recorra à metáfora do comando como meio para representar esse significado.

De um lado, ser e dever ser também são, para Kelsen, categorias irreduzíveis uma a outra. Sob a perspectiva lógico-formal, o autor tenta manter em sua teoria uma estrita divisão entre essas duas formas de pensamento, denunciando qualquer tentativa de derivação de uma a partir da outra, especialmente a derivação do dever ser a partir do ser, equívoco, segundo ele, incorrido principalmente pelos representantes do jusnaturalismo e do sociologismo jurídico. Essa divisão lógico-formal, contudo, não impede que ser e dever ser mantenham relações de interdependências no plano histórico-material. Com efeito, é essencial para o dever ser que possa vir a concretizar-se no mundo do ser, sob pena de tornar-se um sem sentido. Essas interdependências, contudo, configuram meras coincidências de conteúdo, não sendo suficientes para admitir a redução de uma categoria à outra.

É por meio da distinção ser/dever ser que Kelsen separa as normas de conduta das leis naturais. Normas de conduta, segundo o autor, expressam o dever de uma conduta humana. Têm por função, portanto, prescrever um ato comissivo ou omissivo. Já as leis naturais, ao contrário, exprimem o ser de um fato, assumindo, desse modo, caráter notadamente descritivo. Tal como entendidas por Kelsen, elas não se referem apenas aos eventos da natureza, mas também aos fatos sociológicos e psicológicos, sempre compreendidos enquanto fatos de ser. Sob essa perspectiva, mais do que uma divisão ontológica, a distinção entre ser e dever ser adquire o sentido de uma divisão metodológica, ou seja, de modos diferentes de compreensão dos eventos.

O caráter metodológico dessa distinção entre ser e dever ser fica patente na separação das ciências em explicativas e normativas. As primeiras, segundo o autor, operam sob a égide do ser e regem-se pelo princípio da causalidade, criando cadeias intermináveis de causas e efeitos, em que cada causa é efeito de outra causa e cada efeito é causa de outro efeito. Já as ciências normativas, por sua vez, situam-se no âmbito do dever ser, sendo governadas pelo princípio de imputação, que consiste na atribuição, por meio da interferência humana consciente, de determinadas conseqüências a eventos fixados na norma, criando uma cadeia de eventos que termina justamente no ponto determinado pela norma. Causalidade e imputação, portanto, refletem, no plano metodológico, a distinção ontológica entre ser e dever ser, complementando-a.

Kelsen é incisivo em radicar a ciência do direito no campo das ciências normativas. Para ele, a descrição das normas jurídicas de acordo com o princípio causal peca por não captar aquilo que é a essência mesma do Direito – o dever ser – e acaba por tornar-se uma sociologia ou uma psicologia social. Nesse contexto, a função da teoria jurídica é justamente explicar o significado objetivo do dever ser contido nas normas jurídicas, o que somente pode ser feito com base no princípio da imputação, isto é, da atribuição de significado jurídico a determinados fatos com base no sentido da norma jurídica.

Nesse passo, é importante estabelecer a distinção entre uma *teoria jurídica estática* e uma *teoria jurídica dinâmica*. Calcada sob a distinção entre formas estáticas e dinâmicas de fundamentação da validade das normas em um ordenamento jurídico, essa diferença também pode ser reveladora das razões do posicionamento ambíguo do autor

com a teoria imperativista. Estática é uma teoria que procura explicar o direito em vigor, esclarecendo a natureza do direito válido em um determinado momento e expondo os conceitos fundamentais utilizados no ordenamento jurídico. Já uma teoria dinâmica, por sua vez, tem por escopo analisar os processos de criação e aplicação do direito, processos esses também regulados pelo ordenamento jurídico.

Até este ponto, foram desdobradas apenas algumas das principais implicações da formulação kelseniana da diferença entre cognições e normas por meio dos conceitos kantianos de ser e dever ser. A compreensão kelseniana da ciência do direito completa-se com o pressuposto metodológico da pureza. A pureza é, para Kelsen, o resultado da delimitação do objeto da teoria jurídica especificamente ao direito positivo. Para o autor, a ciência jurídica deve ser entendida como um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito, abstraindo-se, portanto, de toda e qualquer conexão sua com outros objetos relacionados, especialmente as ideologias políticas e os princípios morais.

A ênfase dada por Kelsen ao conhecimento científico põe em relevo sua definição de direito. Para o autor, o direito pode ser visto como uma ordem social coercitiva que regula a conduta humana em relação aos outros. A última parte dessa definição é bastante clara e reflete a tese de que apenas seres humanos estão sujeitos às normas jurídicas, rejeitando-se, por animismo, aquelas correntes que pretendem incluir nesse grupo os animais ou objetos inanimados.

Já os conceitos de “ordem social” e “ordem coercitiva” merecem ser mais bem detalhados. De acordo com Hans Kelsen, uma ordem social é um complexo de regras que regulam a conduta em face dos demais. Essa definição, logo se vê, abarca não só direito, mas também outras ordens sociais, tais como a moral, a religião e a própria sociedade, conceituada pelo autor como ordenamento da convivência dos indivíduos. É interessante ainda, notar, nesse passo, que o Estado não é propriamente concebido por Kelsen como ordem social, mas, antes, como a personificação de uma ordem social, qual seja, o ordenamento jurídico.

O direito, como já referido acima, também é uma ordem social. Sua diferença específica em relação às demais ordens sociais encontra-se no fato de ser também uma ordem coercitiva. Essa visão aponta para a sanção, concretiza na coação, como

elemento característico da juridicidade. A coação, para Kelsen, consiste em um mal imposto ao transgressor da norma contra sua vontade. A partir dessa definição, o autor articula duas distinções para estabelecer o vínculo entre direito e coação. A primeira distinção refere-se ao sujeito da coação: a sanção será transcendente sempre que sua efetivação for atribuída a eventos sobre-humanos (a divindade, por exemplo) ou social-imanente, sempre que sua realização dependa de atos humanos. Já a segunda distinção insere-se em um dos lados da primeira para referir-se ao modo de sua concretização: a coação social-imanente pode se dar de forma socialmente organizada, hipótese em que a sociedade conta com mecanismos pré-definidos para a aplicação da sanção, ou de forma socialmente desorganizada, difusa, quando tais mecanismos não existem.

Valendo-se dessas distinções, Kelsen sustenta que a norma jurídica consiste na atribuição a alguém de competência para exercer a coação em caso de ocorrência de determinado evento. Essa tese possui duas conseqüências importantes. De um lado, o direito assume sua identidade específica dentro da sociedade como uma ordem social cuja técnica específica é valer-se de coação social-imanente socialmente organizada. Distingue-se, dessa forma, tanto da religião, que se assenta sobre sanções transcendentais, quanto da moral, que se baseia em sanções social-imanentes, porém, socialmente desorganizadas. Essa distinção, obviamente, fundamenta-se justamente no fato de o sistema jurídico contar com procedimentos específicos para a aplicação de suas normas.

De outro lado, essa concepção kelseniana acarreta a compreensão do direito como uma técnica de organização da força dentro da sociedade, levando à equiparação do Estado de Direito com o monopólio legítimo da força pelo Estado (enquanto personificação da ordem jurídica). Nesses termos, a função social do direito aparece como a manutenção da paz social, entendida como a repressão da utilização ilegítima (ilegal) da força. Sob tal concepção é possível notar uma forma peculiar de identificação da função do sistema jurídico como orientação de condutas: nem tanto a forma tradicional de orientação das condutas dos indivíduos – tese essa que, sob o nome de “coerção psíquica”, é refutada por Kelsen em virtude de confundir ser e dever ser no subjetivismo psicológico do sujeito coagido – mas principalmente a orientação da conduta da pessoa competente para aplicar a sanção e exercer a coação legitimamente.

Para além de sua definição como ordem social coercitiva, o direito para Kelsen é sempre direito positivo. A positividade do direito está, para o autor, na ligação intrínseca da validade da norma com um ato de vontade. De acordo com Kelsen, não há norma válida sem um ato de vontade que a crie. É preciso, no entanto, destacar que a norma não pode ser reduzida ao ato que a estabelece, visto que, uma vez criada, a validade da norma persiste até sua revogação por outro ato de vontade, ainda que o ato original desapareça. Admitir o contrário seria confundir o ser – plano do ato de vontade – com o dever ser – plano da norma jurídica.

Ocorre, nesses termos, uma objetivização do sentido subjetivo do dever ser contido no ato de vontade. O significado dessa objetivização será retomado ao final desta seção, em função de ser um elemento de distanciamento da teoria kelseniana com o imperativismo. O importante, neste passo, é ter em conta que a objetivização do sentido subjetivo do conteúdo do dever ser inerente ao ato de vontade é o que constitui propriamente a norma jurídica. Em outros termos, a norma jurídica é sempre sentido objetivo produzido a partir do significado de um ato de vontade. A produção desse sentido somente é possível graças à intervenção de uma outra norma jurídica, que confere competência ao sujeito que pratica o ato. É desse modo que Kelsen observa que o direito positivo possui a peculiar característica de regular sua própria criação.

Uma consequência da concepção kelseniana da positividade do direito é a distinção entre dinâmica e estática jurídica. Em um sistema estático, as normas estão em uma relação de conteúdo, em que a derivação de uma a partir das outras dá-se por dedução lógica. A estática jurídica, dessa forma, toma as normas como dadas e busca estabelecer relações entre elas. Já o sistema dinâmico, ao contrário, refere-se ao processo de surgimento das normas jurídicas. Dessa forma, volta-se para as relações formais entre as normas, bem como para o ato de vontade que media a relação entre elas. Essa relação, no sistema em análise, é uma relação de fundamentação de validade, em que a norma que fundamenta a validade da outra é representada figurativamente como sua norma superior, organizando-se, assim, o ordenamento jurídico, enquanto conjunto de normas jurídicas, como uma estrutura escalonada sustentada pela pressuposição de uma norma pensada, não posta, que fundamenta, direta ou indiretamente, a validade de todo o ordenamento: a norma fundamental. Dada a ênfase

atribuída por Kelsen à positividade do direito, é fácil compreender sua tese quanto à prevalência da dinâmica sobre a estática no direito positivo.

A moral positiva, objeto de uma, e o direito positivo, objeto da outra, são de fato ordens normativas, que determinam uma conduta humana definida, prescrevendo ou permitindo tal conduta. Para garantir que essas disciplinas expressam, seguramente, conhecimentos científicos, devemos levar em consideração que, assim como é possível distinguir entre dois tipos diferentes de juízes de valor (os juízos de validade postos e os juízos de validade pressupostos), é possível também distinguir normas positivas, ou seja, criadas por indivíduos, e normas que não são criadas desta maneira, mas são apenas pressupostas na mentem dos indivíduos que atuam e julgam. O ato pelo qual é criada uma norma pode ser executado de diversas maneiras diferentes: por palavras faladas ou escritas, por um gesto, por símbolos convencionais e similares. As normas de uma ordem moral positiva podem ser estabelecidas pelos sermões ou os escritos de um fundador ou pelo costume, isto é, pela conduta habitual dos membros de uma comunidade social; as normas do direito positivo podem ser estabelecidas pelo costume, por atos legislativos, jurisprudências, atos administrativos ou negócios jurídicos. Os atos pelos quais são criadas as normas de um sistema normativo positivo são sempre fatos manifestados no mundo exterior, perceptíveis aos sentidos. Os seguidores de Cristo podiam ouvir a voz de seu mestre quando, no Sermão da Montanha, ele ordenou que amasse seus inimigos.

Mas dizer que “uma norma foi criado por um fato” é uma figura de linguagem. A norma é o significado específico de um fato, e esse significado, imperceptível aos nossos sentidos, é o resultado de uma interpretação. Interpretar o significado de um fato como norma é possível apenas possível sob a condição de pressupormos outra norma que confira a esse fato a qualidade de um “fato criador de norma”, mas essa outra norma, em última análise, não pode ser uma norma positiva. Assim, o que Cristo nos ordenou no Sermão da Montanha são normas obrigatórias para nós apenas se pressupusermos Cristo como autoridade moral suprema, e fazer isso pressupõe uma norma, a de que devemos obedecer aos mandamentos de Cristo. Mas essa não é, como o mandamento de Cristo, uma norma positiva, isto é, o significado de um fato, um ato criador de norma executado no tempo e no espaço; é antes uma norma cuja validade é apenas pressuposta em nossa mente. O postulado da separação entre ciência e política

pressupõe que o objeto da ciência é a realidade, que os enunciados científicos são enunciados sobre a realidade, em oposição aos juízos de valor no sentido específico do termo. Existem, porém, disciplinas geralmente consideradas ciências, como a ética e a ciência do direito, cujo objeto parece não ser a realidade, mas valores. Elas descrevem normas que constituem valores e, nesse sentido. A diferença entre uma norma positiva e uma norma não positiva é particularmente clara no campo jurídico. Tomando por referência a tradicional questão sobre a distinção entre uma comunidade jurídica e um bando de salteadores, é possível afirmar que o fato de um homem ordenar a outro homem que pague certa quantia de dinheiro é interpretado pelo jurista como possuindo o significado de uma norma emitida por um e obrigatória para o outro, e não uma tentativa de um malfeitor para extorquir dinheiro do outro, se o que emite a ordem é considerado (interpretado) como um órgão da comunidade, um funcionário da receita, atuando autorizado por um conjunto de leis. O ato pelo qual foi criada a lei que confere autoridade a esse funcionário só tem significado de norma obrigatória se for executado de uma maneira determinada pela Constituição.

A principal questão que aqui se põe, nesse sentido, é justamente o que faz com que a primeira Constituição histórica tenha o significado de uma norma obrigatória. A resposta dada por Kelsen é, de modo coerente, outra pressuposição. O jurista, neste caso, pressupõe uma norma segundo a qual devemos conduzir-nos tal como os que estabeleceram a constituição ordenaram que nos conduzíssemos. Se não supomos que os pais da constituição receberam sua autoridade de Deus, essa norma é uma “norma fundamental”. Não foi estabelecida, como foi a própria constituição, pelos atos de seres humanos; ela é apenas pressuposta pelos que querem interpretar certas relações humanas como relações jurídicas ou como relações determinadas por normas jurídicas. Esse pressuposto, porém, não é arbitrário. Na verdade, pressupomos que devemos conduzir-nos como os que estabeleceram a constituição ordenaram que nos conduzíssemos se a ordem jurídica – estabelecida com base nessa Constituição – for, de um modo geral, eficaz. É o princípio geral da eficácia implícito na norma fundamental.

De um lado, ser e dever ser também são, para Kelsen, categorias irreduzíveis uma a outra. Sob a perspectiva lógico-formal, o autor tenta manter em sua teoria uma estrita divisão entre essas duas formas de pensamento, denunciando qualquer tentativa de derivação de uma a partir da outra, especialmente a derivação do dever ser a partir do

ser, equívoco, segundo ele, incorrido principalmente pelos representantes do jusnaturalismo e do sociologismo jurídico. Essa divisão lógico-formal, contudo, não impede que ser e dever ser mantenham relações de interdependências no plano histórico-material. Com efeito, é essencial para o dever ser que possa vir a concretizar-se no mundo do ser, sob pena de tornar-se um sem sentido. Essas interdependências, contudo, configuram meras coincidências de conteúdo, não sendo suficientes para admitir a redução de uma categoria à outra.

É por meio da distinção ser/dever ser que Kelsen separa as normas de conduta das leis naturais. Normas de conduta, segundo o autor, expressam o dever de uma conduta humana. Têm por função, portanto, prescrever um ato comissivo ou omissivo. Já as leis naturais, ao contrário, exprimem o ser de um fato, assumindo, desse modo, caráter notadamente descritivo. Tal como entendidas por Kelsen, elas não se referem apenas aos eventos da natureza, mas também aos fatos sociológicos e psicológicos, sempre compreendidos enquanto fatos de ser. Sob essa perspectiva, mais do que uma divisão ontológica, a distinção entre ser e dever ser adquire o sentido de uma divisão metodológica, ou seja, de modos diferentes de compreensão dos eventos.

O caráter metodológico dessa distinção entre ser e dever ser fica patente na separação das ciências em explicativas e normativas. As primeiras, segundo o autor, operam sob a égide do ser e regem-se pelo princípio da causalidade, criando cadeias intermináveis de causas e efeitos, em que cada causa é efeito de outra causa e cada efeito é causa de outro efeito. Já as ciências normativas, por sua vez, situam-se no âmbito do dever ser, sendo governadas pelo princípio de imputação, que consiste na atribuição, por meio da interferência humana consciente, de determinadas conseqüências a eventos fixados na norma, criando uma cadeia de eventos que termina justamente no ponto determinado pela norma. Causalidade e imputação, portanto, refletem, no plano metodológico, a distinção ontológica entre ser e dever ser, complementando-a.

Kelsen é incisivo em radicar a ciência do direito no campo das ciências normativas. Para ele, a descrição das normas jurídicas de acordo com o princípio causal peca por não captar aquilo que é a essência mesma do Direito – o dever ser – e acaba por tornar-se uma sociologia ou uma psicologia social. Nesse contexto, a função da teoria jurídica é justamente explicar o significado objetivo do dever ser contido nas

normas jurídicas, o que somente pode ser feito com base no princípio da imputação, isto é, da atribuição de significado jurídico a determinados fatos com base no sentido da norma jurídica.

Nesse passo, é importante estabelecer a distinção entre uma *teoria jurídica estática* e uma *teoria jurídica dinâmica*. Calcada sob a distinção entre formas estáticas e dinâmicas de fundamentação da validade das normas em um ordenamento jurídico, essa diferença também pode ser reveladora das razões do posicionamento ambíguo do autor com a teoria imperativista. Estática é uma teoria que procura explicar o direito em vigor, esclarecendo a natureza do direito válido em um determinado momento e expondo os conceitos fundamentais utilizados no ordenamento jurídico. Já uma teoria dinâmica, por sua vez, tem por escopo analisar os processos de criação e aplicação do direito, processos esses também regulados pelo ordenamento jurídico.

Até este ponto, foram desdobradas apenas algumas das principais implicações da formulação kelseniana da diferença entre cognições e normas por meio dos conceitos kantianos de ser e dever ser. A compreensão kelseniana da ciência do direito completa-se com o pressuposto metodológico da pureza. A pureza é, para Kelsen, o resultado da delimitação do objeto da teoria jurídica especificamente ao direito positivo. Para o autor, a ciência jurídica deve ser entendida como um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito, abstraindo-se, portanto, de toda e qualquer conexão sua com outros objetos relacionados, especialmente as ideologias políticas e os princípios morais.

A ênfase dada por Kelsen ao conhecimento científico põe em relevo sua definição de direito. Para o autor, o direito pode ser visto como uma ordem social coercitiva que regula a conduta humana em relação aos outros. A última parte dessa definição é bastante clara e reflete a tese de que apenas seres humanos estão sujeitos às normas jurídicas, rejeitando-se, por animismo, aquelas correntes que pretendem incluir nesse grupo os animais ou objetos inanimados.

Já os conceitos de “ordem social” e “ordem coercitiva” merecem ser mais bem detalhados. De acordo com Hans Kelsen, uma ordem social é um complexo de regras que regulam a conduta em face dos demais. Essa definição, logo se vê, abarca não só direito, mas também outras ordens sociais, tais como a moral, a religião e a própria

sociedade, conceituada pelo autor como ordenamento da convivência dos indivíduos. É interessante ainda, notar, nesse passo, que o Estado não é propriamente concebido por Kelsen como ordem social, mas, antes, como a personificação de uma ordem social, qual seja, o ordenamento jurídico.

O direito, como já referido acima, também é uma ordem social. Sua diferença específica em relação às demais ordens sociais encontra-se no fato de ser também uma ordem coercitiva. Essa visão aponta para a sanção, concretiza na coação, como elemento característico da juridicidade. A coação, para Kelsen, consiste em um mal imposto ao transgressor da norma contra sua vontade. A partir dessa definição, o autor articula duas distinções para estabelecer o vínculo entre direito e coação. A primeira distinção refere-se ao sujeito da coação: a sanção será transcendente sempre que sua efetivação for atribuída a eventos sobre-humanos (a divindade, por exemplo) ou social-imanente, sempre que sua realização dependa de atos humanos. Já a segunda distinção insere-se em um dos lados da primeira para referir-se ao modo de sua concretização: a coação social-imanente pode se dar de forma socialmente organizada, hipótese em que a sociedade conta com mecanismos pré-definidos para a aplicação da sanção, ou de forma socialmente desorganizada, difusa, quando tais mecanismos não existem.

Valendo-se dessas distinções, Kelsen sustenta que a norma jurídica consiste na atribuição a alguém de competência para exercer a coação em caso de ocorrência de determinado evento. Essa tese possui duas conseqüências importantes. De um lado, o direito assume sua identidade específica dentro da sociedade como uma ordem social cuja técnica específica é valer-se de coação social-imanente socialmente organizada. Distingue-se, dessa forma, tanto da religião, que se assenta sobre sanções transcendentais, quanto da moral, que se baseia em sanções social-imanentes, porém, socialmente desorganizadas. Essa distinção, obviamente, fundamenta-se justamente no fato de o sistema jurídico contar com procedimentos específicos para a aplicação de suas normas.

De outro lado, essa concepção kelseniana acarreta a compreensão do direito como uma técnica de organização da força dentro da sociedade, levando à equiparação do Estado de Direito com o monopólio legítimo da força pelo Estado (enquanto personificação da ordem jurídica). Nesses termos, a função social do direito aparece como a manutenção da paz social, entendida como a repressão da utilização ilegítima

(ilegal) da força. Sob tal concepção é possível notar uma forma peculiar de identificação da função do sistema jurídico como orientação de condutas: nem tanto a forma tradicional de orientação das condutas dos indivíduos – tese essa que, sob o nome de “coerção psíquica”, é refutada por Kelsen em virtude de confundir ser e dever ser no subjetivismo psicológico do sujeito coagido – mas principalmente a orientação da conduta da pessoa competente para aplicar a sanção e exercer a coação legitimamente.

Para além de sua definição como ordem social coercitiva, o direito para Kelsen é sempre direito positivo. A positividade do direito está, para o autor, na ligação intrínseca da validade da norma com um ato de vontade. De acordo com Kelsen, não há norma válida sem um ato de vontade que a crie. É preciso, no entanto, destacar que a norma não pode ser reduzida ao ato que a estabelece, visto que, uma vez criada, a validade da norma persiste até sua revogação por outro ato de vontade, ainda que o ato original desapareça. Admitir o contrário seria confundir o ser – plano do ato de vontade – com o dever ser – plano da norma jurídica.

Ocorre, nesses termos, uma objetivização do sentido subjetivo do dever ser contido no ato de vontade. O significado dessa objetivização será retomado ao final desta seção, em função de ser um elemento de distanciamento da teoria kelseniana com o imperativismo. O importante, neste passo, é ter em conta que a objetivização do sentido subjetivo do conteúdo do dever ser inerente ao ato de vontade é o que constitui propriamente a norma jurídica. Em outros termos, a norma jurídica é sempre sentido objetivo produzido a partir do significado de um ato de vontade. A produção desse sentido somente é possível graças à intervenção de uma outra norma jurídica, que confere competência ao sujeito que pratica o ato. É desse modo que Kelsen observa que o direito positivo possui a peculiar característica de regular sua própria criação.

Uma consequência da concepção kelseniana da positividade do direito é a distinção entre dinâmica e estática jurídica. Em um sistema estático, as normas estão em uma relação de conteúdo, em que a derivação de uma a partir das outras dá-se por dedução lógica. A estática jurídica, dessa forma, toma as normas como dadas e busca estabelecer relações entre elas. Já o sistema dinâmico, ao contrário, refere-se ao processo de surgimento das normas jurídicas. Dessa forma, volta-se para as relações formais entre as normas, bem como para o ato de vontade que media a relação entre elas. Essa relação, no sistema em análise, é uma relação de fundamentação de validade,

em que a norma que fundamenta a validade da outra é representada figurativamente como sua norma superior, organizando-se, assim, o ordenamento jurídico, enquanto conjunto de normas jurídicas, como uma estrutura escalonada sustentada pela pressuposição de uma norma pensada, não posta, que fundamenta, direta ou indiretamente, a validade de todo o ordenamento: a norma fundamental. Dada a ênfase atribuída por Kelsen à positividade do direito, é fácil compreender sua tese quanto à prevalência da dinâmica sobre a estática no direito positivo.

No âmbito da teoria kelseniana do direito positivo, essa busca leva à idéia de que, de um ponto de vista científico, a norma jurídica corresponde a um “imperativo despsicologizado”. O direito positivo continua sendo entendido como uma ordem de coerção, no sentido de que reage, contra situações consideradas indesejáveis, por meio da ameaça da realização de um mal. É seu caráter coercitivo, aliás, que o distingue perante as demais ordens positivas (como, por exemplo, a moral). No entanto, a tradicional definição do direito em função da possibilidade coação (coerção) da conduta humana sofre aqui uma alteração. Na filosofia de Austin, a coerção que aparece como elemento essencial do direito positivo é a coerção *psíquica* e a obediência ao direito positivo é conseguida por *temor* da ameaça de sanção. Já na teoria pura do direito proposta por Kelsen, a questão dos *motivos* da conduta é considerada como um problema que escapa ao conhecimento propriamente jurídico. Este deve ocupar-se apenas do conteúdo da ordem jurídica. E esse conteúdo não se especifica de um ponto de vista psicológico⁸⁷. Em termos objetivos, esse conteúdo encontra-se na ligação entre delito e sanção. Logo, a coerção do direito positivo se manifesta nas *sanções externas* que ele provê.

Dáí a concepção kelseniana de que todas as normas de uma ordem jurídica prevêm sanções. A sanção não é simplesmente o meio específico das normas jurídicas para assegurar sua eficácia. Ela é, mais propriamente, o *conteúdo* que faz com que uma

---

⁸⁷ As normas morais e religiosas – argumenta Kelsen – também se caracterizam pela coerção psíquica e a obediência ao direito positivo não resulta exclusivamente do medo da sanção jurídica, mas também pode se vincular à motivos morais e religiosos. Cf. KELSEN, 1997: 269-271.

norma seja jurídica⁸⁸. Da mesma forma, é possível compreender o campo bastante específico ao qual Kelsen restringe o conhecimento jurídico. Em termos científicos, se o direito positivo é constituído de enunciados de dever ser e o que se deve é a sanção, a análise objetiva do direito se resume à descrição das relações que a norma jurídica estabelece entre delito e sanção. A análise jurídica não pode, pois, ser entendida como uma teoria dos direitos. Antes disso, ela se perfaz pela descrição dos *deveres* jurídicos, que nada mais são do que comportamentos que evitam a sanção.

Essa descrição dos deveres jurídicos, contudo, não é fácil de ser efetuada. Entendido como conhecimento científico, o conhecimento do direito positivo tem inegável caráter constitutivo, no sentido da teoria do conhecimento de Kant. No entanto, todo enunciado de dever ser que a ciência jurídica descreve é um juízo de valor. Assim, adverte Kelsen, muitos juristas acabam por confundir a atividade de constituição do direito positivo (como uma ordem jurídica) com a formulação de juízos de valor (sobre uma ordem jurídica), sem atentar para as descobertas do positivismo lógico, no sentido de que a separação entre ser e dever ser implica a separação entre razão e vontade e a conseqüente insustentabilidade do conceito de razão prática, na qual inadvertidamente se confundem conhecer e querer⁸⁹. Esses juristas acabam por confundir ciência e política e, portanto, não conseguem elaborar um juízo de realidade a respeito das normas jurídicas.

A superação por Kelsen da teoria imperativista (em seu aspecto psicológico) precisa, por isso, enfrentar o seguinte problema: como garantir que a descrição dos deveres jurídicos corresponde à verificação objetiva de um fato? Mais que enfrentar, é preciso aqui solucionar a questão relativa à *existência* da norma jurídica. Certamente, essa questão parece se resolver pelo próprio caráter das normas estudadas pelo cientista do direito. Não sendo metafísicas, essas normas são *positivas*. Isso significa que elas são condicionadas *apenas por fatos*, que são os atos humanos pelos quais as normas jurídicas são criadas (costumes, contratos, atos legislativos, judiciais etc.). Juntamente com esses fatos, também faz parte de um direito positivo a *eficácia* da ordem total à

---

⁸⁸ KELSEN, 1992: 25-35. Nesse sentido, é possível compreender a afirmação de Bobbio de que Kelsen dá início à moderna formulação da teoria do direito em função da coação, uma vez que a coerção deixa de ser um simples meio para se tornar o “objeto” das normas jurídicas. Cf. BOBBIO, 1995: 155-157.

⁸⁹ KELSEN, 1984: 270-271.

qual pertencem as normas jurídicas. Ao descrever seu objeto como normas, a ciência do direito refere-se, portanto, a fenômenos que podem ser verificados pela experiência.

A resolução da questão, entretanto, não é tão simples. Ela envolve um outro aspecto do conhecimento normativo. Esse aspecto é facilmente perceptível quando se relembra o compromisso estabelecido por Kelsen entre essa forma de conhecimento e a separação entre ser e dever ser. Nos termos desse compromisso, dizer que “certa norma foi criada por um fato” não passa de uma figura de linguagem. A norma, na verdade, é um *significado* específico de um fato. E esse significado é imperceptível aos sentidos. Ele é resultado de uma interpretação. Então, a questão da existência de uma norma diz respeito ao modo segundo o qual é possível interpretar um fato (por exemplo, uma decisão da maioria parlamentar) conferindo a esse fato a qualidade de “fato criador de norma” (no caso, a aprovação de uma lei)⁹⁰.

Os termos do compromisso, porém, não se limitam a aprofundar a questão. Segundo Kelsen, eles também apontam o caminho para sua resolução, pois indicam que, se um dever ser nunca é consequência de um mero ser, ele então só pode ser deduzido de outro dever ser. Em outras palavras, o fundamento para a existência de uma norma não está nos fatos que condicionam a existência dessa norma. Esses fatos, assim como a eficácia do sistema como um todo, são uma *conditio sine qua non* (uma condição necessária), mas não uma *conditio per quam* (uma condição suficiente) para a existência da norma. Essa existência é deduzida de uma outra norma que, sendo *superior*, lhe confere *validade*. Então, um fato (uma decisão da maioria parlamentar) acarreta a existência de uma norma jurídica (uma lei) se existir uma norma superior (por exemplo, uma norma constitucional) que torne a existência da norma dependente deste fato. O problema da existência normativa resolve-se, pois, com a transformação da filosofia do direito positivo em uma teoria da validade das normas jurídicas⁹¹.

A configuração da teoria jurídica como teoria da validade das normas jurídicas levará Kelsen à formulação de mais uma caracterização do conceito de “norma”. Esta não é apenas um “imperativo despsicologizado”. Ela também pode ser entendida como

---

⁹⁰ KELSEN, 1997: 358-360.

⁹¹ KELSEN, 1997: 213-215; HART, 1996: 277.

um *esquema de interpretação*, na medida em que empresta significação normativa a um fato e permite compreensão deste como fato gerador de uma obrigação jurídica⁹².

Contudo, a mais célebre formulação kelseniana resultante de sua configuração da filosofia do direito positivo como teoria da validade é sua compreensão do fundamento de uma ordem normativa a partir da pressuposição de uma *norma fundamental*. Essa compreensão não se dirige exclusivamente à ordem jurídica. A doutrina teológico-cristã, na perspectiva de Kelsen, já respondia à questão da validade dos mandamentos de Deus por meio da norma pressuposta de que os homens devem obedecer à vontade de Deus. A doutrina jusracionalista também já respondia à questão da validade do direito natural por meio da norma pressuposta de que os homens devem obedecer à vontade da natureza. Na verdade, todo sistema de normas é formado por meio da recondução da validade de todas essas normas a uma única e mesma norma fundamental pressuposta. No entanto, no âmbito da ciência do direito positivo, a norma fundamental só pode referir-se a fatos determináveis objetivamente: no contexto de um Estado, o estabelecimento de uma Constituição e os atos que, com base nela, criam e aplicam as normas gerais e individuais de uma ordem coercitiva. A norma fundamental, portanto, é uma condição transcendental do pensamento que, pressuposta pela razão, determina que o jurista reconheça uma norma *posta* (de modo eficaz) como fundamento das demais normas postas e raciocine baseado nela. A norma fundamental aparece como princípio geral da eficácia.

Com base nessa concepção da validade das normas jurídicas, Kelsen foi acusado de incoerência ou formalismo pelos teóricos do chamado movimento realista do direito. Alf Ross, em especial, explicitou que a hipótese da norma fundamental, ao fazer da validade uma relação “internormativa” (a validade de uma norma deriva da validade de outra) impediu tanto uma rigorosa análise do problema da efetividade das normas quanto uma compreensão adequada do próprio cerne do problema da vigência do direito positivo: a relação entre o conteúdo normativo e a realidade social. Com essa crítica, que destaca o caráter idealista da explicação de Kelsen (para quem o ordenamento seria válido porque os juristas o postulam teoricamente como válido), a teoria realista

---

⁹² KELSEN, 1984: 20.

certamente deu um passo no sentido de conduzir a filosofia do direito positivo para o campo da teoria social⁹³.

Essa passagem, porém, somente foi operada pela teoria do direito proposta por Herbert Hart na segunda metade do século XX. Em sua teoria do direito positivo como união de regras primárias e secundárias, Hart finalmente supera a teoria imperativista do direito positivo que vinculava a definição deste à idéia de coerção. Essa superação é decorrente da identificação de que as teorias imperativistas são elaboradas “de um ponto de vista externo” (de alguém que observa o funcionamento do sistema legal) mais do que “de um ponto de vista interno” (ou seja, de um participante do sistema jurídico). Segundo Hart, para evitar as falhas da teoria que vincula o direito à coerção, é preciso que a teoria jurídica reproduza o ponto de vista de um participante interno do sistema, pois somente este é capaz de identificar objetivamente o que é uma regra⁹⁴. Com a consideração deste ponto de vista, será possível afirmar que o direito positivo é constituído pela união de regras primárias e secundárias, distintas e autônomas entre si. Além disso, será possível – a partir da noção de regra secundário de reconhecimento – consolidar uma teoria da validade do direito positivo que se encaminha para uma teoria social.

3.2 A consolidação da racionalidade jurídica interna: a teoria jurídica de Hart

3.2.1 O problema dos modelos simples de sistema jurídico

Da mesma forma que as demais teorias anteriormente apresentadas, a teoria jurídica de Herbert L. A. Hart (1907-1992) também pressupõe, para a construção do enfoque interpretativo aceitável para o conhecimento do direito, a denúncia de limites de certas concepções correntes no âmbito do pensamento jurídico. Esses limites para Hart – tal como para teoria jurídica kelseniana – se manifestam especialmente com relação à idéia de obrigação. Trata-se de ressaltar, mais uma vez, que os juristas

---

⁹³ ROSS, 2000: 91-100.

⁹⁴ HART, 1994.

utilizam-se de expressões como “dever”, “obrigação” ou “obediência”, com base na “apreciação perfeitamente correta do fato de que onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória”⁹⁵. Afirma-se, como antes já fora ressaltado por Kelsen⁹⁶, que esse uso corrente não se articula de um modo capaz de caracterizar adequadamente a obrigatoriedade que se atribuem aos enunciados jurídicos.

Na teoria de Hart, porém, a denúncia dos problemas das concepções jurídicas usuais de obrigação insere-se em um contexto mais amplo. Assumindo como necessário dar ao pensamento jurídico “um novo começo” (“a fresh start”)⁹⁷, a teoria hartiana se preocupa em apresentar “o relato de uma derrota” (“the record of failure”)⁹⁸ ainda mais relevante do que a enfrentada pelo voluntarismo criticado por Kelsen: o fracasso das teorias jurídicas antecedentes ao construir um modelo de sistema capaz de dar conta das complexidades do direito nas sociedades modernas. Sua preocupação se dirige às “deficiências de um modelo simples de sistema jurídico”⁹⁹.

Esse modelo é entendido por Hart como o modelo de pensamento que procura realizar uma análise do conceito de direito positivo com base em dois termos aparentemente simples: comandos e hábitos. O modelo simples de sistema jurídico corresponde, assim, a certa compreensão do direito a partir de “comandos coercitivos” e “hábitos de obediências”. Esses termos, dentro da tradição jurídica anglo-saxônica, costumam ser identificados como as linhas gerais da teoria imperativista de John Austin. Por isso, em princípio, a base crítica do pensamento de Hart parece estar dirigida especificamente à teoria austiniana do direito como conjunto de ordens coercitivas do soberano.

O próprio Hart, contudo, adverte: sua “principal preocupação não tem a ver com Austin, mas com as credenciais de um certo tipo de teoria que tem atrativos perenes”¹⁰⁰. Essa teoria atraente inclui a associação entre direito e imperativo, mas essa associação é

---

⁹⁵ HART, 1996: 92 e 233.

⁹⁶ KELSEN, 2001: 267.

⁹⁷ HART, 1996: 90.

⁹⁸ HART, 1996: 91.

⁹⁹ HART, 1996: 2.

¹⁰⁰ HART, 1996: 23.

apenas um aspecto do modelo criticado por Hart. Por isso, não cabe criticar Hart por contribuir para reforçar o que John Dewey chamou de “mito austiniano”¹⁰¹. Sua crítica não mira apenas na compreensão imperativista do direito¹⁰². Ela se dirige, na verdade, a todo um conjunto de afirmações (às vezes empírico-subjetivas, outras vezes empírico-objetivas) que podem ser encontradas nas três teorias jurídicas que aqui já apresentamos. Nas palavras de Hart, mesmo preocupados com a caracterização dos principais aspectos do direito interno (*municipal law*) de um Estado moderno¹⁰³, tanto a analítica de Austin, quanto o realismo de Holmes, e até mesmo normativismo de Kelsen, não foram além de um “modelo simples de sistema jurídico”.

Cada concepção, certamente, teve seus limites particulares para ultrapassar desse modelo. No entanto, é possível destacar, ao menos, uma simplificação mais elementar, operada por todas essas teorias: a idéia de que as variedades aparentemente distintas de regras jurídicas poderiam ser reduzidas a uma única forma que seria, supostamente, a portadora da “quintessência do direito”¹⁰⁴. Trata-se, pois, do esforço para impor à diversidade das leis encontradas no contexto das sociedades modernas uma uniformidade que Hart qualifica como “espúria” (*spurious uniformity*)¹⁰⁵.

A identificação das leis jurídicas por Austin como “comandos coercitivos” ou a configuração holmesiana dos enunciados jurídicos como “as profecias sobre o que os tribunais farão” são exemplos claros dessa tentativa de uniformização, a qual, diz Hart, “falha na concordância com os fatos”¹⁰⁶, pois, no sistema jurídico dos Estados modernos, não apenas existem regras que determinam a aplicação futura de deveres e sanções no caso de serem violadas, mas também regras que atribuem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados). É possível, por exemplo, encontrar enunciados que apenas

---

¹⁰¹ Essa crítica é dirigida a Hart por alguns autores; por exemplo, MORRISON, 2006: 260-261 e 426-427; WOODY, 1968: 313.

¹⁰² Nesse sentido, equivoca-se MORRISON, 2006: 421.

¹⁰³ HART, 1996: 89.

¹⁰⁴ HART, 1996: 46; BARZOTTO, 2007: 98.

¹⁰⁵ HART, 1996: 57.

¹⁰⁶ HART, 1996: 89-90.

estabelecem as condições de validade de um ato administrativo ou de um negócio jurídico. Se há, portanto, enunciados sem caráter coercitivo, que atribuem nulidades como conseqüências jurídicas¹⁰⁷, esses enunciados não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Da mesma forma, não se pode afirmar que o direito é apenas o que os funcionários ou os tribunais farão, pois não há funcionário ou tribunal sem regras que lhes qualifiquem juridicamente como tais¹⁰⁸.

No que diz respeito à teoria jurídica kelseniana, ela parece, em princípio, escapar dessa crítica. Afinal, como já vimos no item anterior, Kelsen nunca reduz os enunciados jurídicos a simples prescrições, positivas ou negativas. Sua teoria sempre ressalta que, além de prescrever comportamentos, as normas jurídicas também se caracterizam por permitir condutas e conferir poderes para realizar essas condutas. Entre essas últimas, aliás, encontram-se as normas que conferem o próprio poder para estabelecer normas, tais como as normas que conferem competências para a produção de normas jurídicas gerais (por exemplo, as normas da Constituição que regulam o procedimento legislativo ou determinam o costume como fato produtor de direito) e as normas que regulam procedimentos jurisdicionais e administrativos (nos quais, diz Kelsen, “as normas gerais produzidas através da lei ou do costume serão aplicadas”)¹⁰⁹. Esse modo de compreender as normas jurídicas parece indicar que Kelsen apresenta um modelo de sistema jurídico no qual a diversidade de conteúdos das regras jurídicas é reconhecida e destacada.

Todavia, ressalta Hart que as normas que conferem poderes são tratadas na teoria kelseniana como “fragmentos de leis” (*fragments of laws*)¹¹⁰. Na linguagem da *Teoria Pura do Direito*, essas normas, em conjunto com aquelas que contenham uma permissão positiva, são qualificadas por Kelsen como “normas jurídicas não autônomas”, na medida em que, não contendo prescrições, “apenas têm validade em ligação com outra norma estatuída de coerção”¹¹¹. A norma que não determina sanção é

---

¹⁰⁷ HART, 1996: 41.

¹⁰⁸ HART, 1996: 6 e 150.

¹⁰⁹ KELSEN, 1984: 21 e 90.

¹¹⁰ HART, 1996: 44.

¹¹¹ KELSEN, 1984: 91-92.

vista como dependente de outra norma, que estipula a sanção. Como já vimos, Kelsen expressa essa dependência chamando a norma sancionadora de “norma primária”, enquanto a outra seria uma “regra secundária”. O que Hart denota é que, mesmo identificando no sistema jurídico a presença de normas primárias e secundárias, diz Kelsen, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que “o direito é norma primária que estipula a sanção”¹¹². Não há, pois, consideração da diversidade de conteúdo que marca as regras na sociedade moderna.

No mesmo sentido, Kelsen também uniformiza os destinatários da norma, ao entender que não cabe distinguir entre enunciados dirigidos à conduta dos cidadãos comuns e enunciados dirigidos aos órgãos do Estado. Todas as normas – enquanto prescrições da aplicação de sanções se certas condições tiverem sido satisfeitas – são ordens dirigidas a funcionários (para aplicarem as sanções prescritas). Assim sendo, também a teoria kelseniana acaba por simplificar o sistema jurídico moderno.

Para além dessa simplificação comum, Hart ainda aponta outros três problemas que, em sua visão, têm impedido a teoria jurídica de dar conta da complexidade do direito nos Estados modernos. Esses três problemas são atribuídos não propriamente às teorias dos referidos autores, mas à difusão (no sentido de vulgarização) da concepção austiniana do direito positivo como um conjunto de ordens baseadas em ameaças estabelecidas pelo soberano político da comunidade¹¹³.

Por um lado, a difusão dessa concepção estimula a pressuposição de que o legislador é necessariamente semelhante a alguém dá ordens a outras pessoas. Essa imagem vertical do direito positivo implica considerar o legislador como alguém que está fora do alcance daquilo que ele próprio faz¹¹⁴. Isso, porém, não corresponde ao que de fato se manifesta como âmbito de aplicação de uma lei. Em termos sociais, esse

---

¹¹² KELSEN, 1992c: 65.

¹¹³ Essa difusão não é uma característica peculiar apenas do contexto no qual Hart elaborou sua teoria. Como bem ressaltam MUÑOZ (2008: 134) e CARVALHO NETO (2007: 6-7), também é possível encontrar ampla recepção da compreensão imperativista do direito no senso comum teórico de juristas de outros contextos; por exemplo, na tradição jurídica brasileira (especialmente a modalidade hobbesiana de imperativismo jurídico).

¹¹⁴ HART, 1996: 52.

âmbito, diz Hart, “é sempre uma questão de interpretação”¹¹⁵. Somente por interpretação, pode-se excluir do campo de aplicação de uma lei aqueles que a fizeram. As leis jurídicas, portanto, são diferentes do simples ordenar a outros que façam coisas sob ameaças. Todas leis podem perfeitamente ter força auto-vinculativa, expressando autonomia; até mesmo as leis penais – isto é, as que mais parecem se encaixar na imagem de “ordens baseadas em ameaças de um soberano” – também se aplicam, na sociedade atual, “àqueles que as criaram e não apenas aos outros”¹¹⁶.

Por outro lado, a vulgarização da definição austiniana do direito positivo como “ordens coercitivas”. Por fim, também a vulgarização da concepção austiniana de “obediência habitual” foi incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo de um Estado Moderno¹¹⁷.

Herbert Hart prossegue dizendo que, mesmo quando introduzidos acessórios a essa teoria para tentar salvá-la, a teoria do direito como vista como ordem coercitiva do soberano falhou, como, por exemplo, a idéia de ordem tácita, mas que não tem aplicação em um sistema jurídico moderno por sua complexidade, mas apenas em situações simples. Outros expedientes, outrossim, se manifestaram como o de tratar as regras que conferem poderes como simples fragmentos de regras que impõe deveres, ou tratar todas as regras como dirigidas apenas aos funcionários¹¹⁸, distorcem os modos porque se fala delas, se pensa nelas e como efetivamente são utilizadas na vida social.

O teórico salienta que o fracasso da visão do direito como ordem coercitiva do soberano baseado em ameaças, não implicam na idéia de regra, sem a qual não se pode elucidar os elementos do direito. Para isso, Herbert Hart estabelece uma taxonomia quanto às regras, as dividindo em dois tipos: regras primárias que são padrões de comportamento estabelecem obrigação aos indivíduos; e regras secundárias que são

---

¹¹⁵ HART, 1996: 51.

¹¹⁶ HART, 1996: 89.

¹¹⁷ HART, 1996: 90.

¹¹⁸ Nesse caso Hart está se referindo a teoria realista, que tem como concepção que “o direito é apenas aquilo que os tribunais decidem”. Ibid, p. 90.

padrões jurídicos que regulam outras regras, no sentido de permitir que os seres humanos possam criar extinguir ou modificar regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. Nesse sentido, enquanto as regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes públicos ou privados. As regras primárias dizem respeito a ações que envolvem movimento e mudanças físicos, já as regras secundárias tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudança físico, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações¹¹⁹.

Para compreensão do fenômeno jurídico como a união de regras primárias e secundárias, o filósofo britânico, primeiro estabelece uma crítica a concepção do direito de Austin a partir da idéia de obrigação, na qual parte da seguinte afirmação: onde há o direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória¹²⁰.

Essa assertiva não é desprezada por Hart, mas é usada por este como ponto de partida para desfazer da concepção do direito positivo como ordens coercitivas do soberano, para, então, construir a partir dela uma nova explicação do direito em termos da relação entre regras primárias e secundárias.

3.2.2 A construção do “ponto de vista interno ao sistema jurídico”

Inicialmente, Hart vai traçar uma distinção entre “estar obrigado” a algo e “ter obrigação ou um dever”. Com a finalidade de ilustrar essa distinção o teórico do direito descreve as situações em um exemplo, qual seja, à situação do assaltante armado, em que A (assaltante) ordena a B (vítima) que lhe entregue seu dinheiro e ameaça que lhe dará um tiro, se ele não obedecer. E nesse sentido, Hart afirma que a teoria do direito como ordens coercitivas vê essa situação como meio de ilustrar a noção de obrigação ou dever em geral, sendo que a obrigação jurídica poderia encontra-se em situações do tipo desta: A deve ser o soberano que é obedecido de forma habitual e a ordens devem ser gerais, prescrevendo padrões de conduta e não ações individuais.

---

¹¹⁹ Ibid, p. 91.

¹²⁰ Ibid, p. 92.

O teórico em comento, critica essa posição ao asseverar que não se poderia confundir entre o que é estar "obrigado a fazer algo" e o que é "ter uma obrigação ou um dever", pois, no citado exemplo não seria correto dizer que se B tivesse obedecido, foi porque tinha uma obrigação, mas sim porque foi obrigado a entregar seu dinheiro. Para Hart a grandes diferenças entre esses termos: "ser obrigado a algo" frequentemente está relacionado às crenças e motivos porque se faz uma ação, nesse caso o agente tem a perspectiva de que lhe aconteceria algum mal se não obedecesse a ordem. Em contraposição a afirmação de que "alguém tinha a obrigação" de fazer algo é de tipo diferente, pois os fatos acerca das crenças e dos motivos não são necessários para afirmação da existência de uma obrigação, porque a obrigação subsiste independentemente de ter sido realizada, enquanto que estar obrigado a algo implica necessariamente que o agente tenha feito algo¹²¹.

Para autores, que se orientaram por teorias semelhantes a de John Austin, vendo a irrelevância da questão dos receios e dos motivos, definiram a noção de "ter uma obrigação" não em termos de subjetivos, mas em termos de possibilidade e probabilidade na medida que aquele que tem a obrigação venha a sofrer um castigo ou mal na hipótese da desobediência. Nesse sentido, as afirmações de obrigações passam a serem vistas como predições ou avaliações de probabilidades de incorrer em castigo ou de sofrer um mal¹²².

Mais uma vez Hart se opõe a essa possibilidade de interpretar a obrigação como uma espécie de predição, apresentando duas objeções sobre essa tese. A primeira objeção reside em que a interpretação em termos de previsibilidade deixa na sombra o fato de que, quando existem regras, os desvios delas não são simples fundamentos para previsão de que se seguirão reações hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que as violem, mas são também a razão ou justificção para tal reação e para aplicação de sanções¹²³.

Já segunda objeção que parte da seguinte afirmação: se fosse verdade que a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação significativa que ela provavelmente

---

¹²¹ Ibid, p. 93.

¹²² Ibid, p. 94.

¹²³ Idem.

sofreria em caso de desobediência, seria uma contradição dizer que tinha a obrigação, por exemplo, de se apresentar ao serviço militar, mas que, devido ao fato de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia e o tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo. De fato, não há qualquer contradição ao dizer isto e fazem-se frequentemente tais afirmações e são compreendidas¹²⁴.

O teórico britânico não nega que num sistema jurídico normal, em que as sanções são aplicadas numa proporção elevada de violações, o infrator corre o risco de castigo, bem como de que são verdadeiras as proposições que asseveram que uma pessoa tem obrigação e caso a desobedeça provavelmente sofrerá uma sanção. Porém, se posiciona no sentido de que é necessário compreender a idéia de obrigação nos casos individuais de que uma pessoa tenha uma obrigação, em consonância com certa regra, pode divergir da predição de que é provável que venha a sofrer por causa da desobediência.

E nesse particular, Hart diz que para compreender a idéia geral de obrigação não se pode recorrer a idéia de um assaltante, mas sim a uma situação social diversa que inclui a existência de regras sociais¹²⁵, por contribuir de dois modos para afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação. Em primeiro lugar, a existência de tais regras, que transformam certos tipos de comportamentos em padrões, é o pano de fundo normal, embora não afirmado, ou o contexto adequado a tal afirmação; e, em segundo lugar, a função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular, através da chamada de atenção para o fato de que o seu caso cai sob essa regra¹²⁶.

Nesse sentido, as regras não são vistas como obrigação, de fato, são vistas como padrão jurídico, no qual as palavras obrigação e dever formam apenas uma subespécie dentro do vocabulário normativo, trazendo com consigo certas implicações que não estão usualmente presentes nas outras, daí ser indispensável, porém, não suficiente, a

---

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Nesse caso, Herbert L. A. Hart recorre a concepção de regras sociais para explicar a idéia de obrigação a partir do ponto de vista interno, isto é, dos atores sociais, sendo a regra vista como um padrão jurídico.

¹²⁶ Ibid, p. 95.

compreensão da noção de obrigação e dever, para a distinção entre o regras sociais dos simples hábitos.

Dessa afirmação, Hart faz uma inferência no sentido de que dizer que alguém tem uma obrigação traz em si a idéia implícita da existência de uma regra, todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação¹²⁷. Infere-se dessa assertiva que nem toda regra pressupõe uma obrigação, podendo estabelecer um outro tipo de padrão jurídico. Aqui já encontra, em gênese, a diferenciação feita pelo filósofo entre regras primárias e secundárias.

Herbert Hart assinala que as regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com ela é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que dela se desviam ou ameaçam se desviar. Tais regras, no entender do teórico, podem ser totalmente consuetudinárias na origem: pode não haver um sistema central organizado de castigos e violações das regras; a pressão social pode tomar apenas a forma de uma reação hostil ou crítica difusa e geral, que pode ficar aquém de sanções físicas. Quando as sanções físicas são proeminentemente ou usuais entre as formas de pressão, mesmo se não forem definidas estreitamente nem aplicadas por funcionários, mas forem deixadas à comunidade em geral, sentir-se-á inclinado a classificar as regras como uma forma primitiva ou rudimentar de direito¹²⁸.

Para o teórico britânico, três características da obrigação surgem em relação as regras: uma primária característica que consiste na insistência na importância ou seriedade da pressão subjacente às regras é determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de darem origem a obrigações; uma segunda característica implica que as regras apoiada por essa pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias a manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. Caracteristicamente, regras tão obviamente essenciais como as que restringem o livre uso da violência são pensadas em termos de obrigação. Assim, também, as regras que exigem honestidade ou verdade, ou exigem o cumprimento de promessas, ou especificam o que tem de ser feito por quem desempenha um papel ou

---

¹²⁷ Ibid, p. 96.

¹²⁸ Idem.

função distintivo no grupo social são pensadas, quer em termos de “obrigação”, quer talvez mais frequentemente em termos de “dever”. Uma terceira característica diz respeito que é geralmente reconhecido que a conduta exigida por esta regra pode, enquanto beneficia outros, estar em conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer. Daí que as obrigações e os deveres sejam considerados caracteristicamente como envolvendo sacrifício ou renúncia, e que a possibilidade permanente de conflito entre a obrigação ou o dever e o interesse esteja, em todas as sociedades, em todas as sociedades, entre as verdades quer do advogado, que moralista¹²⁹.

Essa concepção, porém, segundo Hart, não pode gerar o entendimento errôneo de que a obrigação consiste essencialmente num sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigações. O fato de as regras de obrigação estarem geralmente apoiadas por uma pressão social séria não implica que o ter uma obrigação por força dessa regras consista em interiorizar sentimentos de compulsão ou pressão. Daí que não haja contradição quando se diz de um vigarista consumado, e até pode ser frequentemente verdade, que ele tinha a obrigação de pagar a renda, mas não sentia qualquer pressão para pagar, quando fugiu sem o fazer. Sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, embora frequentemente concomitantes. Identificá-las seria uma maneira de interpretar mal, em termos de sentimentos psicológicos, o aspecto interno das regras¹³⁰.

Ao tentar mostrar que sua teoria se afasta da visão da obrigação como uma previsibilidade de uma reação hostil em vista de uma pressão social, Hart primeiro diz que a questão de uma reação hostil não significa algo previsível em si, mas apenas que houve o desvio de uma conduta com relação a uma regra, para depois afastar de vez essa teoria por meio da análise do contraste entre o aspecto interno de uma regra¹³¹:

---

¹²⁹ Em consonância com esse argumento, Herbert Hart diz que a figura do vínculo que incide sobre a pessoa obrigada, figura que está encerrada na palavra “obrigação” e a noção semelhante de uma dívida latente na palavra “dever” são mais explicáveis em termos destes três fatores, que distinguem as regras de obrigação ou dever de outras regras. Ibid, p.97.

¹³⁰ Ibid, pp.97-98.

¹³¹ Ibid, pp.98-99.

“O contraste seguinte em termos de aspecto ‘interno’ e ‘externo’ das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamá-lhes os ‘pontos de vista’ respectivamente ‘interno’ e ‘externo’. As afirmações feitas do pontos de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mais sejam quais forem as regras, regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reacções hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base a regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida medida do êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio de comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reacção hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muitas coisas sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal reconhecimento”.

Dessa forma, para Hart a obrigação não pode ser pensada em relação à pressão social exercida por um grupo, mas exige um entendimento do “ponto de vista interno”, isto é, dos atores sociais, que nessa medida cumprem as obrigações não pela probabilidade de sofrerem uma sanção, mas sim porque aderiram ou anuíram à regra com um fator da própria vida social, e nesse sentido a vida social se desenvolve do prisma dos atores sociais com uma conformidade com as regras, sendo que o próprio grupo encara o seu próprio comportamento e a obrigação aparece apenas com um padrão de comportamento dos quais os participantes querem cumprir e não porque são forçados pela possibilidade de uma reação hostil¹³².

Assim, pensar nas regras apenas sob a ótica de seu descumprimento, no aspecto da sanção, isto é, no plano das conseqüências de sua violação, assim como pensar uma obrigação em termos da reação hostil no caso de seu descumprimento, outrossim, consiste numa análise apenas a partir de “ponto de vista externo do direito”. Para Hart, esse ponto de vista do direito não pode reproduzir o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são maioria na sociedade. Estes são funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, com guias de conduta da vida social, com base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares da vida, de harmonia com as regras. Para eles, a violação da regra não é apenas uma base para a predição de que se seguirá uma reação hostil, mas uma razão para a hostilidade¹³³.

E como Hart acredita na possibilidade de se pensar numa racionalidade do direito não apenas no plano teórico, mas também na prática a interpretação do direito que ele assume, inclusive, para descrever o seu modelo da união de regras primárias e secundárias, a questão da validade jurídica, bem como a própria visão do direito como “textura aberta”, parte da interpretação do direito a partir de seu “ponto de vista interno”.

Após tecer essas considerações sobre a questão da obrigação e os relacionar com os pontos de vista do observador do direito, o teórico do direito retoma a questão dos

---

¹³² Ibid, pp.100-101.

¹³³ Idem.

elementos do direito, isto é, das regras para tentar demonstrar a importância das regras secundárias, e o problema da visão reducionista do direito, que o vê apenas como um conjunto de regras como padrões de comportamento.

De acordo com Hart pensar numa sociedade sem legislativo, sem tribunais ou funcionários de qualquer espécie, é possível apenas para referir-se a sociedades primitivas em que o controle social se dava por meio dos modos-padrões de comportamentos, em termos de regras que estabelecem obrigações, normalmente, baseada no costume ou em apenas regras primárias¹³⁴. Para que uma sociedade pudesse viver com base nesse tipo de regras Hart estabelece o preenchimento de duas condições: em primeiro lugar, as regras devem conter, de alguma forma, restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude a que os seres humanos estão tentados, mas que devem em geral reprimir, se pretendem coexistir em estreita proximidade uns com os outros; em segundo lugar, embora tal sociedade possa mostrar a tensão, já descrita entre os que aceitam as regras e os que as rejeitam, salvo quando o medo da pressão os leva a conformar-se com elas, é evidente que os últimos não podem deixar de ser uma minoria, se uma sociedade de pessoas organizadas de forma tão rudimentar e em que todas elas são aproximadamente iguais em força física, pretender manter-se, pois, de outro modo, os que rejeitam as regras, teriam uma pressão social demasiadamente pequena a temer¹³⁵.

Dessa análise, teórico faz uma inferência, afirmando que a concepção do direito como um conjunto de regras primárias por si, não possuem o condão de formar um sistema jurídico moderno, porque apenas em uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças e fixadas em ambiente estáveis poderia viver com êxito em tal regime de regras não oficiais, sendo que qualquer outra circunstância o controle social aparecerá como inadequado ou deficiente e exigirá um complemento em diferentes modos.

Nesse sentido, Herbert Hart três defeitos dessa possibilidade de pensar o direito apenas como regras de conduta. Em primeiro, lugar, as regras segundo as quais um grupo vive não formaram um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões

---

¹³⁴ Ibid, 101.

¹³⁵ Idem.

separados, sem qualquer identificação ou marca comum, exceto, claro, a de que são regras aceitas por um grupo particular de seres humanos. Assim, surgirão, muitas vezes, dúvidas acerca do âmbito de certa regra dada, não haja um processo para resolver esta dúvida, quer por referência a um texto dotado de autoridade, quer a um funcionário cujas declarações sejam neste ponto dotado de autoridade. Este defeito na estrutura social simples das regras primárias pode ser designado de incerteza, isto é, não será possível delimitar o sentido da regra e, principalmente, o âmbito de sua validade¹³⁶.

Um segundo defeito é o caráter estático das regras. Nessa sociedade, o único modo de alteração das regras será o processo de lento crescimento, através do qual os tipos de condutas primitivamente pensadas como facultativos se tornam primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos. Desse modo, não se poderia operar uma mudança no direito, mesmo ante as mutações ocorridas no seio social, porque tais alterações só seriam possíveis com a existência de regras de uma espécie diferente das regras primárias¹³⁷.

Por fim, o terceiro defeito descrito por Hart a essa forma simples de vida social é ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm a regra. As disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuaram interminavelmente em qualquer sociedade, exceto nas menores, se não houver uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade o fato da violação. E nesse sentido, segundo o teórico britânico, a história do direito, todavia, sugere insistentemente que a falta de instâncias oficiais para determinar com autoridade o fato da violação das regras constitui um defeito muito mais grave; porque muitas sociedades remediaram este defeito muito antes do outro¹³⁸.

Depois de apontados os problemas desse tipo de sociedade rudimentar, em que só há regras primárias, Herbert Hart apresenta o remédio para sanar esse problema, por meio da complementação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias,

---

¹³⁶ Ibid, p.102.

¹³⁷ Ibid, p.103.

¹³⁸ Idem.

as quais são regras de diferente espécie, ou seja, são regras que estabelecem padrões de regulação para as regras do primeiro tipo. Segundo Hart, somente com o corretivo trazido pelas regras secundárias é que se poderá falar em sistema jurídico, pois a conjugação delas com as regras primárias consiste na passagem de modelo pré-jurídico para o jurídico¹³⁹.

Dessarte respectivamente para cada problema é apresentado um tipo de remédio. Primeiro, para solucionar a questão da incerteza do regime das regras primárias é introduzida a chamada regra de reconhecimento (“*rule of recognition*”), a qual especifica o aspecto cuja existência de uma regra que deve ser apoiada pelo grupo social, em suma, uma regra que estabelece os critérios para se aferir a validade das demais regras, porém, não se pressupõe ou discute a validade dessa regra, segundo Hart, visto que se trata da regra última do sistema jurídica, aparecendo, como um fato reconhecido numa prática 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 fato¹⁴⁰. Essa regra, nos sistemas jurídicos rudimentares aparece, muitas vezes, ligada a um texto escrito de regras até então não escritas.

Em termos hartinianos, as regras de reconhecimento são mais complexas num sistema jurídico desenvolvido, em vez de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Tal pode consistir no fato de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais. As regras de reconhecimento em sistemas jurídicos como os de tradição romano-germânica podem ser vista como constituições dos Estados soberanos e nos países do sistema da *Common Law*, em que alguns países não possuem constituições escritas, nas quais a regra reconhecimento aparece na prática judiciária consubstanciada pelos precedentes das Corte mais altas.

A regra de reconhecimento constitui a base do sistema jurídico, pois, segundo o teórico em comento, ao conferir uma marca dotada de autoridade, introduz, embora

---

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Ibid, 121.

numa forma embrionária, a idéia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas¹⁴¹.

O segundo remédio apresentado por Hart, para solucionar o problema da estática do direito, consiste na introdução das regras de alteração (*"rule of change"*) que, grosso modo, consiste na forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para conduta ou vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminara as regras antigas. Tais regras podem ser muito simples ou muito complexas: os poderes atribuídos podem ser isentos de restrições ou limitados de várias maneiras; e as regras podem, além de especificar quais as pessoas que devem legislar e definir em termos mais ou menos rígidos o processo a seguir-se na legislação¹⁴².

Evidentemente, haverá uma conexão muito estreita entre as regras de alteração e as regras de reconhecimento: porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como um aspecto identificador das regras, embora não necessitem de referir todos os detalhes processuais envolvidos na legislação.

Outro aspecto desse tipo de regra diz respeito à atribuição de poder aos indivíduos para alterarem as suas posições iniciais sob o domínio das regras primárias. Sem tais regras privadas de atribuição de poder, faltariam a sociedade alguma das principais facilidades que o direito lhe confere. Porque, dos atos que estas regras tornam possíveis, são a outorga de testamentos, contratos, transferência de propriedade e muitas outras estruturas voluntariamente criadas de direitos e deveres que tipificam a vida sob o império do direito, embora, claro, uma forma elementar de regra de atribuição de poder subjaza à instituição moral de uma promessa. Hart fazendo um paralelo se pautando em parte dos argumentos kelsenianos, afirma que os atos de celebração de um contrato ou a transferência de propriedade, aparecem como exercício de poderes legislativos limitados por indivíduos¹⁴³.

---

¹⁴¹ Ibid, 105.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Ibid, p.106.

Por fim, Hart apresenta o terceiro remédio, para solução do problema da ineficácia da sua pressão social difusa, consiste em regras secundárias que dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitante à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento ou do processo consiste numa série de determinações que constituem a regra de adjudicação ou julgamento (*rule of adjudication*). Em síntese, essas regras além de identificarem os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir, isto é, essas regras definem um grupo de concepções jurídicas importantes: os conceitos de juiz, jurisdição e sentença¹⁴⁴.

O sistema jurídico que possui regras de julgamento está necessariamente ligado à regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Para Hart, essa relação ocorre porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de direito. É verdade que esta forma de regra de reconhecimento, inseparável de forma mínima de jurisdição, será muito imperfeita. Diferentemente do texto dotado de autoridade ou de um livro de leis, as sentenças podem não ser proferidas em termos gerais e o uso como guias dotas de autoridade relativamente às regras depende de uma inferência, de certo modo pouco segura, a partir de decisões concretas, e a confiança em tal deve flutuar não só com a perícia do intérprete, mas também com a coerência dos juízes¹⁴⁵.

Segundo Hart, essa concepção a partir do qual o direito aparece com a união de regras primárias que estabelecem padrões de comportamento e obrigações e as regras secundárias de reconhecimento, alteração e de julgamento, apresenta-se como instrumental importante para a compreensão de muitos outros conceitos debatidos dentro do próprio direito. O teórico salienta que, porém, para uma análise acurada do direito não basta ser um observador externo, mas deve-se ter em conta “o ponto de vista interno” do direito, isto é, observador que não se limita a anotar e a predizer o

---

¹⁴⁴ Ibid, p. 107.

¹⁴⁵ Idem.

comportamento conforme as regras, mas que usam as regras como padrões para apreciação do comportamento próprio e dos outros¹⁴⁶.

Em suma, esse constitui o núcleo da teoria hartiana do direito, passar-se-á agora a crítica que Herbert Hart faz tanto a teoria realista, como a teoria formalista do direito, no que tange a interpretação e aplicação do direito feita pelos juízes. Essa crítica revelará os limites da concepção de racionalidade em Hart.

3.2.3 A racionalidade diante da textura aberta

A concepção de direito proposta por Hart vem evocada pela idéia de uma transformação lingüística que este soube dar à teoria do direito contemporâneo. Em sua pesquisa por uma definição do direito, o jurista e filósofo inglês retoma em consideração as teorias da linguagem comum. A tese de Friedrich Waissman dedicada à “textura aberta” da linguagem comum será globalmente retomada e aplicada ao direito por Hart. Segundo esta tese, nossas enunciações indicam muitas vezes com precisão as características do mundo às quais elas se referem, mas às vezes pode ser que persista uma dúvida quanto ao que dizem as palavras. Da mesma forma em direito, afirmará Hart, há casos claros de aplicação das regras jurídicas, principalmente, quando elas não apresentam, segundo convenções semânticas e sintáticas utilizadas, nenhuma dúvida real. Em alguns casos, porém, as regras jurídicas apresentam uma sombra de dúvida, uma textura aberta que torna sua aplicação problemática uma vez que não teria em conta o objetivo geral do legislador¹⁴⁷.

Em outros termos, pode-se afirmar que a idéia de “textura aberta” do direito está relacionada, na obra de Hart, à questão da interpretação jurídica e a um problema que vem se arrastando por muito tempo na literatura jurídica: se os interpretes “revelam” o sentido dos textos ou se eles “criam” o sentido do texto¹⁴⁸.

---

¹⁴⁶ Ibid, pp.108-109.

¹⁴⁷ BILLIER, 2005:402.

¹⁴⁸ SGARBI, 2006: p.130.

Herbert Hart por meio da concepção de que as regras, algumas vezes, possuem uma zona de penumbra ou de dúvida, quando a sua aplicação esteja em questão, o que este denomina de “textura aberta”¹⁴⁹. Desse modo, a própria linguagem da regra, dependendo do contexto de sua aplicação, deixa uma margem de discricionariedade para o interprete escolha o sentido da regra ou do precedente entre alternativas abertas, sendo que deste último, segundo o filósofo inglês esse campo de incidência se apresenta menor do que o das regras¹⁵⁰. Em outras palavras, a mesma regra jurídica que em certo caso é clara, precisa e não traz nenhuma dificuldade de interpretação, pode não ser assim em um caso diferente¹⁵¹.

Entre o formalismo estrito do positivismo jurídico tradicional, que defendia exclusivamente o modelo silogístico para aplicação do direito, e o ceticismo expresso pelos realistas em relação à natureza das regras jurídicas, Hart traçou uma via mediana que, pela “textura aberta” das regras jurídicas, conduz à distinção entre casos fáceis e casos difíceis de julgar. São difíceis os casos para os quais nenhuma solução jurídica parece se apresentar ao juiz, nem pelo texto da lei nem pela jurisprudência (lacunas, antinomias, dificuldades de interpretação). Mas ainda é sobre essa distinção que incide a maior parte das críticas. Pois, segundo Billier & Maryoli¹⁵², se a clareza das regras jurídicas depende essencialmente, como disse Hart, do contexto de aplicação do direito, a distinção que faz Hart entre os casos claros e os casos difíceis não se sustenta em grande parte.

Nesse sentido, nos casos difíceis as autoridades de aplicação de direito são chamadas a fazer uso do seu poder discricionário, a fim de determinar o sentido da regra e designar o campo de sua aplicação, isto é, quando as regras provocam os problemas de interpretação, a solução jurídica do caso a julgar depende exclusivamente dos critérios subjetivos da autoridade que dá sua sentença¹⁵³. Essa situação ocorre, no entender de Hart, simplesmente o mundo em que vivemos é caracterizado por um número infinitos

---

¹⁴⁹ HART, 2007: 140-141.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ HART, 2007: 7-8.

¹⁵² BILLIER, 2005: 402.

¹⁵³ Ibid, p. 404.

de aspectos que se combinam de modo a impossibilitar o sentido antecipadamente para cada possibilidade de aplicação das regras, além de que os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstância que o futuro pode trazer. Nesse sentido, esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade¹⁵⁴.

A partir dessas concepções Herbert Hart¹⁵⁵ especificará suas críticas, inicialmente, a teoria formalista nos seguintes termos:

“O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em sua causa a sua aplicação. Para conseguir isto, podemos ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituada, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância”.

Contra os formalistas, Hart reclama menos rigidez da aplicação do direito, visto que para esses existem apenas casos fáceis às quais se submeterão a uma operação silogística, em que, normalmente, se busca o sentido único da regra em consonância a finalidade pretendida pelo legislador, negando, desse modo, a possibilidade de criação

---

¹⁵⁴ HART, 2007: 141.

¹⁵⁵ Ibid, pp.142-143.

do direito pela via judicial. Segundo o teórico inglês impossibilita a mobilidade da interpretação, pois, em certa medida, casos poderiam ser incluídos ou excluídos do âmbito da aplicação de determinada regra, o que com a interpretação reducionista não se vislumbra¹⁵⁶.

Por outro lado, Hart¹⁵⁷ critica o outro extremo da teoria da interpretação do direito, ou seja, os céticos que negam as regras o caráter de direito, alegando que o direito é tão-somente consiste em decisões dos tribunais e na sua predição, nos seguintes termos:

“Pode parecer estranho que a afirmação de que as regras têm um lugar central na estrutura de um sistema jurídico pudesse alguma vez ser seriamente posta em dúvida. Contudo, o ‘ceptismo sobre as regras’, ou a pretensão de que falar sobre regras é um mito que esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição, pode constituir um apelo poderoso à candura de um jurista. Afirmada numa forma geral e absoluta, de maneira a abarcar ao mesmo tempo as regras secundárias e primárias, é na verdade bastante incoerente; porque a asserção de que há decisões dos tribunais não pode ser combinada de forma consistente com a negação de que haja quaisquer regras. Isto é assim porque, como vimos, a existência de um tribunal implica a sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões. Numa comunidade de pessoas que compreendessem as noções de decisão e de predição de uma decisão dotada de autoridade faltaria com ela a ideia de tribunal. Não haveria nada que distinguísse a decisão de uma pessoa privada da de um tribunal”.

Nessa posição apresentada, para os céticos das regras, haveria apenas casos difíceis, isto é, casos em que se devem perscrutar soluções para os problemas jurídicos,

---

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ibid, pp.149-150.

estes sempre novos e de complicada assimilação ao que foi produzido pelos legisladores¹⁵⁸.

Destarte, para os formalistas existe uma espécie de paraíso das regras, em que se vislumbra uma previsibilidade quase que absoluta dos casos e circunstâncias que podem recair sobre a regra, enquanto que para um cético aparece como um absolutista desapontado ao descobrir que as regras não possuem a previsibilidade que os formalistas dizem ter ante os problemas sociais, por isso nega a existência de quaisquer tipos de regras, fundamentando se no fato de que as regras a que os juízes pretendem estar vinculados ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta ou terem exceções que não são desde logo exaustivamente especificáveis, e o fato de que tal desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física, constituindo assim lindos brinquedos para os juízes¹⁵⁹.

Segundo Hart, o formalismo e ceticismo constituem os exageros no âmbito da interpretação do direito, que são salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles¹⁶⁰. Para Hart existe o meio termo¹⁶¹, em síntese, constituía na visão de que os vários tipos de raciocínio que os tribunais usam

---

¹⁵⁸ SGARBI, 2006:131.

¹⁵⁹ HART, 2007:152.

¹⁶⁰ Ibid, p. 161.

¹⁶¹ Para Hart essa solução se traduz da seguinte forma: “Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (...), mas haverá casos em que não é claro que se se aplicam ou não (...). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros. Os cânones de ‘interpretação’ não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação. Os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser ‘automático’ são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”. Ibid, p.139.

caracteristicamente, ao exercer sua função criadora que lhe é deixada pela textura aberta do direito contido na lei ou no precedente¹⁶².

Em síntese, Hart defende a parcial indeterminação da linguagem; esta parcial indeterminação está relacionada com o aspecto com o aspecto próprio da linguagem natural (ambigüidade e vagueza) como do desconhecimento acerca dos fatos objetivos a serem alcançadas pelas leis. Portanto, nem sempre haverá casos fáceis como, também, casos difíceis.

O problema aparece de forma incisiva, quando os tribunais têm de decidir a respeito da própria regra de reconhecimento, isto é, quando as cortes usando de seu poder criativo (discrecionário) estabelecem os critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem a jurisdição como juízes deve ela própria ser contestada ou, em termos simples, quando a regra de reconhecimento em alguns casos aparece com certo grau de incerteza, exemplo disso é o fato da Constituição atribuir poderes aos juízes para dizerem o que a própria constituição significa, o filósofo aborda de forma precisa o tema, do seguinte modo¹⁶³:

“É perfeitamente possível que algumas proposições discutíveis que constituem os passos duvidosos, mas não obviamente errados, deste argumento sejam um dia admitidas ou rejeitadas por um tribunal chamado a decidir a questão. Então teremos uma resposta às questões que elas suscitam e tal resposta, enquanto o sistema existir, terá um estatuto único dotado de autoridade entre as respostas que poderiam ser dadas. Os tribunais terão tornado determinada neste ponto a regra última pela qual é identificado o direito válido. Aqui ‘a constituição é aquilo que os juízes dizem que é’ não significa apenas que as decisões concretas dos supremos tribunais não podem ser postas em causa. À primeira vista, o espectáculo parece paradoxal: os tribunais estão aqui a exercer poderes criadores que estabelecem

---

¹⁶² Ibid, p. 161.

¹⁶³ HART, 2007:165-166.

critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como os juízes deve ela própria ser testada. Como pode a constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? Mas o paradoxo desaparece, se nos lembramos que embora cada regra possa ser de teor duvidoso em certos pontos, é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos. A possibilidade de os tribunais disporem de autoridade em certos tempo dado para decidir estas questões de limite respeitante aos critérios últimos de validade, depende apenas do facto de que, nesse tempo, a aplicação de tais critérios a uma vasta zona do direito, incluindo as regras que atribuem autoridade, não suscita dúvida, embora o respectivo alcance e âmbito preciso as suscitem”.

Ou seja, em termos hartinianos, mesmo diante da textura aberta de regra, não é ela em seu núcleo totalmente incerta, o que possibilita apenas a discussão sobre o seu respectivo alcance e âmbito de aplicação, o que, em certa medida, a incerteza quanto à regra de reconhecimento, em alguns casos, não comprometeria a existência do sistema jurídico em si.

Em relação de forma geral a questão da discricionariedade judicial, Hart conclui o tema afirmando que atividade interpretativa não constitui uma descoberta do direito, mas antes uma escolha criadora do sentido das regras, ou em alguns casos em que as regras inexistam, a criação das próprias regras diante certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer sentido é ditada pelo direito e, nessa conformidade o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto, sendo que se em tais casos o juiz proferir uma decisão usará seu poder discricionário para criar direito para o caso, em vez de aplicar o direito estabelecido preexistente¹⁶⁴. Essa posição vai constituir um dos pontos que Alexy e Dworkin vão se propor a superar por sua teoria consoante, como se verá a seguir.

---

¹⁶⁴ Ibid, pp. 166-168 e 335-339.

IV.

A CONSTRUÇÃO DO “ENFOQUE JUDICIAL”: A RAZÃO COMO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO

4.1 Por uma racionalidade prática jurídica: a teoria jurídica de Alexy

4.1.1 O problema da realização dos valores constitucionais

O objeto da teoria jurídica de Robert Alexy é a argumentação dialógica entre as partes no processo e o juiz. A decisão judicial é vista como jogo de argumentação, dotado de regras próprias, que conduzem a uma racionalidade própria.

Seu pressuposto é a teoria habermasiana do direito nascida de um consenso racional produzido a partir do embate de argumentos na esfera pública, confronto esse que progressivamente contribui para o esclarecimento dos reais interesses dos indivíduos e para a dissolução dos particularismos.

Se o direito não pode ser legitimado mais em termos metafísicos, mas apenas em termos de uma racionalidade discursiva, formadora de “consensos públicos”, quais são as regras do jogo da argumentação no campo específico do direito? Essa é a preocupação que move o pensamento de Alexy, fazendo com que sua teoria se insira, antes de tudo, como parte de uma teoria geral da razão prática.

Alexy parece buscar, em primeiro, uma resposta para o problema da justificação das decisões judiciais. Essa resposta passa por uma articulação com recursos da lógica dos padrões estruturais da argumentação jurídica. Alexy, porém, não se limita a uma análise da argumentação judicial, mas amplia seu horizonte para a argumentação jurídica de um modo geral, o que envolve examinar o papel da doutrina a partir de uma teoria geral da argumentação jurídica. Além disso, dados seus pressupostos

habermasianos, seu objetivo é expor as regras do jogo do debate jurídico racional, que, para ele, é apenas um setor de uma teoria geral da racionalidade discursiva. Daí seu modo peculiar de estruturar as regras formais da argumentação: sua teoria procura as regras de um “diálogo” racional possível entre um número indeterminado de indivíduos.

Na condição de teoria da argumentação jurídica, a teoria de Alexy poderia ser aproximada da teoria dos tópicos jurídicos, que teve papel bastante significativo na discussão da metodologia jurídica a partir da publicação das obras de Theodor Viehweg. O próprio Alexy reconhece que sua investigação assume, em certo sentido, as intenções de uma tópica jurídica formal¹⁶⁵. Contudo, ele também entende que o campo de elaboração de uma tópica jurídica não tem oferecido respostas adequadas para três objetivos a que se propõe: (1) apresentar uma técnica para descobrir premissas para um argumento, (2) desenvolver uma teoria capaz de descrever a natureza dessas premissas e (3) formular uma teoria sobre como tais premissas são aplicadas para fundamentar juízos singulares no direito¹⁶⁶. No que diz respeito à apresentação de uma técnica, a teoria tópica pode se restringir à simples descoberta de premissas, sem sistematização e sem implicações práticas. Como descrição da natureza dessas premissas, a tópica as reduz – com base em concepções aristotélicas – a “proposições admitidas por uma comunidade de falantes como plausíveis”, o que parece a Alexy pouco ajudar no entendimento do caráter vinculante que a doutrina e a jurisprudência manifestam na prática. Por fim, enquanto teoria da aplicação do direito, a teoria tópica não desenvolve adequadamente a percepção de que “a discussão aparentemente permanece o único foro de controle”. Faltaria a Viehweg, por exemplo, esclarecer qual tipo de consenso obtido dentro da discussão poderia ser considerado como garantia da correção daquilo com que se concordou. É preciso, por isso, uma outra forma de teoria da argumentação para dar conta do exame da fundamentação das decisões judiciais, nas quais a questão da correção é a mais relevante.

Alexy, em princípio, insere-se na discussão de um tema bastante comum na metodologia jurídica contemporânea: o problema da fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de um problema ligado especificamente ao âmbito da aplicação do direito. Esse âmbito recebeu no século XIX uma caracterização que o aproximou das

---

¹⁶⁵ ALEXY, 2005: 52.

¹⁶⁶ ALEXY, 2005: 50.

atividades de subsunção lógica. No entanto, essa caracterização sempre encontrou dificuldades para ser defendida com elementos factuais. No âmbito da prática, o que se identifica é a indefinição do ato de aplicar a lei. Em grande número de casos, a decisão judicial que põe fim a um conflito não se segue logicamente das formulações manifestas em normas jurídicas. Isso ocorre, em especial, por quatro motivos: a imprecisão da linguagem do direito, a possibilidade de conflitos entre normas, a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabe em nenhuma norma vigente (que Alexy chama de “norma válida existente”) e a possibilidade, em casos especiais, de ocorrer uma decisão que contrarie a literalidade da norma.

4.1.2 A construção do “ponto de vista do participante”

A teoria jurídica de Alexy procura se distanciar da perspectiva de uma teoria da norma. Não poucas vezes, Alexy assinala que sua teoria é uma teoria da aplicação, ou uma lógica dos juristas, ou mais própria e expressamente uma teoria do direito como parte de uma teoria da razão prática discursiva. A argumentação jurídica, diz ele, é “uma atividade lingüística” que envolve a “correção dos enunciados normativos”¹⁶⁷. Nesse sentido, o discurso jurídico é entendido como “um caso especial do discurso prático geral”. No entanto, sua teoria ainda preserva a noção de norma jurídica.

Isso tem como resultado uma recepção de suas propostas teóricas, bem aquém do que se poderia esperar. Como bem lembra Lopes, a divulgação da teoria de Alexy no Brasil é feita no Brasil frequentemente sob o entendimento de que se trata de uma teoria das normas, que converteria a pergunta pela “ontologia das normas” na questão da “ontologia dos princípios (uma espécie de norma) e das regras (outra espécie)”, como se princípios e regras fossem “coisas” cuja “natureza” se pudesse distinguir e, uma vez distinta, pudessem ser tratados como objetos distintos¹⁶⁸. As discussões jurídicas se referem a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) a discussão dessas questões desenvolve-se sobre o prisma da pretensão de correção.

---

¹⁶⁷ ALEXY, 2005b: 44-45.

¹⁶⁸ LOPES, 2009: 11.

Mas trata-se de um “caso especial do discurso prática geral” porque as disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão, na medida em que esta sempre ocorre sob algumas limitações, especialmente no campo do processo judicial, em que, além das limitações temporais (determinadas pelas próprias regras processuais) e da desigualdade da distribuição dos papéis (especialmente nos contextos em que a participação do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado), ainda é possível identificar muitas situações que as partes processuais não se orientam basicamente para a obtenção da sentença correta, mas para a satisfação de interesses próprios (ou seja, a busca da decisão que lhe for mais vantajosa).

Outro problema do qual o autor traz, para demonstrar a necessidade desse tipo de teoria argumentativa, diz respeito à questão do direito não prescindir de um juízo de valor ou de uma valoração, na medida em que é o intérprete que determina qual enunciado normativo singular é afirmado ou é ditado como enunciado. Aqui a ocorre uma espécie de escolha na fundamentação, sendo que dela o comportamento ou ação de várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamento seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa como melhor em algum sentido e, portanto, uma valoração ou juízo de valor¹⁶⁹.

Daí surgirem algumas perguntas como onde e em que medida são necessárias valorações, como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como “especificamente jurídicos” e se tais valorações são passíveis de fundamentação racional não podem ser respondidas, segundo Alexy, senão por uma teoria da argumentação jurídica racional¹⁷⁰.

De Acordo com Alexy o discurso jurídico constitui um caso especial do discurso prático geral, sendo que ambos têm como pretensão em comum a correção de enunciados normativos, tratando-se o discurso jurídico de um caso especial por sua pretensão de correção estar limitada a uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição a lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito

---

¹⁶⁹ Ibid, pp. 37-38.

¹⁷⁰ Ibid, p. 39.

organizada institucionalmente, bem como, o que não concerne ao discurso jurídico-científico, as limitações das regras do ordenamento jurídico¹⁷¹.

A pretensão, em suma, proposta pelo filósofo alemão, em sua teoria da argumentação do direito, consiste que a correção dos enunciados normativos do direito seja racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras¹⁷². No sentido proposto pelo teórico, a decisão jurídica deve possuir uma fundamentação racional entrelaçado estreitamente com a concepção de discussão racional¹⁷³.

Feita essas observações importantes sobre a teoria da argumentação que permeia a teoria do jurista alemão, passemos a análise da teoria do direito no filósofo em comento.

Nesse sentido, Alexy ao tratar do conceito direito assevera que esse se compõe de três elementos, os quais não sendo visto, têm-se tais teorias como parciais quando da análise do conteúdo do direito. Os citados elementos são eles: 1) a decretação de acordo com a ordem; 2) a eficácia social; e 3) a correção quanto ao conteúdo. Entre as teorias que figuram como parciais o filósofo cita como paradigmas a posição positivista que se direciona exclusivamente para a decretação de um acordo de acordo com a ordem e eficácia social, enquanto que no extremo oposto encontra-se a posição jusnaturalista que se ocupa de forma exclusiva da questão da correção¹⁷⁴.

Em síntese, a proposta de Robert Alexy sobre o direito constitui que o decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do direito, já o correto a sua dimensão ideal ou discursiva, sendo que o direito adequado só pode nascer quando ambos os lados estiverem entrelaçados¹⁷⁵. Nessa senda, passa-se agora a uma análise mais minuciosa de sua teoria em termos mais profundos.

Um dos traços fundamentais da teoria alexiana se perfaz na idéia de que o direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção. Porém, para entender essa

---

¹⁷¹ Ibid, pp. 45-46.

¹⁷² Ibid, p. 46.

¹⁷³ Ibid, p.53.

¹⁷⁴ ALEXY, 2007: 19.

¹⁷⁵ Ibid, p. 20.

afirmação faz-se mister responder três questões: 1) o que significa que o direito promove uma pretensão? 2) O que deve ser entendido sob a necessidade da pretensão? 3) Em que consiste o conteúdo da pretensão, a correção?¹⁷⁶

Quanto à primeira questão, Alexy parte da afirmação de que somente sujeitos capazes podem promover pretensões, nesse sentido, dizer que o direito promove uma pretensão de correção pode ser isso, somente significar, que a promovem aqueles que atuam no e para o direito de modo a criá-lo, interpretá-lo, aplicá-lo e impô-lo. Casos paradigmáticos são os do legislador e do juiz. O significado de que esses sujeitos promovem a pretensão corresponde que por meio de seus atos institucionais, portanto, com as decisões de lei e sentenças judiciais, o ato institucional da afirmação está unido, que o ato jurídico é correto quanto ao conteúdo e procedimentalmente. Correção, nesse sentido, implica fundamentabilidade, isto é, a pretensão de correção implica numa garantia de fundamentação. Além disso, acresce-se à garantia a esperança que cada um, que se põe do ponto de vista do sistema jurídico respectivo e é racional, reconhece o ato jurídico como correto¹⁷⁷.

Assim, a pretensão de correção pressupõe a tríade de afirmação da correção, garantia de fundamentabilidade e a esperança do reconhecimento da correção. Contudo, essa tríade não está associada apenas com atos institucionais como as sentenças judiciais e as leis, mas também com cada um que participa do sistema jurídico, seja o advogado no tribunal ou o cidadão na discussão pública, alega argumentos a favor e contra determinados conteúdos do sistema jurídico.

Já em relação à segunda questão, respondê-la, diz Alexy, significa afirmar que a pretensão de correção é, somente então, de interesse para o conceito de direito, quando ela, necessariamente, está unida com o direito. E para responder a questão Alexy parte de dois exemplos: um artigo constitucional absurdo e uma sentença absurda.

No primeiro caso, trata-se de um artigo de uma nova constituição de um Estado hipotético, no qual uma minoria oprime uma maioria e, ao mesmo tempo, ser honrada,

---

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Ibid, pp.20-21.

sendo que essa minoria pretende usufruir de vantagens sobre a maioria e para isso estabelece no primeiro artigo: “X é uma república soberana, federal e injusta¹⁷⁸”.

Nesse caso, Alexy vai dizer que o suposto artigo padece de um vício, porém, nem a viciosidade convencional, nem a moral, nem a técnica explicam a absurdidade da cláusula de injustiça. Ela resulta, como tão frequentemente no absurdo, de uma contradição. Uma tal nasce pelo ato da dação da constituição ser promovida uma pretensão de correção, que é, essencialmente, uma pretensão de justiça. Pretensões abarcam, como exposto, afirmações. A pretensão de justiça, aqui promovida, é a afirmação de que a república constituída é justa. A contradição consiste, portanto, nisto, que com o ato da dação da constituição, implicitamente, é estabelecida uma afirmação que contradiz o conteúdo explícito do ato dador de constituição, da cláusula de injustiça¹⁷⁹.

Num segundo exemplo, trata-se de um juiz que proclama a seguinte sentença: “o acusado é, o que é uma interpretação falsa do direito vigente, condenado a uma pena privativa de liberdade para toda a vida¹⁸⁰”.

Da mesma forma que no caso anterior, o filósofo Alemão vai afirmar que a viciosidade convencional, nem a moral ou técnico, do mesmo modo como a de uma infração contra o direito positivo, também aqui não basta para compreender o caráter particular da viciosidade, sendo explicada a absurdidade da proposição por meio de uma contradição. Com uma sentença judicial sempre é promovida a pretensão, que o direito seja aplicado corretamente, por mais que essa pretensão também, ainda, não muito seja cumprida. A classificação da sentença, unida com a sentença, contradiz essa pretensão de correção, promovida com a efetivação do ato institucional da condenação, como falsa. Que uma pretensão de correção é promovida significa, entre outras coisas, que implicitamente é estabelecida a afirmação que a sentença é correta. A afirmação, unida explícita e publicamente com a sentença, contradiz essa afirmação implícita que a

---

¹⁷⁸ Ibid, p.21.

¹⁷⁹ Ibid, p.22.

¹⁸⁰ Idem.

sentença é falsa. Essa contradição entre o implícito e o explícito explica a absurdidade¹⁸¹.

O problema em questão que aparecem a seguinte objeção e questão contingente: nesses exemplos, não resta demonstrada a necessidade de correção ou onde se mostra, então, a necessidade da pretensão de correção? Alexy responde tal questão, afirmando que a necessidade da pretensão se dá na medida em que a pensar prática é lidar com a distinção entre verdade ou correção e falsidade, além de que uma tomada de posição de tipo moral na ação é necessária, sendo que isso, necessariamente, implica na busca da verdade que, via de consequência, resulta na busca de uma correção e uma objetividade:

“O significado dessa objeção torna-se particularmente claro quando se a amplia ou generaliza. Pretensões de correção existem, de modo nenhum, somente no direito. Elas também são promovidas com sentenças de valor e de obrigação morais e sua forma mais geral é enlaçada com o ato de falar da afirmação. Tomadas de posição morais, que não promovem essa pretensão, não são sentenças morais, mas somente expressão de emoções, requisições, de sentir semelhantemente, ou relatórios sobre o sentimento e colocações. Quem desiste da pretensão de correção perde, bem genericamente, a possibilidade de estabelecer afirmações, seja qual for o tipo, porque afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência e vida. Em vez de sentenças e afirmações existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo¹⁸²”.

Por fim, no que tange ao conteúdo da pretensão de correção, Alexy afirma que seus critérios dependem do contexto, isto é, para reunião que discute a constituição

---

¹⁸¹ Ibid, p.23.

¹⁸² Ibid, p.24.

valem outros critérios que para o trabalho cotidiano do dador de leis parlamentar, e outra vez, outros critérios são correspondentes para sentenças judiciais. Uma coisa, porém, segundo o teórico alemão, caracteriza a pretensão de correção em todos os contextos: ela sempre abarca uma pretensão de fundamentabilidade. No direito, trata-se, nisso, sempre e imediata ou mediatamente da fundamentação de normas gerais ou individuais, portanto, de questões normativas ou práticas¹⁸³.

Para Robert Alexy, antes de ser exposto a quais conteúdos a pretensão de correção leva nos contextos institucionais distintos do direito, deve, por conseguinte, primeiro ser perguntado como, bem genericamente, portanto, independente do direito, é possível uma fundamentação de normas. Essa resposta é fornecida a teoria do discurso prático geral.

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. Na base das teorias procedimentais da correção prática está a seguinte afirmação: “Uma norma *N* é correta rigorosamente então, quando *N* pode ser o resultado do procedimento *P*”¹⁸⁴.

Segundo essa concepção, o procedimento do discurso é um procedimento de argumentação, o qual se deixa definir por um sistema de regras do discurso, que expressam as condições do argumentar prático racional, sendo que uma parte dessas regras valem independentemente da teoria do discurso¹⁸⁵.

Contra algumas objeções a sua teoria o filósofo afirma que essas regras servem para os monólogos também, de modo que fica claro que a teoria do discurso substitui o fundamentar pela mera produção de consenso. A questão da particularidade consiste que ela acrescenta a esse plano um segundo plano, ou seja, aquele das regras relacionadas com os procedimentos do discurso. Essas têm caráter não-monológico. O escopo dessas regras é a imparcialidade do discurso, devendo ser obtida essa finalidade pelo

---

¹⁸³ Ibid, p.25.

¹⁸⁴ Ibid, p. 25.

¹⁸⁵ Sobre as regras do discurso, podem ser citadas algumas das principais delas como: liberdade de contradição, a universalidade no sentido de uso consistente dos predicados empregados, a clareza conceitual-idiomática, a verdade empírica, a consideração das conseqüências, o ponderar, a troca de papéis e a análise do nascimento de convicções morais. Ibid, p.26.

asseguramento da liberdade e igualdade da argumentação. As mais importantes dessas regras dizem:

“1. Cada um que pode falar tem permissão para participar em discurso.

2. (a) Cada um tem permissão de pôr em questão cada afirmação.

(b) Cada um tem permissão de introduzir cada afirmação no discurso.

(c) Cada um tem permissão de manifestar suas colocações, desejos e carências.

3. Nenhum falante pode, pela coerção dominante dentro ou fora do discurso ser impedido nisto, de salvaguardar seus direitos determinados em (1) e (2)¹⁸⁶”.

A partir dessas regras, pode-se situar que teoria do discurso pertence a tradição kantiana, da qual se infere dois preceitos para operacionalidade dessa teoria: 1) Essas regras expressam, no plano da argumentação, as idéias de liberdade e igualdade universal, e se elas valem, portanto, cada um pode decidir livre e igualmente sobre aquilo que aceita. Nesse sentido, valendo como condição da aprovação universal da norma que as conseqüências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem ser aceitas por todos. 2) É uma suposição central na teoria do discurso, que a aprovação no discurso, primeiro, pode depender de argumentos e que, segundo, entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validez moral existe uma relação necessária¹⁸⁷.

Isto posto, Alexy afirma que a teoria do discurso leva uma infinidade problemas, contudo, um parece, especialmente, no debate, qual seja o problema da aplicação da teoria do discurso.

---

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Ibid, p. 27.

Nesse sentido, o teórico alemão afirma que do ponto de vista da aplicabilidade, a fraqueza da teoria do discurso consiste que seu sistema de regras não oferece um procedimento que permite, em um número finito de operações, sempre chegar, rigorosamente, a um resultado. Isso porque, em primeiro lugar, as regras do discurso não contêm nenhuma determinação com respeito aos pontos de partida do procedimento. Pontos de partida são as existentes convicções normativas e interpretações dos interesses dos particulares dos interesses dos participantes. Em segundo lugar, as regras do discurso não determinam todos os passos da argumentação. Por fim, em terceiro lugar, uma série de regras do discurso tem caráter ideal e, por conseguinte, só aproximadamente é executável¹⁸⁸.

A última implica na distinção fundamental para teoria do discurso, entre discursos ideais¹⁸⁹ e reais¹⁹⁰. Essa distinção tem sido objeto de muitas críticas na medida em que, segundo Alexy, ninguém nunca participou, nem nunca vai participar de um discurso prático ideal, bem como quanto aos seus resultados não passam de suposição, não podendo haver certezas e tampouco que ele levaria ao consenso.

Contudo, Alexy enaltece a função do discurso prático ideal, pois esse serve como regulação ou idéia regulativa dos discursos práticos reais. E quanto ao discurso real, o teórico, afirma que apesar de suas limitações encontra-se entrelaçado com o ideal. Nesse sentido, encontram-se do mesmo lado, tanto o discurso ideal, quanto a própria pretensão de correção¹⁹¹.

---

¹⁸⁸ Ibid, p.28.

¹⁸⁹ “O discurso prático ideal em todos os sentidos é definido pelo de, sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e ausência de coerção perfeita no caminho da produção de clareza conceitual-idiomática perfeita, do ser informado empírico perfeito, da capacidade e da disposição perfeita, do ser informado empírico perfeito, da capacidade e da disposição perfeita para troca de papéis e da liberdade de pré-juízos perfeita, ser procurada a resposta uma questão prática”. Idem.

¹⁹⁰ “Discursos práticos reais são definidos pelo fato de neles, sob as condições de tempo limitado, de participação limitada e ausência de coerção limitada com clareza conceitual-idiomática limitada, ser informado empírico limitado, capacidade limitada para troca de papéis e liberdade de pré-juízos limitada, ser procurada a resposta a uma questão prática”. Idem

¹⁹¹ Ibid,p.29.

O enlace do discurso real com o ideal é capaz de eliminar, certamente, só extremamente limitado a indefinidade do resultado. Afirma Robert Alexy que existem certas coisas que, em aproximação suficiente e, em geral, praticamente possível ao discurso ideal, como resultado, não entram em questão. Um exemplo é a escravidão. Ela pode ser designada como “impossível discursivamente”. Outra coisa pode, com segurança suficiente, ser classificada como resultado do discurso e deve, por conseguinte, ser denominada de “necessária discursivamente”. A democracia é um exemplo. Ao lado do impossível discursivamente e do necessário discursivamente, porém, existe um amplo espaço do meramente possível discursivamente, no qual se pode, de modo racional em discursos, chegar a resultados diferentes. A teoria do discurso bate, aqui, em um limite, que ela própria não pode exceder¹⁹².

No que tange a necessidade do direito, Alexy consigna que teoria do discurso não oferece um procedimento, que permite, em um número finito de operações, sempre chegar rigorosamente a um resultado, o que leva ao espaço amplo do meramente possível discursivamente, pode ser designado como “problema do conhecimento”¹⁹³.

O problema do conhecimento leva à necessidade de procedimentos juridicamente regulados, que garantem uma decisão. O filósofo, nesse caso, afirma que se projetando os três elementos nucleares do direito (decretação de acordo com a ordem, a eficácia social e a correção quanto ao conteúdo quanto ao conteúdo), então o problema do conhecimento remove os pesos da correção quanto ao conteúdo para a decretação de acordo com a ordem.

Esse, porém, não é o único problema da teoria do discurso jurídico, a ele se agregam outros dois: problema da imposição e da organização. O primeiro nasce porque o conhecimento da correção ou da legitimidade de uma norma é outra coisa que o seu cumprimento. Desse modo, a apreciação concordante, alcançada em um discurso, de uma norma como justa e, via de consequência, correta, não tem, alguns, sem mais, podem infringir uma norma, o seu cumprimento de ninguém mais pode ser exigido. Já o problema da organização, finalmente, resulta disto, que numerosas exigências morais e

---

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibid, p.30

objetivos dignos de esforço, somente por atuação individual e cooperação espontânea, não podem ser cumpridos suficientemente¹⁹⁴.

Para o conceito de positividade do direito, isso significa uma intensificação do peso, tanto da decretação de acordo com a ordem como também da eficácia social por conta da correção quanto ao conteúdo.

Para tratar da questão da argumentação jurídica, Alexy parte da afirmação de que nenhum legislador pode criar um sistema de normas que é tão perfeito, que cada caso somente em virtude uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Isso porque o fenômeno jurídico tem relação direta com a vagueza da linguagem, possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto da norma. Existe, sob esse aspecto, uma abertura necessária do direito¹⁹⁵.

Nas teorias do direito, o filósofo alemão consigna que o positivismo jurídico tanto de tipo kelseniano, como hartinano propõem que quando o juiz se põe ante essa abertura decide por discricionariedade.

Contudo, a teoria da argumentação jurídica, que pressupõe a pretensão de correção do direito, ao contrário, adota o que o Alexy chama de uma interpretação não-positivista, a qual se baseia em dois núcleos: no argumento de princípios e na tese do caso especial¹⁹⁶.

No que tange ao primeiro núcleo, o argumento de princípio parte da distinção entre regras e princípios. Para Alexy, as regras são normas que ordenam, proíbem, ou permitem algo definitivamente. Em seu conteúdo elas contêm um dever, sendo que preenchido os seus pressupostos produzem-se consequências jurídicas. As regras dentro

---

¹⁹⁴ Ibid, p. 31.

¹⁹⁵ Ibid, p.36.

¹⁹⁶ Ibid, p.37.

do sistema jurídico são válidas ou inválidas, sendo que se consideradas inválidas são excluídas do direito. E sua forma de aplicação é a subsunção¹⁹⁷.

Os princípios, por sua vez, são diferentes das regras de forma qualitativa, na medida em que esses contêm um dever ideal, que não é definitivo, mas apenas um dever *prima facie*. Eles são mandamentos a serem otimizados, e como mandamentos ideais os princípios exigem mais do que é possível ser realizado tanto no plano dos fatos, como no plano jurídico. Esses colidem entre si, porém, não são descartados quando não aplicados em um determinado caso. A sua forma de aplicação é a ponderação, sendo que somente esta leva o dever *prima facie* ideal ao dever real definitivo¹⁹⁸.

Nesse sentido, o argumento de princípio traz a ponderação para o campo do direito, sendo que o objeto dessa se limita tão-somente aos princípios. Em relação a pretensão de correção com a visão de que os princípios morais também são partes do direito, exige-se além da correção jurídica, uma pretensão de correção moral, pois os princípios morais que devem ser considerados no direito, exige-se que sejam corretos. Nesse sentido, a própria questão da aplicação do direito passa a ser uma questão de argumentação moral racional, o que leva a idéia de discurso¹⁹⁹.

Em relação ao outro núcleo a tese do caso especial, afirma o filósofo alemão que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Na argumentação jurídica, trata-se, como na argumentação prática geral, em último lugar, sempre disto, o que é ordenado, proibido e permitido, portanto, de questões práticas. Em ambos os discursos se promovem a pretensão de correção. A distinção consiste que a pretensão de correção no discurso jurídico, de outra forma como no discurso prático geral, não se refere ao que é absolutamente correto, mas o que dentro do sistema jurídico é correto. O que em um sistema jurídico é correto depende, essencialmente, daquilo que foi determinado fundado em autoridade ou institucionalmente e cabe no sistema.

---

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ ALEXY, 2007: 38.

Nesse sentido proposto por Alexy, pode-se afirmar que o processo de argumentação jurídica está vinculado à lei e ao precedente e deve observar o sistema do direito aprofundado pela dogmática jurídica²⁰⁰. Porém, esse apontamento tem consequências diversas nos casos difíceis, quando nenhum desses elementos pode dar uma resposta ao caso, o que nessa medida será necessário recorrer a valorações adicionais que não se deixam desprender do material fundado em autoridade dado.

Assim, se pretensão de correção deve ser satisfeita, essas premissas adicionais devem ser fundamentadas. Daí decorre a questão de como juiz decide ante a abertura do direito, quando nem a lei, os precedentes e a dogmática respondem é preciso recorrer a essas valorações, o que faz o filósofo alemão terminar problematizando a questão da seguinte forma²⁰¹:

“Se a pretensão de correção deve ser satisfeita, essas premissas adicionais devem ser fundamentadas. Mas isso é, se o fundado em autoridade ou institucional sozinhos não dá resposta, possível somente no caminho da argumentação prática geral. Em seu quadro, reflexões de conformidade com a finalidade e idéia daquilo que é bom para comunidade têm, sem dúvida, o seu lugar legítimo. Isso, porém, nada modifica nisto, que a questão diretiva do decidir judicial no âmbito da abertura é a questão sobre a distribuição correta e a compreensão correta. Questões sobre a distribuição correta e compreensão correta. Questões de justiça, porém, são questões de justiça. Assim, a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral”.

Portanto, apesar dos esforços Alexy buscando objetivar uma questão subjetiva, no limiar não consegue escapar da subjetividade da interpretação, por mais que negue esse fato, isso porque quando nenhum dos elementos que limitam o direito dão a resposta num caso difícil, o aplicador recorrerá a valores adicionais com alto grau de subjetividade, como no caso de recorrer a concepção do que é bom para comunidade.

---

²⁰⁰ Ibid, p. 39.

²⁰¹ Ibid, p.40.

Nesse sentido, na teoria da argumentação jurídica, proposta por Robert Alexy, não há que se falar em objetividade plena, mas tão-somente em objetividade possível, na medida em que as condições e contexto a possibilitem, devendo se minorar a subjetividade no sentido da discricionariedade pelos elementos que limitam o próprio fenômeno jurídico, isto é, pela vinculação à lei, valorização dos precedentes e a observação da dogmática jurídica.

A concepção de coerência como um dos postulados do direito que Robert Alexy propõe, configura-se como uma visão diferente daquela comumente empregada na teoria do direito, bem como na filosofia geral.

O filósofo alemão inicia a discussão sobre a coerência argumentando que o sentido por ele proposto não se trata de saber o que deve ser entendido como coerência de forma genérica, mas sim o que pode ser considerado coerente, quando a coerência é aplicada a teoria ou a sistemas normativos²⁰².

Em relação ao conceito de coerência, Alexy o distingue do conceito de consistência, porque a consistência pressupõe a inexistência de contradição lógica, o que nesse sentido só é abarcado pela coerência como lado negativo, sendo que sua posição parte apenas de conexões positivas. Essas conexões positivas, por sua vez, são tipo de relações de fundamentação, o que torna o conceito de fundamentação essencial, pela existência de uma relação conceitualmente necessária entre esse e a coerência.

De acordo com o teórico alemão, sobre a base apresentada dever ser dada a determinação geral subsequente do conceito de coerência:

“Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações²⁰³”.

Essa proposição, porém, demanda alguns esclarecimentos²⁰⁴:

---

²⁰² Ibid, p. 118.

²⁰³ Ibid, p. 119.

²⁰⁴ Idem.

1. A expressão declaração deve ser entendida em sentido amplo, no qual ela também abrange declarações normativas e valorativas. Com isso pode, toma-se por base um conceito de norma semântico relacionada também a sistema de normas e ordenamentos de valores.

2. O conceito de fundamentação é empregado de modo que uma declaração **p** fundamenta uma declaração **q** rigorosamente, quando **q**, ou sozinho de **p**, ou de **p** juntamente com outras premissas resulta logicamente. Segundo Alexy, usa-se um conceito de fundamentação semântico sintático, que suprime a dimensão pragmática do fundamentar como uma atividade. Além disso, o conceito de fundamentação é de tipo dedutivo, o que não exclui argumentos entimemáticos (em que a premissa está ausente ou subentendida).

3. Quanto a estrutura de fundamentação, essa pode ser entendida como a classe das propriedade formais de todas as relações de fundamentação que existem dentro da classe de declarações, cada vez considerada, no que segue, deve a classe de declarações ser designada como sistema ou teoria.

4. Coerência é assunto de grau. A qualidade da estrutura da fundamentação, da qual depende a medida de coerência, determina-se segundo a medida na qual os critérios de coerência são cumpridos.

Nesse sentido, Alexy afirma haver duas propriedades essenciais no conceito de coerência: ele não diz respeito ao procedimento pragmático da fundamentação, mas um sistema de declarações como entidades semântico-sintáticas. Com isso, fica possível contrapor dois pares conceituais: 1) sistema e coerência e 2) procedimento e consenso²⁰⁵.

A partir dessas descrições, quanto aos critérios de coerência pode-se inferir duas características básicas: eles são cumpridos em graus diferentes e eles podem colidir. Desse modo, os critérios de coerência deixam-se formular como princípios no sentido de mandamentos de otimização. Isso representa que a coerência não é apenas uma questão de grau, mas também de ponderação.

---

²⁰⁵ Ibid, p. 120.

Portanto, a concepção de coerência podendo ser entendida como uma compreensão da racionalidade das fundamentações, na medida em que a justificação de uma declaração do sistema depende de outras declarações desse sistema. Em última análise, com a conjugação de seus critérios, um ideal de uma teoria abrangedora de tudo²⁰⁶, ou em outros termos, sentido da ordem jurídica tomado em sua totalidade.

Os critérios da coerência expostos tornam claro em que consiste a contribuição da coerência para a racionalidade prática, mas eles mostram que a pretensão da idéia de coerência é limitada.

Com o escopo de mostrar em que consiste a contribuição da coerência a racionalidade prática, Robert Alexy faz uma distinção entre dois tipos de fundamentação: uma fundamentação jurídica, que se apóia em um sistema tão coerente quanto possível e uma fundamentação que renuncia a cada relacionamento com o sistema. Esse último tipo de fundamentação é chamada pelo teórico alemão de fundamentação “ad hoc”²⁰⁷, sendo que ela não satisfaz o postulado da universalidade e da generalidade e, com isso, às exigências elementares da justiça.

De acordo com o jurista alemão, a justiça exige a instalação da fundamentação jurídica em um sistema tão coerente quanto possível. Nesse sentido, a teoria pressupõe a formação de um sistema, do qual resultam nos seguintes efeitos à racionalidade prática: a formação de um sistema, explorada institucionalmente como dogmática jurídica, permite reunir, examinar e evoluir as visões de várias gerais. Com isso, ela serve, simultaneamente, à estabilidade e ao progresso²⁰⁸.

A teoria proposta por Alexy, no que tange a coerência, tem como escopo último assegurar a segurança jurídica dentro do sistema, na medida em que esse inibe que os aplicadores ou órgãos julgadores a se apoiarem em fundamentações ou decisões “ad hoc”, ou seja, em declarações multiplamente revisadas e não precisa, cada vez, fundamentar novamente tudo.

---

²⁰⁶ Ibid, p.129.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

Portanto, um sistema possuiria coerência se fosse baseado em decisões “ad hoc”, isso porque um sistema coerente visa a estabilidade decisória e, via de consequência, no plano jurídico, garantir a segurança jurídica²⁰⁹.

Um sistema normativo coerente traz grandes vantagens conforme descrito, porém, essas são limitadas por três fraquezas²¹⁰ necessárias, no entender do teórico da argumentação jurídica.

A primeira fraqueza diz respeito ao próprio conceito de coerência, pois, como já foi dito, a essa não é apenas uma questão de grau, mas depende, outrossim, da otimização das exigências, em parte, em sentido contrário. Os critérios de coerência não oferecem a possibilidade de sempre dizer que um sistema é mais coerente que o outro. A decisão, nos casos duvidosos sobre qual sistema deva ser preferido, requer uma avaliação que não mais pode realizar somente segundo critérios de coerência.

A segunda fraqueza resulta do caráter formal da coerência, porque os seus critérios nada dizem sobre o conteúdo do sistema normativo. Em vistas dos conceitos de generalidade e da universalidade contidos no conceito de coerência e que fundamentações plenamente desenvolvidas, antes são propícias à justiça e à racionalidade que à injustiça e à irracionalidade. Nessa senda, pode-se dizer que, na verdade, o cumprimento dos critérios formais de coerência limita a injustiça e irracionalidade e contribui para a justiça e racionalidade. Em um sentido rigoroso, contudo, conteúdos injustos e irracionais quanto ao conteúdo não são excluídos.

Finalmente, em relação a terceira fraqueza que, segundo o teórico, aparece com a mais significativa. Ela resulta da incompletude necessária de tais sistemas normativos que são tão coerentes como somente é possível. O fundamento para isso é a necessidade de premissas normativas ou valorações adicionais.

Portanto, Alexy reconhece que existem limitações a coerência, porém, isso não significa uma impossibilidade da coerência e, nesse sentido, sim a existência uma coerência possível. Contudo, seu estabelecimento exige, de um lado, o estabelecimento de construções de pensamento tão coerente quanto possível e tão perfeito quanto

---

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Ibid, pp.129-130.

possível. De outro lado, ela pede um processo de argumentação tão racional quanto possível, que visa à formação de um consenso racional.

4.1.3 A racionalidade por meio da ponderação

De acordo com a teoria alexiana, existem duas formas de aplicação do direito: a subsunção e a ponderação. Elas constituem de formas de aplicação do direito, respectivamente, por meio de regras e princípios.

Para Alexy a subsunção encontra-se bem investigada, contudo, a ponderação ainda encontra-se aberta, sendo que dessa abertura decorrem três problemas: o problema da estrutura, o problema da racionalidade e o problema da legitimidade. Em relação esses dois últimos pontos, afirma o filósofo alemão que a legitimidade da ponderação do direito depende de sua racionalidade, bem como quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar²¹¹. Já em relação à estrutura da ponderação, essa é decidida pela racionalidade da ponderação.

A compreensão se dá tanto dessa forma, que o teórico faz uma afirmação no sentido de no caso da análise dos três problemas mostrar que ponderar não pode outra coisa senão decidir de forma arbitrária, então estaria posta em dúvida a racionalidade da ponderação. E como consequência disso, estaria em dúvida, outrossim, a legitimidade da aplicação do direito, principalmente, na jurisdição constitucional²¹².

Nesse sentido o problema central da ponderação do direito é o problema de sua estrutura. A distinção entre regras e princípios, já tratada neste trabalho, forma, por um lado, o fundamento teórico-normativo da subsunção e, por outro, da ponderação. Como já dissemos anteriormente, as regras são normas que ordenam algo definitivamente, enquanto que os princípios constituem mandamentos de otimização.

---

²¹¹ Ibid, p.131

²¹² Idem.

Nesse sentido, as possibilidades jurídicas são, além das dadas pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário. Segundo Robert Alexy, o princípio do direito constitucional material mais importante é o “Princípio da Proporcionalidade”. Dele decorrem três princípios parciais: da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito.

Tratando-se de princípios faz-se mister lembrar que os mandamentos de otimização, no modelo alexiano, exigem a realização tão ampla quanto possível tanto, relativamente, às possibilidades fáticas, quanto às possibilidades jurídicas.

Observar-se que, a partir desse postulado do modelo da argumentação jurídica, os dois primeiros princípios parciais (o da idoneidade e da necessidade) expressam o mandamento de otimização em relação às possibilidades fáticas. Nesses casos não se trata de ponderação, mas da se evitar que tais intervenções em direitos fundamentais, que sem custos para outros princípios são evitáveis, portanto, “otimização-pareto”²¹³.

Em contraposição a isso, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito trata da otimização, relativamente, às possibilidades jurídicas, que constitui o campo da ponderação. E desse modo, importante entender o núcleo da ponderação ou da lei da ponderação, o qual se deixa formular da seguinte forma:

“Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”²¹⁴.

Em consonância com esse enunciado nuclear da lei da ponderação, conforme expõe Alexy, a ponderação decompõe-se em três passos: 1) inicialmente, deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2) em seguida, deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e 3) finalmente, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro²¹⁵.

---

²¹³Cf. ALEXY, 2007: 132.

²¹⁴Ibid, p. 133.

²¹⁵Idem.

Destarte, a ponderação encontra a possibilidade de escalação triádica²¹⁶ (leve, médio e grave) em relação ao peso dos princípios colidentes de uma decisão, bem como a intensidade de intervenção (fraca, média, forte), contudo, essa posição encontra-se ao lado dos fundamentos em sentido contrário, isto é, da possibilidade de se aplicar algo um princípio diferente do que se encontra estabelecido.

Portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, na otimização das possibilidades jurídicas, otimiza a produção de sentenças racionais, isto é, a obtenção de um resultado, de modo, racional, por meio de uma ponderação de princípios colidentes²¹⁷.

Essa teoria, todavia, vem sofrendo diversas críticas no sentido de que a inferência da intensidade da intervenção ou grau de importância, por parte do julgador, aparece como arbitrária e não como racional. Isto porque o ato de inferir o que seja o proporcional, ou seja, mensurar a intensidade da intervenção e o grau de importância dos fundamentos e princípios constitui um ato que permite um alto grau de subjetividade, em certa medida, arbitrariedade decisória.

Contudo, Robert Alexy rebate argüindo que essas decisões realizam-se por meio de uma reflexão, que conjugada com a pretensão de correção, permite a produção de uma decisão racional, com subjetividade minorada, o que resulta na impossibilidade de se falar em arbitrariedade²¹⁸.

De acordo com o jurista alemão todas as classificações realizadas na ponderação, até o momento, encontram-se em um modelo de três graus ou triádico. Naturalmente, para ponderar, a tripla gradualidade não é coercitiva. Isso pode iniciar assim que se tenha dois graus e o número de graus é, para cima, aberto. O exposto no que se segue, também então é exato na matéria, quando se baixa o número de graus para dois ou eleva para três. Esse número somente não deve, como ainda deverá ser exposto, tornar-se muito grande. A tríade, porém, tem perante tais alternativas a vantagem que ela

---

²¹⁶ Ou de três graus.

²¹⁷ Cf. ALEXY, 2007:137.

²¹⁸ Idem.

corresponde particularmente bem à prática da argumentação jurídica. Além disso, ela deixa ampliar-se de um modo evidentemente particularmente intuitivo.

Esses três graus deixam se caracterizar pelas expressões “leve” (l), “médio” (m) e grave (s).

O objeto da avaliação como l, m ou s consiste, segundo a lei da ponderação, por um lado, o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio e, por outro, a importância do cumprimento do outro²¹⁹.

No Primeiro lado está um duplo conceito de combinação de não-cumprimento e prejuízo. Ele expressa a dicotomia de defesa e proteção. Tratando-se de um direito fundamental como direito de defesa, então a medida a ser apreciada apresenta-se como intervenção. Intervenções são prejuízos. Ao invés de se referir a “graus de prejuízo”, o filósofo prefere tratar o tema como “intensidade de intervenção”. Na mesma instância, por um sinal da flexibilidade do idioma pode-se designar cada intervenção, simultaneamente, como não-cumprimento. Essa expressão atua mais naturalmente, de acordo com Alexy, quando se trata de direito de proteção, exigindo-se não uma omissão, mas uma ação positiva.

Outrossim, pode em conformidade com a flexibilidade do idioma, falar em “prejuízos” e, até, de “intervenção”, no caso de um princípio exigir proteção, mas essa não é concedida. Nesse caso, trata-se não só de um “não-cumprimento” desse princípio, mas também de uma “intervenção” nele, e precisamente, de uma “intervenção por não cumprimento²²⁰”.

O segundo objeto da avaliação como l, m ou s corresponde à importância do cumprimento do outro princípio. De outra forma como a intensidade de intervenção, o grau de importância do cumprimento não necessariamente precisa ser concebido exclusivamente como uma grandeza concreta. Pode-se formar um conceito de importância no qual o concreto e o abstrato estão unidos. O quão importante é o cumprimento do princípio em sentido contrário dependeria não só do quão intensivo

---

²¹⁹ Ibid, p.138.

²²⁰ Idem.

seria o prejuízo de seu cumprimento, se não tivesse sido dada a primazia a quão alto é o seu peso abstrato.

Contudo, necessário lembrar que primeira meia-proposição da lei da ponderação somente direciona para a intensidade da intervenção, deve ser reconhecido que essa lei está concebida para aquela conjuntura, na qual os pesos abstratos são iguais e, por conseguinte, não desempenham nenhum papel. Portanto, parece mais entender sob a importância no sentido da formulação da lei da ponderação em primeiro lugar, somente a importância concreta.

De acordo com Alexy, a importância concreta do cumprimento de um princípio em sentido contrário determina-se pelas repercussões que a omissão da intervenção no princípio afirmado teria para o princípio em sentido contrário²²¹.

Os objetos da avaliação como l, m ou s estão fixados, conforme apresentação acima. Na apresentação da lei da ponderação foi dito que a lei da ponderação se decompõe em três passos. Ambos os primeiros podem no modelo triádico alexiano serem efetivados, pela compreensão dos graus de intervenção e da importância do cumprimento. Por ora, deve ser questionado como o terceiro passo pode ser executado, na qual as valorizações devem ser postas em relação a umas as outras.

O jurista alemão afirma que é possível aferir a comensurabilidade de tais valorizações, por meio do conceito de comparabilidade do significado para a constituição, o qual contém dois elementos que bastam para criar a mensurabilidade: o primeiro é ponto de vista uniforme, o ponto de vista da constituição; já o segundo é uma escala que avalia os graus de perdas e ganhos jurídico-fundamentais²²².

Assim, por meio dessa mensurabilidade feita por meio do ponto de vista da constituição e da escala que avalia os graus de perda e ganhos jurídico-fundamentais é possível realizar o cumprimento do terceiro passo da lei da ponderação, isto é, a comprovação se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

---

²²¹ Ibid, p.140.

²²² Ibid, p.142.

Contudo, quando não for possível determinar qual o princípio que deve ser aplicado, por constituir um empate avaliativo, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação e, precisamente, em um espaço de ponderação estrutural. Esse espaço de ponderação corresponde, para a delimitação das competências do tribunal constitucional, por um lado, e do legislador e dos tribunais especializados, por outro, de grande importância²²³.

Portanto, os três graus do modelo triádico formam uma escala que tenta sistematizar classificações que se encontram tanto na prática cotidiana como na argumentação jurídica. Uma tal tripla gradualidade está muito afastada de uma metragem das intensidades de intervenção e graus de importância por uma escala, que transcorre sobre um continuum de 0-1, e ela também deve ser isso, porque as intensidades de intervenção e graus de importância não se deixam medir por meio de uma tal escala. De fato, pode se empregar, de forma não rara, uma tríade refinada – em questão entra uma tríade dupla, contudo, isso tem limites. Muitas vezes, já a classificação como leve, média ou grave causa problemas. Por vezes, pode justamente ainda se distinguir entre leve e grave, todavia, em alguns casos, isso parece ser impossível. Essas escalações jurídicas podem, por isso, trabalhar somente com graus relativamente rudimentares e isso nem sequer em todos os casos. É, em último lugar, a natureza do direito constitucional que fixa limites à fineza da escalação e, de todo, exclui escalações de tipo infinitesimal. Medições calculáveis com o auxílio do continuum de ponto entre 0 e 1, por isso, não entram em questão. Nesse sentido, para o teórico alemão é possível uma ilustração da estrutura que está atrás do modelo triádico com a fórmula do peso²²⁴.

Para concluir a análise do modelo alexiano, faz-se necessário tecer algumas conclusões que o filósofo tem como importante.

A mais importante afirmação de Alexy consiste que a aplicação do direito se opera de modo racionalmente por meio da ponderação, pois essa, além de tratar dos

---

²²³ Ibid, p. 143.

²²⁴ Ibid, p. 144.

princípios, tem papel fundamental na prática dos tribunais constitucionais no modo de materialização dos direitos fundamentais²²⁵.

Como já foi dito anteriormente, a ponderação é exercida no âmbito constitucional pelo princípio da ponderação em sentido lato, que se desmembra em três outros princípios parciais (idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito) cuja implicação tratar os direitos fundamentais, quando da interpretação, como mandamentos de otimização, ou seja, como princípios teórico-normativos e não como regras.

O núcleo da ponderação se encontra na aplicação do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, para otimização das possibilidades jurídicas, sendo que essas possibilidades são essencialmente determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário.

Em síntese, a ponderação tem como escopo resolver problema da colisão de princípios. Assim, quando um juiz se depara com um caso em que dois princípios são passíveis, inicialmente, de aplicação, devendo essa situação ser resolvida pela aplicação da fórmula do peso, com o fim de verificar os graus de prejuízo ou não-cumprimento de um princípio, em relação à importância do cumprimento do princípio em sentido contrário.

Portanto, para Robert Alexy, a ponderação não está necessariamente unida com o discurso, mas também com os direitos fundamentais. Disso resulta, que os direitos fundamentais, necessariamente, estão enlaçados com o discurso, daí sua teoria ser por ele denominada de constitucionalismo discursivo²²⁶.

---

²²⁵ Ibid, p. 156.

²²⁶ Ibid, p. 162.

4.2 Por uma racionalidade jurídica compartilhada: a teoria jurídica de Dworkin

4.2.1 O problema do discurso da validade

A teoria jurídica de Ronald Dworkin (1931-) se propõe, antes de construir uma teoria sobre o direito, a ser uma crítica das teorias do direito positivo, tendo como alvo, principalmente, o modelo de regras proposto por Herbert L.A. Hart²²⁷, ou seja, visão que o direito se constitui a partir da união de regras primárias e secundárias²²⁸.

Nesse passo, o aspecto atacado da teoria hartiniana se concentra em pelo menos dois aspectos, o primeiro aspecto consiste na idéia da separação entre direito e moral, e um segundo aspecto sobre a necessidade de se identificar de alguma forma as normas pertencentes ao conjunto normativo, bem como, outrossim, o filósofo americano atacará a concepção de que a regra de reconhecimento constitui o critério de identidade do direito, além de pontuar a aproximação do direito e da moral por meio dos princípios²²⁹.

O primeiro ataque feito por Dworkin a Hart se baseia na afirmação que os juízes, no momento de sua decisão, não ignoram a existência de princípios, inclusive, se fundamentando em alguns casos difíceis nos princípios para resolvê-los, como exemplo, Dworkin cita dois casos ocorridos nos Estados Unidos, em que a decisão foi decidida com base em princípios, não havendo regulação por regras, o primeiro é caso *Riggs vs. Palmer* e o segundo é o caso *Henningsen vs. Bloomfield*²³⁰.

O caso *Riggs vs. Palmer* pode ser resumido na pretensão de um demandante-neto que era beneficiário do testamento de seu avô. O caso não seria complicado se não fosse a situação do demandante-neto tê-lo matado exatamente com a intenção de desde logo herdar. Quanto a pretensão deduzida em juízo, a corte de apelação do Estado de

---

²²⁷ Cf. DWORKIN, 2002:31.

²²⁸ Cf. HART, 2007: 108-109.

²²⁹ Cf. SGARBI, 2006: 149.

²³⁰ Cf. DWORKIN, 2002: 35-38.

Nova Iorque, no ano de 1889, apreciando os fatos, e não obstante a lacuna legislativo-testamentária, decretou que o demandante-neto (Elmer Palmer) estava afastado do direito de herdar atendendo ao princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, favorecendo assim os demais herdeiros²³¹.

No segundo caso, *Henningsen vs. Bloomfield Motors*, a situação é a de um demandante contra um fabricante de automóveis que restringiu, através de contrato, a possibilidade de o comprador obter indenização para outros defeitos que não o do conserto das partes defeituosas do veículo. A afirmação de Henningsen é que a indenização pelo acidente que sofrera era devida apesar da cláusula, por questões particulares ao caso. A resposta do tribunal foi a afirmação da responsabilidade do fabricante²³².

Desse modo, Dworkin identifica que nesses casos os juízes usaram princípios, não sendo tomados como regras jurídicas, o que, de certa forma, demonstra que esses também são fontes do direito, porém, são padrões com características diversas das regras jurídicas²³³.

A partir desses argumentos, Dworkin assevera que o direito não é apenas um conjunto de regras válidas ou inválidas, mas antes um conjunto de regras e princípios morais, sendo que estes últimos não são remissíveis a um critério de validade como o da regra de reconhecimento de Herbert Hart²³⁴.

O filósofo americano aponta algumas distinções em os padrões que compõe o direito, isto é, regras e princípios. A diferença entre esses padrões, segundo o autor, reside em sua natureza lógica, sendo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. No que tange a aplicação, as regras passam por um teste de pedigree, sendo aplicáveis à maneira tudo ou nada, ou

---

²³¹ SGARBI, 2006: p.150.

²³² Idem.

²³³ DWORKIN, 2002, p.39.

²³⁴ SGARBI, 2006, p.151.

seja, uma regra ou é válida e a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²³⁵.

Já um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas necessita de uma decisão particular, ou seja, um princípio não é válido ou inválido, mas se uso é elástico, pois, pode não ter peso a determinar as razões da decisão em face de outros princípios que argumentam em outra direção e não ser utilizado em determinado caso, por ser inadequado, porém, pode ter peso suficiente para estabelecer as razões de outro caso²³⁶.

Assim, infere-se que os princípios se caracterizam pela “dimensão de peso” ou de “importância”, não determinando um resultado específico, pois eles são “razões” que “guiam” e devem ser considerados quando as decisões jurídicas são tomadas, mesmo que, para tanto, devam ser submetidos a um “balanceamento”²³⁷ frente a outros princípios que concorrem como razões contextuais para o caso²³⁸. E depreende-se dessa dimensão que o fato dos princípios serem mais fracos ou elásticos que as regras no sentido de admitirem incontáveis exceções, ao passo que, quando se trata das regras, as exceções podem ser enumeradas²³⁹.

Em relação a esse posicionamento do direito como regras e princípios, Dworkin considera uma atitude reducionista a visão do fenômeno jurídico, simplesmente, como um conjunto de regras, sendo que essa posição engendra prejuízos a respeito da argumentação, debate e balanceamento de razões na prática jurídica. Desse modo, constitui um erro, segundo o filósofo americano, pois, no modelo de regras quando os juízes se deparam ante os casos difíceis criam direitos novos, como se fosse legisladores, quando decidem os casos não albergados pelas regras.

---

²³⁵ DWORKIN 2002: 39.

²³⁶ Ibid, pp. 41-42.

²³⁷ SGARBI, 2006: 151.

²³⁸ DWORKIN, 2002: 42-43.

²³⁹ Ibid, p.40.

Em contraposição a essa teoria de Dworkin o juiz não cria regras para o caso concreto, mas antes descobre no direito pré-existente, seja nas regras ou nos documentos quando de sua promulgação, seja no plano dos precedentes os princípios que os nortearam, de modo a levar em consideração um conjunto de razões que justifiquem a decisão judicial. Nesses termos, o ato de aplicar o direito exigirá, sempre, a avaliação do peso relativo de um conjunto de referência. Portanto, entende o teórico do direito que seu modelo permite tanto encontrar saídas jurídicas às situações não solucionáveis com recurso único das regras, como, outrossim, justificar, em que situações determinadas, a utilização nuançada das regras quando a incidência de um princípio assim o exigir. Ou seja, o direito não é constituído por um conjunto de regras, mas sim por dois tipos de padrões: as regras e os princípios²⁴⁰.

Quanto ao ataque direto a regra de reconhecimento, Dworkin assevera que o modelo de regras se mostra insuficiente, pois a regra de reconhecimento hartiniana não é capaz identificar o direito, pois, o teste de pedigree operado por ela não funciona para os princípios dos casos *Riggs e Henningsen*. E em relação à origem dos princípios, enquanto princípios jurídicos, não se encontra esta na decisão particular de um poder legislativo ou de um tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo²⁴¹.

Em síntese, Dworkin defende que: 1) o direito é um fenômeno complexo bem mais articulado do que retrata o positivismo jurídico; 2) os elementos que compõem o direito são vários (regras e princípios); 3) os princípios não operam no mesmo canal de verificação que as regras, portanto, a técnica do pedigree é inútil para identificá-los; 4) como os princípios são referências valorativas de correção, a separação entre direito e moral passa a ser entendida como divisão artificial²⁴².

Após a observação dos pontos preliminares da teoria de Ronald Dworkin, com o fim de elucidar pontos que serão ulteriormente discutidos, passar-se-á, por ora, a uma análise do problema da decisão em termos dworkianos. Nesse sentido, serão expostas, as questões do problema dos casos difíceis e da discricionariedade judicial, ato

---

²⁴⁰ SGARBI, 2006:153.

²⁴¹ DWORKIN, 2002: 64.

²⁴² SGARBI, 2006: 154.

contínuo, o modelo do “Juiz Hércules” e, por fim, a questão da resposta certa como meio de justificação do direito.

Após as implicações de sua crítica ao modelo de regras e ter assinalado a importância de considerar o papel dos princípios nas decisões judiciais, Dworkin passa a expor sua teoria na tentativa de superar a teoria hartiniana quando os juízes se deparam ante os casos difíceis.

Inicialmente, Dworkin apresenta a teoria tradicional sobre a decisão judicial, afirmando que elas têm com concepção que os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições, não devendo criar um novo direito, contudo, isso parece ideal na medida em que na prática não pode aplicada, pois as leis e as regras são quase sempre vagas e devem ser interpretadas ante de se poder aplicá-las aos novos casos. E diante desses novos casos, aparecem alguns nos quais colocam novéis problemas que mesmo que os juízes ampliem ou reinterpretem as regras existentes não será possível resolvê-los, daí surge à concepção que os juízes devem às vezes criar um direito novo, seja essa criação dissimulada ou explícita. E ao fazê-lo, essa teoria afirma devem os órgãos de decisão judicial agir como se fossem delegados, promulgando as leis, que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema²⁴³.

Dworkin, porém, não concorda com essa teoria, passando a asseverar que na verdade os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e que é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legitimados quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração, de acordo com Dworkin, a importante distinção fundamental na teoria política entre argumentos de princípio e argumentos de política²⁴⁴.

Essa distinção como escopo de tracejar o papel dos juízes no direito, principalmente, quando se deparam de frente com os “*hard cases*”, por esse motivo Dworkin²⁴⁵ a utiliza com fundamental em sua teoria, estabelecendo os significados desses elementos distintos, nos seguintes termos:

---

²⁴³ DWORKIN, 2002: 128-129.

²⁴⁴ Ibid, p.129.

²⁴⁵ Ibid, pp.129-130.

“Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito ao indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em natureza de política ou princípio. Ainda assim, princípios e políticas são fundamentos essenciais da justificação política”.

Portanto, com o desejo de agregar essa diferenciação ao seu modelo teórico, Dworkin refere-se aos casos difíceis. Entretanto, faz-se mister observar que, na linguagem dworkiniano, não é expressão convergente com o eventual sentido pensado a partir da linguagem ordinária ou comum, porque, se na linguagem comum por casos difíceis é possível deduzir que se trata de um caso de difícil intelecção ou entendimento, no vernáculo de Dworkin um caso difícil é um caso que, dadas peculiaridades dos fatos apresentados em juízo e da disposição legislativa, não é trivial identificar a regra que o solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis²⁴⁶. Desse modo, infere-se que há um caso difícil quando não se puder subsumir claramente a questão apresenta a uma regra estabelecida por alguma instituição²⁴⁷ (por exemplo: em uma regra editada pelo legislativo).

Para corroborar suas pretensões quanto a sua distinção, bem como sobre o emprego dos argumentos de política e dos argumentos de princípio, Dworkin apresenta um caso paradigmático, o caso *Spartan Steel Alloys Ltd. vs. Martin & Co*²⁴⁸. Consoante narra, o caos em questão envolve um acidente no qual empregados do demandado haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia de energia elétrica que

---

²⁴⁶ Ibid, p.131.

²⁴⁷ SGARBI, 2006: 155-156.

²⁴⁸ DWORKIN, 2002:131.

fornecia energia para o autor da ação, cuja fábrica enquanto os reparos estavam sendo realizados. A questão, portanto, girava em torno do problema: se era devida alguma indenização ao demandante pela perda econômica sofrida decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência²⁴⁹. Segundo, Dworkin, o tribunal poderia ter chegado a uma decisão perguntando se empresa na situação do demandante poderia cobrar indenização, o que seria uma questão de princípio, ou se, por seu turno, seria economicamente sensato, repartir a responsabilidade pelos prejuízos causados na forma sugerida pelo demandante, o que seria uma questão de política.

À vista disso, diz que essa discussão – se se deve aplicar um princípio ou uma política – é um elemento crucial em sua teoria, porque os juízes não devem argumentar com base em considerações de índole política do direito que enfatizem objetivos das decisões em termos de bem-estar da coletividade, mas por princípios, dado que eles são argumentos destinados a estabelecer um direito individual (*right*)²⁵⁰. Daí, também, sua afirmação de que casos como Spartan Steel são e devem ser de maneira característica geradas por princípios, e não por políticas.

Em suma, sobre essa questão, Ronald Dworkin afirmará que apenas o legislador cria livremente o direito. Ele traduz sua política pela edição de regras jurídicas consideradas satisfatórias para o bem da comunidade como um todo. Ele cria direitos e obrigações para o futuro que se impõem sob ameaças de coerção. Em contrapartida, os juízes não são livres na aplicação do direito. Ou pelo menos não da mesma maneira que o legislador. As decisões jurisdicionais nos casos difíceis não devem se basear em argumentos de política que surgem de uma problemática de objetivos a realizar em uma comunidade – o crescimento econômico, por exemplo –, mas em argumentos de princípios pelos quais as autoridades de aplicação do direito fixam os direitos subjetivos das partes no momento dos fatos²⁵¹.

Dworkin fundamenta suas considerações sustentando que, diferentemente, do caso das políticas, os princípios exigem uma “consistência distributiva”, a todos os

---

²⁴⁹ SGARBI, 2006: 156.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ BILLIER, 2005: 426.

casos, dado que não admitem, sem argumentos de coerência, seja, por uma questão de estratégia, feita, pro exemplo, distribuição desigual de algum benefício²⁵².

Evidentemente, que algo assombra, nesse ponto, a teoria de Dworkin, exigindo-lhe, assim, esclarecimentos: a margem possível de discricionariedade da decisão judicial e a disparidade de decisões dela decorrente²⁵³. Para teoria do positivismo jurídico tradicional quando o juiz se depara ante um caso difícil deve o juiz fazer uso da discricionariedade judicial para criar regras para o caso concreto, desse o modo ele as cria e aplica retroativamente ao caso sob análise.

E sobre a questão da discricionariedade judicial, Dworkin não nega sua existência, porém, existe para ele uma resposta certa no direito, o que, inicialmente aparece, como um paradoxo, o qual teoria do direito tenta resolver ao afirmar sua compreensão sobre do que venha a ser discricionariedade.

Para isso, o teórico do direito faz a distinção de três significados diferentes do emprego do termo discricionariedade dentro do direito, duas das quais ele chama de “discricionariedade em sentido fraco” e uma última que ele denomina de “discricionariedade em sentido forte”.

O primeiro sentido empregado ao termo discricionariedade, em sentido fraco, corresponde às situações em que os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar²⁵⁴ (discernimento, em certa medida).

Um segundo modo de empregar o termo discricionariedade, em sentido fraco, expressa as situações nas algum funcionário público tem a autoridade para de tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista ou cancelada por nenhum outro funcionário. Nesse caso, Dworkin diz que essa forma de emprego sentido, trata de casos em que o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores,

---

²⁵² DWORKIN, 2002: 137.

²⁵³ SGARBI, 2006: 157.

²⁵⁴ DWORKIN, 2002: 51.

estruturada de tal modo que alguns têm maior autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para os diferentes tipos de decisão²⁵⁵.

Na terceira e última acepção, Dworkin traz o sentido forte de discricionariedade. Esse sentido denota situações na quais as decisões de um funcionário público não estão vinculadas a nenhum critério explicitamente previsto por alguma autoridade²⁵⁶, embora existam critérios implícitos que possibilitem distingui-la de atos de arbitrários²⁵⁷.

Essa visão sobre o sentido da discricionariedade parece ser muito própria de Dworkin, haja vista que apenas a última forma de emprego de sentido ao termo, constitui a carga simbólica usual do termo²⁵⁸.

A apreciação do conceito de discricionariedade teve como escopo para teórico americano ser o meio de rebater que a teoria fornecida pelo positivismo jurídico para os casos difíceis, no sentido do juiz frente a essa situação fazer uso de seu poder

---

²⁵⁵ Ibid, p. 51-52.

²⁵⁶ Ibid, p. 52.

²⁵⁷ Nesse sentido, Dworkin afirma que mesmo se pensando em discricionariedade forte, não atrelar essa idéia a concepção de licenciosidade, sendo sempre passível de crítica: “Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. Quase todas as situações nas quais uma pessoa age (inclusive aquela nas quais se trata de decidir com base em uma autoridade especial e, portanto, sem poder discricionário) tornam relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia. Criticamos mutuamente nossos atos nos termos desses padrões e não há razão para não fazê-lo quando os atos encontram-se dentro do perímetro da rosca da autoridade especial, em vez de além dele. Assim, podemos dizer do sargento ao qual se atribui o poder discricionário (no sentido forte) para selecionar uma patrulha, que ele o usou de maneira estúpida, mal-intencionada ou negligente. Ou que o juiz detinha o poder discricionário para decidir a sequência em que seriam examinados os cães cometeu um erro, porque deu prioridade aos *boxers*, embora houvesse apenas três *airedales* e um número maior de *boxers*. O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. Sem dúvida, esse último tipo de liberdade é importante; é por isso que falamos em sentido forte de poder discricionário. Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não pode ser desobediente, como no caso do soldado. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um particular de uma decisão que lhe era devida por direito, como no caso de um árbitro esportivo ou de um juiz de uma exposição”. Ibid, pp.53-54.

²⁵⁸ Cf. SGARBI, 2006:159-160.

discrecionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Para Dworkin essa visão que aparece, principalmente, na obra de Hart é inadequada. Aliás, agregada à falta de percepção da importância dos princípios, serve-lhe de subsídio para concluir que a teoria hartiniana padece, ao menos, de dois defeitos: um descritivo, pois a teoria jurídica de seu homólogo inglês não descreve corretamente o direito existente (falta-lhe a percepção dos princípios); outro de caráter normativo, pois, se a atuação dos tribunais é tida como discrecionária em sentido forte, há criação da parte dos tribunais, de tal modo que as decisões seriam, por conseguinte, “antidemocráticas” e “injustas”. Antidemocráticas porque, sendo este o caso, os juízes estariam desempenhando função que deveria ser exercida apenas pelos órgãos representativos eleitos pelo povo para essa finalidade; injusta porque, ao atuarem discrecionariamente nos termos propostos, os tribunais estariam incorrendo em aplicação retroativa da norma que eles próprios criariam, isto é, um direito constituído depois do fato. Acusa Dworkin, em última análise, de ela ser contra o Estado de direito e inverter a lógica da função judicial²⁵⁹.

Nesse sentido, o teórico americano conclui que mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma parte pode, ainda assim, ter o direito de ganhar, isto porque o juiz continua a ter, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente²⁶⁰.

Portanto, com isso, se por um lado, a discrecionariedade em sentido forte implica não se encontrar o funcionário obrigado a aplicar as pautas preestabelecidas, por não haver vínculo detectável pela prova do pedigree; e, por outro, se Dworkin defende que a prova do pedigree apenas serve para identificar as regras, mas não os princípios, logo quando atesta haver sempre princípios que são usados para solucionar os casos (como procura provar com os exemplos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*), Dworkin está negando existir discrecionariedade em sentido forte²⁶¹.

Para Dworkin, para intensificar sua crítica de modo contundente, recorre ao conceito de “direito jurídico” que corresponde ao fato de que apenas é possível falar em “direitos” atinentes a alguém se os juízes, ao decidirem os casos que lhes são

---

²⁵⁹ Ibid, p. 160.

²⁶⁰ Cf. DWORKIN, 2002:127.

²⁶¹ Cf. SGARBI, 2006:161.

apresentados, tomarem decisões suportadas pelos direitos afirmados. Porque, segundo o filósofo, dizer que um indivíduo tem um direito e ao mesmo tempo dizer que ele é criação judicial é para ele uma contradição. Ou seja, quando se afirma que alguém tem um “direito” ou um direito jurídico (legal rights), isso implica reconhecer que o indivíduo tem direito a uma decisão jurídica favorável em caso de haver controvérsia²⁶².

Assim, na defesa de haver uma resposta certa para os casos jurídicos (obviamente fundada em um “direito jurídico”), encontra-se a figura descrita por Dworkin como o “Juiz Hércules”.

4.2.2 A construção do “ponto de vista do juiz”

O “Juiz Hércules” é um personagem fictício com o qual o filósofo americano, retoricamente, denomina de juiz-filósofo²⁶³ de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-lo (para Dworkin a teoria jurídica corresponde à parte geral de toda decisão judicial²⁶⁴).

Portanto, a tarefa de Hércules, para não incidir no problema criar direitos como descreve a teoria do positivismo jurídico hartiniano, é a de encontrar princípios

---

²⁶² DWORKIN, 2002: 164-165.

²⁶³ “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. Ibid, p. 165.

²⁶⁴ SGARGI, 2006: 162.

aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade em apreço²⁶⁵. Nesse sentido, Dworkin²⁶⁶ formula o seguinte teste para o direito:

“(...) um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição em questão”.

Como toda teoria apresentada pelo juiz está sujeita à discussão, Dworkin assinala duas dimensões distintas de avaliação: “a dimensão de adequação” e “a dimensão de justificação”, isso é o que o autor²⁶⁷ diz textualmente:

“Ao meu ver um princípio estará nessa relação com as decisões anteriores ou com outro material jurídico se tal princípio se enquadrar no que chamei de a melhor justificativa desse material. Isso o transforma, sem dúvida, numa questão de juízo, sobre o qual os juristas podem e irão discordar, de se um determinado princípio é de fato ‘passível de ser indeferido’ de material prévio. Uma justificativa pode ser melhor que outra com base em duas dimensões diferentes: ela pode se mostrar mais adequada, no sentido de que exige menos material considerado como ‘erros’, ou pode se mostrar uma justificativa moral política sólida. Se uma teoria com um determinada princípio é melhor na dimensão da adequação, e outra, com um princípio contrário, é melhor na dimensão moral, então se levanta a questão de teoria do direito relativa a qual dimensão é mais importante ao se determinarem os direitos inconstitucionais em casos dessa natureza. Uma resposta a essa questão seria a seguinte: nenhuma teoria pode ser considerada uma justificativa suficiente da história institucional a menos que se mostre bastante adequada a essa história; além disso, não deve expor por demais do que algumas poucas decisões, principalmente decisões recentes, como erros; mas, se duas ou mais teorias se mostrassem adequadas, segundo esse critério, prevalece então a teoria que for moralmente mais forte e será assim considerada a melhor justificativa, mesmo que aponte mais decisões como erros do que outra”.

---

²⁶⁵ Ibid, p. 162.

²⁶⁶ DWORKIN, 2002: 164-165.

²⁶⁷ Ibid, p.552.

Desse modo, o teórico anglo-americano põe uma série de questões como se fossem testes e pergunta como o “Juiz Hércules” as decidiria. Esse tipo de teste implica no escopo de Hércules ser didático na exposição de suas teorias. Para isso o filósofo recorre a casos reais, especialmente, casos difíceis, na tentativa de mostrar como o juiz-filósofo construiria as decisões por meio do encontro e aplicação dos princípios²⁶⁸.

De todos os exemplos, provavelmente, o mais interessante (ou que oferece maior efeito explicativo para quanto está a nos interessar) é o jogo de xadrez em comparação com o caso *Spartan Steel*. Assim, veremos o primeiro o exemplo e depois teceremos algumas considerações sobre a comparação feita por Dworkin.

O filósofo americano propõe um exemplo em que se supõe que determinada regra de um torneio de xadrez estipule que o árbitro deve impor uma penalidade, caso um enxadrista irrite de maneira não razoável o outro durante a partida. O problema aparece na linguagem utilizada na formulação da regra, pois, esta não determina o que significa irritação não razoável, não decide, por exemplo, se um jogador que sorri continuamente para seu adversário, para enervá-lo irrita-o de maneira não razoável²⁶⁹.

Nesse sentido Dworkin tece algumas considerações sobre o caso *Spartan Steel*, pois naquele caso não havia nenhuma lei que previsse alguma solução para a cobrança de indenização realizada pelo demandante, afirmando que este caso, por exemplo, para teoria das regras, seria um caso no qual o juiz deveria fazer uso de seu poder discricionário, ou seja, não veriam outra solução que senão a criação de um direito novo enunciado pelo tribunal.

O papel do Juiz Hércules, nesses casos, é estabelecer uma teoria que justifique a decisão informada pelos princípios. Para isso, Dworkin aponta as diferenças entre a situação do jogo de xadrez e dos casos como *Spartan Steel*. Primeiro, de acordo com o filósofo, os árbitros no jogo de xadrez se adaptam as regras estabelecidas de uma maneira que pressupõe autonomia institucional plena, sendo que só exercem a originalidade somente na medida em que assim exige uma regra eventual, como a regra sobre a imposição de penalidade. Afirma, ainda, que no xadrez, portanto, pode-se

---

²⁶⁸ SGARBI, 2006:163-164.

²⁶⁹ DWORKIN, 2002: 159.

afirmar que cada decisão tomada pelo árbitro é diretamente exigida e justificada por uma regra enxadrística estabelecida, ainda que algumas dessas decisões devam basear-se em uma interpretação e não apenas no significado manifesto e irrecusável dessa regra. Já em relação ao caso *Spartan Steel*, assinala, deve o juiz capturar em sua teoria geral a “força gravitacional” dos precedentes e com eles dialogar²⁷⁰.

Destarte, afirma Dworkin²⁷¹, por conseguinte, que Hércules de tudo isso pode extrair algumas conclusões, tendo como principal ponto o seguinte:

“A mais importante determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MacPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver argumento de equidade efetivo, de acordo com qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*”.

Nesse sentido, o filósofo americano conclui, inicialmente, que há uma força gravitacional dos precedentes atuando nas decisões judiciais, ou seja, as decisões, de alguma forma, estão sempre vinculadas aos precedentes, que, por sua vez, tem como sustentáculo os argumentos de princípio. Essa conclusão agrega a idéia de “teia inconsútil” se pauta na idéia de que Hércules deve supor que a comunidade na qual ele desempenha suas atividades de juiz compreende que é preciso enxergar as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio. Todavia, isso não significa que outras instâncias estejam excluída, já que o juiz-filósofo deve conceber que os princípios devem estar em relação consentânea com outras decisões no âmbito

---

²⁷⁰ Ibid, p. 174.

²⁷¹ Ibid, p.177.

da jurisdição em geral, bem como as leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de determinadas política²⁷².

Para Dworkin, para que o Juiz Hércules cumpra o seu papel, faz-se mister que os princípios por ele citados sejam compatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a mostrar, apenas dessa forma sua decisão será equânime²⁷³. O papel do juiz-filósofo, portanto, aponta para uma certa objetividade das decisões, pois existe a necessidade da compatibilidade entre a escolha dos princípios a serem citados nas decisões e os constantes de outras decisões do tribunal.

Em vista disso, o juiz deve tratar os casos como uma “teia inconsútil”, isto é, sem emendas, nem costuras, devendo decidir os casos sem criar fendas ou interromper o fio argumentativo. Nesse sentido, também se encontra justificado o nome de Hércules dado ao juiz, porque, segundo o teórico do direito, ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro, sendo que ao mesmo tempo que os precedentes devam ser justificados por princípios, deverá Hércules estabelecer um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Nesse sentido, a justificação do direito, no âmbito das decisões jurídicas, se opera em dois planos, tanto no plano vertical, quanto no plano horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. Já ordenação no plano horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões do mesmo nível²⁷⁴.

Enfim, conclui Dworkin, as decisões a respeito dos problemas colocados pelo juiz-filósofo não abrem qualquer campo novo como alguns teóricos sugeriram. Isso porque Hércules encontra-se norteado pela formulação de um esquema de princípios abstratos e concretos que auxiliam na composição de uma teoria que explica e justifica a decisão como única certa em termos do direito estabelecido. Desse modo, se há uma

---

²⁷² SGARBI, 2006: 165.

²⁷³ DWORKIN, 2002: 181.

²⁷⁴ Ibid, p.182-183

única resposta certa, cuja tarefa do juiz é descobrir, não há discricionariedade forte, porquanto, demais de os juízes nunca necessitem atuar como se fossem legisladores, uma das duas partes litigante sempre tem um direito a seu favor²⁷⁵.

É possível, agora, analisar os principais conceitos do “Império do Direito”. Diferentemente das questões levantadas na obra anterior, Dworkin no “Império do direito” muda o núcleo análise o qual deixa de ser os casos difíceis e passa a ser sobre os desacordos no direito, isto é, o filósofo problematiza o próprio campo da discussão do direito.

4.2.3 A racionalidade por meio da integridade

Inicialmente, o teórico americano critica as teorias que vêem o direito como uma questão de fato, um dado objetivo, por entender que essa fracassa ao não oferecer uma explicação satisfatória dos desacordos acerca do direito vigente²⁷⁶.

De acordo com Ronald Dworkin, alguns teóricos assumem que não pode haver desacordos genuínos acerca do conteúdo e das fontes do direito, porque o direito seria vista como mero fato, e os conceitos jurídicos como convenções lingüísticas para o uso de certos termos. Sendo assim, os desacordos somente se produzem nos casos pouco claros, em que as proposições jurídicas carecem de valor de verdade. Neste quadro, toda decisão constitui uma estipulação de significado e criação de novas normas jurídicas produzidas em razão da atividade discricionária realizada pelos juízes, como associa Dworkin aos empreendimentos de Hart²⁷⁷.

O filósofo tenta afastar essa teoria, denominando-a de “agulhão semântico”, pois cair no “agulhão” é continuar a buscar de critérios convergentes que tornam verdadeiras ou falsas as proposições jurídicas, dado que pressupõe bastar a existência desses critérios, quando descoberto, para que se realize uma mesma prática. Portanto,

---

²⁷⁵ SGARBI, 2006: 167.

²⁷⁶ Ibid, p. 169.

²⁷⁷ Idem.

“agulhão, semântico” é expressão que Dworkin emprega para designar o defeito de se tentar entender o direito tão-somente como uma questão de discordância de convenção social, o que resulta em não se deixar explicar os desacordos jurídicos como “disputas genuínas”, tais como os próprios critérios que determinam o significado das expressões que se utiliza²⁷⁸.

Em termos dworkianos, só haverá o “desacordo real” ou “uma disputa real” se houver uma base convergente, pois caso contrário tratar-se de mera opinião, sendo que esse dado é ignorado pelos prisioneiros do “agulhão semântico”. Assim, a teoria do direito, inicialmente, passa primeiro a criticar o direito como um dado objetivo, pois segundo Dworkin, se o fosse não daria margem dos conflitos interpretativos, e ato contínuo, o filósofo afirma que os conceitos não provêm de simples convenções, mas da interpretação, argumentando, inclusive, que as discussões relevantes do direito não se dão apenas nos casos difíceis e muito menos são discussões de caráter empírico.

Nesse sentido, o direito aparece não como uma mera questão semântica, mas como uma questão de concepção, sendo que “os desacordos jurídicos” são classificados pelo filósofo em três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e a questões interligadas de moralidade política e fidelidade²⁷⁹. Assevera, outrossim, Dworkin, que não é difícil compreender as disputas travadas entre questões de fato e as questões morais. Os desacordos sobre fatos são desacordos que surgem quando os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia. Já os desacordos morais ou sobre valores são desacordos acerca do que é certo ou errado em termos morais²⁸⁰.

O problema se acentua quanto se trata de identificar os desacordos acerca das questões de direito, pois ser um tema complexo, isto é, porque juízes e advogados discrepam não apenas em relação ao direito aplicável, mas também a respeito da forma de se determinar quem está correto quando se colocam esses tipos de disputa²⁸¹. Em relação a essa questão, Dworkin afirma que para responder questões como o que é

---

²⁷⁸ Ibid, p.170.

²⁷⁹ DWORKIN, 2003: 6.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ SGARBI, 2006: 172.

direito, não basta apontar documentos legislativos e livros que organizam a atividade legislativa e jurisdicionais, como fazem os partidários da teoria que o filósofo chamou de “agulhão semântico”²⁸².

Em suma, Dworkin entende que a controversa e o debate são elementos do próprio fenômeno jurídico, daí decorre sua proposta de dever-se realizar uma interpretação com características particulares que denomina de “interpretação construtiva”.

Da afirmação de Dworkin do direito como um fato interpretativo, surge a necessidade de entender o direito como uma prática social interpretativa. O filósofo para desenvolver sua teoria vai se usar de duas ferramentas de seu repertório teórico para desenvolver essa idéia: “a interpretação construtiva” e a tese do “romance em cadeia”. Mas importante tracejar o caminho percorrido pelo teórico anglo-americano para sua construção teórica.

Segundo Dworkin, afirmar que o Direito é uma prática social implica: 1) manter a atenção à atividade desenvolvida por certos agentes, tais como advogados, os legisladores, os juízes, ou mesmo, os “cidadãos comuns”; isso, com maior prioridade de que a simples individualização do objeto interpretado, isto é, decretos, leis ou sentenças. Porque, embora possam auxiliar na inteligibilidade da atividade, eles pouco auxiliam uma prática, como prática 2) supõe fins ou objetivos a serem alcançados, além de 3) um “sentido da prática”²⁸³.

Na concepção do direito como prática social, os juízes desempenham o papel de protagonista, porque eles tem como tarefa principal pôr fim ao caso apresentado, contudo, isso não significará em minoração da relevância dos outros atores sociais nesse processo.

E a partir do conceito de prática social Dworkin vai articular dois elementos fundamentais, quais sejam regularidade de comportamentos sob a qual é possível afirmar que determinada comunidade é guiada por certas regras e fatos a respeito dos quais as regras atuam como referência de realização de valores. Dessa forma, a

---

²⁸² DWORKIN, 2003: 40.

²⁸³ SGARBI, 2006: 173.

regularidade em Dworkin remete a um determinado conceito que é partilhado; e os fatos à fundamentação dos valores envolvidos em sua defesa²⁸⁴.

Para que haja prática Social, afirma Dworkin faz-se necessário que haja um ponto de partida que torne possível unificar as “leituras” e “visões” do participante da prática compartilhada, ou seja, esse ponto referencial diz respeito ao que venha a ser “conceito”. Portanto, o “conceito” é uma idéia geral a respeito do propósito do exercício coletivo desenvolvido²⁸⁵.

Ainda sobre o tema, o jurista estabelece uma distinção entre conceito e concepção e para isso se utiliza da metáfora da árvore e os seus ramos. O troco representa o conceito, ou seja, o núcleo do discurso; já os ramos são representativos das diversas concepções irrigadas pelo tronco.

Logo, o conceito não é mais do que o marco a partir do qual elaboramos os nossos argumentos em relação às exigências de determinado contexto discursivo. E para o autor são as concepções do conceito que estão sempre em disputa quando o ponto é a melhor interpretação do direito²⁸⁶, consoante salienta o jurista²⁸⁷:

“O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as

---

²⁸⁴ Ibid, p.174.

²⁸⁵ “O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada, grosso modo, aos mesmos dados. Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo: seria inútil que dois críticos discutissem sobre a melhor interpretação de um poema se um deles tivesse em mente a melhor interpretação *Byzantium* e outro estivesse pensando em *Mathilda Who Told Lies*. Não quero dizer que todos os advogados, sempre e em todos os lugares, devam estar de acordo sobre exatamente quais matérias devem considerar como matérias jurídicas, mas apenas que os advogados de qualquer cultura na qual a atitude interpretativa seja bem-sucedida devem, em grande parte, estar de acordo em qualquer época dada. Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local”. DWORKIN, 2003: 113.

²⁸⁶ SGARBI, 2006: 175.

²⁸⁷ DWORKIN, 2003: 87.

interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida. Expor essa estrutura pode ajudar a aprimorar o argumento, e, de qualquer modo, irá melhorar a compreensão da comunidade acerca de seu ambiente intelectual”.

Portanto, se verifica que o conceito é uma instância com maior grau de abstração, pois o conceito é ponto de partida da discussão, o que pressupõe um mínimo de entendimento, enquanto que na concepção o nível de abstração é menor e que consiste na própria senda da discussão que empreende buscar a melhor interpretação do direito.

Já salientou-se, mais importante repisar que a visão do direito como prática social interpretativa de Dworkin pressupõe o uso duas ferramentas teóricas de sua teoria, quais sejam, a interpretação construtiva e o romance em cadeia. Especificamente nesse ponto, tratar-se-á desse primeiro instrumento utilizado pelo filósofo como pressuposto teórico fundamental.

Para rebater os pragmáticos do direito, o teórico anglo-americano vai ofertar uma teoria que não males das “teorias semânticas”, desse modo, o autor se propõe um comprometimento com respeito ao significado dos conceitos que emprega, tendo como principal, o termo direito, o qual para o Ronald Dworkin constitui uma prática social interpretativa.

Após explicar o conceito, o filósofo passa a tecer considerações sobre a concepção de interpretação, sendo que, para isso, evidencia a existência de três tipos de interpretação possíveis: a interpretação conversacional, a interpretação científica e a interpretação artística ou literária. E dentre esses três tipos é ao lado do último que ele apresentará a teoria da interpretação construtiva, a teoria a qual adota²⁸⁸.

---

²⁸⁸ Segundo Dworkin, na interpretação artística os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. E quanto à questão da interpretação da prática social, compara e sintetiza: “A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação da prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”. Ibid, pp.60-61.

Nos termos que apresenta, a interpretação conversacional consiste essencialmente no ato de se compreender aquilo que outra pessoa disse, isto é, ela é intencional. Por sua vez, a interpretação “científica” é a interpretação que se realiza com vistas a fornecer explicação aos fatos encontrados na natureza. Portanto, trata-se de interpretação em sentido lato. Finalmente, a interpretação artística ou literária é definida por Dworkin como a interpretação que fica a meio caminho entre a interpretação conversacional e científica, ou seja, ela se assemelha, por um lado, à interpretação científica porque, como a interpretação dos fenômenos naturais, a interpretação artística apresenta certa autonomia do com respeito ao autor da obra de arte, como ocorre com o cientista em relação aos dados que analisa. Por outro lado, se assemelha à interpretação conversacional, pois se trata de uma interpretação intencional mais que causal. Isto é, para que o interprete da obra de arte interpretar não é determinar o significado de expressões ou frases que a compõem, mas defender, através de argumentos, o sentido da obra de arte considerada como um todo²⁸⁹.

Em relação a essa expressão do todo e não apenas das partes, o teórico defende o que chama de hipótese estética que corresponde à idéia de que a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que a maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte. E no que tange a discussão, o autor argumenta que se existem desacordos, eles ocorrem porque os interlocutores pressupõem diferentes teorias a respeito do objeto interpretado, no caso a obra de arte²⁹⁰.

Em termos de interpretação jurídica, o tipo proposto por Dworkin é de uma interpretação criativa, sem, contudo, ser viciada pela discricionariedade, porque, segundo o próprio filósofo esta interpretação visa decifrar os propósitos e intenções do autor ao conservar uma tradição social específica, nesse sentido, busca-se entender as intenções do autor, mas não de modo conversacional, senão de modo construtiva, porque não se preocupa com causas, mas como os propósitos do próprio interprete.

“Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa ao é conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com

---

²⁸⁹ SGARBI, *Clássicos de teoria do direito*, 2006, p.177.

²⁹⁰ DWORKIN, *O Império do direito*, 2003, p. 222.

a causa. Mas o propósito que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do interprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam²⁹¹,”.

No campo jurídico a interpretação ocorre da mesma forma, porque quando se está interpretando uma prática jurídica o objetivo é o de oferecer a melhor versão do resultado coletivo de suas interações²⁹². Após apresentar o entendimento de que a prática social jurídico-interpretativa ser uma interpretação construtiva, Dworkin assenta as bases de uma atitude interpretativa sob a qual fixa sua teoria da interpretação construtiva. Para explicar de forma didática o filósofo apresenta um exemplo imaginário das regras de cortesia de determinada comunidade²⁹³.

Como exemplo da “prática de cortesia”, o filósofo consigna serem dois os componentes – independentemente entre si – envolvidos: o fato de a prática de cortesia não somente existir, mas ter um valor; e o fato dessa prática ser sensível a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas,

---

²⁹¹ DWORKIN, 2003: 64.

²⁹² SGARBI, 2006: 178.

²⁹³ “Imagine a seguinte história a propósito de uma comunidade fictícia. Seus membros seguem um conjunto de regras, que chama de ‘regras de cortesia’, usando-se em certos números de situações sociais. Eles dizem: ‘A cortesia exige que os componentes tirem o chapéu diante dos nobres’, por exemplo, e sustentam e aceitam outra proposição desse tipo. Por algum tempo, essa prática tem um caráter de tabu: as regras simplesmente estão ali, e ninguém as questiona nem tenta muda-las. Mas em seguida, talvez lentamente, tudo isso muda. Todos desenvolvem uma complexa atitude ‘interpretativa’ com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo pressuposto adicional de que as regras de cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – não são, necessária, ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas ao contrário, suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade. Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais deferência espontânea a uma ordem única. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la a luz desse significado”. DWORKIN, 2003: 57-58.

ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade. Eles são independentes entre si, pois se pode assumir um deles sem a necessidade de se assumir o outro²⁹⁴.

Dessa forma, acentua que, quando a atitude interpretativa se desenvolve plenamente, a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e nova forma incentiva nova reinterpretação²⁹⁵. Infere-se desse argumento que a interpretação realizada introduz uma dimensão crítica e uma dimensão construtiva. Isso significa que a atitude interpretativa implica a busca pelo propósito geral da prática realizada a fim de que se sabia qual é a melhor maneira de se continuar a prática²⁹⁶.

De acordo com Dworkin a atitude interpretativa, parte da análise do ponto de vista do interno, isto é, do participante, principalmente, do intérprete. E do exemplo proposto pelo filósofo da cortesia depreende-se que, assim como esta, a interpretação construtiva tem um valor e é compreendida, aplicada, ampliada, modificada e atenuada ou limitada segundo esse valor.

Para depurar a interpretação construtiva e transformá-la em instrumento do estudo do direito enquanto prática social Dworkin, com fito da análise divide em três etapas o processo interpretativo, sendo que cada uma delas tem uma função específica: a etapa pré-interpretativa, a etapa interpretativa e etapa pós-interpretativa²⁹⁷.

A etapa pré-interpretativa tem como escopo tratar do problema da “identificação do direito”, ou seja, realiza-se a identificação e qualificação do objeto como pertencente a um determinado gênero, isto é, os atores identificam as regras que proporcionam o contexto da interpretação e o conteúdo provisório. Essa etapa se caracteriza como precipuamente descritiva. E quanto a sua designação de pré-interpretativa não significa que não já haja algum tipo de interpretação, mas apenas que ela requer um alto grau de

---

²⁹⁴ SGARBI, 2006: 179.

²⁹⁵ DWORKIN, 2003: 49.

²⁹⁶ SGARBI, 2006: 179.

²⁹⁷ DWORKIN, 2003: 81-82.

consenso entre os membros da comunidade. Sem isso, faltará o ponto comum necessário para uma disputa real²⁹⁸.

Já a etapa interpretativa tem como finalidade buscar um significado para o direito, ou seja, os participantes tratam de atribuir sentido aos dados no estágio anterior, reconstruindo a luz de alguma justificativa geral para que se lhe dê um sentido homogêneo. Portanto, estabelece-se a percepção da razão pela qual se atua e do como se atua. Nela, processa-se a prova da dimensão do ajuste, ou seja, a análise realiza-se numa mesma prática ou numa nova nos termos da referência da etapa pré-interpretativa²⁹⁹.

Por fim, na etapa pós-interpretativa, em que se processa a busca da melhor interpretação, se ajusta a idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. Nesta fase, intervêm fatores de convicção, isto é, fatores de índole subjetiva “objetivados” no compartilhar do intérprete-participante com os demais membros da comunidade de certas referências em comum³⁰⁰. Portanto, nesta terceira fase, pretende-se alcançar uma aplicação coerente da melhor justificativa prática³⁰¹, contudo sem ir mais além das possibilidades interpretativas vislumbradas na segunda fase.

Depois de comentar essas etapas Dworkin vai tratar da outra ferramenta fundamental para compreensão de sua teoria do direito, isto é, esta-se a falar do conceito de romance em cadeia.

Para compreensão dessa ferramenta epistemológica, o filósofo americano consigna que a interpretação de uma obra de arte se faz a partir de certas crenças sobre a identidade da obra de arte (sabe-se que a obra de arte é a mesma e não uma nova). Dessa afirmativa depreende-se que interpretar um texto artístico é revelá-lo de maneira que melhor exponha a obra de arte (hipótese estética).

E no campo do direito, a expressão “romance em cadeia” é utilizada pelo teórico para se referir à complexa situação do intérprete no momento de aplicar uma normal a

---

²⁹⁸ SGARBI, 2006: 181.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ DWORKIN, 2003: p.82.

qual não é autor, situação que se agrava nos “casos difíceis”³⁰², pois, nestes surgem problemas e dúvidas a respeito do que aplicar.

“Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, , como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo”³⁰³.

O romancista ou intérprete é submetido a provas em duas dimensões: uma dimensão de adequação que corresponde ao fato de que o autor, enquanto sucessor de outrem, não pode adotar uma posição com diversas leituras sobre os núcleos narrativos, isto é, o romance deve fluir ao longo do texto, não podendo haver incoerências entre o autor e o que seus antecessores escreveram. Já no que tange a dimensão da interpretação implica que aos verificadas muitas leituras possíveis a se empreender no romance, deve o autor selecionar qual delas se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.

---

³⁰² “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentando ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil do direito como integridade. O projeto literário é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que o romancista leve mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”. Ibid, p.276.

³⁰³ Ibid, pp. 276-277.

Dworkin, nesse sentido, afirma que a partir da idéia de que a tarefa do romancista (salvo, obviamente, o primeiro) é continuar a escrever de uma primeira parte deixada pronta depois do trabalho de continuidade empreendido por várias pessoas, conclui que a função do último novelista sempre é a de interpretar qual é o argumento segundo suas próprias convicções com vistas e encontrar o sentido unitário dos escritos que o precedem. Portanto, o novelista em cadeia deve proceder a leitura dos capítulos anteriores com o pensamento de os escritores terem o desejo de escrever uma mesma história, pois os fragmentos deixados devem inspirá-lo³⁰⁴.

Quando se traz essa teoria para análise do direito, verifica-se que o papel do autor em sequência na cadeia normativa é exercido pelo juiz ao apreciar um caso, pois um caso difícil no direito se parece com esse jogo literário, isso significa dizer que a metáfora da novela em cadeia é enunciada para afirmar o critério de coerência textual ou consistência narrativa que deve estar presente na interpretação jurídica.

Portanto, tese do teórico americano consiste na defesa de os diversos autores – legisladores e juízes – como qualquer escritor de um romance em cadeia estarem vinculados à prática revelada pela história e cuja presença implica compreender sua projeção também para os casos futuros. No particular dos juízes a respeito dos casos que lhes são levados à decisão, eles devem escolher o representante inicial que proceda à “melhor leitura” da cadeia de precedentes que deve ser continuada. Assim, o último romancista da cadeia, o juiz não deve simplesmente reproduzir decisões, muito menos criar decisões do nada; ele deve ser consciencioso da unidade a qual sua tarefa está inserida. Dessa metáfora aplicada, Dworkin desenvolve o ideal de integridade³⁰⁵.

No enfoque de Dworkin, a positividade do direito é vista como prática social interpretativa, ou seja, em última análise, ela envolve a necessidade de justificar nos casos concretos o uso da força³⁰⁶. Nessa abordagem aparece o problema, na teoria de Dworkin, relacionado as concepções de direito e a justificação da força e a responsabilidade jurídica concreta dos indivíduos³⁰⁷. Conforme acentua, a esses três

---

³⁰⁴ SGARBI, 2006: 183.

³⁰⁵ Ibid, p.183.

³⁰⁶ Ibid, p.184.

³⁰⁷ DWORKIN, 2003: 116.

pontos podem ser referidas três concepções, sendo que a melhor para o filósofo, por tudo que foi consignado, é a última: a) concepção convencionalista; b) concepção pragmática; c) concepção do direito como integridade.

Para o convencionalismo³⁰⁸, o uso e o limite da força são justificados pelas decisões políticas precedentes, ou seja, a finalidade do vínculo entre direito e força remete apenas à previsibilidade e à equidade procedimental imposta pelos legisladores. Portanto, ter um direito é afirmar que um conjunto de documentos legais (as convenções) que vinculam fortemente o exercício ou atividade dos juízes³⁰⁹.

Em relação ao pragmatismo³¹⁰, assevera Dworkin que essa concepção pode ser sintetizada como uma atitude cética com relação ao pressuposto do conceito de direito, ou seja, nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do estado. Para os pragmáticos a justificativa necessária a coerção encontra-se na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada pelos juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão. Nesse sentido, com exceção dos juízes cometerem grandes erros, a coerção impõe que tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência. pela coerência³¹¹.

Para solucionar essas parcialidades, Dworkin propõe a alternativa concepção que designa de direito como integridade. Dois são seus aspectos mais destacados: por um

---

³⁰⁸ Trata-se da teoria formalista que afirma que o juiz deve apenas operacionalizar uma decisão silogística, isto é, em conformidade estrita com as regras estabelecidas pelos agentes políticos (parlamento). Dworkin inclui Hart ao lado dos formalistas, asseverando que a diferença entre a teoria hartiniana e a de John Austin é apenas aparente, pois em ambos o direito está dimensionado em certo número de funcionários que aplicam a lei, sendo que os critérios de interpretação são os da discricionariedade forte e fraca.

³⁰⁹ SGARBI, 2006:185.

³¹⁰ Dworkin de certa forma se refere aos realistas ao tratar dos pragmáticos, sobretudo quando enfatiza que o centro do pragmatismo é a decisão proferida pelos juízes. Sua ênfase, portanto, é o caráter fortemente discricionário dessa concepção, e a crítica que estabelece a essa versão é o ceticismo que envolve, pois o direito é o que os juízes dizem que é.

³¹¹ DWORKIN, 2003: 185.

lado, o autor enfatiza os pressupostos de adequação e interpretação; por outro, a observação dos cânones interpretativos. Por outras palavras, Dworkin enaltece a importância da “coerência normativa” como critério de justificação, seja de uma possível interpretação de um enunciado legislativo, seja de uma interpretação fundada em certa teoria jurídica que se explicita, o que resultará na tese da melhor interpretação³¹².

Rememorando-se em sua teoria do direito, sob o ponto de vista interno, Dworkin afirma que se deve procurar a melhor concepção de direito no sentido de uma “construção teórica” que melhor justifique o uso da força estatal.

Segundo Dworkin, a única visão possível de superar as parcialidades apresentadas pelas teorias convencionalistas e pragmática do direito é a concepção do direito como integridade, pautada em dois pontos basilares para condução da idéia de coerência: a adequação da interpretação e cânones interpretativos.

A compreensão da prática interpretativa encontra-se concebida como um romance em cadeia, na qual o juiz diante tanto dos casos difíceis como dos casos fáceis apresentados em juízo ou na própria elaboração de novos enunciados legais pelos legisladores, é importante considerar o direito em seu todo como algo que contínua.

A concepção de integridade no sentido que Dworkin quer empreender, pode, de certa forma, ser extraído do sentido comum de integridade, isto é, a capacidade de ser íntegro, honesto, em última instância, inteiro no sentido de congruente ou coerente consigo. O que no plano do direito como integridade implica, conjugando-se a concepção ordinária de integridade com o pressuposto do romance em cadeia, uma coerência do direito visto como um todo, porém, segundo o teórico norte-americano, com a coerência em si não se confunde, podendo ser ao mesmo tempo mais e menos. A integridade só poder ser pensada não como qualquer coerência, ou vinculação a decisões anteriores, mas coerência atrelada aos postulados de justiça e de equidade na correta proporção³¹³.

---

³¹² SGARBI, 2006: 186.

³¹³ “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição

Essa integridade do direito, segundo Dworkin, deve estar presente tanto quando os legisladores criam o direito com base na estrutura de princípios, como quando os juízes decidem os casos.

“Estabelecerei uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que os legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas³¹⁴”.

Esse texto de Dworkin traz algumas diferenças entre sua proposta teórica do direito como integridade, no “Império do direito”, de algumas afirmações feitas em obras anteriores, tendo como principal idéia o pressuposto de que o direito é criado por um único autor, sendo esse único autor constitui a comunidade personificada, embasando-se desse modo Dworkin, do que ele denomina de uma concepção coerente de justiça e equidade³¹⁵.

Para que essa teoria se torne factível o teórico diz que essa concepção exigências de integridade, tais como a “virtude de equidade³¹⁶”, da “justiça³¹⁷” e do “devido processo legal adjetivo³¹⁸”.

---

política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha de decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais a esse sistema como um todo”. Cf. DWORKIN, 2003, p. 264.

³¹⁴ Ibid, p.261.

³¹⁵ Ibid, pp. 204-212.

³¹⁶ A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao decidir o que significa uma lei por ela sancionada. Ibid, p.203.

Dessa compreensão de integridade com base nessas exigências, Ronald Dworkin deriva dois cânones interpretativos principais: o de “adequação” ou “harmonia” e o de “justificação”. O primeiro acentua que devem os juízes, ao interpretarem, harmonizar-se com os materiais jurídicos ou materiais institucionais, tais como as disposições legislativas e os precedentes. Já o segundo cânone, o da justificação, é relativo ao fato de a interpretação ter de ser posta em relação com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo adjetivo³¹⁹.

Portanto, em se considerando a teoria como um todo, pode-se concluir que a integridade exige que o legislador e juiz ajam de modo congruente com os princípios e a moral política que se encontram na base da comunidade política vista como uma comunidade personificada. Sendo que três são os pontos centrais dessa compreensão: a de que os acordos semânticos têm importância secundária para interpretação dos enunciados jurídicos; a de que a prática jurídica deve ser realizada como um romance em cadeia; e que os episódios da prática jurídica devem seguir os cânones da harmonia e justificação.

---

³¹⁷ A integridade de concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. Idem.

³¹⁸ A integridade da concepção da concepção do devido processo legal adjetivo exige que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se considerem alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõem um falso veredicto. Idem.

³¹⁹ SGARBI, 2006: 190-192.

V.

CONCLUSÕES, IMPLICAÇÕES E NOVAS QUESTÕES

1. O ponto de partida da investigação que aqui se encerra foi a existência, a partir do século XIX, de uma nova forma de discurso jurídico: as formas de conhecimento jurídico que chamamos de “teorias jurídicas”. No contexto do pensamento jurídico da Europa continental, essas teorias jurídicas possuem ligações tanto com as chamadas teorias filosóficas do direito quanto com as dogmáticas jurídicas. No entanto, como vimos desde o começo deste trabalho, as teorias jurídicas podem ser distintas dessas outras formas de discurso jurídico, na medida em que estas se mantiveram, de alguma forma, vinculadas modelo de racionalidade jurídica tradicional, associado à concepção de “lei natural”.

2. Também vimos que a relação entre razão e direito faz parte da tradição do pensamento ocidental. No período moderno, essa relação serviu de base para o surgimento de uma cultura jurídica autônoma, dentro da qual foram elaboradas as idéias de “sujeito de direito” e “sistema jurídico”. O surgimento das teorias jurídicas no século XIX pode, então, ser compreendido como parte do processo moderno de racionalização da vida social. Todavia, se as teorias jurídicas não se vinculam a uma racionalidade jusnaturalista, mas ainda podem ser compreendidas como manifestação de discurso jurídico racional, surge a dúvida sobre a racionalidade subjacente a esse tipo peculiar de discurso jurídico. Foi essa questão que procuramos resolver ao longo dos capítulos anteriores.

3. Para compreender a racionalidade nesse novo âmbito do discurso dos juristas, propomos um caminho peculiar: por um lado, tomamos por objeto teorias jurídicas que se tornaram referência no contexto anglo-saxônico, ou seja, fora dos marcos habituais da racionalização na Europa continental moderna; por outro lado, foram considerados como fio condutor para esta investigação os enfoques interpretativos construídos como legítimos por essas teorias, em vez de configurar a racionalidade a partir de divisões

escolares ou matrizes epistemológicas. Essa delimitação nos permitiu revelar três modelos novos e distintos de racionalidade jurídica, que resultaram do desenvolvimento de diferentes concepções de “pontos de vista” no contexto do debate entre as teorias jurídicas de John Austin, Oliver W. Holmes Jr., Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

4. Um primeiro modelo de racionalidade jurídica foi identificado já na primeira nas reflexões que buscaram a superação da metafísica da lei natural. Neste contexto, o campo de debate sobre o fundamento do direito já se deslocou da natureza para a sociedade. Manteve-se a imagem do direito positivo como conjunto de ordens coercitivas de um soberano, já presente no jusracionalismo moderno, de Hobbes a Kant. No entanto, aprofundam-se aqui os estudos que associam direito, política, sociologia e psicologia. Forma-se uma teoria mais específica sobre a relação entre direito e coerção. A essa nova modalidade de racionalidade jurídica chamamos de “racionalidade *comum* entre direito e política”, na medida em que, de certa forma, distancia o direito da noção de liberdade e aumenta a proximidade entre o fenômeno jurídico e a imagem do poder como dominação e império. Ela está presente nas obras do jurista inglês John Austin e também é marca característica da teoria de Oliver Wendell Holmes Jr. sobre o conhecimento jurídico do “ponto de vista do homem mau”.

5. Um segundo modelo de racionalidade jurídica foi encontrado em outra espécie de teoria jurídica, que busca, por assim dizer, uma identificação própria do direito positivo. Essas teorias jurídicas substituem o estudo das leis e das decisões judiciais pela análise das “normas” ou das “regras sociais”. Nesse processo de abstração, é deixada de lado a perspectiva imperativista do direito na qual a coerção aparecia como elemento nuclear da definição de direito positivo. Este passa a ser concebido como conjunto de normas válidas juridicamente. Com isso, a teoria jurídica passa a se caracterizar como teoria da validade jurídica, cujos principais exemplos podem ser encontrados com a concepção de enfoque do “terceiro desinteressado” (resultante da purificação da teoria jurídica proposta por Hans Kelsen) e com a concepção de “ponto de vista interno” (que resulta da visão interna da linguagem jurídica ordinária destacada pela teoria das regras sociais de Herbert Hart). O modelo de racionalidade jurídica encontrado nessas teorias foi aqui denominado de “racionalidade jurídica *própria*”.

6. Para além do estudo da coerção e do estudo da validade, porém, foi possível identificar uma terceira forma de teoria jurídica, que se estrutura especialmente a partir de críticas às teorias da validade. Nesse novo âmbito, rejeita-se a idéia de que o direito positivo possa ser compreendido apenas como conjunto de normas válidas juridicamente. Advoga-se que a invalidez não pode corresponder à inexistência da norma jurídica, pois somente a idéia de validade de uma norma não é capaz de dar conta da identificação do direito, especialmente no que diz respeito aos direitos subjetivos que se manifestam nos casos concretos. Para identificar o direito positivo propõe-se necessário aprofundar o estudo das práticas sociais das quais o direito faz parte. Isso faz com que a teoria jurídica se volte para a discussão do processo de aplicação do direito positivo, ou seja, para a busca e questionamento de parâmetros para a aplicação.

7. De certa forma, a teoria de Hart já caminhava no sentido da compreensão dessas práticas sociais. Em sua perspectiva as normas jurídicas não eram mais concebidas como objetos (mas sim como regras de uma prática que poderia ser compreendida como um jogo). No entanto, seu foco de discussão ainda não apontava para a questão da argumentação jurídica e oferecia poucos elementos para uma renovação da discussão dos aspectos de moralidade política envolvidos no processo de aplicação do direito³²⁰. Pelo contrário, a discussão desses aspectos era tratada de um modo bastante tradicional, em termos de uma “teoria das virtudes judiciais”. A teoria jurídica ainda era predominantemente uma teoria das normas válidas juridicamente. Ora, o que propõe a terceira forma de teoria jurídica que localizamos na tradição anglo-saxônica é a superação desses limites, por meio de um estudo da justificação das argumentações sobre a existência de direitos subjetivos. Em vista da ênfase na questão da justificação, o modelo de racionalidade identificado nessas teorias (cujo principal representante é Ronald Dworkin) foi aqui denominado como “racionalidade jurídica *compartilhada* com a moralidade política”.

8. Ao final deste trabalho, a título de conclusão, não se pretende que advogar que esses três modelos de racionalidade tenham condições de serem aplicados para a compreensão de todas as concepções de racionalidade que se manifestam, desde o século XIX, em teorias jurídicas. Há teorias jurídicas que possivelmente não correspondem estritamente nem ao modelo da racionalidade comum, nem ao modelo de

---

³²⁰ MUÑOZ, 2008: 133 ss.

racionalidade própria, nem ainda ao modelo de racionalidade compartilhada. A obra do jurista dinamarquês Alf Ross (1899-1979) é um exemplo dessa limitação.

9. Para autores como Eugênio Bulygin, a teoria jurídica de Ross pode ser identificada como uma compreensão normativista do direito. Por isso, esses autores afirmam que ela não se encaixa bem no quadro do movimento realista³²¹. De fato, Ross defende que “todo poder político é competência jurídica [...] não existe um poder nu, independente do direito e de sua base”³²². Não há, em sua teoria, uma racionalidade comum entre direito e política próxima, por exemplo, à indicada pela teoria das predições de Holmes, que, aliás, é explicitamente criticada por Ross³²³. Tudo isso contribui para aproximá-lo das teorias de Kelsen e Hart a respeito de uma concepção jurídica de poder, além de poder indicar a defesa de certa racionalidade própria ao fenômeno jurídico. Contudo, a teoria jurídica de Ross rejeita uma concepção de validade jurídica como uma “qualidade objetiva do ordenamento ele mesmo”. Como o próprio autor esclarece, sua obra se distancia da determinação do direito vigente proposta pelos demais teóricos realistas (ou seja, por meios exclusivamente comportamentais ou psicológicos), mas, ao mesmo tempo, recepciona uma concepção *emotivista* da noção de dever, dentro da qual as normas vigentes seriam apenas as normas vividas na experiência social como *ideologicamente* obrigatórias.

10. Adaptando a terminologia kelseniana a essa concepção de direito, Ross afirma que, em sua teoria, a ideologia “funciona como esquema de interpretação”, sendo possível “expor essa ideologia como um sistema integrado”. Essa ideologia está relacionada a uma “consciência jurídica formal”, de tal forma que, em contraste com a teoria de Hart, Ross conclui “nos casos em que um regime efetivo existente não recebe *aprovação ideológica* na consciência formal dos governados, sendo sim obedecido unicamente por temor, estes não o experimentam como um ordenamento jurídico, mas sim como um ditado de força ou violência”³²⁴. Essa concepção de aprovação parece, aliás, muito similar ao “ponto de vista interno” ressaltado por Hart. Ross mesmo considerava que sua teoria da validade estava em “completa harmonia” com a idéia

---

³²¹ Nesse sentido, BARZOTTO, 2007: 70-77.

³²² ROSS, 2000: 84.

³²³ ROSS, 2000: 100.

³²⁴ ROSS, 2000: 77-84 e 97-100; MUÑOZ, 2008: 102.

básica de Hart³²⁵. Todavia, o próprio Hart esclarece que a distinção entre ponto de vista externo e ponto de vista interno diz respeito à dois tipos radicalmente distintos de enunciação ou declaração (*two radically different types of statement*), e não à distinção entre comportamentos físicos e sentimentos, a partir da qual a aprovação acima referida se revela, na verdade, uma questão de emoção, ou seja, “uma experiência psicológica especial”³²⁶. Nesses termos, não há como identificar na teoria de Ross a presença de uma racionalidade própria ao dever jurídico. Sua teoria jurídica também não pode ser caracterizada como teoria da validade no mesmo sentido que aqui atribuímos a Kelsen e Hart.

11. Esse limite enfrentado em face da teoria de Ross também permite chamar a atenção para outra limitação que os modelos de racionalidade jurídica aqui propostos podem encontrar. Trata-se, em certo sentido, do problema da relação entre teoria e prática, que se manifesta particularmente na tradição romano-germânica do pensamento jurídico, no âmbito das relações entre as teorias jurídicas e as dogmáticas³²⁷. A manifestação histórica dessas relações leva à pergunta sobre a possibilidade de uma efetiva transposição das racionalidades jurídicas encontradas nas teorias para o domínio da prática. Caberia então, tendo em vista o fio condutor de nosso trabalho, formular a seguinte questão: em que medida a determinação teórica do enfoque legitimado para o conhecimento do direito poderia ser incorporada na prática, interferido na aceitação do enfoque do intérprete, ou seja, criando condições para a qualificação da interpretação como boa ou correta? Essa incorporação, ainda que desejável ou, mais do que isso, necessária teoricamente, não parece, em princípio, factível, diante da percepção de que a construção do enfoque aceitável pode ser, na prática, uma questão de uso competente que depende, em última instância, de relações ideológicas de poder. O enfoque do jurista pode ser uma questão dogmático-sistêmica, e não propriamente teórico-jurídica³²⁸. Além disso, na medida em que a racionalidade jurídica se aproximasse de

---

³²⁵ ROSS, 1997: 29.

³²⁶ HART, 1983: 166.

³²⁷ É importante ressaltar que, até mesmo em termos lingüísticos, essas relações não se configuram dentro da tradição do pensamento jurídico anglo-saxônico que foi estudado nesta tese. O que na língua inglesa é chamado de *legal doctrine* não corresponde a uma *science of law* ou à *legal dogmatics* da Europa continental. Sobre isso, cf. TILLER, 2006; ROSS, 2000: 33.

³²⁸ FERRAZ JR., 2003: 272-285.

uma racionalidade econômica, o que ocorreria, em termos gerais, seria apenas uma aproximação do enfoque prático ao “ponto de vista do homem mau”, proposto por Holmes, com suas bases utilitaristas e implicações pragmatistas.

12. Todos esses limites, no entanto, não apontam para a completa inaplicabilidade de nossa investigação. Ainda que os três modelos propostos não possam ser aplicados a todas as teorias, ou mesmo às práticas interpretativas dos juristas, a compreensão de sua existência, com suas características e diferenças, revela-se muito adequada para o entendimento, em termos críticos, do debate da filosofia do direito. Esse debate é habitualmente configurado como um confronto entre partidários de uma postura chamada de “positivista” e partidários de uma postura contrária, que podemos sintetizar sob o nome de antipositivismo, ainda que essa postura receba, no debate, distintas denominações (jusnaturalismo, realismo, humanismo, direito alternativo etc.). Mas, levando-se em consideração os diferentes modelos de racionalidade jurídica revelados por esta investigação, a vinculação da filosofia do direito ao desenvolvimento do positivismo jurídico não passa de uma simplificação equivocada.

13. Por um lado, nem sempre o que se afirma como positivismo jurídico diz respeito a uma elaboração teórica. Uma formulação que pode ser denominada como “positivismo jurídico prático” também se faz presente entre os juristas. Ela corresponde ao senso comum dos operadores do direito que se compreendem obrigados, em suas reflexões dogmáticas, a não ultrapassar os limites da legislação. Esse senso comum tem evidente conotação ideológica. Logo, nesses casos, é difícil falar no positivismo jurídico como teoria jurídica. Aqui ele é considerado, mais propriamente, uma trivialização desta, em sua difusão no contexto da prática jurídica³²⁹. Por outro lado, a teoria jurídica que se desenvolve desde o século XX não tem mais a positividade do direito como questão central (que foi, no século XIX, outra herança da tradição jusnaturalista). Por isso mesmo, no pensamento jurídico contemporâneo, defende-se a existência de um movimento “pós-positivista”, que poderia ser aproximado de uma compreensão

---

³²⁹ Essa formulação foi analisada por Luís Alberto Warat sob a designação de “senso comum teórico dos juristas”. Cf. WARAT, 1996: 86-88.

“neoconstitucionalista” do direito e teria como principais expoentes os teóricos do modelo da racionalidade jurídica compartilhada: Ronald Dworkin e Robert Alexy³³⁰.

14. Certamente, essa compreensão “pós-positivista” do direito pode ser seriamente discutida. Ela não é isenta de problemas. Por um lado, ela parte muitas vezes do pressuposto de que a característica fundamental das compreensões positivistas é expressada pela tese de que “o direito positivo pode ter qualquer conteúdo”³³¹. Nesse sentido, em todas as suas formulações, o positivismo sempre corresponderia a uma teoria jurídica formal e seria insensível ao processo de materialização do direito ocorrido a partir do advento do Estado de Bem-Estar Social, o que se sabe que é bastante questionável. Por outro lado, existem demonstrações de que certas concepções consideradas como pós-positivistas (por exemplo, a idéia do direito positivo composto por regras e princípios) podem, na verdade, ser compatíveis com o positivismo que criticam³³².

15. Contudo, a idéia de um pensamento pós-positivista revela-se útil ao menos para destacar uma percepção que nos parece muito correta: a percepção de que o debate entre justaturalistas e positivistas não é adequado para caracterizar o desenvolvimento das teorias jurídicas que surgem a partir do século XIX. Esse desenvolvimento é melhor compreendido por sua formulação de diferentes modelos de racionalidade jurídica, que ora apontam para as relações externas entre direito e força, ora apontam apenas para as relações internas do sistema jurídico, ora apontam para as relações e implicações éticas entre direito e democracia. Nesse sentido, para repensar a racionalidade no direito contemporâneo, é oportuno ter em mente (ainda que com certa distorção) idéias já assinaladas, em outro contexto, por Joseph Raz: não é mais a hora de nos ocuparmos com a refutação do positivismo jurídico; em vez disso, para compreender as teorias jurídicas, é mais adequado esquecer o rótulo e considerar as visões de vários escritores, dentro de tal tradição, em seus próprios termos³³³. É o que buscamos com este trabalho.

---

³³⁰ BARROSO, 2006: 27-48; BARRETTO, 2006: 650-654, FARALLI, 2006: 11-21.

³³¹ BOBBIO, 1995: 144-146; FARALLI, 2006: 2.

³³² CARRIÒ, 1990: 221-234.

³³³ No original, o texto diz: “*Perhaps it is time not to refute legal positivism, but to forget the label and consider the views of various writers within that tradition on their own terms*”. Cf. RAZ, 2007: 18.

REFERÊNCIAS

- Aarnio, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable – La justification en droit*. Trad. de Geneviève Warland. Bruxelles / Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1992.
- Abel, Günter. Verdade e interpretação. Trad. de Clademir Luís Araldi. *Cadernos Nietzsche* 12, 2002.
- Abreu, João Leitão de. *A validade da ordem jurídica*. Porto Alegre: Livraria Globo, 1964.
- Agamben, Giorgio. *Homo sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- _____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Trad. de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 23. Alicante, 2000.
- _____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Privado*, vol. 24, Editora RT, out./dez.2005.
- _____. Entrevista. Trad. de Manuel Atienza. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 24. Alicante, 2001.
- _____. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 1. Alicante, 1984.

- _____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Trad. de Manuel Atienza. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 5. Alicante, 1988.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *The argument from injustice*. Trad. Bonnie L. Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Almeida, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.
- André-Vincent, Philippe I. *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*. Trad. de C. Sanz. Argentina: Gheresi, 1978.
- Arendt, Hannah. O interesse do atual pensamento filosófico europeu pela política. In: Arendt, Hannah. *Compreender – Formação, exílio e totalitarismo: ensaios (1930-1954)*. Organização, introdução e notas de Jerome Kohn. Trad. de Denise Bottman. São Paulo/Belo Horizonte: Companhia das Letras/Editora UFMG, 2008.
- _____. *A condição humana*. 10. ed. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. 3 ed. Trad. de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.
- _____. *Origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Sobre a violência*. Trad. de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

- Arnaud, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- Arnaud, André-Jean; Junqueira, Eliane Botelho. *Dicionário da globalização – Direito e ciência política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Austin, John. “Aulas sobre Direito”. In: Morris, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito – Leituras escolhidas em direito*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. 5. ed. by Robert Campbell. Vol. I-II. London: Murray, s/d.
- _____. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company, 1998.
- Azevedo, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 91, vol. 797, mar. 2002.
- Ayer, A. J. Introdução. In: Ayer, A. J. (org.). *El positivismo lógico*. Trad. de L. Aldama *et al.* México: Fondo de Cultura Económica, 1965.
- Barcellos, Ana Paula de. As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. *Revista Forense*, vol. 351, ano 96, jul./ago./set. 2000.
- Barretto, Vicente de Paula. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Renovar/Unisinos, 2006.
- Barretto, Vicente de Paula; Culleton, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado democrático de direito ou porque estudar filosofia do direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5 – “A filosofia no direito e a filosofia do direito”. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.
- Barroso, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- Barzotto, Luis Fernando. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *O positivismo jurídico contemporâneo – Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- Bergeron, Gregory Michael. *On how the debate about what is law should proceed in the face of the methodology conflict in jurisprudence*. Tese. Master of Arts. Office of Graduate Studies of Texas A&M University, 2008.
- Bevilaqua, Clovis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.
- Billier, Jean-Cassien; Maryioli, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- Bréhier, Émile. De l'image a l'idée. Essai sur le mécanisme pshycologique de la méthode allégorique. In: *Études de philosophie moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1965a.
- _____. Le problème en philosophie contemporaine. In: *Études de philosophie moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1965b.
- Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. de João Ferreira (coord.). Brasília: Editora Universidade de Brasília-Linha Gráfica Editora, 1991.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Regina Lyra. 3. reimpressão da edição revista. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. Hegel e o jusnaturalismo. In: Bobbio, Norberto. *Estudos sobre Hegel – Direito, sociedade, Estado*. Trad. de Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Unesp, 1989.
- _____. Kelsen e il potere giuridico. In: Bobbio, Norberto. *Diritto e potere – Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- _____. La filosofia del diritto e i suoi problemi. In: Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1965a.

- _____. La razon en el derecho (observaciones preliminares). Trad. de Alfonso Ruiz Miguel. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 2. Alicante, 1985.
- _____. Natura e funzione della filosofia del diritto. In: Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1965b.
- _____. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra*. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. UnB, 1989.
- Britto, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- Burdeau, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, t. 60, ano LI, Paris, 1945.
- Cademartori, Luiz Henrique Urquhart; Duarte, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- Campbell, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Trad. de Ángeles Ródenas. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 25. Alicante, 2002.
- Carnelutti, Francesco. *Como nasce o direito*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- Carvalho Neto, Pythagoras Lopes. *A diferenciação do direito e a teoria imperativista da norma jurídica*. Dissertação de mestrado em Direito [mimeo]. São Paulo: Universidade de São Paulo / Faculdade de Direito, 2007.
- Calsamiglia, Albert. Por que es importante Dworkin? *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 5. Alicante, 1985.

- _____. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 21-I. Alicante, 1998.
- _____. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 1. Alicante, 1984.
- Castanheira Neves, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito / Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2003. Coleção Studia Iuridica 72.
- Caygill, Howard. *Dicionário Kant*. Trad. de Álvaro Cabral. Revisão técnica de Valério Rodhen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- Coleman, Jules L. Negative and positive positivism. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009.
- Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Cossutta, Frédéric. Neutralisation du point de vue et strategies argumentatives dans le discours philosophique. *Semen*, n. 17 – “Argumentation et prise de position: pratiques discursives”, R. Amossy e R. Koren (éds.), 2004.
- _____. Por une analyse du discours philosophique, *Langages*, n. 119, septembre 1995.
- Del Vecchio, Giorgio. *Direito, Estado e filosofia*. Trad. de Luiz Pinto Coelho *et al.* Rio de Janeiro: Ed. Politécnica, 1952.
- Delacampagne, Christian. *A filosofia política hoje – Idéias, debates, questões*. Trad. de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- Dimoulis, Dimitri. *Positivismo jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- Durkheim, Émile. *Ética e sociologia da moral*. Trad. de Paulo Castanheira. 2. ed. São Paulo: Landy, 2006.

- Duso, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Trad. de Andréa Ciacchi, Lússia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005.
- Dutra, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: Educs, 2008.
- Dworkin, Ronald. *Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Justice in robes*. Cambridge / London: Harvard University Press, 2006.
- _____. Law as interpretation. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009a.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. “Natural” law revisited. *University of Florida Law Review*, vol. XXXIV, Winter 1982.
- _____. Political judges and the rule of law. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009b.
- _____. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Trad. de Albert Casalmiglia. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 1. Alicante, 1984.
- _____. Rights as trumps. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009c.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Engish, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

- Esser, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- Faralli, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. de Candice Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Fassò, Guido. *Historia de la filosofía del derecho – Siglos XIX e XX*. Trad. de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ed. Pirâmide, 1996.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Direito constitucional – Liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. A filosofia como discurso aporético – Uma análise da filosofia do ângulo lingüístico-pragmático. In: Prado Jr., Bento; Pereira, Oswaldo Porchat; Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *A filosofia e a visão comum de mundo*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- _____. Filosofia do direito: do perguntador infantil ao neurótico filosofante. In: Alves, Alaôr Caffé *et alli*. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.
- _____. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. Miguel Reale: o filósofo da teoria tridimensional do direito. *Revista brasileira de filosofia*, vol. LV, fasc. 222, abr./jun. 2006.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5 – “A filosofia no direito e a filosofia do direito”. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

- Ferreira, José Edison. *A constituição do conceito de positividade na obra de juventude de Hegel*. Dissertação de mestrado em Filosofia [mimeo]. São Paulo: Universidade de São Paulo / Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 1990.
- Finkelstein, Claire. Hobbes and the internal point of view. *Fordham Law Review*, n. 75, New York, 2007.
- Fonseca, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- Foucault, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Microfísica do poder*. 12. ed. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1996.
- _____. *Vigiar e Punir – Nascimento da prisão*. 8. ed. Trad. de Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1991.
- Friedrich, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- Gardner, John. Legal Positivism: 5 ½ myths. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009.
- Giddens, Anthony. *O mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- Godoy, Arnaldo Moraes. Direito e filosofia nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.
- Golding, Martin. *Filosofia e teoria do direito*. Trad. de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.
- Goldschmidt, Victor. Tempo histórico e tempo lógico na interpretação dos sistemas filosóficos. In: Goldschmidt, Victor. *A religião de Platão*. Trad. de Ieda e Oswald Porchat Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963.

Goyard-Fabre, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Guastini, Riccardo. Imágenes de la teoría del derecho. In: Guastini, Riccardo. *Distinguiendo – Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Le “point of vue” de la science juridique. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, n. 59, Bruxelles, 2007.

Günther, Klaus. The idea of impartiality and the functional determinacy of the law. *Northwestern University Law Review*, vol. 83, n. 1 & 2, fall-winter 1988.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

Haack, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. Trad. de Rachel Herdy. *Direito, Estado e sociedade*, vol. 33, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, jul./dez. 2008.

Haberle, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

Habermas, Jürgen. *Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. de William Rehg. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1998.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Trad. de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

- _____. *Teoria y praxis – Estudios de filosofía social*. Trad. de Salvador Más Torres y Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1990.
- Hacker, P.M.S. *Wittgenstein's place in twentieth-century analytic philosophy*. Oxford: Blackwell, 1996.
- Hardt, Michael; Negri, Antonio. *Império*. 3. ed. Trad. de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- Harris, J. W. *Legal philosophies*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Hart, Herbert L. A. Are there any natural rights?. In: Kavanagh, Aileen; Oberdiek, John (ed.). *Arguing about Law*. London/New York: Routledge, 2009.
- _____. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.
- _____. Entrevista. Trad. de Juan Jamón de Páramo. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 5. Alicante, 1988.
- _____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- _____. *Visita a Kelsen*. Trad. de Leonel Cesarino Pessôa. *Lua Nova*, n. 64. São Paulo, 2005.
- Hegel, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Hierro, Liborio. Por qué ser positivista? *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 25. Alicante, 2002.
- Hobbes, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional / Casa da Moeda, 1995.
- Höffe, Otfried. *O que é justiça?* Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

Holmes, Oliver Wendell. *O direito comum. As origens do direito anglo-americano*. Editado por Mark DeWolfe Howe. Trad. de J. L. Melo. Rio de Janeiro: Ed. O Cruzeiro, 1967.

_____. Natural Law. *Harvard Law Review*, vol. XXXII, n. 1, Nov. 1918.

_____. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, vol. X, n. 8, Mar. 1897.

Honneth, Axel. Patologias da liberdade individual: o diagnóstico hegeliano de época e o presente. Trad. de Luiz Repa. *Novos Estudos – Cebrap*, n. 66, julho de 2003.

_____. *Sufrimento de indeterminação – Uma reatualização da “Filosofia do direito” de Hegel*. Trad. de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular / Esfera Pública, 2007.

Jouvenel, Bertrand de. *Du pouvoir – Histoire naturelle de sa croissance*. Genève: Éditions du cheval ailé, 1945.

_____. *La soberania*. Trad. de Leandro Benavides. Granada: Editorial Comares, 2000.

Kant, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Kantorowicz, Hermann. Some rationalism about realism. *The Yale Law Journal*, vol. 43, n. 8, Jun. 1934.

Kaufmann, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

Kelsen, Hans. Formalismo juridico e dottrina pura del diritto. In: Kelsen, Hans; Treves, Renato. *Formalismo giuridico e realtà sociale*. A cura di Stanley L. Paulson. Trad. de Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992a.

- _____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. On the basis of legal validity. *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 26. Notre Dame Law School – Natural Law Institute, 1981.
- _____. On the theory of interpretation. In: Coleman, Jules L.; Sebok, Anthony (ed.). *Jurisprudence – The philosophy of law*. EUA: Routledge, 1994.
- _____. Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico. In: Kelsen, Hans; Treves, Renato. *Formalismo giuridico e realtà sociale*. A cura di Stanley L. Paulson. Trad. de Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992b.
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992c.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Armenio Amado: Coimbra, 1984.
- _____. Une théorie “réaliste” et la théorie pure du droit. Remarques sur “On Law and Justice” d’Alf Ross. Trad. de Georg Sommeregger e Éric Millard. *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg – Dossier: théories réalistes du droit (textes réunis par Olivier Jouanjan)*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2002.
- _____. What is the pure theory of law. *Tulane law review*, n. XXXIV, vol. 2, 1960.
- Kuttner, Stephan. Sur les origines du terme “droit positif”. *Revue historique de droit français et étranger*. 4e. série, n. 15. Paris, 1936.
- Lacroix, Alain. *A razão – Análise da noção, estudo de textos: Platão, Aristóteles, Kant, Heidegger*. Trad. de Marcio Alexandre Cruz. Petrópolis: Vozes, 2009.
- Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

- _____. Filosofia do direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que é a filosofia do direito?”. In: Alves, Alaôr Caffé *et alli*. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.
- Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- Lebrun, Gérard. *Passeios ao léu: ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- _____. *O que é poder*. Trad. de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- Leiter, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American journal of jurisprudence*, vol. 48, Notre Dame Law School – Natural Law Institute, 2003.
- _____. Holmes, economics, and classical realism. In: Burton, Steven J. *The path of the law and its influence – The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Lenoble, Jacques. Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit”. *Les Carnets du Centre de Philosophie du droit*, Louvain-la-Neuve, n. 126, 2006.
- Leopoldo e Silva, Franklin. Ética e razão. In: Novaes, Adauto (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- Lessa, Pedro. A arte, a ciência e a filosofia do direito. In: Lessa, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- Livet, Pierre. *As normas - Análise da noção, estudo de textos: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles*. Trad. de Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2009.
- Llewellyn, Karl N. Some realism about realism – Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 8, Jun. 1931.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. *Entre a teoria da norma e a teoria da ação*. [Mimeo cedido pelo autor.] Paper apresentado no “Colóquio de Filosofia Política e

do Direito” do Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em 19 de outubro de 2009.

_____. *As palavras e a lei – Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. 34 / Edesp, 2004.

Losano, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos – Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *La teoria pura del derecho del logicismo al irracionalismo*. Trad. de Juan Ruiz Manero. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 2. Alicante, 1985.

Luhmann, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: EdUnB, 1980.

_____. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a.

_____. *Sociologia do direito*. vols. I e II. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

Lumia, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Luzzatti, Claudio. *La vaghezza delle norme – Un’analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

MacIntyre, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2001.

Maia, Antônio Cavalcanti. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. In: Novaes, Adauto (org.). *O homem-máquina – A ciência manipula o corpo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

Marke, Julius J. (ed.). *The Holmes reader*. New York: Oceana Publications, 1955.

Mariconda, Pablo Rubén. O controle da natureza e as origens da dicotomia entre fato e valor. *Scientie Studia*. São Paulo, v. 4, n. 3, Jul./Set. 2006.

- Martel, Letícia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 10, abr./jun. 2008.
- Martins, Argemiro Cardoso Moreira; Oliveira, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2006.
- Mata-Machado, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1954.
- Máynez, Eduardo Garcia. *La definición del derecho – Ensaio de perspectivismo jurídico*. México: Editorial Stylo, 1948.
- Michelon Jr., Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade – Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Editora RT, 2004.
- Mora, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Morange, Georges. Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, t. 60, ano LI, Paris, 1945.
- Moreira, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- Morrison, Wayne. *Filosofia do direito – Dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Moura, Carlos Alberto Ribeiro de. Hobbes, Locke e a medida do direito. *Racionalidade e crise: estudos de história da filosofia moderna e contemporânea*. São Paulo: Discurso Editorial / Editora da UFPR, 2001.
- _____. A invenção da crise. In: Novaes, Adauto (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

- Muñoz, Alberto Alonso. *Transformações na teoria geral do direito – Argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- Murphy, James Bernard. *The philosophy of positive law – Foundations of jurisprudence*. New Haven/London: Yale University Press, 2005.
- Neves, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- Nobre, Marcos; Terra, Ricardo (org.). *Direito e democracia – Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Olivecrona, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Trad. de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Oliveira, Carlos Frederico Delage Junqueira de. *Identidade do direito e razões para a ação: um estudo sobre as contribuições de Joseph Raz para a teoria do direito*. Dissertação de Mestrado [Mimeo]. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.
- Oliveira, Fernando Israel Espinosa. Testimonio radiofónico de Hans Kelsen (em el 30 aniversario de su fallecimiento). Traducción y comentarios. *Revista de investigaciones jurídicas*, n. 27, México, Escuela Libre de Derecho, 2003.
- Ommati, José Emilio Medauar. O positivismo jurídico na prática jurisprudencial brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Ost, François; Kerchove, Michel van de. Le jeu: un paradigme fecund pour la théorie du droit. In: Ost, François; Kerchove, Michel van de (org.). *Le jeu: un paradigme pour le droit*. Collection “Droit et société”. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1992.

- Pascua, Jose Antonio Ramos. *La regla de reconocimiento en la teoria jurídica de H. L. Hart – Um intento de configuración del derecho como sistema normativo autônomo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
- Pattaro, Enrico. La razon en el derecho – Comentário a Norberto Bobbio. Trad. de Manuel Atienza. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 2. Alicante, 1985.
- Paulson, Stanley L. El periodo posterior a 1960 de Kelsen: ruptura o continuidad? Trad. de Josep Aguiló Regla. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 2. Alicante, 1985.
- _____. La distinción entre hecho e valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. Trad. de Carlos Bernal Pulido. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 26, 2003.
- Pedron, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, jul./set. 2005.
- Penner, James; Schiff, David; Nobles, Richard (ed.). *Introduction to jurisprudence and legal theory – Commentary and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Perelman, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Mônica Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. Filosofias primeiras e filosofia regressiva. In: *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Pereira, Oswaldo Porchat. O conflito das filosofias. In: Pereira, Oswaldo Porchat. *Vida comum e ceticismo*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- Pissarra, Maria Constança Peres; Fabbrini, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia – A noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.
- Posner, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard, 2008.
- _____. The jurisprudence of skepticism. *University of Michigan Law School*, vol. 86, April 1998.

- _____. *Para além do direito*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- Postema, Gerald J. Jurisprudence as practical philosophy. *Legal Theory*, vol. 4, n. 3, Cambridge University Press, set. 1998.
- Pound, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, Mar. 1931.
- _____. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven / London: Yale University Press, 1982.
- Pozzolo, Susanna. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e à globalização. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Pulido, Carlos Bernal. Estructura e límites de la ponderación. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 26, 2003.
- Radbruch, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- _____. *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. de Wenceslao Roces. Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Rancière, Jacques. *O desentendimento – Política e filosofia*. Trad. de Ângela Leite Lopes. São Paulo: Ed. 34, 1996.
- Raz, Joseph. The argument from injustice, or How not to reply to legal positivism. In: Pavlakos, George. *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. United Kingdom: Hart Publishing, 2007.
- _____. Can there be a theory of law? In: Golding Martin P.; Edmundson, William A. (org.). *Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. United Kingdom: Wiley-Blackwell, 2005.

- Reale, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.
- Regla, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo – Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 30. Alicante, 2007.
- Renaut, Alain; Sosoe, Lukas. *Philosophie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- Robilant, Enrico di. *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna: Mulino, 1968.
- Rocha, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: Rocha, Leonel Severo (org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- Rodrigues, José Rodrigo. *Fuga do direito – Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Rondilla, Miguel Angel. Dinamismo y coatividad. Sobre uma incongruencia em la teoria pura del derecho. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.
- Ross, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- _____. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero. In: Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. 3. ed. México: Fontamara, 1997.
- Ruby, Christian. *Introdução à filosofia política*. Trad. de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Editora Unesp, 1998.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- Schapiro, Scott J. The bad man and the internal point of view. In: Burton, Steven J. *The path of the law and its influence – The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- _____. What is the internal point of view? *Fordham Law Review*, n. 75, New York, 2007.
- Schiavello, Aldo. *Positivismo jurídico e relevância da metaética*. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Schmitt, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. Trad. de Peter Naumann. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- Sgarbi, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Silva, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, Editora Del Rey, jan. 2003.
- Simmonds, N. E. Filosofia do direito. In: Bunnin, Nicholas; Tsui-James, E. P. (org.). *Compêndio de filosofia*. Trad. de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 2002.
- Sinha, Surya Prakash. *Jurisprudence – Legal philosophy in a nutshell*. St. Paul / MN: West Publishing Co., 2003.
- Stein, Ernildo. Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5 – “A filosofia no direito e a filosofia do direito”. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.
- Strauss, Leo. *Natural right and history*. 7. ed. London/Chicago: The University of Chicago Press, 1971.
- Struchiner, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.

- Simon, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem – O problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Editora Argumentum, 2006.
- Solon, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- Suber, Peter. Legal reasoning after post-modern critiques of reason. In: *Legal Writing – The Journal of the Legal Writing*, n. 3, 1997.
- Takis, Andreas Ch. Positivismo e convencionalismo no Direito. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Tavares, André Ramos; Osmo, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Tavares, Rodrigo. Neopositivismos: novas idéias sobre uma antiga tese. In: Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (coord). *Teoria do direito neoconstitucional – Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Ed. Método, 2008.
- Tebbit, Mark. *Philosophy of Law: an introduction*. 2. ed. London/New York: Routledge, 2005.
- Terra, Ricardo. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. Coleção Passo-a-passo, n. 33.
- Teubner, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Vários tradutores. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.
- _____. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemologia constructivista del derecho. Trad. de Carlos Gómez- Jara Diez. *Doxa – Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 25. Alicante, 2002.
- Treves, Renato. Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen. In: Kelsen, Hans; Treves, Renato. *Formalismo giuridico e realtà sociale*. A

cura di Stanley L. Paulson. Trad. de Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

Trindade, André Karam; Castro, Fabio Caprio Leite de. A filosofia “no” direito e a temporalidade jurídica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 5 – “A filosofia *no* direito e a filosofia *do* direito”. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

Troper, Michel. *Filosofia do direito*. Trad. de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Unger, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Civilização Brasileira, 1979.

Vaz, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, 2002.

Vernengo, Roberto J. La racionalidad en el derecho. *Separata de la Revista Sistema*, n. 107. Madrid, mar. 1992.

Vicén, Felipe González. Sobre las orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporâneo. *Anuário de Filosofia del Derecho*. Tomo VIII. Madrid, 1961.

Viehweg, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

_____. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

Vigo, Rodolfo. Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy. *Doxa*, n. 26, 2003.

Wacks, Raymond. *Philosophy of Law – A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Warat, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: Faria, José Eduardo (org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988.

- Warat, Luís Alberto; Pêpe, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.
- Weber, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho – Derecho natural y justicia material*. Trad. de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1974.
- Wendel, W. Bradley. Lawyers, citizens, and the internal point of view. *Fordham Law Review*, n. 75, New York, 2007.
- Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- Winch, Peter. *A idéia de uma ciência social e sua relação coma filosofia*. Trad. de Anísio Teixeira e Vera Freitas de Castro. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1970.
- Wolff, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: Novaes, Adauto (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- Zarka, Yves Charles. A invenção do sujeito de direito. Trad. de Marco Antonio Schmitt. *Filosofia política: nova série*, vol. 1. Porto Alegre: L&PM, 1997.