

SERVIRÁ O POSITIVISMO JURÍDICO PARA “DESCASCAR ABACAXIS”?

WILL LEGAL POSITIVISM SERVE TO “PEEL PINEAPPLES”?

*Temis Limberger**
*Celito de Bona***

RESUMO

Considerando a incorporação da Moral no Direito brasileiro em vários *hard cases* jurídicos, criando soluções adequadas por meio da discricionariedade judicial ao decidir, objetiva-se indagar se o positivismo jurídico, em alguma de suas mais variadas modalidades, serve a contento para aquele intento, ou se sua impossibilidade é ensejadora de substituição por um novo sistema jurídico. Para tanto, procede-se à revisão bibliográfica das principais escolas e sistemas jurídicos positivistas que os ordenamentos jurídicos ocidentais conheceram, entre os séculos XIX e XXI, por meio de uma metodologia hermenêutico-fenomenológica. Desse modo, observa-se que incorporar a Moral ao Direito significaria superar o relativismo moral ao conceber uma Moral absoluta numa escala de valores presumida, o que não ocorre por ausência de legitimidade judicial. Permite-se concluir que Hans Kelsen continua correto em sua reflexão e prescrição

* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de graduação e pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Avaliadora *ad hoc* da *Revista de Direito do Consumidor*, da *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, da *Revista Quaestio Iuris*, da *Revista Direito Público* e da *Revista Interesse Público*. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (IBDE), da Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) e da Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional. Orientadora de Mestrado e Doutorado. E-mail: temisl@unisinos.br.

** Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado *lato sensu* em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), e em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense (Unipar). Professor efetivo do curso de Direito da Unioeste, *campus* de Marechal Cândido Rondon. E-mail: celitodebona@hotmail.com.

doutrinária: juízes e tribunais devem aplicar a lei e a Constituição (ou fazer o controle de constitucionalidade), e que isso não deve ser considerado imoral, sem desconsiderar que as reflexões sobre questões de Moral e Justiça nunca deixaram de ser relevantes, mas atuam na área de uma efetiva participação política.

Palavras-chave: Direito; Positivismo; Lei; Moral; Discricionariedade.

ABSTRACT

Considering the incorporation of Morality into Brazilian Law in several legal cases, creating adequate solutions through judicial discretion in deciding, it is sought to inquire whether legal positivism, in any of its most varied forms, serves to content, for that attempt, or if its impossibility is conducive to substitution by a new legal system. To this end, a bibliographical review is carried out of the main schools and legal systems of positivism that the Western legal systems knew, from the nineteenth to the twenty-first century, through a hermeneutic-phenomenological methodology. In this way, it is observed that incorporating Moral in Law would mean overcoming moral relativism, in conceiving an absolute morality on a presumed scale of values, which does not occur due to lack of judicial legitimacy. It is possible to conclude that Hans Kelsen is still correct in his reflection and doctrinal prescription: judges and courts must apply the law and the Constitution (or make constitutional control), and that this should not be considered immoral, without disregarding that the reflections on issues of Morality and Justice never cease to be relevant, but act in the area of effective political participation.

Keywords: Law; Positivism; Law; Morality; Discretionary.

INTRODUÇÃO

Hard cases são casos de difícil solução no mundo do Direito e, frequentemente, envolvem mais de um princípio jurídico que colidem entre si, exigindo uma tarefa hercúlea do juiz para sua solução, segundo a doutrina de Ronald Dworkin (2002). Se conhecesse a língua portuguesa e vivesse no Brasil, talvez tivesse utilizado a expressão “um pepino para resolver” ou “um abacaxi para descascar”, expressões populares que significam problemas de difícil solução e que ninguém quer resolver – algo equivalente a *hard case*. Isto porque o abacaxi é difícil de descascar (e todos querem consumir) e o pepino possui uma qualidade que dificulta(va) a digestão¹.

O trabalho que se pretende desenvolver envolve um “abacaxi” (a ser) des-

¹ Atualmente tais dificuldades já foram superadas, mas as expressões remanescem no populacho.

casgado² pelos juristas brasileiros, ao se analisar a forma como foi descascado e como poderia ser, à luz de várias das correntes do positivismo jurídico, sendo importante objeto de estudo da Filosofia Jurídica. Não se trata, evidentemente, de uma tarefa fácil, pois, afinal, o que se entende por um abacaxi perfeitamente descascado? Da mesma forma, como compreender um sistema jurídico perfeito? Será ele totalmente isento de falhas que não podem ser corrigidas, ou a existência de alguma falha incorrigível já é motivo suficiente para abandoná-lo? E seu abandono significa a adoção de qual outro sistema jurídico? O fato de haver eventuais falhas ou resquícios de casca não significa que a técnica utilizada não seja adequada, pois já serve ao consumo e à degustação para alguns. Para outros (e sempre haverá os intolerantes com as ranhuras da casca do fruto, olvidando todo o resto, e geralmente aqueles que reclamam são aqueles que não o descascam), não se poderá consumir, cabendo-lhes a tarefa de *criticar* ou reclamar. Tomar-se-á essa posição crítica, não de quem julga, mas de quem *aponta as falhas*, esquecendo todos os outros julgados em que houve *acerto*, eis que se busca a reflexão para possíveis melhoramentos.

Isto porque, ao contrário do consumo do abacaxi, não se pode *engolir* um sistema que admita eventuais falhas, pois, ainda que em um número de casos mínimos, comparado ao total, estes poderão ocorrer com adversários, aliados ou consigo mesmo – e a indignação deve ser a mesma, dentro de um Estado Democrático de Direito, sem que se admita qualquer exceção (e nem transformar a exceção em regra!).

Para tanto, adota-se uma metodologia hermenêutico-fenomenológica, eis que se busca compreender o fenômeno para descrevê-lo de modo sistematizado, atribuindo-lhe sentido e coerência. Assim, por meio de uma revisitação bibliográfica em teorias e escolas positivistas importantes na história do direito ocidental entre os séculos XIX e XXI, verificar-se-á qual seria a solução dada por elas a esses questionamentos. Ao final deste, têm-se duas certezas acerca desse intento: a do êxito no questionamento e a da possível discussão crítica sobre a resposta adequada apresentada à indagação se a Moral pode ser incorporada ao Direito e como isso se dá.

O ABACAXI A DESCASCAR: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 608.482-RN E O ADVENTO DA INCORPORAÇÃO DA MORAL AO DIREITO

O Recurso Extraordinário n. 608.482-RN mostra-se paradigmático e é mais um caso que chama a atenção da doutrina brasileira por ocasião das razões que motivaram os ministros a decidir sobre questões de difícil solução. Com maior

² Destaque-se que não se tenta utilizar uma *linguagem facilitada* para a compreensão da problemática, ou não é cabível a crítica de, neste trabalho, “não se levar a sério” a questão. Como se verificará, trata-se apenas de uma *licença poética* na exposição do tema.

atenção, tiveram de decidir em quais casos se deve ou não respeitar a investidura de um servidor por decisão judicial. À luz da filosofia do direito são cabíveis questionamentos acerca do sistema jurídico adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no nível epistemológico. Especificamente, cabe aferir *a que espécie de positivismo jurídico* o mencionado tribunal guardião da Constituição Federal se filia, se é que se isso ocorre na prática. É o que se pretende verificar tendo como objeto este trabalho. Antes, porém, é mister compreender o caso, o que se fará a partir da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido (STF, RE 608.482-RN, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 07/08/2014).

No caso, trata-se de concurso público para provimento do cargo de agente da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte em que a candidata, durante o exame físico (segunda etapa), foi considerada inapta por não obter o rendimento esperado em uma das provas; de 20 abdominais, consoante previsto no edital do certame, apenas 19 foram consideradas válidas. Proposta ação cautelar e liminar concedida, reingressou no certame somente após a terceira fase (teste psicotécnico) sem participar regularmente desta, ou seja, além de ter reprovado em uma das fases, não fez a terceira, mas apresentou exame particular para sua substituição. Ainda de forma precária (pois a manutenção da liminar assim é considerada pelo ordenamento jurídico), tomou posse e participou do curso de formação da carreira, obtendo, entretanto, excelente resultado.

Observa-se ainda que sua condição física foi atestada e comprovada no curso de Educação Física do Curso de Formação de Agentes policiais, com nota 9,5. Consta dos autos que no exercício da função obteve comportamento ilibado e não

demonstrou, até então, qualquer impedimento ou limitação de ordem física ou psicológica, sequer havendo inquérito administrativo contra ela, exercendo o que se espera de um bom funcionário público na área de segurança pública. Desde que obteve as decisões liminar e de mérito favoráveis em primeira e segunda instâncias, sempre com os respectivos recursos de inconformidade pela Procuradoria do Estado potiguar, até a decisão pelo Plenário do STF, passaram-se mais de 14 anos em que a funcionária se encontrava em tais funções, com a ciência de título precário, por sua iniciativa jurídico-processual e com a “autorização” do Poder Judiciário, eis que não havia transitado em julgado a questão. Importa mencionar também que a União Federal ingressou na demanda como *amicus curiae*.

As decisões dos ministros do STF merecem destaque para a compreensão de seus argumentos e êxito deste trabalho. A iniciar pelo relator, Ministro Teori Zavascki, arguiu que a então funcionária pública: a) estava no cargo a título precário por conta de sua própria iniciativa, e não do poder público; b) qualquer investidura no serviço público em análise deve se dar pela prévia e regular aprovação em concurso público; c) as decisões do próprio Tribunal a que pertencem, em precedentes da 1ª e 2ª Turmas, são contrárias à investidura em cargo previsto em concurso público por ocasião do advento temporal, com a não aplicação da teoria do fato consumado; d) sopesando valores e interesses em conflito, deverão prevalecer os do público sobre o do privado; e) alegando os efeitos previstos nos então vigentes arts. 475-O e 811 do CPC de 1973 (vigente à época), em que a decisão liminar fosse revogada, seus efeitos seriam também revogados, com a restituição ao *status* anterior (efeitos *ex tunc*), ficando o responsável, no caso a autora, pelos danos oriundos da proposição da medida, por ter consciência dos riscos inerentes; f) o atendimento do pedido poderia prejudicar o interesse de outro candidato à época (e disso não se tem conhecimento nos autos, ao que se depreende), preterido pela propositura da ação e prosseguimento normal do certame. Ao final, como se denota, votou pelo provimento do Recurso Extraordinário proposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, para julgar improcedente o pedido da candidata, sem prejuízo dos salários e vencimentos desta, até a data do julgamento.

Em voto divergente do Relator, o Ministro Roberto Luís Barroso divergiu no sentido de que: a) nem sempre haverá de prevalecer o interesse público ao privado, em fazer prevalecer em todos os casos o concurso público, eis que em algumas situações poderão ocorrer distorções ou mesmo colisões de normas constitucionais; b) não há que se conceder os mesmos efeitos provisórios a uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão definitiva de segunda instância; há uma sensível diferença entre ambas e devem ser levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto; c) o princípio da proteção da confiança nos órgãos judiciais que confirmam, e por tanto tempo, como nos autos, que deve, sim, ser considerada legítima a expectativa

criada em cidadãos de boa-fé por atos estatais em geral, incidindo, obviamente, a prestação jurisdicional.

Não obstante tais argumentos divergentes, o Ministro Barroso apresentou ainda *proposta de parâmetro específico de ponderação*, considerando a necessidade de criação de orientação clara e objetiva para casos semelhantes, considerando se tratar de atuação do STF em sede de repercussão geral. Nesse sentido é a sua proposta de redação:

No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.

Explicando os fatores, tem-se que o primeiro corresponde ao tempo decorrido entre as decisões judiciais contraditórias, em que se fortalece a expectativa de proteção da posse em cargo público, notadamente por aplicação analógica do art. 54 da Lei n. 9.784/99³; o segundo se refere à constatação da boa-fé do jurisdicionado, expressada pela ausência de ato protelatório no processo para que esse prazo se consuma, contribuindo para a criação de uma estabilidade do sentido da decisão judicial proferida, embora não transitado em julgado; e o terceiro fator corresponde à aplicação analógica da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que prevê que a condenação “proferida por órgão judicial colegiado” consiste em hipótese de inelegibilidade do respectivo candidato (redação conferida ao art. 1º, I, e, da Lei Complementar n. 64/90).

Complementando esse entendimento, o Ministro Luiz Fux ressaltou que “uma pessoa que está há quatorze anos num cargo, dependendo da idade, nós vamos colocá-la à margem da funcionalidade, à margem do mercado de trabalho (*sic*)”. Já o argumento do Ministro Marco Aurélio de Mello foi no sentido de criticar atos que apontam para uma verdadeira “aposta” de que o Poder Judiciário não julgará com celeridade e poderia haver a prevalência da teoria do fato consumado, em detrimento da norma constitucional de exigência de regular concurso público para o provimento de cargos que o exigem. Na sequência, interessante é a admissão que o próprio Ministro Roberto Barroso faz de que, se aquele mesmo processo tivesse um prazo de apenas 2 anos – e não de 14 –, a sua decisão certamente seria em sentido inverso.

³ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Na continuidade da votação, a Ministra Rosa Weber acompanhou o relator, ressaltando que a então candidata, quando da realização do concurso público, deixou de fazer a terceira etapa do certame, obstruindo este, melhor instrumento para a escolha dos melhores candidatos para a função pública e previsto constitucionalmente.

Na sua vez de apontamento do voto, o Ministro Luiz Fux explicou que não se tratava de uma burla a concurso público, mas de uma correção da própria avaliação, tanto que o motivo da reprovação da candidata se demonstrou tão teratológico que ela obteve a nota 9,5 na aprovação da disciplina de Educação Física na escola de formação, ou seja, não seria um abdominal que a iria reprovar; ademais, a ausência de exame psicotécnico estaria superada pelo tempo em que se manteve no cargo (14 anos) sem que houvesse uma falta disciplinar ou mesmo a instauração de um processo administrativo em todo o período. Além disso, o Ministro seguiu o entendimento da tese da segurança jurídica adquirida em duas decisões de mérito (primeira e segunda instância), sendo esta uma “tendência mundial”, segundo ele, que assegura ao jurisdicionado confiança nos órgãos judiciais por seu comportamento escorreito e de boa-fé, acompanhando, portanto, o voto divergente.

Já os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então vice-presidente e no exercício da presidência do Tribunal) acompanharam o relator, provendo o recurso extraordinário e julgando improcedente a ação.

Diante de tais argumentos, cabe indagar acerca do acerto ou não da fundamentação dos dignos ministros do tribunal guardião da Constituição. Em que pese os votos divergentes, não há como negar que eles se enquadram como exercendo uma grande “força moral”, de acordo com o senso comum, provendo um senso de justiça no caso concreto, em que qualquer leigo em assuntos jurídicos acreditaria estarem com razão e que a tese vencedora apresenta uma grande “injustiça”, pois o que se deixou de apreciar foi se o mencionado tribunal corrigiu um erro praticado no concurso público, considerando que o preenchimento dos requisitos formais do certame não atestaram aquilo que se deveria atestar: a capacidade física e psíquica do candidato para ser merecedor do cargo, o que comprova que o mesmo, da forma como elaborado, não foi (ou é) capaz de apontar quais candidatas foram (ou são) os mais preparados para uma atuação eficiente no exercício continuado da função pública, pois se verificou em momento posterior que a candidata possuía aquilo que não foi verificado na data da prova.

Assim, cabe indagar se o preenchimento dos requisitos formais do certame deve prevalecer em todos os casos, sem exceção, ou se existem determinadas circunstâncias que deveriam ser flexibilizados, apesar de não haver uma rega

explícita, mas moralmente aceita. Como se deve solucionar tais questionamentos? Para tentar responder a essas questões deve-se procurar compreender as correntes positivistas de pensamento utilizáveis pelos magistrados na aplicação do Direito. Nesse sentido, passa-se a revisitar o positivismo jurídico em suas mais variadas conotações à luz desse emblemático caso paradigmático.

O POSITIVISMO JURÍDICO ANTERIOR A HANS Kelsen E HERBERT HART: O POSITIVISMO EXEGÉTICO E SUAS REAÇÕES

Visando superar a incerteza, insegurança e vagueza do jusnaturalismo ou Direito Natural, que se aplicava na Europa até início do século XIX, por ocasião do pensamento jus-racional, surge a Escola da Exegese⁴, na França, influenciando vários sistemas jurídicos no mundo ocidental, como o Brasil. Não foi fruto de um fato histórico isolado, mas concebido pelo pensamento de vários juristas, em que alguns deles compuseram uma Comissão para a elaboração do Código Civil francês de 1804, que teve como membros Tronchet, Maleville, Bigot-Prémeneau e Portalis como presidente, durante o período napoleônico. Importa mencionar que as efervescências sociais de então não permitiam que se admitisse outro sistema de direito que não algum que fosse objetivo, sepultando a tendência ao subjetivismo de valores e regras morais e historicamente aceitas pela sociedade, como ocorria com o *common law*.

De acordo com Castanheira Neves,

Designa-se por “escola da exegese” (L'école de l'exégèse) uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que substituiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós-revolucionária. Caracterizava-se, no seu sentido mais geral, por entender o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos – no *Code civil* antes de mais, pois a E.E. liga-se sobretudo à obra de civilistas – e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva (1995, p. 181).

⁴ “A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em produzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio código. A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador (veja-se, por exemplo, *a escola dos glosadores*, que constitui na Idade Média a primeira fase do desenvolvimento do direito comum fundado na compilação justiniana)” (BOBBIO, 2006, p. 83).

Segundo o jurista português, os três postulados dessa escola seriam: a) a identificação do direito com a lei, eis que se viria a traduzir historicamente na concepção estatista do direito que comumente lhe é imputada; b) a exclusividade da lei como critério jurídico, eliminando assim o problema das fontes do direito; “a lei não é só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo” (idem); e c) a suficiência da lei para dar solução a todos os casos jurídicos.

Já de acordo com Norberto Bobbio (2006, p. 78 e ss.), as principais causas históricas de seu advento são representadas em cinco pontos. A primeira se assenta no próprio fato da codificação que o sistema deveria adotar, para eliminar as controvérsias mais emblemáticas no objetivo da resolução das questões. Seria o código a fonte mais curta e simples, bastando consultá-lo para os operadores do direito dizerem o direito, desprezando outras fontes mais complexas e de difícil manuseio, como o costume, a jurisprudência e a doutrina.

Uma segunda justificativa seria a mentalidade dos juristas, em que se invocava o princípio da autoridade. Bastando a aprovação pelo legislador e o processo legislativo concluído, aplicar-se-ia a lei, sem dar margem a discussões maiores no âmbito do processo. Bastaria ao magistrado aplicar a lei sem inferir juízos axiológicos sobre o tema que a segurança e certeza jurídicas estariam mais garantidas.

A terceira razão jurídico-filosófica de fidelidade ao código seria a doutrina da separação dos poderes, de cunho ideológico moderno na estruturação dos Estados de mesma época. Não poderia o juiz *criar* o direito, mas tão somente aplicá-lo.

O princípio da certeza jurídica surgia como outro motivo ideológico, em que “os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento” (BOBBIO, 2006, p. 79). Isso somente é alcançável com um corpo estável de leis cuja aplicação é garantida pelo Estado e não em critérios diversos, que surpreendam de alguma forma os cidadãos, não lhes permitindo se comportar tal como determina o ordenamento.

Por sua vez, um argumento de natureza política, as pressões exercidas pelo regime napoleônico, principalmente naquilo que se transformariam as Escolas de Direito, cujo conteúdo é dominado pelas leis positivas, a ponto de Bugnet ter declarado certa vez: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão” (*apud* BOBBIO, 2006, p. 82).

Nenhum problema existiria com essa escola se realmente o Direito fosse completo e desse a resposta a todas as questões. Como se sabe, podem existir lacunas no ordenamento. E esse é o ponto capital de (quase) todos os sistemas jurídicos positivistas. Para a *École d’Exegese*, com fundamento no art. 4º do *Code Civil* francês, “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité*

ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Então, havendo lacunas manifestas, e proibida a denegação de justiça, o juiz deveria preencher autônoma e constitutivamente de forma racional. Mas isso significa que as leis naturais ou morais poderiam ser invocadas na construção de dita racionalidade por parte do magistrado?

Uma das características dessa *École* é, segundo Bonnacase (1944, p. 139 e ss.) a inversão das relações tradicionais entre o Direito Natural e o Direito Positivo⁵, eis que, inspirado em Demolombe, existindo o Direito Natural a par do Positivo, enquanto aquele não for incorporado por este, deve ser considerado irrelevante para o jurista. Ainda, se as regras do Direito Natural não foram sancionadas, sequer indireta ou implicitamente pela lei, o juiz não poderia se pautar por elas. Qualquer decisão judicial deveria pautar-se exclusivamente por meio da coerência da própria lei positiva. Para essa escola, "(...) o papel do intérprete é o de tirar dos textos legais, através de processos lógicos e racionais, a solução para todos os casos" (MONTORO, 2013, p. 428).

Essa escola de pensamento e comportamento jurídico dominou por quase um século a cultura jurídica francesa e também nações por ela influenciadas, direta ou indiretamente. Bonnacase a distingue em três nítidos períodos: um primeiro período de instauração, que foi de 1804 a 1830; um segundo, de seu apogeu, de 1830 a 1880; e o de seu declínio, indo de 1880 a 1890.

Com a publicação, em 1899, do *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, de F. Gény, que na sua primeira parte lhe movia uma crítica detida e concludente, a sobrevivência da E.E. estava, no entanto, condenada. Iniciava-se, então, com o próprio Gény e Saleilles, o que os autores franceses designam por "*l'école scientifique*": uma compreensão translegal do direito, nos seus fundamentos, na sua constituição e mesmo na sua investigação, a partir de um inequívoco reconhecimento dos limites e da insuficiência normativo-jurídica da lei (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 190).

A partir daí tem-se a constatação de que o jusnaturalismo era efetivamente superado histórico-culturalmente enquanto filosofia prática e não havia como (voltar a) ser a base axiológica absoluta da lei. O legalismo da escola de exegese se mostrava cada vez mais superado com a dinamicidade de uma sociedade industrial que exigia uma atualização legislativa adequada aos fatos sociais da época. Os códigos mostravam-se precários e lacunosos, e se reconheceu a distinção entre o Direito e a lei. Isto porque

⁵ Outras características apresentadas por Bonnacase seriam a concepção rigidamente estatal do Direito, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, o culto do texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade.

O “*fétichisme de la loi écrite et codifiée*” (Gény) cessou com o reconhecimento da distinção entre direito e a lei, na intenção normativa, nos critérios hermenêutico-normativos, na indispensável integração e no aberto desenvolvimento extralegal da normatividade jurídica – e do mesmo modo a jurisprudência, bem longe de ser “*la bouche de la loi*”, revelava-se antes um poderoso e indispensável protagonista na histórica constituição do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 190).

Projetam-se, assim, movimentos de reação às amarras metodológicas cognitivas e volitivas da *école d'exégèse*. Com maior ou menor precisão e apuração técnica, originaram-se os denominados modernos sistemas de interpretação, dentre eles os sistemas da evolução histórica, o da livre investigação e o do direito livre, que se passa a estudar sintética e oportunamente. Antes, porém, convém abordar outro sistema deveras importante e que rivalizou com a escola de exegese contemporaneamente, tomando fôlego em ares germânicos.

O *Historicismo Jurídico*, ou Escola *histórica do direito*, teve em Edmund Burke (1729-1797) um de seus principais inspiradores⁶. Apesar de se opor às teorias jusnaturalistas, em especial às de J. J. Rousseau, sustentava o princípio da continuidade histórica. Em seu entendimento, “(...) as instituições políticas baseiam-se na história e na tradição dos povos. É assim grave erro querer subitamente mudá-las com a ajuda de raciocínios abstratos e de carácter universal” (DEL VECCHIO, 1979, p 158).

Apesar de Burke ser um precursor dessa escola, seus fundadores e verdadeiros capitães foram três juristas alemães: Gustav Hugo, Puchta e Savigny, no qual se concentram maiores (ou exclusivos) esforços de compreensão. Baseando-se no colapso do jus-racionalismo iluminista⁷ e na consciência jurídica

⁶ O historicismo jurídico é corolário do historicismo. Este servirá de base àquele na compreensão de seus principais caracteres e foi caracterizado, segundo Norberto Bobbio, pelo “fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata. Procuraremos determinar algumas características fundamentais do historicismo: 1) O sentido da *variedade da história devida à variedade do próprio homem*; (...) 2) O sentido do *irracional na história*; (...) 3) Estreitamente ligada à ideia da irracionalidade da história está a ideia da sua tragicidade (*pessimismo antropológico*); (...) 4) (...) elogio e amor pelo passado; (...) 5) (...) o amor pela tradição, isto é, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular” (BOBBIO, 2006, p. 48-51).

⁷ “Os códigos jusnaturalistas constituíam o triunfo de uma cultura jurídica orientada por uma moral prática. Eles não puderam, no entanto, produzir plenos frutos, porque, quer a ciência jurídica técnica, quer a jurisprudência, não se deixaram arrastar senão à força pelo ímpeto reformador. Por outro lado, estes códigos pagam caro a simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito e que vinculassem a interpretação a comissões ministeriais (Prússia) ou a comissões legislativas (França). Devido a este último facto, por toda a parte, a uma quebra da ciência jurídica do direito comum, quer

popular⁸, a Escola Histórica do Direito, que compreendia não apenas o Direito como História, mas também a ciência jurídica, via na codificação das leis um óbice à evolução espontânea do Direito⁹.

Segundo a Escola Histórica, cada povo tem um *espírito*, uma *alma* sua, que se manifesta em uma numerosa série de produtos. Moral, Direito, Arte, Linguagem, tudo são produtos deste espírito popular (*Volksgeist*). A este propósito, é notável especialmente o confronto entre Direito e Linguagem. Assim como o idioma surge e se desenvolve espontaneamente, sem a intervenção dos gramáticos, os quais só mais tarde lhes fixam os princípios e as regras introduzindo-os dos próprios factos, assim também o direito não é criação do legislador, mas produção instintiva e quase inconsciente, que diretamente se manifesta nos factos jurídicos, depois estudados e submetidos à elaboração reflexiva pelos técnicos ou pelos jurisconsultos. Ao trabalho dos jurisconsultos segue-se a legislação. Esta baseia-se nos costumes preexistentes. Savigny reconhece à lei papel secundário. As leis apenas fixam – senão imobilizam ou cristalizam – os princípios elaborados pela consciência jurídica popular. Esta é a única fonte autêntica e genuína do direito. Daí a aversão de Savigny (e em geral da Escola histórica que o acompanha nesta aversão) pela codificação; os códigos, sínteses sistemáticas de leis, têm maior estabilidade, é certo, mas podem impedir largamente a evolução espontânea do direito. Segundo Savigny, as condições da ciência e da prática do direito não eram então, especialmente nos países alemães, propícias à elaboração dum código (DEL VECCHIO, 1979, p. 160).

Com inspiração filosófica em Schelling e Hegel, essa escola descobriu na historicidade do Direito a historicidade do próprio povo¹⁰. Daí que o Direito não pode

quanto à sua vivacidade interna, quer quanto ao seu impacto externo. É precisamente a partir do sentimento desta decadência e desta falta de objetivos que surge na Alemanha o colapso do jusnaturalismo iluminista, justamente no momento em que o sentido cívico e a renovação cultural se juntaram na ofensiva contra a legislação mecanicista do estado autoritário” (WIEACKER, 2010, p. 396).

⁸ “A ‘Consciência Jurídica Popular’ é um conceito típico que a Escola histórica do direito tirou do historicismo filosófico de Schelling e Hegel, a ponto de se poder dizer que ela não é senão uma aplicação particular das doutrinas daqueles filósofos no campo do direito” (DEL VECCHIO, 1979, p. 159).

⁹ “(...) Segundo Savigny, também a Alemanha, no início do século XIX, encontrava-se numa época de decadência da cultura jurídica; por isto, a codificação, em lugar de remediar os males universalmente lamentados, os teria agravado e perpetuado. Para remediar o estado de coisas existente era ao contrário necessário, segundo o autor, promover vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, a elaboração do direito por obra da ciência jurídica” (BOBBIO, 2006, p. 62).

¹⁰ “A história como um todo é um desvendamento contínuo e progressivo do absoluto; ela é ‘o arquitecto do organismo, o artista criador das artes plásticas, na qual se desvenda a ideia divina do direito’” (WIEACKER, 2010, p. 406).

ser reconhecido como um sistema de leis naturais gerais e a-históricas de qualquer sociedade, ou apenas como o fruto artificial de um legislador que se utilize de sua racionalidade em seu ofício. Outro ponto importante a ser levantado é a influência da ética kantiana em seus principais defensores, que herdaram um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, “do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo” (WIEACKER, 2010, p. 402). Daí a inserção dessa escola como uma das correntes positivistas, sem ser tão legalista e nem centrada na intenção do legislador como foi a *école d'exégèse*. Mas o que se entendia pelo (e no que constituía o) Direito para a escola histórica e qual sua relação com a Moral? Eis a resposta de Savigny:

(...) o direito constitui uma “fronteira dentro da qual a existência e a acção de cada particular obtém um espaço seguro e livre” e a “regra pela qual esta fronteira e este espaço são definidos”. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade à moral; porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas”. Daqui decorre que o direito “domine ilimitadamente na sua esfera” e não tenha que cumprir outra missão que não a da “consagração ética da natureza humana” (WIEACKER, 2010, p. 403)¹¹

No que tange às fontes do Direito, Savigny identifica substancialmente três: o Direito popular, o Direito científico e o Direito legislativo. O primeiro deles é evidenciado pelas próprias sociedades na sua formação, como se observou até então na descrição do Direito costumeiro. O segundo, pelas sociedades mais maduras, designa o trabalho dos professores e juristas ao pesquisarem historicamente ou o direito romano ou o antigo direito germânico, sendo essas uma de suas características, como se verificará adiante. Alcançando coerência com o argumento crítico (e sua refutação) às codificações, está a terceira fonte, típica das sociedades em decadência. Savigny sustentava que

(...) o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha (BOBBIO, 2006, p. 62).

Por sua vez, tomando os traços básicos do historicismo, Norberto Bobbio sintetiza as principais características da Escola Histórica do Direito. Ei-los:

¹¹ Essa influência da ética kantiana, de que o Direito serviria à Moral, nesta escola, demonstra um ponto central neste trabalho, e se verificará como o Direito contemporâneo ainda não conseguiu superar um dos principais pontos de discussão, que é a sua relação com a Moral.

- a) *Individualidade e variedade do homem*: aplicando esse preceito à esfera jurídica, tem-se que o Direito não é uma ideia da razão pura, mas é fruto da História. Assim como todos os fenômenos sociais, o direito nasce e se desenvolve historicamente e, portanto, varia no tempo e no espaço.
- b) *Irrracionalidade das forças históricas*: é nas origens da sociedade, expressas pelas formas jurídicas primitivas, populares, que se encontra um sentimento de justiça e de injustiça, gravado no coração humano. Não é o Direito, dessa forma, o produto de um cálculo racional.
- c) *Pessimismo antropológico*: assim como há uma descrença no progresso humano, há no Direito. Faz-se necessário desconfiar das novas instituições e inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade, consideradas improvisações nocivas. Para isso, é preciso conservar os ordenamentos existentes.
- d) *Amor pelo passado*: para os juristas partidários dessa escola, esse amor significou a tentativa de remontar, para uns, a “recepção” do Direito romano e, para outros, redescobrir, reavaliar e reviver o antigo Direito germânico.
- e) *Sentido de tradição*: para seus adeptos, a Escola Histórica buscava a reavaliação de uma fonte jurídica, o costume, pois as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, sendo formadas e desenvolvidas de forma lenta e gradativa na sociedade, isto é, nascidas diretamente do povo e que exprimem o sentimento e o *Volksgeist*.

Ante tais características e pressupostos, pode-se perceber tanto aspectos positivos como negativos. Ela “foi benéfica na medida em que promoveu a investigação do aspecto histórico do Direito e levou a considerar a sua gênese e o seu desenvolvimento em conexão com as condições particulares de cada povo e com outros fenômenos da vida social” (DEL VECCHIO, 1979, p. 161). Seus defeitos também são evidentes, especialmente ante a atitude passiva em face de todos os produtos históricos.

(...) Mas semelhante adoração ao facto consumado contradiz a exigência crítica da nossa consciência e é a negação de todo o progresso jurídico. Se identificarmos sistematicamente o real com o ideal, excluiremos a possibilidade do progresso. Eis aí, portanto, o ponto onde surgem patentes os erros da Escola histórica e a superioridade das escolas clássicas racionalistas. É de todo o ponto insuficiente a simples observação dos factos propugnada pelo historicismo. Os factos não nos podem dar a noção do direito. O exame dos factos pressupõe uma intuição ideal, porque a escolha e recolha destes, a sua qualificação como fenômenos jurídicos, só é possível à custa dum critério prévio que nos permita distinguir o jurídico do não jurídico (DEL VECCHIO, 1979, p. 161).

Outro aspecto negativo dessa Escola Histórica está na concentração de sua atenção aos costumes e às “fontes de Direito” em geral, olvidando-se que existem fases posteriores, como a legislativa, que absorve os costumes em algum momento, e que, ao contrário de implicar uma expressão de decadência da sociedade, pode importar mais um avanço social, especialmente se fundado numa ética do discurso, por exemplo, quando se depara com um Estado Democrático de Direito. Também negativamente, a dinamicidade e a evolução da sociedade apresentam problemas que devem ser analisados de uma forma que o comportamento histórico ou costumeiro é incapaz de responder.

Por esses e outros motivos, a Alemanha acabou sucumbindo à codificação enquanto sistema jurídico, prevalecendo os argumentos propostos por Thibaut, apresentando vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação alemã, e vantagens jurídicas, eis que uma legislação geral codificada facilitaria as atividades dos juízes, para os estudiosos do Direito e para os cidadãos, pois poderiam contar com uma boa legislação que apresentasse *perfeição formal* (deveria enunciar as normas jurídicas de modo claro e preciso) e *perfeição substancial* (deveria conter normas que regulassem todas as relações sociais). Embora Savigny e Thibaut tenham travado uma polêmica na Alemanha sobre a codificação daquele país, em que os escritos deste último tenham surgido a partir de 1798, em prol da codificação, foi somente em 1900 que a Alemanha editou o *Bürgerliches Gesetzbuch* — BGB, regulando o seu Direito privado, que influenciou várias nações no mundo, inclusive o Brasil. Isso não nega, contudo, a importância da Escola Histórica no cenário jurídico, tornando-se uma adversária positivista de respeito da *École d'Éxegèse*, vigorando contemporaneamente a esta também por quase um século.

Como já aventado, as próprias reações francesas à Escola da Exegese geraram os já mencionados sistemas modernos de interpretação. Passa-se à sua breve análise.

O primeiro deles, o *Sistema da Evolução Histórica*, também foi chamado *Histórico Evolutivo* ou *Escola Atualizadora do Direito*. Saleilles foi seu expoente maior.

A lei deve ser considerada como dotada de vida própria, de modo que corresponda não apenas às necessidades que lhe deram origem, mas também a suas transformações surgidas através da evolução histórica. Diante da lei, o intérprete deve observar não só o que o legislador “quis”, mas também o que ele “quereria”, se vivesse no meio atual. Deve “adaptar-se a velha lei aos tempos novos”, e não abandoná-la. E, assim, “dar vida aos Códigos” (MONTORO, 2013, p. 429).

Por sua vez, o sistema ou a *Escola da Livre Investigação* (ou indagação) inicia, como já mencionado alhures, com a publicação, em 1899, do *Méthode*

d'interprétation et sources en droit privé positif, de F. Géný¹², embora não se possa afirmar precisamente ser este o seu marco inicial, ante as várias vezes que já reivindicavam a superação do método legalista da *école* em França.

Sinteticamente, a lei é a fonte mais importante, entretanto não é a única, de acordo com Géný. “Diante de uma lacuna na legislação, o intérprete deve recorrer a outras fontes, e não violentar a lei para forçá-la a dizer o que ela não pode ter previsto, como pretende a doutrina da evolução histórica” (MONTORO, 2013, p. 429’-30). Tais fontes reportadas são o costume, a jurisprudência e a doutrina. Contudo, sendo elas insuficientes, como se ele fosse o legislador, caberá ao magistrado “criar” a norma aplicável, no qual despenderá do método da livre investigação científica. Essa metodologia investigativa deve ser “livre” por parte do jurista, eis que não estará sujeito às fontes formais, e “científica” porque ele não deve fundar-se em critérios subjetivos, mas objetivos.

O lema adotado por Géný, inspirado por uma célebre frase de Rudolf von Jhering, para caracterizar sua doutrina, autorizando o magistrado a agir *praeter legem* e não apenas *secundum legem*, tornou-se famoso: “Pelo Código Civil, mas além do Código Civil”¹³. Já se preocupando com o que poderia ocorrer com a aplicação dessa corrente nos tribunais pátrios, em tom profético, Carlos Maximiliano advertia:

(...) Como todas as palavras têm significação, não deixa de ser perigoso autorizar *expressamente* o juiz a transpor as raias da sua competência de simples aplicador do Direito. Se o fazem também *criador*, embora com restrições severas, ele pouco a pouco as irá solapando e suprimindo; já Montesquieu observara que todos os poderes constitucionais tendem a exagerar as próprias atribuições e invalidar o campo da alheia jurisdição. No Brasil, sobretudo, em que o Judiciário é o juiz supremo da sua competência, se fora autorizado a legislar em parte, não tardaria a fazê-lo em larga escala. Há inúmeros exemplos de tentativas desse poder para se sobrepor aos outros em todos os sentidos, até mesmo na esfera política; e a ditadura judiciária não é menos nociva que a do Executivo, nem do que a onipotência parlamentar (MAXIMILIANO, 1993, p. 70-1).

Mesmo os adeptos dessa escola receavam o perigo e limitavam o campo de aplicação de seus ensinamentos. Não seria qualquer magistrado que poderia ter o poder criador do Direito e em qualquer hipótese ou instância. Nesse sentido:

¹² Apesar de iniciar com esta obra, seu pensamento se complementa em seu segundo livro, *Science et technique en droit privé positif*, de 1913.

¹³ “Salleiles, com acerto indiscutível, prefere inverter a fórmula, e proclamar – *Além do Código Civil, mas pelo Código Civil*” (MAXIMILIANO, 1993, p. 71).

Os próprios corifeus da nova escola receiam o perigo e limitam o campo de aplicação dos seus ensinamentos. Não admitem que se formule regra específica em qualquer hipótese e em todas as instâncias, acerca de minúcias e perante juiz de pouca importância não provada cultura geral; reservam a prerrogativa para os casos sérios, decididos por magistrados de responsabilidade e longa experiência da vida (MAXIMILIANO, 1993, p. 71).

Mesmo com essas críticas, o que resta de positivo dessa corrente é o fato de que mesmo a liberdade criadora do juiz em determinados casos, em que haja lacuna no ordenamento, a livre investigação científica deve ser objetiva e não subjetiva, afastando, assim, imposições morais que o magistrado tenda a cultivar.

Finalmente, o *Movimento do Direito Livre*¹⁴ encontra em H. Kantorowicz sua principal voz, ao publicar (com o pseudônimo Gnaeus Flavius) a obra *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (A luta pela ciência do direito), em 1906, e em que se afirmou nas primeiras três décadas do século XX. Se a Escola da Livre Investigação Científica foi um grande passo em busca de se livrar das amarras da intenção legislativa pelos juristas (mas mantinha, como pressupostos, a estrita objetividade na livre investigação do Direito e a incondicional obediência à lei), esse movimento buscou sua *total libertação*, permitindo até mesmo se decidir *contra a lei* em determinados casos, na busca de uma obtenção da justiça, tendo o lema *apesar da lei*¹⁵, como mais bem explicado adiante.

Combateu o positivismo exegético ao repudiar seus postulados fundamentais, nos quais merecem destaque, segundo Castanheira Neves (1995, p. 194 e ss.):

- a) Ao postulado do legalismo estatista sustentou a necessária existência de fontes extralegais, especialmente os costumes sociais ou jurídicos, que brotavam espontaneamente na consciência do povo.
- b) Ao postulado da plenitude lógica do sistema jurídico, constatou-se a natureza radicalmente lacunosa da lei, tanto nos domínios por ela regulados quanto na linguagem.

¹⁴ Castanheira Neves (1995, p. 193) trata de *movimento* e não de *escola*, “considerada que seja a sua índole sobretudo polêmica e militante e não sistematicamente organizada”.

¹⁵ “Kantorowicz (...) induz o magistrado a buscar o ideal jurídico, o *Direito justo* (*richtiges Recht*), onde quer que se encontre, *dentro ou fora da lei*, na ausência desta ou – a *despeito* da mesma, isto é, a decidir *praeter* e também *contra legem*: não se preocupe com os textos; despreze qualquer interpretação, construção, ficção ou analogia; inspire-se, de preferência, nos dados sociológicos e siga o determinismo dos fenômenos, atenha-se à observação e à experiência, tome como guias, os ditames imediatos do seu sentimento, do seu tato profissional, da sua consciência jurídica” (MAXIMILIANO, 1993, p. 73).

- c) Ao postulado do Direito como entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável, em que o Direito era constituído de modo teórico-conceitual e o pensamento jurídico era conhecido e aplicado de modo teórico-analítico, o Movimento do Direito Livre afirmava algo bem ao contrário:

(...) o direito e o pensamento jurídico pertenceriam à esfera axiológico-normativa e prático emocional; que, como intenção e função prático-normativas, tinha a ver diretamente com a vida e com as exigências da realidade social, pois só aí surgiam os problemas jurídicos e era no interesse das mesmas vida e exigências sociais que esses problemas deviam ser resolvidos; que o direito em geral e do mesmo modo qualquer decisão jurídica concreta implicavam uma valoração prática, não podendo por isso realizar-se a sua aplicação sem actos concretos de valoração (autónomos de juízos de valor e actos emocionais-volitivos); que o direito, numa palavra, pertenceria, não à razão teórica, mas à *razão prática* (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 197).

Ante essas refutações ao Direito positivista, que priorizava a lei, pode-se acentuar algumas de suas principais características. A primeira delas é a realização histórico-social do Direito, eis que quase todos os pensamentos legislativos surgiram a partir de decisões judiciais, ou seja, estas seriam o solo fértil em que se determinam os argumentos para a formação do pensamento do próprio legislador. Assim, o Direito não seria um sistema de normas, mas uma totalidade de decisões.

A segunda característica que se apresenta é que o fundamento criador do Direito não se encontra na razão, mas na vontade, “impulsionada pela emocional intuição axiológica (*antirracionalismo* ou *irracionalismo*), pela intuição concreta do justo, pela consciência jurídica ou pelo sentimento do direito” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 199), sempre visando à obtenção de um resultado prático mais razoável, mais equitativo e de maior justiça. A Moral, para esse movimento, seria perfeitamente admissível, como se percebe, podendo o magistrado utilizá-la como fonte ou recurso nos casos concretos, inclusive como justificativa para afastar a lei que a contrariasse (como se verificará mais adiante).

Dessas características advém a próxima, em que tanto a lei como a racionalidade normativa são consideradas expedientes complementares ou de justificação posteriores, pois a decisão justa é priorizada. E, finalmente, a mais emblemática e notória característica é a legítima possibilidade de decidir mesmo *contra legem*, ainda que dentro de certos limites e com racionalidade e coerência. A tarefa de integração da lei era exigida em condições ilimitadas, para esse mo-

vimento, mas para *alterar* a lei, somente em termos limitados, especialmente quando se deparasse com alguma lesão de tamanha gravidade na aplicação de uma lei específica que afetasse o próprio sentimento do Direito. Tal decisão, portanto, seria considerada um mal socialmente menor do que a aplicação da lei que corroborasse uma lesão à harmonia social e que criasse algum sentimento de injustiça. Nesse sentido, citando Reichel:

O juiz é obrigado, pela própria razão do seu cargo, a afastar-se conscientemente de um preceito legal quando este se encontra de tal modo em contradição com o sentimento moral comum que, a mantê-lo, correria maior perigo a autoridade do direito e da lei do que da inobservância desse preceito (*apud* CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 200).

Não se nega que esse movimento pôs em evidência e exigiu maior reflexão sobre a formação dos juízes, com um cabedal de conhecimento mais humanizado, não tão específico na formação jurídico-dogmática, mas uma experiência de vida e nas mais variadas ciências, para que tenham sensibilidade e empatia humanas na “arte” de decidir. Porém, também a substituição da lei (vontade geral) pelo juiz (critério subjetivo e individual) seria impor não uma vontade coletiva, mas a de um homem só, podendo criar insegurança e incerteza jurídica, sendo muito facilmente transformado todo esse poder em autoritarismo, contrariando o Estado de Direito e impondo as “virtudes” de poucos, mesmo a fatos pretéritos.

Tecidas essas observações sobre as primeiras formulações sistemáticas e de pensamentos jurídicos significativos para o desenvolvimento do positivismo jurídico, que criam os fundamentos e bases de conhecimento e atuação em geral, constata-se, ainda que a título de justificação, que boa parte da doutrina contemporânea inicia suas ponderações a partir daí, nada (ou muito pouco) trazendo de novo, senão uma revisitação a tais formulações. Exemplo disso é a teoria da superabilidade (*superability*) ou derrotabilidade (*derrotability*) das normas-regras (termo utilizado pela doutrina para diferenciar das normas-princípios), que em determinados e excepcionalíssimos casos é afastada para a obtenção da justiça, eis que não previstos pelo legislador (e, se assim previsto, teria decidido de maneira diferente), sem que as normas-regras sejam revogadas¹⁶. Sem querer

¹⁶ De acordo com Fernando Andreoli Vasconcellos, “Derrotabilidade é um termo jurídico que indica a possibilidade de que certo preceito jurídico possa ser superado em circunstâncias especiais.¹⁴⁶ O conceito tradicional de derrotabilidade atrela-se à ideia de que os preceitos jurídicos possuem exceções implícitas, não previstas de antemão, as quais são capazes de afastar a solução normativa fornecida pelo ordenamento. A coerência é ligada à ideia de derrotabilidade, seja por conta da segunda função normativa da coerência, segundo a qual os princípios podem derrotar regras, – gerando outras decisões; seja em razão da função estabilizadora, pela qual as decisões devem ser universalizáveis, por intermédio da coerência. Peczenik chega

subestimar ou mesmo sem deixar de atribuir a importância que merece, tal teoria é nitidamente influenciada pelo Movimento do Direito Livre e mantém a essência deste, no resguardo da coerência e racionalidade¹⁷.

Já em relação ao Recurso Extraordinário n. 608.482-RN, pode-se constatar que os votos da maioria dos ministros que proferiram o expediente recursal, seguindo o voto do relator e denegando o direito para a autora da ação, parecem ter adotado, *ab initio*, o critério e metodologia da *École d'Exegèse*, enquanto os votos dos ministros divergentes se perfilham próximos do Movimento do Direito Livre, eis que invocaram um “sentimento de justiça”, que inegavelmente pode existir, para afastar as regras de aplicação do concurso público. No entanto, ainda é cedo para afirmar peremptoriamente isso. Outras escolas e sistemas se desenvolveram posteriormente e merecem ser analisados antes de qualquer conclusão.

O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

O austríaco Hans Kelsen é inegavelmente um dos maiores positivistas jurídicos da história ocidental, tendo suas obras influenciado inúmeros sistemas jurídicos positivistas, merecendo papel de destaque no cenário mundial. Muito há o que questionar e vários pontos poderiam ser enaltecidos, como o conceito de norma jurídica, a ideia da norma fundamental, a hierarquia normativa, a relação de causalidade e imputação, dentre outros aspectos. Contudo, visando ao objeto deste trabalho, configura-se de maior relevância abordar a relação entre o Direito e a Moral em seus ensinamentos, e a isso será limitado.

Em sua *Teoria pura do direito*, Kelsen chama a atenção para o relativismo do valor moral, em que dá o exemplo da guerra, pois, na época de Heráclito, era considerada o pai e o rei de tudo, eis que possibilita(va) a comprovação das virtudes do homem e organização da sociedade. Hoje, esse valor é contestado,

a defender que o coerentismo é uma teoria geral da derrotabilidade. (...) De maneira preponderante, a derrotabilidade aproxima-se da análise da coerência, como uma forma de que esta estabilize aquela, porquanto o direito busca a racionalidade e, em casos de possível instabilidade, novamente, a racionalidade deve ser resgatada. E qual o motivo para o direito buscar a racionalidade? Muitos argumentos poderiam ser levantados para responder tal pergunta, no entanto, aquele que se mostra mais intuitivo e, portanto, mais evidente, reside da própria razão de existir do direito: tutelar as condutas intersubjetivas. Se o direito existe para que as pessoas saibam como se devem comportar, nada mais correto do que afirmar que tal itinerário deve ser revestido de racionalidade, calculabilidade e previsibilidade” (VASCONCELLOS, 2013, p. 81 e 83).

¹⁷ Para um aprofundamento do tema da teoria da derrotabilidade, *vide* também Fernando Andreoni Vasconcellos (2010), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), Juan Carlos Bayón (2000 e 2003), César Antônio Serbena (2012), Pablo Malheiros da Cunha Frota (2010), Carlos Alchourrón (1991) e Juan Pablo Alonso (2006).

considerando as transformações das sociedades, a decorrência do tempo e o advento de novas ideologias e tecnologias. Da mesma forma, indaga, mais contemporaneamente:

Corresponde a filosofia da vida do liberalismo segundo a qual a competição, a luta da concorrência, garantem a melhor situação possível da sociedade, ao ideal de paz? Este não representa de forma alguma para todos os sistemas de Moral o valor mais elevado, e para muitos nem sequer representa qualquer valor (KELSEN, 1979, p. 102).

Complementando (se é que se torna possível) aquilo que Kelsen diria, não há sequer uma unidade acerca da moralidade, podendo-se encontrar variados sistemas ou escolas éticas. Apenas para citar algumas, exemplificativamente, como a aristotélica (em que se prezam as virtudes humanas), a teológico-judaico-cristã (na busca pela garantia do paraíso), a spinoziana (na qual a conduta ideal é aquela que tem o amor como bússola), a kantiana (só é moral aquilo que se faz pelo motivo certo, de acordo com o imperativo categórico, não hipotético), a utilitarista (em que moral é aquilo que é feito visando ao benefício da maioria), a economicista (o que importa são as consequências econômicas positivas para a sociedade) e muitas outras poderiam ser descritas. Tais correntes éticas, entretanto, não poderão figurar como impositivas ou normativas por si sós, pois qual dessas éticas deveria prevalecer no Direito, aplicando-se uma sanção pelo seu descumprimento? E deverá o magistrado adotar alguma ou algumas delas na aplicação da sentença? Por se tornarem difíceis (ou mesmo impossíveis) tais respostas, Kelsen tenta encontrar a essência da Moral no Direito, afirmando que:

O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o carácter da norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos (KELSEN, 1979, p. 102).

Assim, para Kelsen, o Direito é essencialmente moral, não significando que ele tenha determinado conteúdo, mas que é norma que estabelece um carácter de imputação a determinada conduta humana. Nesse sentido, todo o Direito tem carácter moral, todo o Direito constitui um valor moral relativo que foi o resultado de uma convenção, de uma escolha, por parte da sociedade por meio de um processo democrático (no caso do Brasil ou outro regime político em outro Estado). Esse valor moral é relativo pelo fato de poder ser alterado conforme as circunstâncias e conveniências, pela alteração do próprio ordenamento, optando

pelos preceitos dos vários sistemas morais possíveis, descabendo, para Kelsen, uma ideia de Moral única ou absoluta¹⁸. E isso significa, também, que não há uma Justiça absoluta, mas relativa, pois, segundo esse autor, a relação entre Moral e Justiça se encontra entre generalidade, a primeira, e particularidade, a segunda. Ademais, para a validade do Direito, este independe de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral.

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 1979, p. 104).

O que torna o “Direito justo”, portanto, é a adoção de determinada medida ou critério moral ou de justiça, que não pode ser encontrado por meio de um conhecimento científico. E essa medida ou critério sempre será relativa nessa perspectiva kelseniana. Tal parâmetro, entretanto, serve como argumento para a mudança legislativa, como motivação para o legislador ou elaborador da norma alterar, via processo legislativo previamente estabelecido, a ordem jurídica. Não cabe ao magistrado tal alteração, eis que tem a função tão somente de aplicar o direito vigente no momento decisório (e também o do momento do fato, dependendo das circunstâncias), salvo quando estiver diante de um controle de constitucionalidade.

É de *per si* evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. Isto não significa, porém, que não haja qualquer medida. Todo e qualquer sistema moral pode servir de medida ou critério para tal efeito. Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é

¹⁸ “Se pressupusermos somente valores morais relativos, então, a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente” (KELSEN, 1979, p. 104).

um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral (KELSEN, 1979, p. 105).

Ao fazer um comparativo do Direito com a Música, é possível observar diferentes critérios para cada um ao definir suas qualidades como agradáveis e apreciáveis ou não. No caso da música, ante determinada canção, pode-se adotar determinado rigor musical na melodia, harmonia, ritmo, pausas e a utilização dos mais variados instrumentos ou vozes, assim como a letra, podendo trazer uma mensagem enaltecadora sobre determinado tema, em forma de poesia, com ou sem métrica, por exemplo. Se deparada com outros estilos e canções originárias dos guetos, das periferias, onde o acesso e o desenvolvimento dos talentos musicais se mostram prejudicados ou que seguem determinada linha estética, com menos recursos instrumentais sonoros, tais critérios não são atingidos. Não se nega que se está diante de estilos musicais diferenciados e que compõem determinada cultura, mas inegavelmente a musicalidade da primeira pode se tornar mais refinada e é possível defender isso com base em tais critérios. O mesmo ocorre com o Direito que contempla os preceitos da Moral e da Justiça, ao adotar determinados critérios, expostos em algum de seus vários sistemas. O ordenamento jurídico nazista não deixa de ser, entretanto, um sistema jurídico, mas nefasto sob certos prismas, assim como determinadas canções não deixam de ser música, contudo, uma música com recursos limitados por não se adequar aos critérios e padrões estéticos musicais convencionados.

O que também deve ser esclarecido é que o próprio Kelsen, a justificar o título de sua obra, compreende uma distinção entre a Moral e a Ciência do Direito, razão pela qual o objeto epistemológico jurídico é tão somente a norma. A Moral, em si, deve ser objeto de estudo da Filosofia em suas mais diversas subdivisões. Outros elementos que possam vir a complementar e aprimorar as normas jurídicas também são objeto de estudo de suas respectivas ciências, como a Política, a Psicologia, a Economia, a Sociologia, e tantas outras.

O POSITIVISMO DE H. HART, O DEBATE COM RONALD DWORKIN E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Professor titular da cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Oxford a partir de meados da década de 1950, H. L. A. Hart, publicou, no início da década de 1960, a primeira edição de seu clássico *The concept of law*¹⁹, e sua teoria

¹⁹ Versão em língua portuguesa: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

é considerada o “apogeu da modernidade organizada”, segundo a compreensão de Wayne Morrison (2006, p. 417).

Assim como ao abordar a doutrina de Hans Kelsen se focou em tópicos especiais e essenciais para o intento deste trabalho, da mesma forma se procederá com esse autor, ressaltando três temáticas principais: a ideia de obrigação e autoridade, a noção de normas primárias e secundárias e o debate com Ronald Dworkin.

A primeira temática importante de sua doutrina que objetiva salientar gira em torno da crítica a um modelo da teoria imperativa com base na leitura de John Austin. Este fora um pensador inglês, amigo de Bentham e Stuart Mill, utilitarista, influenciado pela Escola Histórica do Direito, preocupado com o desenvolvimento de um Positivismo Jurídico na Inglaterra, definido como uma *forma de poder político*. A ele importava a origem da sanção, que reputava a *vontade inquestionável do soberano, proferida para uma comunidade específica*²⁰. As críticas tecidas por Hart à teoria de quase um século antes se iniciam ao afirmar que:

(...) Austin foi incapaz de entender a complexidade da legalidade porque a imagem austiniana do direito é a imagem de uma pessoa ou grupo impondo sua vontade a outro (por meio de comandos e sanções). Para exemplificar, Hart (...) elabora uma discussão baseada na famosa distinção de Kelsen entre a ordem de um gângster, que exige que um bancário lhe passe o dinheiro do caixa (“passe-me o dinheiro ou atiro (...); se o assaltante for bem-sucedido, nós o despreveríamos como alguém que foi capaz de coagir o bancário”) e as exigências de um coletor de impostos a quem o cidadão de um país tem de pagar o dinheiro do tributo devido (MORRISON, 2006, p. 422).

Existe alguma diferença entre a ordem do assaltante de banco com a cobrança de impostos, figurados ambos na aplicação de uma eventual reação em caso da não prestação da ordem dada? Com escancarada influência wittgensteiniana, ao tentar superar sutilezas semânticas, Hart explica que:

A posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre os homens, e não pelo poder de infligir dano; e, embora possa

²⁰ “John Austin (1790-1859) (...) acreditava que a existência do Direito seria independente de seus (de) méritos morais/valorativos. Sustentou em *The Province of Jurisprudence Determined*, que a ‘existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra (...). O Direito seria constituído e comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autocratia non veritas facit legis*). Austin defendia a codificação, pois entendia ser o Direito legislado uma forma superior em relação ao Direito judiciário. Todavia, estando no *Common Law*, também considerava que os juizes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. Portanto o juiz põe ‘fato’. Positiva” (STRECK, 2017-A, p. 169).

se conjugar à ameaça de dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade (HART, 2012, p. 26).

A autoridade (legitimamente adquirida) possui um poder de comando sobre todos, genericamente, em sua jurisdição, ao passo que o imperativo dado pelo criminoso se dirige apenas a uma ou algumas pessoas, o que o individualiza e deslegitima também ante sua finalidade, pois não aceita num fictício contrato social²¹. Continuando na identificação das lacunas da teoria de Austin, Hart desenvolve um dos fundamentos de sua doutrina, e pela qual adquiriu notoriedade, coincidindo com o seu segundo ponto a ser ressaltado neste trabalho: *o conceito ou ideia de regras*, mais especificamente regras primárias e secundárias, cuja união torna possível uma definição de Direito para o autor em comento. Sobre essa ideia de espécies de regras, Wayne Morrison explica resumidamente:

A ideia de regras enfatiza a necessidade particular de um elemento mental para dizer que estamos vivenciando uma atividade presa a regras, e que algumas regras são mais importantes do que outras. Podemos reconhecer as regras vinculadas com obrigações como regras jurídicas. Portanto, a estrutura jurídica é um sistema que segue essa abordagem. A sociedade tem uma série de regras “de tipo Austin”, isto é, regras que impõem deveres e que previnem a violência, a fraude, etc., e Hart chama-as de regras primárias (que impõem obrigações). Para uma sociedade existir apenas com esse tipo de regras, seria preciso que uma maioria da população adotasse a concepção interna das regras primárias. Isso não significa que teriam, necessariamente, de estar de acordo com elas, mas que deveriam tomá-las por guia. Numa sociedade desenvolvida, precisamos mais do que essa abordagem porque esta estrutura das regras não constituiria um sistema; faltar-lhe-ia coerência, e a razão estaria no fato de não haver modo algum de decidir os limites da regra e a relação entre as regras. Isso levaria: (i) ao problema da incerteza social quanto à posição relativa da regra e à força da obrigação imposta; (ii) significaria que não existem meios de modificar as regras primárias em tal sociedade. Tudo que se teria seria uma simples relação de regras que impõem obrigações. O sistema seria estático e, portanto, incapaz de enfrentar, em igualdade de condições, qualquer mudança em seu meio ambiente; (iii) não haveria como determinar, finalmente, quando uma violação das regras teria ocorrido. Sem alguma forma de processo de julgamento reconhecido, os litígios continuariam a existir, quer as regras tivessem sido infringidas, quer não. Isso levaria a uma ineficiência geral do sistema (MORRISON, 2006, p. 439).

²¹ Esta última parte se trata de um acréscimo nosso.

As hipóteses de regras secundárias previstas por Hart seriam, assim, divididas em:

- a) Regras de reconhecimento, apresentadas como solução jurídica para a incerteza jurídica, determinando o que é ou não uma regra primária válida para a sociedade. Por se situar na parte superior do sistema jurídico, serve ao soberano (ou a quem ocupe seu lugar dependendo da forma de constituição do Estado) para determinar o que vale como Direito. “É a essência de uma prática social que declara o que será reconhecido como direito válido” (MORRISON, 2006, p. 439)
- b) Regras de alteração, em que estabelece como as regras primárias devem ser criadas ou, se já existentes, como podem ou devem ser alteradas.
- c) Regras de julgamento ou de prestação jurisdicional, em que se especifica como uma decisão judicial reconhece se uma norma primária foi ou não infringida.

Não obstante as condições para a existência e validade de um sistema jurídico, os aspectos interno e externo do direito, além de um conteúdo mínimo do direito natural²² reconhecido na doutrina hartiana, e dignos de nota, ao leitor que se sinta atraído por conhecer tais temas ou por revisitá-los, recomenda-se a leitura da sua obra-mestra, indicada nas referências deste, eis que não haveria espaço, aqui, para sua abordagem, por simples exigência metodológica.

O que cabe mencionar, entretanto, e em resumo de suas ideias que são mais caras, é que:

- i) sendo o direito identificado por uma prática social complexa, na união de regras primárias e secundárias;
- ii) sua validez não depende de coerência ou identificação com a Moral nem mesmo de determinação de seu conteúdo;
- iii) ante a indeterminação semântica das regras em casos especialíssimos, teria o magistrado poderes discricionários em sua decisão; isso implicaria abrir mão de uma subjetividade moral, entretanto.

Por tais postulados, Ronald Dworkin teceu algumas críticas a Hart, que as respondeu e se iniciou, com esse debate jusfilosófico, uma nova fase no positivismo jurídico. Com inquestionável poder de síntese, Lenio Streck sintetiza as críticas apresentadas pelo jurista norte-americano:

²² O conteúdo mínimo ou núcleo de verdade inquestionável do Direito Natural, sugerido por Hart, resumir-se-iam em: 1) vulnerabilidade humana; 2) igualdade aproximada; 3) recursos limitados; 4) altruísmo limitado; e 5) entendimento limitado e a força de vontade (*vide* HART, 2012, p. 239 e ss.).

Desde seu primeiro livro, *Levando os Direitos a Sério* (1977), Dworkin procurou demonstrar que o raciocínio jurídico não era um exercício categorial, um simples reconhecimento da (des)conformidade factual das regras, mas, sobretudo, uma prática argumentativa que busca constantemente mostrar o Direito na sua melhor luz, ou o melhor Direito possível (*the best it can be*). Nesse sentido, sustenta que o Direito é um conceito interpretativo, dado este caráter controversial. Desta forma, sua concepção tem sido denominada como interpretativista ou interpretacionista, diante da ênfase na interpretação, seja nos textos jurídicos como da própria história institucional, para a decisão correta (*one right answer*). Suas críticas foram se tornando cada vez mais refinadas e sistematizadas, em especial nas obras *Império do Direito* (1986) e *Justiça para Ouriços* (2011). Nesta última, torna-se ainda mais evidente as inter-relações entre o Direito e a Moral, afirmando ser o fenômeno jurídico um ramo da moralidade política. Ou seja, haveria entre eles uma relação necessária, o que contrapõe frontalmente a tradição juspositivista (STRECK, 2017-A, p. 179).

Embora outros autores, como Jules Coleman, ainda imputem a Dworkin o adjetivo de jusnaturalista, importa acrescentar que ele, em sua vasta obra, critica o positivismo por várias vias²³. Mas o que importa neste trabalho é a sua resposta para a seguinte indagação, que se constituirá num importante argumento ao que aqui se defende: Quando um juiz terá permissão para mudar uma regra de Direito em vigor? Para ele:

(...) Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas: na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira, o princípio justifica a modificação. (...) Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretção radical até mesmo da regra mais arraigada (DWORKIN, 2002, p. 59-60).

²³ É mister mencionar que a narrativa de Dworkin na crítica ao positivismo exigiria um elevado esforço, ao qual não será possível a esse intento, sugerindo o contentamento com pequenas notas que se consideram relevantes ao tema.

A segunda maneira apresentada por Dworkin exige que o juiz deva levar em consideração alguns princípios em obediência e que revelem uma deferência limitada à “supremacia do Poder Legislativo”, além da doutrina dos precedentes. “Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser obrigatória” (DWORKIN, 2002, p. 60).

Deve ficar evidente, a esta altura, que Dworkin pressupõe a observância do Direito como integridade, tanto política como jurídica²⁴. Parece que a intenção dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, em seus respectivos votos divergentes, ao fundamentarem no “princípio da confiança nas decisões do Poder Judiciário” e no “princípio do fato consumado”, tentou, de alguma forma, contemplar essa via. Contudo, se tentaram, fracassaram²⁵, pois incidiram naquilo que o jurista Lenio Streck há tempos adverte: o *pamprincipiologismo*.

Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2012, p. 50)²⁶.

²⁴ Ronald Dworkin trabalha esses assuntos mais especificamente em sua obra *O império do direito*, capítulos VI e VII. Sobre a integridade, entretanto, pinçam-se algumas notas relevantes: “A integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas. (...) A integridade (...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpretando-as para o benefício de ambas. (...) O valor expressivo é confirmado quando pessoas de boa-fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade política e ver que todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares (DWORKIN, 1999, p. 230-1).

²⁵ Tanto as teorias de Ronald Dworkin como as de Robert Alexy são mal empregadas pelos tribunais brasileiros, por não serem nem bem estudadas e nem bem compreendidas. Poucos são aqueles que se propõem a fazer isso bem feito. Somente a partir de um estudo sério sobre esses autores pelos juristas brasileiros é que se pode encontrar a conveniência (ou não) da adoção de tais autores em solo brasileiro.

²⁶ Note-se que esta não é a exclusiva obra em que o jurista adverte sobre o tema, sendo uma constante em suas palestras por todo o Brasil e também contemplado em outras de suas obras, tais como *Compreendendo o direito, Hermenêutica jurídica e(m) crise, e Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck* – todas encontradas nas referências deste trabalho. De observar que

Retornando ao debate Hart-Dworkin, em resposta publicada no pós-escrito das posteriores edições de *Conceito de direito*, Hart reconhece a falta de clareza em sua obra e aproveita a oportunidade para revisar alguns pontos²⁷. Especialmente acerca da insuficiência de um conteúdo moral como critério de validade do Direito ou da discricionariedade judicial, contra-argumenta explicando que a própria regra de reconhecimento poderia prever a incorporação de princípios morais, de justiça ou valores substantivos. Assim, se a Moral fosse prevista numa regra de reconhecimento, seria ela incorporada pelo Direito. Contudo, para ele, ainda é preferível que essa questão fique em aberto.

Ainda creio que a teoria do direito deve se comprometer com teorias filosóficas controversas sobre o *status* geral dos juízos morais e deve deixar em aberto, como faço neste livro (p. 217-8), a questão geral de saber se estes têm o que Dworkin denomina “caráter objetivo”. Pois, qualquer que seja a resposta a essa questão filosófica, o dever do juiz permanecerá o mesmo: a saber, fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível acerca de quaisquer problemas morais sobre os quais precise decidir: Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *já existente*, é revelada por um critério moral do direito. É claro que, se a teoria do direito deixa em aberto a questão do caráter objetivo dos juízos morais, como opino que deve deixar, o positivismo brando não pode ser caracterizado simplesmente como a teoria que postula que os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica. Pois, se o caráter objetivo dos princípios e valores morais é uma questão em aberto, deve ser também aberta a questão de saber se as disposições do “positivismo brando” que pretendam incluir a obediência àqueles princípios e valores entre os critérios para a determinação do direito existente podem ter aquele efeito ou se, ao contrário, podem apenas constituir instruções aos tribunais para que *criem* a lei de acordo com a moral (HART, 2012, p. 328).

De observar que surgem nesse (e a partir desse) cenário duas importantes correntes positivistas. De um lado se tem uma que se denominará exclusiva,

a citação de obra mais antiga do jurista gaúcho é proposital, considerando a necessidade de contextualização histórica, já que foi republicada de forma revista e ampliada (2017-C), mantendo, entretanto, a linha de pensamento aqui esposada.

²⁷ “Nesse ponto, tenho que admitir que, num número incomodamente grande de casos, meus críticos estavam certos, e aproveito a oportunidade deste pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes ou contraditórios” (HART, 2012, p. 309).

excludente ou *hard*, e, de outro, adota-se o termo “positivismo brando”, ainda denominado *soft*, inclusivo, includente ou incorporacionista.

O primeiro tem como principais referências Joseph Raz e Scott Shapiro. Para Raz, em particular, “as regras jurídicas são razões excludentes, pois, para além de impor uma conduta, exigem que sejam afastadas outras razões para a ação, como a moral, por exemplo” (STRECK, 2017-A, p. 182). Contudo, essa corrente apresenta um aparente paradoxo. Isso porque, de um lado, defende a necessidade de afastamento da moralidade, pois entende que “as razões morais não têm prioridade sobre os juízos particulares”, e que “(...) se o Direito precisasse de razões morais sua autoridade estaria necessariamente fragilizada, ou até mesmo perderia sua natureza, isto é, não seria mais um sistema jurídico, uma vez que suas regras são razões excludentes” (STRECK, 2017-A, p. 183). De outra senda, ao contrário do positivismo clássico (exegético), o juiz não está obrigado a aplicar *sempre* a lei.

O juiz só obedece se ele interioriza o Direito, isto é, se ele, do ponto de vista interno, acredita que ele, juiz, tenha obrigação jurídica – e não moral – de obedecer, aplicando então o Direito. No positivismo exclusivo, juiz não está obrigado a obedecer ao que está prescrito em lei. O juiz aplica raciocínio prático-geral. Em casos em que ele acredita não estar moralmente vinculado, pode decidir de outro modo. Mas não estará fazendo raciocínios jurídicos (STRECK, 2017-A, p. 184).

Em tese, portanto, poderá o magistrado ou o tribunal utilizar argumentos morais ou fundamentos extrajurídicos em suas decisões e que, caso não sejam modificadas ou reformadas pelos órgãos recursais pertinentes, transformam-se em coisa julgada e fazem parte, então, do sistema jurídico. Possuirão validade e poderão ser executadas (dependendo de sua natureza). O juiz cria, no caso concreto, uma norma jurídica (dever-ser).

No Recurso Extraordinário n. 608.482-RN se constata que as decisões de primeira e segunda instância, ao admitirem a procedência do pedido da candidata-autora, anuíram com os elementos morais imputados, ainda que presumidamente, admitindo a teoria do fato consumado. E, caso não houvesse a reforma pelo Supremo Tribunal Federal, aquele entendimento se daria como válido e a candidata se efetivaria. Imagine-se quantos outros casos idênticos já ocorreram neste país, até então, sem que houvesse a chancela do tribunal maior²⁸. Tem-se

²⁸ A questão tomou notoriedade recente com a resposta do procurador da República, Deltan M. Dallagnol, às críticas tecidas pelo jornalista Reinaldo Azevedo, de que aquele teria sido efetivado no cargo após afrontar o que determinava a lei e a Constituição, eis que não possuía, à época, dois anos de efetivo exercício de atividade jurídica e “judicializou” a questão. Em referida nota, dispôs: “O reconhecimento da consolidação da situação de fato, com base no

aqui uma constatação de que a autoridade judicial, defendida por Raz, de fato, se faz prevalecer quando as decisões dos tribunais e juízes utilizam argumentos morais em suas motivações e não são reformadas. Mas isso se trata apenas de uma *descrição* do Direito. Não se trata, de uma prescrição ou de uma posição normativa. Parece que o mérito dessa corrente se limita à descrição da preponderância da autoridade judicial de forma contingencial, isto é, quando não se tem a reforma pelos tribunais superiores (e nem sempre isso ocorre). E não passa disso.

Não se pode afirmar, destarte, que os positivistas exclusivos tenham uma concepção do Direito de todo separada da Moral. Jules Coleman, por exemplo, entende que a preocupação maior de Raz esteja na concepção da autoridade como serviço e a de Shapiro esteja na conjunção do fim moral do Direito com a ideia de planejamento (COLEMAN, 2012, p. 169). Conceber diferentemente essa corrente, em que a Moral deve ser afastada do Direito, ou que o Direito é completamente neutro, não faria desta uma corrente diferente da Escola de Exegese ou do Positivismo destacado por Hans Kelsen. Em vista disso, com a perspicácia que lhe é inerente, Lenio Streck conclui que essa corrente (que já se percebe não ser assim tão) excludente acaba sendo “autodestrutível”, e tece a seguinte pergunta (aos seus defensores, que não são capazes de responder): “(...) de que modo o Direito estaria conceitualmente separado da moralidade se a reivindicação de autoridade que necessariamente o constitui é moral?” (STRECK, 2017-A, p. 185).

princípio constitucional da segurança jurídica, é um entendimento jurídico que encontra, do mesmo modo, amparo em inúmeros julgamentos de diversos tribunais, como aqueles exemplificativamente listados a seguir: TRF2, AMS n. 42031, Autos n. 2002.02.01.001314-7/RJ, 2ª T, DJ 23/04/02, unânime; TRF2, AMS n. 44020, Autos n. 2002.02.01.028165-8/RJ, Rel. Juiz Valmir Peçanha, 4ª T, j. em 04/11/02, DJU 03/02/03, unânime; TRF3, AMS n. 206829, Autos n. 2000.03.99.055743-0/SP, 2ª T, DJ 25/09/2002; TRF 4ª R, MS n. 2000.04.01.008348-0/RS, Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, 4ª T, j. em 02/05/00, DJU 24/05/00, unânime; TRF4, MS n. 2001.71.00.003490-0/RS, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, 3ª T, j. em 19/03/02, DJU 15/05/02, unânime; TRF 4ª R, MS n. 1998.04.01.019713-0/RS, Rel. Juiz Hermes S. Da Conceição Jr., 4ª T, j. em 30/05/00, DJU 02/08/00, unânime; TRF 4ª R, REO n. 12032, Autos n. 2000.04.01.0580438/PR, Rel. Juiz Sérgio Renato Tejada Garcia, 3ª T, j. em 17/06/2003, DJU 02/07/2003, unânime; TRF5, REO n. 135539, Autos n. 98.0514169-1/CE, 4ª T, DJ 04/02/03, unânime; TRF5, AC n. 294021, Autos n. 2002.05.00.014609-1/PB, 2ª T, DJ 04/12/02, unânime; TRF5, REO n. 82544, Autos n. 2002.83.00.003537-0, 3ª T, j. em 13/02/2003, unânime; TRF5, REO n. 78429, autos n. 2001.82.00.000884-0/PB, 2ª T, DJ 08/05/03, unânime; TRF5, AC n. 152261, Autos n. 98.0550632-0/CE, 2ª T, DJ 15/11/99, unânime; TRF5, REO n. 64103/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, 1ª T, j. em 10/12/1998, DJU 23/04/99, p. 485, unânime; Autos n. 1999.00.22746-8, Rel. Min. Edson Vidigal, 3ª S, j. em 01/07/1999, DJU 30/08/1999; RESP n. 227880/RS, n. 1999/0076033-6, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T, j. em 16/05/2000, DJU 19/06/2000, unânime; RESP n. 251391/RJ, n. 2000/0024715-4, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T, j. em 07/11/00, DJU 27/11/2000, unânime; RESP n. 385152/MG, n. 2001/0178056-0, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, j. em 02/05/2002, DJU 10/06/2002, unânime” (NASSIF, 2017).

Por outro lado, o positivismo brando ou includente, em linhas gerais, permite a incorporação da Moral ao Direito e também admite uma discricionariedade judicial nos chamados *hard cases*. De acordo com Hart:

(...) seja qual for o *status* dos juízos morais, sempre que a lei determina que os tribunais apliquem padrões morais na determinação do direito ela lhes outorga, assim, a discricionariedade necessária, ordenando-lhes que a utilizem de acordo com seu melhor juízo moral para criar o que será uma nova lei; a lei não converte, por este meio, a moral em direito preexistente (HART, 2012, p. 328).

Essa corrente positivista branda possui várias leituras, sendo Jules Coleman e Wilfried Waluchow seus grandes expoentes estrangeiros²⁹. Além-se preferencialmente, entretanto, ao posicionamento de Hart, acerca da possibilidade de incorporação da Moral e também da discricionariedade judicial desde que prevista numa regra de reconhecimento. Numa posição defensiva do positivismo jurídico includente, o professor Juliano Maranhão destaca:

Os ataques ao positivismo ou ao esforço em se produzir uma teoria moralmente neutra do direito são provenientes, como bem apanhado por Dickson, de três linhas:

- (i) a identificação moralmente neutra do direito pode trazer consequências morais indesejáveis (*tese das consequências morais*);
- (ii) o direito é visto pelos participantes como prática social moralmente justificada (*tese da justificação moral*);
- (iii) para compreender o direito como prática social é necessário atribuir-lhe algum propósito, o que carrega valorações morais (*tese da valoração moral*) (MARANHÃO, 2012, p. 40).

Em que pese esse posicionamento ser coerente com as exigências do senso comum, essa corrente (e também a excludente) ainda não conseguiu dar uma resposta plausível à necessidade de superação do relativismo moral, aventado, como já asseverado, por Hans Kelsen. Enquanto não superar esse obstáculo,

²⁹ Resumidamente, há que se alegar que a tese da separabilidade não é um critério suficiente epistemologicamente para distinguir o positivismo do jusnaturalismo, segundo Coleman. Para ele, mesmo os jusnaturalistas admitem que um sistema jurídico nefasto, sem critérios nitidamente justos, como o nazista, continua sendo um sistema jurídico, eis que impõe normas de comportamento a serem observadas. O que viria a separar o positivismo do jusnaturalismo seria uma previsão da incorporação da Moral no Direito numa regra de reconhecimento, reportando-se, nesse sentido a Hart, para a configuração juspositivista. Um sistema jusnaturalista dispensaria essa regra. E o que diferencia, na reformulação posterior de sua tese, o positivismo excludente do includente seria que este se encontra num metanível preocupado muito mais com o conteúdo do Direito e com questões essenciais que determinam a sua natureza essencial. O positivismo exclusivo e o inclusivo não seriam, portanto, rivais, eis que atuam em diferentes níveis (*vide* Coleman, 2012, p. 165 e ss.).

estatuindo uma diretriz clara e objetiva para uma possível teoria da decisão judicial, não poderá estar à altura de uma discussão séria para a prescrição do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quem conseguiu acompanhar o raciocínio desenvolvido até aqui percebeu que até mesmo algumas correntes positivistas admitem a incorporação da Moral ao Direito, desde que haja previsto uma regra de reconhecimento nesse sentido. Contudo, não se consegue ainda superar o problema da necessidade de superação do relativismo moral. Ao reconhecer que a Moral que deve ser observada já se encontra definida na própria lei, ou na Constituição, conclui-se que se trata, então, da aplicação do que ali foi disposto ou do seu controle de constitucionalidade. É o que resulta dos postulados kelsenianos e que devem ser levados em consideração e não ser sub ou desvalorizados.

Mas, e o problema enfrentado do concurso público? Seria justo deixar a autora sem trabalho depois de 14 anos se dedicando à função e acreditando no Poder Judiciário? Como mencionado anteriormente, o senso comum poderia entender que não. Mas no mundo jurídico, que exige raciocínios mais elaborados, é diferente. Não se trata de aplicar o entendimento do senso comum, mas de compreender o raciocínio jurídico. Entende-se que o leitor foi levado, propositalmente, a erro se ele acreditou que seria injusta ou imoral a decisão do STF. Retomando, desta vez, do ponto de partida: o edital do concurso público. Não se alegou em momento algum que continha vícios ou que merecesse alguma correção para que o Poder Judiciário a fizesse, caso necessário, e sequer houve impugnação via recurso administrativo competente sobre ele. Se as regras do concurso público estavam corretas, não se haveria de proceder a qualquer correção, portanto. Se houvesse, no entanto, todos os participantes, sem exceção, deveriam ser beneficiados com sua correção, pois os critérios estariam sendo modificados, aplicando-se um novo critério, e não apenas a autora, para não ser *seletivamente* justo – o que seria o mesmo que ser injusto. O objetivo do teste físico *naquele momento* do concurso seria verificar quem teria condições físicas exatamente, frise-se, *naquele momento*, não em outro, posterior, permitindo à candidata eventualmente “entrar em forma física”, e não os demais. Permitir que as condições físicas fossem comprovadas em momento posterior para um candidato afronta as condições de igualdade para com os outros candidatos que se esforçaram fisicamente para seguir o edital do certame no tempo delimitado.

Ademais, a propositura de ação cautelar, ou qualquer outro instrumento processual, para a consecução de liminar e autorização judicial implica estado precário, em termos processuais, o que não lhe garante ou assegura uma certeza jurídica ou estabilidade da decisão tão somente pelo advento tempo. Tal situação

era prevista tanto no Código de Processo Civil de 1973 como no de 2015³⁰, eis que houve os recursos cabíveis e pertinentes, e a então candidata estava totalmente ciente disso e de suas consequências.

Também a autora, por iniciativa própria, na busca por uma tutela jurisdicional, não se colocaria em vantagem sobre outros candidatos que não tomaram o mesmo caminho? Não estaria ela, então, com uma vantagem sobre eles? Poderia ser considerado justa a manutenção do entendimento judicial para somente uma candidata em detrimento dos demais, criando-se uma situação de *favorecimento* pelo acesso à justiça? Responde-se afirmativamente às duas questões iniciais deste parágrafo e negativamente a última (dependendo do critério adotado na concepção de justiça).

Ainda, seria justo algum candidato contar com a “sorte” de que o Poder Judiciário demorasse a julgar o pedido até que transitasse em julgado, permitindo o advento da consumação da situação de fato, como salientado pela Ministra Rosa Weber em seu voto? E mais, é esse perfil de candidato, que leva a vantagem em desigualdade de condições, que se espera encontrar no serviço público? Certamente que não.

Todavia, não se pode negar que poderiam existir hipotéticas situações em que a obediência à lei e à Constituição vigente em determinada sociedade pudessem afrontar questões realmente fundamentais e de Direitos Humanos, como um possível apoio da população à revogação de direitos existenciais, a exemplo da aprovação de práticas nazifascistas pelo Estado. É por situações como essas que Herbert Hart reconhece a existência de um núcleo mínimo de Direitos Naturais ou mesmo que Luigi Ferrajoli (2007) vem discorrer sobre a observância de um positivismo constitucional-normativo (*vide* Streck, 2017-A), em que aquele núcleo hartiano de direitos se encontra positivado.

Não se fez neste trabalho a exposição mais completa sobre o positivismo, e alguns autores essenciais não foram (tão) explorados como se poderia, como o próprio Ferrajoli, Norberto Bobbio, Miguel Reale e Lenio Streck. Entretanto, cabe afirmar que, longe de dar uma resposta negativa à pergunta “servirá o positivismo jurídico para descascar abacaxis jurídicos?” (ou se serve para resolver *hard cases*), compreende-se-a afirmativamente, mas nos moldes kelsenianos. Embora se saiba que não se trata de um sistema perfeito, também não se pode afirmar que se trata de um sistema jurídico de uma sociedade decadente, como afirmava a Escola Histórica do Direito, na Alemanha do século XIX. Questões de injustiça

³⁰ Dispõe o CPC de 2015, em seu art. 296 e no § 6º do 304: “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. (...) Art. 304, § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

ou imoralidade podem surgir e certamente surgirão. O senso de Justiça e Moral, inerente em todo e qualquer ser humano, continua (e nunca deixou de ser) relevante. Mas o seu campo de combate é a seara política, que deve ser resgatada (se é que algum dia já foi plenamente efetivada) em todas as suas formas legítimas de manifestação democrática e constitucional.

O Direito deve ser, de um lado, o resultado de um processo legislativo em que foram esgotadas as atuações populares e de classe. A ausência dessa participação tolhe a configuração de *povo* e o remete à categoria tão somente de *público*. O povo que quiser realmente a transformação de sua sociedade em algo mais justo, estabelecendo e propondo critérios nesse sentido, deve buscar o papel de protagonista de sua própria história, e não de mero expectador. De outro lado, o Direito deve ser o instrumento para a efetivação de suas escolhas morais e alçadas à categoria de convenções jurídicas, de mandamentos otimizantes, orientadores de (e em busca de) sentido.

Assim, o que não se pode olvidar é o papel ou função essencial do Direito, que não se confunde com a Política, embora interconectados. É nesse campo de atuação – a Política – que os embates morais e de Justiça devem ser discutidos³¹. Os juristas não podem estar apartados dessa discussão. Muito pelo contrário, têm muito a e devem contribuir ao debate. Contudo, é necessário distinguir que são em momentos e áreas distintas. E quiçá, finalmente, compreenda-se o motivo do título na obra *Teoria pura do direito*.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006.

ALCHOURRÓN, Carlos E. Condicionality and la representación de las normas jurídicas. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, n. 13. México: outubro de 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n13/1405-0218-is-13-00087.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BAYÓN, Juan Carlos. RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

³¹ Importa destacar que não se está alheio à crise de representação política, em que muitas vezes gera uma apatia política por parte dos eleitores, ante as nefastas e espúrias relações entre os representantes políticos e os agentes econômicos. Mas este tema não se torna objeto de análise neste trabalho. Indica-se a leitura, aos interessados na temática, das obras de José Luiz Bolzan de Moraes (*As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*) e Norberto Bobbio (*O futuro da democracia e Política e cultura*), dentre outros.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015-A.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Política e cultura*. Organização de Franco Sbarberi. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015-B.
- BONNECASE, J. *Escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Cajica, 1944.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 608.482, Plenário. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 4 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3831488>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2.
- COLEMAN, Jules L. La arquitectura de la filosofía del derecho. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (org.) *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 93-178.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007. 3 v.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (Coleção Estado e Constituição).

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASSIF, Luiz. Dallagnol nega ter violado lei em concurso para o Ministério Público. *Revista GGN* (on line). Publicado em 25 jul. 2017. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/noticia/dallagnol-nega-ter-violado-lei-em-concurso-para-o-ministerio-publico>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SERBENA, Cesar Antônio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013-A.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017-A.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017-B.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-B.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; 6. ed. 2017-C.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Coerência e direito tributário*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2013.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

Data de recebimento: 09/07/2018

Data de aprovação: 14/01/2019