

## **POSITIVISMO JURÍDICO EM CRISE? A TRADIÇÃO POSITIVISTA EM DEBATE\***

### **¿POSITIVISMO JURÍDICO EN CRISIS? LA TRADICIÓN POSITIVISTA EN DEBATE**

**Bernardo Abreu de Medeiros**

#### **RESUMO**

Poucas questões têm sido tão recorrentes no pensamento humano como “o que é e como se aplica o direito?”. A corrente doutrinária do positivismo jurídico vem buscando, através de sucessivos ajustes, tentar aclarar tal questão. O objetivo deste trabalho é realizar um repasso na teoria juspositivista desde sua criação, com foco nas produções de Bentham, Austin, Kelsen e Hart, objetivando demonstrar não só a evolução do pensamento positivista, como desfazer alguns equívocos comuns no tocante à visão atribuída ao positivismo jurídico no âmbito da aplicação do direito, o que ocorre, por muitas vezes, a partir de uma visão “dramatizada” de positivismo jurídico que pretendemos afastar. Por fim, analisaremos brevemente um panorama do positivismo contemporâneo, destacando-se as idéias Raz, Shauer, e Waluchow, questionando até que ponto ele passa por uma crise e a pertinência da subsistência do positivismo jurídico como teoria apta a explicar o direito no estado constitucional em que vivemos.

**PALAVRAS-CHAVES:** POSITIVISMO JURÍDICO, PÓS-POSITIVISMO, TEORIA DO DIREITO

#### **RESUMEN**

Pocas cuestiones son tan recurrentes en el pensamiento humano como "¿qué es y cómo se aplica al derecho?" La tradición del pensamiento positivista busca, tras distintos ajustes, aclarar tal cuestión. El objetivo de este estudio es realizar un repasso en la teoría juspositivista desde su creación, con especial atención a la producción de Bentham, Austin, Kelsen y Hart, para demostrar no sólo la evolución del pensamiento positivista, como disipar algunos conceptos erróneos, pero comunes, acerca de la visión atribuida al positivismo jurídico en la aplicación de la ley, sobre la base de una visión "dramatizada" de positivismo jurídico que buscaremos eliminar. Por último, una breve reseña del panorama de positivismo contemporáneo, sobre todo las ideas Raz, Shauer y Waluchow, cuestionando hasta qué punto él está pasando por una crisis de

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

supervivencia y la pertinencia del positivismo jurídico como una teoría capaz de explicar el derecho en el estado constitucional en que vivimos.

## **PALAVRAS-CLAVE:** POSITIVISMO JURÍDICO, POST-POSITIVISMO, TEORÍA DEL DERECHO

### **Introdução**

O positivismo jurídico constitui um conjunto de proposições teóricas em torno de determinados aspectos fundamentais do ordenamento jurídico, como sua definição e relação com outros fenômenos normativos. Embora diversos de seus autores, como Kelsen, tenham sofrido influência do positivismo filosófico, tal qual definido a partir do pensamento de Auguste Comte e seus seguidores, estes não se confundem. A denominação “positivista”, com destaque Dimitri Dimoulis, não deriva do movimento filosófico, mas do termo *ius positivum* ou *ius positum*, indicando a preocupação com o estudo do direito posto.<sup>[1]</sup>

Termos ligados à positividade do direito passam a ser utilizados a partir da terceira década do século XII na Europa, indicando o direito criado e imposto pelo legislador. Já na obra de Hugo de Saint-Victor do ano de 1127 – *Didascalicon* – há menção ao termo *iustitia positiva*.<sup>[2]</sup>

É na obra do francês Jean Bodin (1529-1596) – *Os Seis Livros da República* – que idéias positivistas ganham densidade, já que o autor considera que as leis dependem única e exclusivamente da vontade do soberano, embora, para Bodin, o soberano estivesse submetido a leis divinas e naturais. No entanto, Bodin apresenta as leis da sociedade como fruto da vontade do legislador, ao contrário do pensamento dominante da Idade Média que adotava um pluralismo de fontes, entendendo as leis como decorrentes da vontade do povo, da Igreja, dos senhores feudais e dos juristas.<sup>[3]</sup>

Thomas Hobbes (1588-1679) também ocupa elevado destaque na consolidação do pensamento positivista. Ele não abre mão da crença na existência de um direito natural, mas faz fortes críticas a ele, centradas, sobretudo, na insegurança gerada. De acordo com Hobbes, o conceito de direito poderia ser estabelecido de forma convencional, ao invés de se partir da observação da realidade.<sup>[4]</sup> Apesar de existir uma certa recusa em classificá-lo como um positivista, muitas das idéias de Hobbes estão intimamente ligadas a esta corrente. Ao vincular o direito ao mandato de um soberano, subscreve a tese das fontes sociais. Além disto, o autor nega a existência de alguma forma de justiça objetiva independente do direito. Portanto, em nome da necessidade de garantir os valores pelos quais existem a comunidade política, sobretudo a ordem, a segurança pessoal e a vida dos cidadãos é que se deve refutar uma idéia de direito que o vincule com a de justiça ou injustiça.<sup>[5]</sup>

Todas estas premissas teóricas vêm a se consolidar paralelamente ao estabelecimento do Estado Moderno e a correspondente monopolização do poder político pelos aparelhos

estatais, aliados a ideais racionalistas de produção do direito. As codificações do século XIX refletem a materialização deste pensamento.

No século XIX a primazia da análise positivista do direito está com os juristas franceses e belgas da *École de l'Exegese*, que compreendiam o direito como aquilo e apenas aquilo criado pelo legislador. Na Alemanha, o primado do pensamento positivista é atribuída à Escola Histórica do Direito, com forte rejeição ao jusnaturalismo e ao universalismo, centrado suas análises no direito vigente de seu país.

Nos países do *Common Law*, onde o movimento codificador tem traços totalmente distintos da Europa continental, a concepção positiva do direito está ligada ao desenvolvimento da *Jurisprudence*, termo utilizado para designar a teoria geral do direito. Nesse contexto, dois nomes foram decisivos: Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859).

## 1 -O utilitarismo de Bentham

Jeremy Bentham publica em 1789 a obra *An introduction to the principles of morals and legislation*, ponto de referência na sua concepção jusfilosófica. Bentham desenvolve uma concepção utilitarista e a aplica na produção legislativa, partindo de uma visão antinaturalista e antiracionalista. Sua publicação é fruto da compilação dos textos escritos em 1780 com uma nota sobre a Declaração Americana dos Direitos do Homem.

A obra se abre com a colocação do princípio da utilidade: o bem-estar (felicidade) é o fim último do homem, e, por conseguinte, a busca do prazer e a fuga da dor constituem os motivos de todas as ações.

O princípio da utilidade tem origem no epicurismo. Não sendo o objetivo deste trabalho uma análise do utilitarismo enquanto postura filosófica, podemos apenas indicar três teses que são compartilhadas pelos diversos pensadores desta corrente. A primeira delas sustenta que direito e Estado se baseiam na busca do útil, e não num princípio superior de justiça. Em segundo lugar, não haveria um direito nem um estado sem fim. Esse fim é exatamente a busca do maior bem estar pelo maior número de pessoas. Finalmente, direito e Estado são concebidos como sistemas de equilíbrio social de interesses individuais para assegurar o interesse coletivo.

Particularmente, o utilitarismo de Bentham é centrado na concepção realista do útil, e assim, toda norma jurídica deve ser analisada sob o aspecto do quanto ela é capaz de aumentar o bem estar coletivo, tido como a soma dos interesses individuais. Ele enuncia o princípio da utilidade, afirmando que “a natureza colocou o homem sob domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer”<sup>[6]</sup>.

Assim, o “princípio da utilidade recorre à sujeição e a coloca como fundamento do sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”<sup>[7]</sup>

Bentham tece duras críticas a William Blackstone, que fora discípulo de John Locke e representava um ícone do pensamento jusnaturalista no Reino Unido, concebendo a lei como a vontade de Deus manifestada sobre todas as coisas. Para Bentham, o direito é um instrumento para atingir fins. O direito natural não existiria, sendo apenas expressões vazias de sentido. O Common Law representa incerteza e insegurança.

A figura do soberano deveria se sustentar sobre dois poderes distintos: o poder imperativo, isto é, o poder de produzir normas; e de outro lado um poder físico de infringir sanções. A sanção era tida como o instrumento jurídico de realização do utilitarismo

Além da influência direta de Hobbes, pode-se notar uma forte influência do pensamento de Helvetius, ao fazer da “lei do interesse” a analogia, para o universo moral, das leis do movimento do universo prático; e de Beccaria, que havia retomado a analogia extraíndo conseqüências para legislação, sobretudo penal, confiando-lhe a tarefa de “conduzir os homens à maior felicidade ou à menor infelicidade possível segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.”

A originalidade do pensamento de Bentham não está tanto no estabelecimento de uma teoria utilitarista simplesmente, mas nas severas críticas as teorias do direito natural e seus prolongamentos políticos. Opõe-se diretamente às teses que pretendem fazer da lei natural, e não da utilidade, o princípio da legislação: dizer que há uma regra eterna e imutável do direito, evocar o direito natural, a equidade natural, os direitos do homem, é, com efeito, julgar arbitrariamente que tal ação é boa ou má não porque ela aprove ou contrarie o interesse daqueles em questão, mas porque ela agrada ou desagrade àquele que julga.

O princípio de direito natural é, na verdade, um princípio de “simpatia ou antipatia” - já que aqueles que se valem do direito natural só fazem, graças a noções abstratas que são puras ficções (necessidade do empirismo), ditar seus sentimentos como leis e se arrogar o privilégio da infalibilidade.

São, portanto, as leis positivas, arrumadas pelo legislador com o intuito de maximizar ou minimizar os prazeres, as únicas que dão existência aos direitos. As leis reais dão nascimento aos direitos reais, enquanto o direito natural é apenas uma criação da lei natural, que nada mais é do que uma ficção, logo, já que *ex nihilo nihil sequitur*, o direito natural não é nada.

Declarações de direitos do homem são jargões vazios de sentido, pois não há direitos anteriores às leis. O pretense benefício das Declarações seria, com efeito, segundo seus autores, julga Bentham, prevenir toda invasão das leis positivas sobre a liberdade dos cidadãos, ou toda ameaça dessas mesmas leis à sua igualdade. Ora, não só essas Declarações são ineficazes e não impedem de maneira nenhuma tais ameaças e tais invasões, como também são geradoras da anarquia por causa da imprecisão de suas noções: dizer que os homens têm direitos naturais à igualdade e à liberdade, sem maiores esclarecimentos, é convidar o indivíduo a se levantar, em nome destes valores abstratos, contra as leis existentes, a negar estas leis reais em nome de uma fictícia lei natural, convida-se assim cada um a erigir seu capricho em uma pretensa lei diante da qual as leis positivas deveriam se destruir.

## 2 - Austin e a delimitação do direito

Em sua principal obra, *A Delimitação do Objeto do Direito* (1832), Austin busca definir o objeto do estudo do direito, e o faz o limitando ao estudo do direito positivo, isto é o direito imposto por superiores aos seus súditos.

Assim, para Austin, antes de se entender a aplicação do direito se fazia necessário entender a dimensão do direito, separando-o de tudo aquilo que não era direito.

“ O fim ou o propósito das seis lições seguintes consiste em distinguir as leis positivas ( o objeto do direito) das coisas antes enunciadas: coisas com as quais se relacionam por semelhanças e analogias, por seu nome comum de ‘leis’ e com as quais, por conseguinte, se mesclam e se confundem com freqüência. Portanto, em virtude de que este é o propósito principal das seis lições seguintes, as denomino, considerando-as em seu conjunto, ‘o objeto do direito’. Já que este é o seu principal propósito, as seis lições intentam trazer o limite que separa o campo do direito das zonas que se encontram em seus confins.”<sup>[8]</sup>

Austin é pioneiro em distinguir com clareza a existência de uma norma do seu conteúdo.

“ A existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não, é uma questão; se acomoda ou não a um presumido modelo, é questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que desgostemos dela, ou ainda seja disforme quando a respeito de critério com o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação. Esta verdade, quando se afirma em abstrato, é tão simples e evidente como parece ocioso insistir nela. Porém, apesar de simples e evidente como parece em abstrato, tem sido esquecida em muitos casos concretos, e a enumeração de exemplos chegaria a um volume completo”<sup>[9]</sup>

O conceito de lei, para Austin, é dado pelo trinômio desejo, dano e comunicação do desejo, numa estrutura de forte cunho utilitarista, na esteira de Bentham, segundo a qual para evitar uma dor indivíduos racionais se comportariam de acordo com as leis. O desejo a que se refere Austin é a manifestação de vontade de um ser racional, o soberano, a outro ser racional para que faça ou omita algo. Soberano é aquele habitualmente obedecido e fonte de todo o direito. As leis que não se enquadram neste trinômio são consideradas leis anômalas, porque são interpretativas, revogadoras ou imperfeitas.

Austin rejeita as teorias contratualistas, pois constituem uma construção não empírica, tratando-se de uma ficção, uma hipótese desnecessária e supérflua. “o pacto dificilmente obrigaria os súditos originários ou sucessivos (...) toda convenção juridicamente vinculativa (ou qualquer convenção propriamente dita) deriva sua eficácia jurídica de uma lei positiva.”<sup>[10]</sup>

Confrontando a postura de Bentham com a de Austin vemos que ambos desenvolvem uma teoria de cunho utilitarista e delimitam o direito como um conjunto de leis, sendo estas aquelas feitas pelo soberano. No entanto, Bentham defende a codificação como forma de dar segurança ao sistema, e Austin não, considera o *common law* racional pois é delegado pelo soberano.

### 3 - Kelsen e o positivismo do século XX

Uma vez concretizado um primeiro trabalho do positivismo jurídico de delimitar o objeto do direito, vinculando-o ao direito posto pelo soberano, refutando o pensamento jusnaturalista e estabelecendo a distinção entre a existência e o conteúdo das normas, foi possível a teoria juspositivista do século XX avançar sobre novos aspectos.

O principal pensador do positivismo jurídico da primeira metade do século XX foi sem sombra de dúvida Hans Kelsen (1881 – 1973). A Teoria Pura do Direito, mais do que a sua principal obra escrita é um projeto de definição do direito enquanto ciência.

Um esclarecimento inicial necessário em relação à pureza referida. O que Kelsen pretende elaborar é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro. Isto é, a pureza se refere à teoria, à doutrina, à ciência do direito, e não ao direito em si. Kelsen não aceita a existência de direito sem valores

Aclarado este ponto, vale destacar que teoria kelseniana se baseia na existência de dois mundos distintos: o mundo do ser e o do dever ser. O mundo do ser, que é, por exemplo, o da natureza, há uma ligação direta entre um fato e uma consequência. Se eu solto um corpo no ar, ele cai atraído pela gravidade. Já no mundo do dever ser, como a moral, a religião, o direito, há, entre o fato e a consequência, uma imputação. Assim, para os fenômenos da natureza, vale o princípio da causalidade: se “A”, então “B”. Esse é o campo da proposição, da descrição, da ciência. Por outro lado, para os fenômenos normativos, o princípio aplicável é o da imputação, tipo da norma e fruto da vontade.

Kelsen aprimora a definição de direito do legado positivista, estabelecendo três critérios de delimitação do seu objeto: direito é uma técnica social específica, direito usa a força monopolizada pelo estado e direito pertence ao mundo do dever<sup>[11]</sup>

Direito não tem uma finalidade em si; é uma técnica de controle social, e como técnica, serve a quem a utiliza. O direito é uma técnica de motivação indireta das condutas

humanas. Indireta porque o comportamento conforme é obtido através do uso de sanções punitivas socialmente organizadas.

“A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição – o princípio da retribuição -, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções.”<sup>[12]</sup>

Disso decorre que a paz produzida pelo direito apenas pode ser relativa, porque ao se entender paz como “ausência de força”, utilizando-se o direito necessariamente da força a paz obtida não pode ser absoluta.

“A paz é uma condição em que a força não é usada. Nesse sentido da palavra, o Direito provê apenas a paz relativa, não absoluta – ele priva o indivíduo do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. A paz do Direito não é uma condição de ausência absoluta de força, um estado de anarquia; é uma condição de um monopólio de força da comunidade”<sup>[13]</sup>

A segunda característica do direito informa que a sanção não é exclusiva do direito, mas ele monopoliza a força. Se a religião monopoliza a força ela se confunde com o direito como em Estados fundamentalistas. A ordem jurídica se diferencia da ordem normativa moral pelo modo mediante o qual prescreve ou proíbe certa conduta.

“A questão da necessidade do Direito é idêntica à questão da necessidade do Estado. Pois o estado é uma ordem coercitiva, uma ordem jurídica, relativamente centralizada, relativamente soberana – uma comunidade constituída por tal ordem jurídica. Se o estado for definido como uma organização política, isso significará uma ordem coercitiva. O elemento especificamente político consiste em nada mais que o elemento de coerção.”<sup>[14]</sup>

Pelo terceiro critério, o mundo do ser significa realidade natural (mundo físico), plano existencial determinado pela ocorrência de um nexos naturalístico necessário, o qual o pensamento humano meramente constata. O mundo do dever é o mundo normativo, explicado pelo princípio da imputação.

“ A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado a uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta, remeto para lei já referida, que descreve a ação do calor sobre os metais. Exemplos de aplicação do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: quando alguém

te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido; quando alguém sacrifica a sua vida pela pátria, sua memória deve ser honrada; quando alguém pecou, deve fazer penitência.”<sup>[15]</sup>

Apresentada a sua própria teoria de delimitação do direito, Kelsen passa a apresentar sua estruturação de aplicação do direito, definindo validade e apresentado a dinâmica de aplicação das normas sintetizada na figura da pirâmide normativa e no conceito de norma fundamental.

Validade expressa a compreensão de que determinada norma existe e que, por existir, é juridicamente obrigatória. Para Kelsen há dois tipos de derivação possíveis: o estático e o dinâmico.<sup>[16]</sup>

Sistemas jurídicos são dinâmicos porque as normas têm origem numa complexa organização de produção normativa por competência e delegação de competência. Nos sistemas estáticos, como os, morais a derivação normativa é dada por uma seqüência de deduções lógicas (ilações)

“As normas de um ordenamento do primeiro tipo [estático], quer dizer, a conduta dos indivíduos por ela determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudica-lo moral ou fisicamente, devemos ajuda-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor ao próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta., porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral compreensiva. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo de uma norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático. (...)

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental..”<sup>[17]</sup>

Seguindo o sistema dinâmico apresentado, a validade de uma norma pode ser rastreada até se alcançar a Constituição histórica primeira, a primeira constituição daquela ordem jurídica, usualmente marcada por um ato de independência de um Estado frente a outro, neste final do caminho, poder-se-ia, outra vez, questionar qual seria o fundamento de validade desta constituição histórica primeira, porque, na falta de alguma fundamentação normativa, todas as demais normas perderiam seus respectivos suportes de validade. Essa busca sem fim constitui o “problema da fundamentação normativa”.

Para dar a resposta a este regresso provocado pelo imperativo de se indicar, sempre, a “norma validamente superior” que Kelsen elabora a “teoria da norma fundamental”. Segundo Kelsen, a norma fundamental corresponde à postura necessária de se considerar válida, e, assim, como marco jurídico-positivo inicial, a constituição histórica primeira não mais em disputa, pois esta é uma pressuposição imprescindível para poderem se identificar as normas da ordem jurídica.<sup>[18]</sup>

Todavia, a “teoria da norma fundamental” não é uma construção totalmente original de Kelsen. De fato ela apenas aparece com contornos mais bem definidos em 1920, no seu livro “O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional”. Nele, pode-se encontrar a seguinte frase “ (...) finalmente se atribui a uma norma geral suprema de origem lógica, estabelecida como hipótese a partir da autoridade constituinte” da qual “a constituição recolhe sua validade jurídica”. “Somente o dogmatismo acríptico pode pensar que seja possível um sistema de direito positivo privado de pressupostos”<sup>[19]</sup> A idéia da norma fundamental como constituição no sentido lógico-jurídico foi desenvolvida principalmente por Alfred Verdross que reconheceu a norma fundamental como uma hipótese relacionada ao material do direito positivo analogamente à hipótese da ciência natural.<sup>[20]</sup>

De todo modo, importa destacar que, apesar de não ter sido Kelsen o precursor da exposição do tema da norma fundamental em termos iniciais, tendo dela feito uso em seus trabalhos, imprimiu-lhe elaboração pessoal.

“Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.”<sup>[21]</sup>

Assim, deve-se pressupor em determinado momento a validade da norma fundamental que estivesse atribuindo validade à constituição histórica não mais em disputa. E a consideração de não estar mais em disputa se vincula ao pertencimento a uma ordem jurídica globalmente eficaz, o que ocorre quando preenchidos dois requisitos: a comprovação de que as normas estão servindo de parâmetro de obediência e; nos casos de não estarem sendo obedecidas, se é possível se observar que os funcionários as estão aplicando.

No primeiro teste, a questão é respondida quando se informa se a norma N esta servindo de referência para as condutas. O segundo teste encontra satisfação se responde que os funcionários estão punindo aqueles que não obedeceram a norma N. Se a resposta for positiva, o ordenamento jurídico é eficaz neste particular.

Kelsen dedicou o último capítulo de sua *Teoria Pura* para interpretação do direito, entendendo a interpretação como a operação mental que acompanha a aplicação do direito.

“Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas”.<sup>[22]</sup>

Kelsen aponta então para o fato de todo ato jurídico de aplicação do direito ser um ato de criação jurídica, sendo em parte determinado pelo direito, em parte, indeterminado. A indeterminação pode ser intencional, quando se fixa um limite máximo e mínimo para uma multa, por exemplo; ou não intencional, já que o sentido verbal de uma norma não é inequívoco.<sup>[23]</sup>

Assim, em todos os casos de indeterminação, seja ela intencional ou não, há sempre um leque de possibilidades de aplicação jurídica. O direito a aplicar formaria assim uma moldura dentro da qual estariam inseridas as possibilidades de aplicação.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...)

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.<sup>[24]</sup>

Dessa forma Kelsen refuta a visão da teoria tradicional segundo a qual a interpretação poderia produzir uma única solução correta, ajustada. O aplicador escolhe uma dentre as diversas soluções possíveis dentro da moldura.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única solução correta* (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.<sup>[25]</sup>

#### **4 - Hart e a textura aberta**

O outro grande nome da doutrina juspositivista do século XX, ao lado de Kelsen, é Herbert Hart (1907-1992). Sua principal obra, *O Conceito de Direito*, foi publicada no ano de 1961, fazendo uma revisão das teses de Austin. Hart considerava insuficientes conceitos-chaves da obra de Austin como a definição de direito tida por “ordens baseadas em ameaças”, assim como o “hábito de obediência ao soberano”.

Hart introduz também o aspecto interno ao direito. A constatação empírica de convergências fáticas é tida como o aspecto externo ao direito, já a relação crítica e a adesão dos participantes representaria seu caráter interno. Assim, por aspecto interno, não compreende uma simples questão de sentimentos, por oposição ao comportamento físico observável externamente, mas uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns.<sup>[26]</sup>

Em relação à classificação kelseniana de sistemas estáticos e dinâmicos, Hart propõe uma nova classificação entre sistemas simples, isto é, aqueles que prevêm apenas

normas de condutas primárias ou de conduta; e sistemas complexos, que prevêm também, além das normas de conduta, normas atributivas de poderes ou secundárias.

Assim, introduz seu conceito de “regra de reconhecimento”, que serve para identificar as normas primárias que pertencem à determinada ordem jurídica. Este conceito não se confunde com o de “norma fundamental” cunhado por Kelsen. A regra de reconhecimento é um fato, enquanto a norma fundamental constitui uma pressuposição lógica necessária.

A afirmação de que existe só pode ser uma afirmação externa de fato. Porque, enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida, e nesse sentido, existir mesmo se for geralmente ignorado, a regra de reconhecimento apenas existe como uma 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 fato.<sup>[27]</sup>

Outra contribuição hartiana ao direito foi, com base nas lições de Wittgenstein, foi em identificar uma “textura aberta” da norma no âmbito de sua interpretação. Não há uma formulação de uma teoria completa da interpretação, mas o fornecimento de elementos essenciais para compreensão do problema da linguagem no direito. Há, no entender de Hart, no direito como em todos os campos da experiência, um limite à natureza da linguagem. Há casos simples, que ocorrem em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, mas há outros casos em que esta clareza inexistente.<sup>[28]</sup>

Assim, a textura aberta do direito significa que há, na realidade, áreas de condutas em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz do caso concreto, entre interesses conflitantes.<sup>[29]</sup> Distingue-se assim, uma “zona clara” de aplicação do direito de uma “zona de penumbra”. Os casos da zona de penumbra são aqueles em que o texto legal oferecem apenas alguma diretriz, mas de modo incerto, exigindo uma discricionariedade do aplicador, fruto da vagueza da linguagem.<sup>[30]</sup>

A posição de Hart pretende ser um ponto intermediário entre o formalismo fundado na subsunção, preocupado apenas com o texto legal, e o ceticismo segundo o qual haveriam apenas casos difíceis, com preocupação focada apenas na “dimensão social”.

Num contexto com a idéia kelseniana de “moldura da norma”, vemos que ambos afirmam a discricionariedade do aplicador, embora Kelsen tenha se preocupado com o leque de opções que o direito pode produzir para um determinado caso, e a análise hartiana se centra na vagueza da linguagem que geraria abertura na textura da norma.

A partir do debate gerado por *O Conceito de Direito* com as ideias de Ronald Dworkin, a teoria do direito passa por profundas transformações, levando a edição de uma segunda edição da obra de Hart em 1994 que incorpora um pós-escrito trazendo substanciais inovações, como se verá adiante.

## 5 - A sistematização de Bobbio

Levando-se em conta o amplo espectro de definição de “positivismo jurídico”, vê-se que, assim como o direito natural, não há uma homogeneidade em sua definição. Com vistas a esclarecer a questão, o italiano Norberto Bobbio propôs uma sistematização assinalando para o termo positivismo jurídico três concepções: metodológica, teórica e ideológica<sup>[31]</sup>.

Em outro estudo sobre o tema tivemos a oportunidade de analisar com mais profundidade tal proposta<sup>[32]</sup>, mas de maneira concisa podemos afirmar que concepção metodológica estaria ligada à forma de abordagem do direito adotada pelos positivistas, separando o “direito real” do “direito “ideal”, ou seja, o direito tido como fato e o direito tido como valor. Assim a preocupação dos positivistas é com a descrição, e não com o seu conteúdo valorativo.

Tido como teoria, o positivismo jurídico engloba uma série de asserções sobre a natureza do direito, que Bobbio divide em seis teorias, sendo as três primeiras – teorias *coativa*, que considera a força como elemento caracterizador e essencial do direito; *legislativa*, que subordina todas as demais fontes do direito à lei; e *imperativa* do direito, que identifica normas jurídicas com comandos – pilares da teoria juspositivista; e as demais – teorias da *coerência do ordenamento jurídico*, que afirma a ausência de contradições entre normas; da *completitude do ordenamento*, que nega a existência de lacunas; e da *interpretação mecanicista*, fundada na interpretação silogística; que comporiam assim uma teoria juspositivista em sentido amplo.

Por derradeiro, tido como uma ideologia, o positivismo é classificado por Bobbio em duas versões: uma fraca, que estatui que o direito realiza determinados valores, e uma forte; que implica numa obediência incondicional do direito, qualquer que seja seu conteúdo.

Assim, Bobbio deixou claro que as ambigüidades que rondam o termo “positivismo jurídico” não podem ser resolvidas se encaramos o termo de maneira unitária, como um “bloco monolítico”. Todavia, podemos identificar, pelo menos, duas teses comuns a todas as formas de expressão do positivismo jurídico que permitem colocar colocá-las como membros de uma mesma tradição.

A primeira tese compartilhada é a tese social, segundo a qual o direito é visto como criação humana, sendo sua existência, por tanto, um fato social. A segunda tese é da separabilidade, que pode ser traduzida na já referida expressão de Austin de que a existência e o mérito do direito são coisas distintas. Não há nada que garanta o mérito moral do direito.

Embora a primeira tese seja admitida pela tradição positivista de maneira uniforme, diversos autores divergem de maneira significativa em relação a segunda, dando origem a uma divisão de campos no positivismo contemporâneo<sup>[33]</sup>, como se verá adiante.

## 6 - Desdramatizando o positivismo

Estas três referidas concepções estão intimamente ligadas ao surgimento do Estado moderno, que trouxe a monopolização e centralização normativa do poder, a separação de poderes, a defesa dos direitos individuais e a codificação.

Analisando a luz de nossos dias estas concepções, vemos que a concepção ideológica de positivismo é a menos convincente, e não por outro motivo é o alvo dos principais ataques dirigidos ao positivismo. Segundo seus críticos, ao assumirem que todo direito se resume ao direito positivo, os positivistas deram uma aceitação incondicional a qualquer sistema legal, inclusive os moralmente aberrantes, como regimes totalitários.

Só que esta atitude de aceitação moral acrítica, ligada a uma versão “forte” do positivismo ideológico, nunca foi seriamente defendida por nenhum positivista à exceção de Thomas Hobbes, sendo que até mesmo ele, como destaca Bobbio, estabelecia um limite ao dever absoluto de obediência às leis, limites este representado pelo respeito ao contrato social.<sup>[34]</sup> Pelo contrário, esta posição foi criticada e rejeitada por importantes positivistas. Alf Ross denominou esta atitude como um “quase-positivismo”, sendo uma variante do jusnaturalismo.<sup>[35]</sup>

Ademais, como bem ressalta Giorgio Pino, esta versão extrema do positivismo ideológico não deriva dos mais básicos requisitos epistemológicos do positivismo metodológico, pois ao contrário da neutralidade propugnada, esta visão considera a lei como uma forma de moralidade em si.<sup>[36]</sup>

Analisando os regimes totalitários, em especial o nazista, vemos que foram marcados por uma doutrina nitidamente antipositivista, com referências fundadas não na lei, mas na vontade do *Führer*, em valores e em ideais nacionalistas. Um dos principais teóricos do período, Schmitt era um ferrenho crítico do positivismo jurídico, sustentando a substituição da separação dos poderes pelo princípio da “direção unitária”<sup>[37]</sup>

Assim é que muitos críticos do positivismo têm ignorado a clara pretensão positivista de descrever o direito, não de criá-lo. O que se pretende estar isento de valoração é a descrição das normas, e não o seu conteúdo. E isso Kelsen deixa bem claro logo nos parágrafos iniciais de *Teoria Pura do Direito*, ao afirmar que aquilo por ele proposto é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro, como já afirmado anteriormente. Isto quer dizer que a pureza se refere exclusivamente a teoria, e não ao direito, pois este é, inevitavelmente, fruto de decisões políticas e, portanto, imbricado de valores<sup>[38]</sup>.

Assim, como destaca Sgarbi, quando alguém descreve algo, não precisa concordar com o que está descrevendo. A tarefa do teórico é descrever o direito positivo independente de sua bondade ou maldade, ficando a de consagrar valores para política do direito<sup>[39]</sup>. Descrever não é prescrever. Isto esteve bem claro na maior parte pensamento juspositivista do século XX, embora muitos de seus críticos não tenham conseguido ou querido vê-lo.

Não foi por outra razão que Martin Farrell chamou de “dramatizada” e “equivocada” a visão que opõe positivismo e jusnaturalismo com base na distinção de que o primeiro rejeita qualquer tipo de avaliação moral e o segundo o considera. Assim, esclarece:

O positivista jurídico avalia moralmente o direito, para o efeito de determinar sua obrigatoriedade, tanto quanto faz o partidário do direito natural. A única diferença entre ambos é momento em que esta avaliação é levada a cabo.(...) O partidário do direito natural realiza esta avaliação no começo do seu trabalho; antes de permitir que uma norma seja considerada direito, o jusnaturalista a submete a um escrutínio moral: se a norma não se ajusta aos ditames da moral, a norma não é jurídica (...) Já o positivista jurídico realiza esta mesma avaliação no final do seu trabalho. Portanto, depois de identificar quais são as normas de uma determinada ordem jurídica um positivista avalia se irá cumpri-la ou não (o que gera reflexos para sua eficácia)<sup>[40]</sup>

Visto como teoria, vimos que o juspositivismo engloba uma série de teses que caracterizaram um determinado tipo de Estado. Atualmente, muitas destas teses foram abandonadas ou revisadas, como a concepção imperativista da norma jurídica que, tendo em John Austin seu principal fundador, sofreu uma profunda revisão pela teoria normativista de Kelsen, e esta, por sua vez, fora revisada por Hart. A supremacia da lei como fonte legal foi desafiada pela introdução de constituições rígidas. A teoria da interpretação mecanicista do direito foi rejeitada por quase todo positivista do século XX, encontrando respaldo apenas na Escola da Exegese da primeira metade do século XIX. É o que se pode depreender da teoria kelseniana da interpretação judicial ou na crítica ao formalismo interpretativo de Hart, para reaparecer, mesmo que em termos distintos, na teoria de alguns antipositivistas como Ronald Dworkin, numa teoria de um sistema legal coerente e sem lacunas.<sup>[41]</sup> Assim também se passou com a tese da supremacia da lei, que sofreu constantes ajustes com o evoluir da teoria do Direito, com a introdução de conceitos como “norma fundamental” e “regra de reconhecimento” por Kelsen e Hart respectivamente.

Giorgio Pino vê nestes três concepções traçadas por Bobbio de positivismo jurídico uma certa linha de evolução<sup>[42]</sup>, sendo o positivismo ideológico o primeiro a aparecer, com a filosofia política de Hobbes; já no século XIX, aspectos teóricos começam a se tornar proeminentes, e com o século XX, os aspectos epistemológicos ganham importância.

É com essa evolução do pensamento positivista que, a partir da segunda metade do século XX e, tendo como base o positivismo proposto por Herbert Hart e as objeções a ela feitas por Ronald Dworkin, coloca-se um novo quadro na teoria do Direito. De um lado, na esteira das críticas dworkianas, teorias antipositivistas; num extremo oposto, teorias defendendo uma tese forte de separação entre direito e moral, e no meio delas, teoria que tentavam incorporar algumas das críticas dworkianas sem, todavia, abandonar uma concepção positivista. Esse é o quadro que pretendemos expor na seqüência.

## **7 - Positivismo jurídico contemporâneo**

A principal crítica de Dworkin a Hart foi de que seu modelo de regras não proporcionava capacidade teórica de lidar com o amplo uso de princípios utilizados nas decisões judiciais. Os princípios não seriam apenas usados pelos juízes mas também encarado por eles como juridicamente vinculantes. A regra de reconhecimento hartiana não será capaz de dar conta desse aspecto vinculante dos princípios, estes seriam estándares não jurídicos para os quais os juízes poderiam apelar para preencher lacunas do direito. Esse modelo de regras deveria, de acordo com Dworkin, ser deixado de lado em nome de uma teoria interpretativa do direito.<sup>[43]</sup>

Foi a partir destas críticas apresentadas nos anos 70 que se estruturou o debate contemporâneo. De um lado teorias não positivistas, “pós positivistas”, “neoconstitucionalistas”<sup>[44]</sup>, sustentando que o direito tem alguma pretensão de correção e que a vinculação com a moral, portanto, é, em alguma medida, necessária<sup>[45]</sup>. De outro, o positivismo jurídico “qualificado”<sup>[46]</sup>, dividido em dois campos principais: o positivismo inclusivo, *soft* ou incorporacionista, tendo o próprio Hart, assim como Wilfrid Waluchow, Jules Coleman e Matthew Kramer seus principais defensores, em oposição ao positivismo exclusivo, *hard*, ou da tese social forte, que tem, dentre seus teóricos, Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro.<sup>[47]</sup>

Ambas as teses refutam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. Mas elas divergem, em síntese, pois a proposta do positivismo inclusivo é compatibilizar o positivismo jurídico com o constitucionalismo contemporâneo, através da aceitação de critérios morais que influam em decisões judiciais, desde que estes sejam estabelecidos como critérios de validade do ordenamento, como princípios constitucionalmente positivados. Já os positivistas exclusivos, sustentam a tese forte da separação de que não se precisa recorrer a nenhuma referencia moral pra se obter o conteúdo das normas jurídicas. Assim, para os inclusivos, a validade de uma norma jurídica pode, embora não seja de forma alguma necessário, recorrer a determinados valores morais incorporados pelo sistema; enquanto os exclusivos, a validade jurídica nunca pode estar em função de valores os princípios morais.

A tese central de Raz<sup>[48]</sup> está na “autoridade como serviço”, pois autoridade existe para servir aos destinatários, mesmo que nem sempre suas diretivas coincidam com seus interesses, pois elas correspondem a razões pra a ação independentemente de seu conteúdo, razões que excluem as demais. Já Waluchow<sup>[49]</sup> sustenta que nem a autoridade fornece razões, mas nem sempre elas são excludentes, pois as diretivas podem ser inválidas por violarem direitos de moral política sancionados constitucionalmente. Assim é que se estrutura o quadro de defesa do pensamento positivista em oposição às críticas de Dworkin, seja rejeitando-as, seja incorporando algumas delas. Ainda merece menção neste panorama a relevante contribuição de Frederick Shauer<sup>[50]</sup>, ao trabalhar a idéia de presunção de força de um ordenamento, sendo somente possível não aplicar determinada regra se houver razões particularmente exigentes para não aplicá-la, e este afastamento de regras em função da magnitude de determinados valores é, por vezes, apenas uma questão de terminologia.

O escopo do presente trabalho não permite aprofundar a análise deste quadro, nosso objetivo é apenas indicar o cenário atual do debate. Cada uma destas concepções merece um estudo profundo para sua boa compreensão, muito embora a reflexão sobre o positivismo contemporâneo seja impressionantemente escassa no direito brasileiro.

## 8 - Considerações finais

De todo o exposto, pretendemos apresentar uma evolução do pensamento positivista ao longo de sua elaboração e as mais diversas vertentes que ele tomou ao longo do tempo.

Afastadas algumas visões distorcidas do juspositivismo, chegamos à conclusão de que ele não morreu com Kelsen, nem com o surgimento de um novo modelo de Estado e de constituição pós Segunda Guerra. A produção contemporânea do positivismo é vastíssima, e o debate sobre a incorporação e separação entre moral e direito parece estar longe do fim, dando-se, como visto, no próprio seio do positivismo jurídico.

Inexplicavelmente o debate positivista contemporâneo tem sido ignorado por grande parte da doutrina brasileira, fazendo com que nomes como Raz e Waluchow sejam praticamente desconhecidos aqui. No entanto, sua relevância no debate da teoria do direito é inegável. Não há razões para considerá-lo uma teoria ultrapassada, sucumbida numa crise. Tais afirmações só se sustentam caso se desenhe o positivismo de maneira caricaturada e vinculada a determinadas correntes positivistas do século XIX, superadas, há muito, pelo pelos principais positivistas do século passado.

## Bibliografia

ALDAY, Rafael Escudero. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporacion de la moral*. Madrid: Civitas, 2004.

ALEXY, Robert. "On the concept and the nature of Law" In *Ratio Juris*, vol. 21, n. 3, 2008

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. [1832] London: Weindenfeld and Nicolson. Trad: Juan Ramon de Páramo Argüelles, *El objecto de la jurisprudencia*. Madrid: CEC, 2002.

BARCELOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, nº21, p. 209-220, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, Tom. “El sentido del positivismo jurídico” *Doxa*, n.25, 2002.

CARBONELL, Miguel. “Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchís” *Isonomia*, n. 8, 1998.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006

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

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FARREL, Martin. Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Doxa*, nº22, p. 121-128, 1998

FERRAJOLI, Luigi. Positivismo crítico, derechos y democracia. *Isonomia*, n. 16 p. 7-20, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade e moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. [1961] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [1960]. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *O que é justiça?* [1941] A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. [1945] São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MORESO, José Juan. En defensa del positivismo inclusivo. In *La relevância del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. NAVARRO, Pablo; REDONDO, María Cristina (Org) Barcelona: Gedisa, 2002.
- NAVARRO, Pablo. "Tensiones Conceptuales en el Positivismo Jurídico". *Doxa*, n. 24, 2001.
- PALÁ, Pedro Rivas. *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*. Madrid: Civitas, 2007.
- PINO, Giorgio. "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States". *Law and Philosophy*, 18, p. 513-536, 1999.
- RAZ, Joseph. *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. Authority, Law and Morality. *The Monist*, nº 68, p. 295-324, 1985
- \_\_\_\_\_. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- SCHAUER, Frederick. The Jurisprudence of Reasons. *Michigan Law Review*, nº85, p. 847-870, 1987
- \_\_\_\_\_. *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Direito (Primeiras Lições)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a.
- \_\_\_\_\_. Hans Kelsen. *Ensaio Introdutório (2001-2005)*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007b
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- WALUCHOW, Wilfrid J. The many faces of legal positivism. *University of Toronto Law Journal*, nº48, p. 337-450, 1985

\_\_\_\_\_. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

\_\_\_\_\_. Legal Positivism, inclusive versus exclusive. In E. Craig (Ed) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 2001.

---

[1] DIMOULIS, 2006, p. 68.

[2] BOBBIO, 1999, p. 239.

[3] DIMOULIS, 2006, p. 69.

[4] PALÁ, 2007, p.17

[5] Ibid, p.18

[6] BENTHAM, 1989, p. 3

[7] Ibid

[8] AUSTIN, [1832], p.26.

[9] AUSTIN [1832] p. 188

[10] AUSTIN, [1832], p. 301.

[11] SGARBI, 2006, p. 35.

[12] KELSEN, [1941], p. 225-226.

[13] Ibid, p. 232

[14] Ibid, p. 233

[15] KELSEN, [1960], p. 100.

[16] KELSEN, [1960], p. 217-221

[17] Ibid.

[18] SGARBI, 2007b, p. 13.

[19] Ibid, p. 14.

[20] Ibid, p 15.

[21] KELSEN, [1960], p. 224-228.

[22] KELSEN, [1960], p. 245

[23] Ibid, p 246.

[24] Ibid, p.247.

[25] Ibid, p.248.

[26] HART, [1961], p. 99.

[27] Ibid, p. 121.

[28] Ibid, p. 139.

[29] Ibid, p. 148.

[30] A vinculação de discricionariedade e zona de penumbra aparece com certa nitidez na edição inicial de *O Conceito de Direito* (1961), mas é apresentada em termos mais flexíveis em escritos posteriores como em “Positivism and the separation of Law and Morals” (1991). Nesse sentido, veja-se WALUCHOW, [1994], p.247 e seg.

[31] BOBBIO, 1995, p. 233-237

[32] Cfr. “O papel do positivismo jurídico no estado constitucional contemporâneo”. In Anais do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito no Brasil CONPEDI, 2007.

[33] Nesse sentido, veja-se WALUCHOW, 2001.

[34] BOBBIO, 1995, p. 235

[35] ROSS, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law” in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, apud PINO, 1999, p. 522.

[36] PINO, 1992, p. 523

[37] DIMOULIS, 2006, p.262

[38] KELSEN, 2003, p.02

[39] SGARBI, 2007a, p. 717

[40] SGARBI, 2007a, p. 719.

[41] PINO, 1999, p. 524

[42] PINO, 1999, p. 525

[43] DWORKIN, 2002.

[44] Ressalte-se que, sob o nome de “teorias neoconstitucionalistas” encontram-se teorias de cunho antipositivista bem como teorias positivistas, e por essa razão a paradigmática obra de CARBONELL (2003) se refira a neoconstitucionalismo(s). Todavia, no Brasil o termo é freqüentemente empregado como sinônimo de pós-positivismo.

[45] Nesse sentido, veja-se ALEXY, 2008,

[46] ALDAY, 2004.

[47] WALUCHOW, 2001.

[48] RAZ, 1985, ,p. 299.

[49] WALUCHOW, [1994], p. 59.

[50] SHAUER, 1998.