

SOBRE JUÍZES E LEIS: TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA NO CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO BRASILEIRO

ON JUDGES AND LAWS: THEORY OF LAW AND HERMENEUTICS IN THE BRAZILIAN SOCIO-POLITICAL CONTEXT

Ricardo Oliveira Rotondano¹

Docente do Mestrado em Estudos Culturais, Memória e Patrimônio e do Curso de Direito (UEG, Anápolis/GO, Brasil)

Antonio Fernandes Neves Junior²

Docente do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências (UNIFTC, Itabuna/BA, Brasil)

ÁREA(S): teoria do direito; hermenêutica jurídica; direito constitucional.

RESUMO: O direito, como conjunto de regras sociais positivadas pelo Estado como forma de regular a sociedade, enfrenta, ao longo da história, o sério dilema sobre como estruturar um modelo coerente e harmônico em seu processo de aplicação. Nesse campo, os positivistas e os pós-positivistas elaboraram teorias dos direitos que propõem diferentes equações e instrumentos direcionados para atender, da melhor forma possível, esse objetivo.

O presente trabalho analisa, de modo crítico e comparativo, as distintas estruturas jurídicas propostas por cada uma das referidas vertentes jurídicas, tendo como finalidade alcançar uma compreensão acerca das suas virtudes e deficiências no processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas no contexto sociopolítico brasileiro. No campo metodológico, adotou-se o método hipotético-dedutivo, por meio das técnicas de pesquisa comparativa, histórica, bibliográfica, documental e monográfica para a realização da investigação.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *E-mail:* rotondano@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5350349155728849>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8488-1620>.

² Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Uniseb (UNISEB). Supervisor do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, unidade Jequié/BA. Controlador da Câmara de Vereadores do Município de Jequié/BA. *E-mail:* jfernandezneves@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8388350003392130>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9982-5544>.

ABSTRACT: *The Law, as a set of social rules edited by the State as a means of regulating society faces throughout history the serious dilemma on how to structure a coherent and harmonious model in the application process. In this field, the positivists and postpositivism developed theories of rights that propose different targeted equations and instruments to meet the best possible way this goal. This paper analyzes the critical and comparative way the different legal structures proposed by each of these legal aspects, and aims to reach an understanding about their strengths and weaknesses in the process of interpretation and application of legal norms in the Brazilian socio-political context. In the methodological field, the hypothetical-deductive method was adopted, using the techniques of comparative, historical, bibliographic, documentary and monographic research to carry out the investigation.*

PALAVRAS-CHAVE: positivismo; pós-positivismo; teoria do direito; hermenêutica.

KEYWORDS: *positivism; postpositivism; law theory; hermeneutics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A hermenêutica positivista: de Hans Kelsen a Herbert L. A. Hart; 2 Os ideais pós-positivistas: regras e princípios, direito e valor; 3 O panorama jurídico-social brasileiro entre o positivismo e o pós-positivismo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Positivist hermeneutics: from Hans Kelsen to Herbert L. A. Hart; 2 Post-positivist ideals: rules and principles, law and value; 3 The Brazilian legal-social panorama between positivism and post-positivism; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre teoria do direito se dividem em variadas vertentes, em que são adotados pressupostos e preceitos diferenciados por cada uma. Historicamente, podemos verificar a emergência do jusnaturalismo, do positivismo jurídico e, mais recentemente, do chamado pós-positivismo. Os elementos trazidos pelas distintas teorias possuem diferentes enfoques, privilegiando certos objetivos ao invés de outros – como a escolha entre segurança jurídica ou justiça, comumente associada ao embate positivismo *versus* pós-positivismo. Por conseguinte, possuem também distintos modelos de aplicação das normas jurídicas estatais, com maior ou menor liberdade de ponderação para os magistrados.

A teoria positivista confere ao juiz limitados poderes na competência funcional para interpretação e aplicação dos textos legais. Principalmente em sua versão clássica, o positivismo ficou conhecido como o sistema jurídico no

qual o magistrado exercia o trabalho de subsunção da norma estrita, quase como um processo mecânico – no qual, aduzia-se, a interpretação e a implementação da norma eram realizadas mediante um processo lógico-racional. Mais tarde, autores como Herbert Hart realizaram uma abertura maior à ponderação jurisdicional, aduzindo que caberia ao juiz certa margem de discricionariedade judicial na decisão do caso concreto.

Tal discricionariedade, entretanto, não envolvia a possibilidade expressa e aberta da utilização de preceitos ético-morais. Esse contexto acabou por proporcionar, no âmbito jurídico-político, elementos para o fortalecimento de Estados autoritários na primeira metade do século XX, que culminaram com a incidência de uma série de atrocidades contra grupos minoritários destas nações. Não havia, pois, qualquer possibilidade institucional de controle valorativa sobre os institutos normativos criados pelo Estado, potencializando a ação de tais organizações políticas para o extermínio de populações inteiras.

Essa superação veio a ser realizada somente a partir da emergência do pós-positivismo na ordem mundial, teoria que incorporou valores como normas jurídicas ao sistema, passando a ser composto por regras e princípios. Nessa esteira, a possibilidade de ponderação axiológica sobre os dispositivos normatizados pelo Estado se tornou uma tarefa inerente ao próprio ordenamento jurídico, colocando os juízes em posição de destaque entre os poderes institucionais – visto que o direito passou a ser reconhecido como um campo inerentemente argumentativo e interpretativo.

Entretanto, a adesão ao modelo pós-positivista vem sofrendo, hodiernamente, uma série de críticas nos países ocidentais que adotaram tal estrutura jurídico-política. O espaço de decisão jurisdicional foi inegavelmente ampliado, o que acabou ocasionando a existência de decisões diferentes para casos semelhantes emitidas pelos órgãos judiciários. Reclama-se que não há segurança jurídica com a possibilidade constante de descumprimento da legislação positivada pelo Poder Legislativo, embasada em decisões judiciais que realizam livremente o controle de legalidade e constitucionalidade das leis.

O presente artigo propõe um estudo acerca dos diferentes caracteres defendidos pela corrente positivista e pela teoria pós-positivista, no sentido de aferir elementos tais que possam conduzir a uma escolha coerente do modelo mais adequado ao panorama pátrio. Nesse sentido, é preciso vislumbrar que qualquer teoria jurídica deve se enquadrar aos anseios e às necessidades de

uma população específica, não sendo possível falar em uma teoria que seja aplicada universalmente para todos os povos e em todas as épocas. Aferir as críticas referentes ao pós-positivismo no cenário brasileiro, em específico ao atual jogo de poder entre instâncias políticas e empresariais, é tarefa crucial para alcançar os objetivos em comento.

Nesse sentido, o escrito realiza uma opção didático-metodológica por iniciar o seu diálogo com uma breve síntese sobre os principais pressupostos que embasam tanto a corrente positivista (no primeiro capítulo) quanto a vertente pós-positivista (no segundo capítulo). Tal escolha se deve à intenção de que o artigo possa ser compreensível não somente para juristas com uma bagagem de conhecimento mais aprofundado sobre o referido tema, mas igualmente para juristas ainda em início de estudos e pesquisas. Desse modo, adota-se uma perspectiva de contribuição acadêmica que alcança um público mais abrangente, tornando o presente escrito efetivamente acessível para distintas(os) pesquisadoras(es) e estudiosas(os).

Já no terceiro capítulo do trabalho, são formuladas ponderações críticas acerca da aplicabilidade das referidas correntes jurídicas ante o panorama social, político e jurídico do Brasil. Tal análise perpassa, inegavelmente, o debate acerca da suposta intervenção do Poder Judiciário em temas que, para determinados juristas, caberia somente ao Poder Legislativo – a denominada “judicialização da política”. Devido à amplitude da problemática tratada e, ainda, tendo-se em evidência a opção pela construção de um escrito didático, de alcance abrangente, tal capítulo foi construído a partir de quesitos críticos relevantes a serem academicamente analisados, muito embora se reconheça a impossibilidade fática de esgotar uma problemática tão densa e complexa³.

1 A HERMENÊUTICA POSITIVISTA: DE HANS KELSEN A HERBERT L. A. HART

Dentro do cenário histórico do positivismo, as funções jurisdicionais estiveram sempre limitadas pelo parâmetro da legalidade estrita: o magistrado deve atuar de modo a concretizar a norma jurídica positivada, não cabendo a ele realizar qualquer ponderação sobre a sua justeza e eticidade. Coube ao juiz, no exercício da competência jurisdicional, aferir os requisitos de validade

³ Agradecemos às(aos) avaliadoras(es) da Revista da Ajuris pelas pertinentes reflexões que fomentaram a formulação desta justificativa, de forma a elucidar a escolha didático-metodológica do trabalho.

formal da norma, em primeiro plano; adicionalmente, em determinados casos, incorria-se em uma elucubração acerca da *vontade do legislador*⁴, incorrendo deste procedimento o correto modo de aplicação do dispositivo legal que contivesse dubiedade em sua redação, segundo os preceitos positivistas.

Pautado, pois, por uma teoria jurídica calcada na consecução expressa dos textos legais em vigor, o positivismo jurídico clássico realizava uma distinção hierárquica inegável entre o parlamento e o poder judicial. O juiz ocupava meramente a função de *boca da lei*⁵, em que não lhe era concedida a competência de ir além do sentido literal dos comandos legais que o Poder Legislativo editava. Desse modo, a balança de forças políticas dentro do Estado pendia para o respectivo parlamento, que detinha a prerrogativa institucional de definir os parâmetros sociopolíticos que a nação deveria seguir.

Mais do que isso, o modelo juspositivista se diferenciou da construção do direito natural, no qual a discussão sobre valores estava imbuída no processo de aplicação normativa. Há, no positivismo jurídico, a separação entre o direito e a moral⁶, privilegiando-se o estudo dos institutos jurídicos por métodos analítico-descritivos que, em sua maioria, se direcionavam para entender e descrever o procedimento formal de edição e aplicação das leis. Edificou-se o entendimento de que o caráter jurídico de determinada norma positivada independe do seu conteúdo valorativo, da sua correção moral.

Foi justamente desse modo que Jeremy Bentham⁷, John Austin⁸ e Hans Kelsen⁹ se arvoraram em estabelecer critérios precisos de análise jurídica meramente procedimentais, que afastassem desse processo os preceitos axiológicos. Partindo de um binômio positivismo *versus* jusnaturalismo, os

⁴ LIXA, I. F. M. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 119. Em semelhante sentido: STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, pp. 158-173, jan./abr. 2010, p. 162; MARTINS, J. V. N. *Juridicidade e justiça de transição*. 2013. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 64.

⁵ AMORIM, L. B. Sobre a pretensão de correção da lei injusta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, pp. 285-296, jul./set. 2006, p. 285.

⁶ PICCOLO, C. H. B. *A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

⁷ BENTHAM, J. *Of Laws in general*. London: Athlone Press, 1970.

⁸ AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

⁹ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

referidos autores buscaram estruturar a teoria jurídica com uma metodologia cientificista, afastando a investigação jurídica da filosofia moral. A ligação entre o direito e as ponderações morais gerava certo desconforto na visão dos juristas, posto que questões éticas e morais incorrem quase que necessariamente em ponderações metafísicas – das quais o direito se esforçava em se afastar, por conta da metodologia científica cartesiana em voga com a modernidade.

Ademais, a prevalência do ideário jusnaturalista dentro do direito permitia aos magistrados a utilização de critérios valorativos de fundamentação para decidir em sentidos diversos, em prol dos interesses de determinadas classes sociais – era o caso da aristocracia inglesa no século XVIII¹⁰. A partir da aplicação das teses das fontes sociais e da separação entre o direito e a moral, o direito positivo, em sua vertente clássica, tinha também como objetivo privilegiar a segurança jurídica no processo de interpretação e aplicação das normas institucionais, sem depender da preferência moral dos magistrados.

Especificamente na obra de Hans Kelsen¹¹, há a reflexão acerca da relatividade dos valores morais reclamados pelo jusnaturalismo. Segundo o autor, não é possível considerar valores morais absolutos sob o ponto de vista do conhecimento científico; tal moralidade de cunho universalista, válida para todos os tempos e para todos os povos, somente poderia ser encontrada em doutrinas religiosas. Reconhece-se, dessa forma, que as distintas comunidades nacionais possuem diferentes critérios culturais-axiológicos – e mesmo elas, internamente, possuem suas subdivisões em questões morais.

Percebe-se a adoção da teoria do *relativismo filosófico*¹² na obra de Kelsen, quando este privilegia a existência de diferentes concepções de mundo existentes em matéria moral e cultural, todas elas possíveis e válidas. Tal postura direciona uma crítica ao jusnaturalismo¹³, que historicamente foi marcado pela crença em um conjunto de bens humanos universais, decorrente de uma

¹⁰ BUSTAMANTE, T. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 20, n. 1, pp. 307-327, jan./abr. 2015.

¹¹ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹² GOMES, A. T. *O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 276.

¹³ A mesma crítica é direcionada por Joseph Raz (*Practical reason and norms*. New York: Oxford University Press, 2002. pp. 162-170), que, como positivista, tende a assumir a postura filosófico-relativista (RAZ, J. *The morality of freedom*. New York: Oxford University Press, 1988. pp. 107-108).

ordem divina, da natureza humana ou da sua racionalidade intelectual. A intencionalidade de Kelsen a partir da adoção desse modelo de juridicidade foi conferir à sociedade democrática um caráter pluralista, em que não houvesse a adoção legal de preceitos morais de determinado grupo em detrimento de outros¹⁴.

Dessa forma, para a teoria jurídica kelseniana, o direito representa a positivação de um valor moral de determinada sociedade; esse valor será relativo, estando correlacionado com os preceitos culturais de determinada comunidade. Apesar da distinção do conteúdo do direito entre uma nação e outra, todas essas normas são consideradas como válidas, posto que refletem os respectivos valores axiológicos dos diferentes agrupamentos humanos. Assim sendo, a visão kelseniana acredita que *todo direito é moral*¹⁵ – posto que não há um conjunto de normas morais absolutas.

Assim sendo, a obra kelseniana buscou estabelecer critérios de identificação da validade formal das regras jurídicas – seu procedimento de edição, interpretação e aplicação. No intuito de proporcionar maior pureza epistemológica na avaliação das normas jurídicas, tendo como objetivo livrar o direito de concepções ideológicas tais que o confundisse com o estudo da filosofia moral ou da sociologia, o autor pautou-se por uma teoria do direito de cunho avalorativo¹⁶. Traçando-se critérios metodologicamente descritivos, o autor vê no direito uma verdadeira moldura – à qual cabem aos respectivos grupos sociais o preenchimento com os seus regramentos coletivos.

Quanto ao processo de aplicação das normas jurídicas, por sua vez, Hans Kelsen aduz que a interpretação do direito constitui uma tarefa na qual o magistrado avalia possíveis sentidos contidos na expressão legal, tendo a faculdade de escolher aquele que melhor se adéqua ao caso concreto. Há, pois, uma gama de conteúdos e significados que podem ser extraídos do texto normativo, conferindo ao juiz a possibilidade de escolha entre quaisquer

¹⁴ LISBOA, M. M. G. *O conceito de democracia em Hans Kelsen*. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

¹⁵ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 47.

¹⁶ MAIA, P. S. P. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Masburgo no “primeiro” Hans Kelsen. *Sequência*, Florianópolis, n. 60, pp. 195-224, jul. 2010.

destes, sem que seja legítimo apontar uma decisão como unicamente correta e válida no caso em análise¹⁷.

A ponderação acerca dos possíveis sentidos contidos na norma jurídica em análise pelo magistrado, entretanto, não incorrem em ponderações valorativas acerca deste – como quer o direito natural. O juiz, em sua competência decisória, encontra-se livre para escolher qualquer das possibilidades que se configurem dentro da moldura jurídica, mas limitado pelas opções que a referida regra de direito lhe oferece, somente. Uma teoria do direito que incide em formulações acerca de valores e princípios no papel jurisdicional decisório, na visão de Kelsen¹⁸, torna-se eminentemente metafísica.

Em comparação com o positivismo clássico – no qual incluímos a obra kelseniana –, a teoria de direito de Herbert L. A. Hart adota um modelo positivista menos formalista, que se reputa descritivo. A anterior radicalidade epistemológico-formalista do positivismo em sua versão clássica cede espaço para o que pode ser considerado como um *positivismo refinado*¹⁹ em Hart. O acréscimo de conceitos mais concernentes com uma teoria jurídica equilibrada e coerente e a posição privilegiada como professor de uma das mais conhecidas universidades jurídicas do ocidente concedeu à obra hartiana ampla divulgação – movimentando estudos e críticas de toda uma geração de juristas ao longo dos anos 60 e que alcança até mesmo os dias atuais.

Herbert L. A. Hart ampara a sua teoria jurídica no que ele denomina *regra de reconhecimento*²⁰, sendo tal regra o modo como os particulares e os membros das instituições jurídico-estatais identificam quais são as regras dotadas de efetiva autoridade no cenário em análise. O autor aduz que podem existir

¹⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 251: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”.

¹⁸ KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁹ DMITRUK, E. J. O que é Direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. *Revista Jurídica da UNIFIL*, a. I, n. 1, pp. 71-89, 2004, p. 74.

²⁰ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 111.

diferentes regras de reconhecimento em diferentes comunidades jurídicas: podem ser identificadas por terem sido legisladas por um órgão específico, pela sua longa prática consuetudinária ou, ainda, pela sua relação com as decisões jurisprudenciais. Nesse aspecto, a regra de reconhecimento serve como fundamento do sistema jurídico, de onde emanam as normas jurídicas válidas para todos os indivíduos.

Apesar de Hart admitir a influência da moral sobre o direito²¹, o autor prega que o modelo de aplicação mais coerente das normas jurídicas deve estar pautado na separação entre o direito e a moral. Na obra de Hart, há uma tentativa de distinção entre os padrões morais, baseados em preceitos culturais tais que vinculam socialmente a comunidade – não obstante tais práticas possam ser danosas aos indivíduos, como a prática de que a viúva se lance à pira fúnebre do marido falecido em determinado grupo social – e o direito. O direito, por sua vez, provém das instituições propícias para a edição de regras jurídicas – identificadas por meio da regra de reconhecimento – e que possuem conteúdo variável.

Com a tese da separação entre a moral e o direito, Hart se esforçou por criar elementos para que o direito posto não incidisse em valorações hierarquizantes, que pudessem privilegiar os preceitos de determinado grupo cultural sobre outro. Assim como Hans Kelsen, o autor parece ter consciência da pluralidade de distintas concepções de vida entre as mais diferentes sociedades – e mesmo entre os próprios cidadãos ingleses. Não deve haver, no entendimento do autor, a adoção de qualquer critério de *legalização da moral*²², posto que não é possível falar sobre consenso social em torno de uma moral concreta.

Ao discorrer sobre a diferenciação entre o ponto de vista interno e externo, Hart traz uma inovação teórica que o diferencia de todos os positivistas que o antecederam. O que o autor chama de ponto de vista interno se configura a partir da análise das regras jurídicas pelos sujeitos que estão inseridos dentro de determinado ordenamento jurídico, e que aceitam a regra de reconhecimento estipulada previamente. Assim, infere-se que o processo pelo qual as normas

²¹ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

²² STOLSZ, S. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, pp. 101-120, jan./jun. 2007, p. 112.

jurídicas têm sua validade atestada ocorre mediante um *método hermenêutico*²³, exercido coletivamente, o que, de pronto, desvela a possibilidade de sustentação teórica de uma teoria jurídica puramente descritiva.

Nesse contexto, Hart aborda uma teoria da interpretação e aplicação de normas jurídicas mediante a utilização de critérios que não se baseiam somente em uma aferição da validade formal dos institutos jurídicos, mas que também recorrem a uma ponderação acerca da *razoabilidade*²⁴ da decisão a ser emanada. Ademais, o autor reconhece a necessidade de exame dos institutos jurídicos por um crivo moral posterior, tendo em vista a possibilidade de existência de dispositivos normativos iníquos²⁵. Foge-se, assim, dos conceitos de direito positivo consagrados historicamente, em que a competência judicial é fortemente limitada ante o direito posto – incorrendo, no mais das vezes, em elucubrações meramente semânticas sobre o texto legal.

Tal abertura conceitual se delinea ainda mais com a publicação do pós-escrito hartiano, em que o autor abre a possibilidade para uma teoria jurídica que utilize internamente os princípios jurídicos reclamados por Ronald Dworkin. Segundo Hart, a sua teoria jurídica não é incompatível com a concepção de teoria do direito dworkiniana – o que não é suficiente para afirmar que esta renega preceitos inerentes ao positivismo jurídico descritivo. Hart expõe que a sua concepção de teoria do direito pode plenamente proporcionar a identificação dos princípios jurídicos por meio da utilização da sua regra de

²³ BUSTAMANTE, T. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015, p. 316.

²⁴ “Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução ‘mecânica’ de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes” (HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 220).

²⁵ “Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a um exame moral” (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 226-227).

reconhecimento²⁶; ao mesmo tempo, o autor defende que sua teoria se encontra apartada da missão de identificar o cerne do direito e justificar a coerção jurídica, visando apenas fornecer critérios para a identificação, alteração e execução do direito²⁷.

2 OS IDEAIS PÓS-POSITIVISTAS: REGRAS E PRINCÍPIOS, DIREITO E VALOR

Enquanto os positivistas clássicos como Hans Kelsen se esforçaram em construir uma teoria isenta de valores, pautadas por uma separação entre direito e moral de caráter formalista e descritivista – podemos incluir nessa seara a obra de Herbert L. A. Hart, com certas ressalvas –, os pós-positivistas não negam a relação entre direito e eticidade. Segundo os adeptos da corrente pós-positivista, o direito deve incluir dentro do seu processo decisório uma série de ponderações valorativas, de modo a guiar a interpretação e a aplicação das normas para alcançar a justiça social²⁸.

Esse quadro revela, de pronto, uma significativa alteração na concepção de teoria de direito. Os positivistas buscaram conceituar o direito como um conjunto de elementos estruturais, que contivesse uma organização sistêmica para produzir e aplicar normas jurídicas em determinada comunidade. A teoria do direito, desse modo, incorre meramente em padrões semântico-descritivos; o formalismo avalorativo é o principal instrumento metodológico que os pesquisadores do direito utilizam para a análise das diferentes concepções jurídicas de organização social positivada.

Por sua vez, a teoria do direito elaborada por Ronald Dworkin²⁹ – que assumimos como pós-positivista, embora o autor nunca tenha utilizado tal nomenclatura – vê o direito como atividade essencialmente interpretativa. Para o autor, a atividade hermenêutica é a principal função da atividade jurídica, e não deve ser realizada meramente como um ato de aplicação pura

²⁶ FERNANDES, G. *O sentido da filosofia política: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes*. 2009. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

²⁷ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

²⁸ AMORIM, L. B. Sobre a pretensão de correção da lei injusta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, pp. 285-296, jul./set. 2006.

²⁹ DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

da legislação em vigor. Cabe ao intérprete, mais do que escolher entre uma das múltiplas possibilidades que o regramento legal oferece, interpretar o direito posto tendo como parâmetros os seus fundamentos axiológicos e a sua justificativa política.

Nesse sentido, ao elaborar sua teoria do direito, Ronald Dworkin propõe uma abertura valorativa do sistema jurídico³⁰. O direito não é construído meramente a partir da aplicação hermenêutico-formalista de regramentos sociais positivados; além das regras sociais incorporadas no texto legal, existem os *princípios jurídicos*³¹ dentro do ordenamento jurídico, como valores humanos que devem ser igualmente considerados como normas jurídicas. A restrita separação entre moralidade e juridicidade dos positivistas clássicos é contestada de modo frontal pela teoria jurídica dworkiniana.

Segundo Luís Roberto Barroso³², o movimento de construção conceitual em torno do que se costuma chamar de pós-positivismo envolveu uma preocupação evidente quanto às violações de direitos perpetradas pelas nações em meio à Segunda Grande Guerra, na qual o Estado utilizou o aparato jurídico-institucional para a aplicação de leis espúrias. A legalidade estrita, aplicada sem qualquer filtragem axiológica, mostrou-se compatível com modelos de organização estatal baseados no desprezo e extermínio de grupos humanos inteiros – como no caso da Alemanha nazista.

O surgimento do pós-positivismo se dá inegavelmente como consequência deste processo histórico de preocupação com o positivismo descritivista anteriormente utilizado pelas nações ocidentais, posto que apenas eram utilizados critérios formais de verificação da validade do direito positivado. Tal evolução jurídico-conceitual ocorre concomitantemente ao surgimento do que se costuma alcinhar como *neoconstitucionalismo*³³, que

³⁰ FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

³¹ DWORKIN, R. *O império do Direito*. 2. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

³² BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007.

³³ VALE, A. R. do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 67.

envolveu a normatização de uma série de princípios jurídicos nas Cartas Políticas dos países no mundo. Os referidos princípios jurídicos recorrem a fundamentos ético-valorativos, sem que tenham como objetivo, entretanto, ceder espaço para particularismos e voluntarismos morais.

Há, na teoria jurídica pós-positivista, a adoção de normas jurídicas que se dividem em regras e princípios. Recorremos à tese de Ronald Dworkin³⁴ para explicar que regras são os institutos normativos que regulam certa conduta e, ante ela, são aplicadas na modalidade tudo-ou-nada: ou se enquadram ao caso concreto e são empregadas, ou não o são e por isso não são executadas. Os princípios jurídicos, por sua vez, são valores integrados ao sistema jurídico aplicados segundo uma dimensão de peso ou importância: no conflito entre princípios no caso concreto, aquele que detiver maior relevância na situação em análise prevalecerá e será implementado³⁵.

Um princípio é, segundo a lição de Dworkin, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”³⁶. A introdução dos princípios jurídicos como efetivas normas do sistema legal fornecem, pois, bases para que o direito possa trabalhar em sua seara interna contra possíveis injustiças em seu processo de aplicação. São remédios instituídos para evitar incongruências éticas e morais no direito posto, em uma tentativa de equilibrar todo o sistema; funcionam, desse modo, como critérios de aferição da validade material das normas jurídicas.

Por meio da concepção pós-positivista, a anterior dualidade entre o positivismo e o jusnaturalismo restou superada. Ao mesmo tempo em que o pós-positivismo recorre às estruturas de posituação de normas jurídicas e à exaltação da legalidade como elementos de cunho central na teoria jurídica, recepciona valores ético-morais dentro do âmbito de atuação do próprio sistema do direito. Ante uma sociedade global cada vez mais pluralista, em que diferentes grupos sociais convivem e conflitam diuturnamente, o pós-positivismo se coloca como resposta profícua para atender aos ditames

³⁴ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵ ALEXY, R. *Teoria discursiva do Direito*. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

³⁶ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

de justiça anteriormente não solucionados pelas posturas jusnaturalista e juspositivista³⁷.

Como teoria jurídica eminentemente *argumentativa*³⁸, posto que identifica no direito um caráter inegavelmente controvertido e que deriva do seu sentido de uso, a teoria do direito dworkiniana provoca transformações não somente no modo de vislumbrar o direito, mas igualmente de manejá-lo social e institucionalmente. Se, ante a teoria jurídica positivista anteriormente em vigor, o papel do intérprete estava rigorosamente limitado, a partir da emergência do pós-positivismo, a hermenêutica jurídica ganha novos contornos. A construção de decisões coerentes no processo de aplicação das normas jurídicas adquire importância tão relevante, talvez, como a própria atividade de edição dos institutos jurídicos.

A teoria pós-positivista contribuiu para que, contemporaneamente, fosse superado o conceito de aplicação das leis mediante uma inferência lógica extraída a partir das normas positivadas pelo Estado. Nesse sentido, Robert Alexy³⁹ oferece quatro motivos para afirmar que diversas decisões jurídicas não provêm diretamente da pura aplicação normativa mediante subsunção: “(1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, [...] (4) a possibilidade de [...] uma decisão que contrarie textualmente um estatuto”.

Ao ampliar o espaço de atuação dos intérpretes normativos, especialmente dos responsáveis pela aplicação institucional dos dispositivos legais, o pós-positivismo cria um novo desafio para o sistema jurídico: o problema da *justificação das sentenças*⁴⁰. O direito, que anteriormente era vislumbrado como sistema fechado de regramentos jurídicos com uma procedimentalidade de

³⁷ FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

³⁸ BUSTAMANTE, T. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 1, pp. 307-327, jan./abr. 2015, p. 320.

³⁹ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

⁴⁰ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

execução própria, passa a estar associado inerentemente a um estudo que só tem sentido no campo da linguagem. Nesse quesito, a aplicação da lei exige a aferição de uma justificação coerente e rigorosamente fundamentada para que adquira legitimidade.

Todos esses fatores corroboram para elevar a importância institucional dos juízes e tribunais, que adquirem poderes de interpretação da legislação muito mais amplos do que detinham no sistema positivista. A fixação do conteúdo dos direitos editados pelo Legislativo passa a ser tarefa do Poder Judiciário, por meio da prerrogativa interpretativa funcional que lhe é atribuída constitucionalmente⁴¹. Sem dúvidas, uma competência hermenêutica que se amplia consideravelmente a partir do momento em que os juízes e tribunais estão autorizados a fazer uso dos princípios jurídicos para decidir casos concretos, podendo mesmo proferir sentenças que contrariem frontalmente a letra da lei.

Empiricamente, essa nova conjuntura jurídica proporcionou a incidência da atuação jurisdicional nas mais variadas e diferentes esferas. Não é demasiado concluir que tal processo de atribuição de novas possibilidades de atuação judicial produziu uma transferência do poder político do Poder Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Não somente os dispositivos normativos positivados, mas igualmente as políticas públicas executadas pela Administração Pública são analisadas e avaliadas pelos tribunais nacionais, que não raramente emitem decisões ordenando a sua revisão ou cancelamento⁴².

A transformação de questões políticas em questões jurídicas foi um fenômeno que, por meio do pós-positivismo, alcançou a grande maioria dos países ocidentais – nas mais distintas tradições, seja do *common law*, seja do *civil law*. Indiscutivelmente, essa transição na forma jurídico-organizativa do Estado trouxe certos benefícios, como a possibilidade de pleito e concessão judicial de direito sociais e econômicos, anteriormente sob a égide exclusiva

⁴¹ FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

⁴² CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004, p. 105. Ver também: LOBO, L. F. A expansão dos poderes judiciários. *Psicologia & Sociedade*, n. 24, pp. 25-30, 2012, p. 28.

do Poder Executivo. Anteriormente, em um sistema positivista, a luta pela efetivação de direitos sociais para a comunidade somente se daria por meio de reivindicações exercidas no âmbito externo ao Estado; a partir dessa virada jurídico-funcional, a batalha pela consecução dos referidos direitos passou a estar incorporada ao andamento interno às instituições estatais acerca da interpretação e da definição de direitos.

Além disso, a incorporação dos princípios jurídicos no processo de avaliação e ponderação jurisdicional funcionou como barreira à imposição estatal de valores morais compartilhados pela maioria da população, que cerceariam práticas das minorias culturais e religiosas. O Judiciário se tornou um campo profícuo para realizar a análise dos casos da chamada *ditadura da maioria*⁴³, que estabeleceria institutos jurídicos voltados somente para o atendimento do modo de vida majoritário e incidiria em uma violação direta aos direitos dos grupos minoritários de exercícios das suas formas de vida plurais e diferenciadas.

Nesse campo, vislumbra-se uma problemática eminentemente ética, que acaba por colocar em conflito dispositivos jurídicos que regulam formas de vida diversas. É preciso, pois, estabelecer limites a uma possível intervenção desmedida das maiorias, no processo democrático, sobre o âmbito privado dos grupos minoritários. Tais parâmetros de defesa das minorias estão configurados, por certo, a partir da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que atuam como instrumento de defesa das minorias no debate democrático para a consagração das suas escolhas íntimas.

3 O PANORAMA JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Temos, pois, dois modelos de sistema jurídico apresentados. Nenhum deles está isento de críticas: tanto o positivismo quanto o pós-positivismo elegem os seus pressupostos centrais e, ao privilegiar determinado enfoque, cedem abertura para a desvalorização de outros aspectos. No caso do

⁴³ TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 131.

positivismo jurídico, o valor central parece ser a *segurança jurídica*⁴⁴, que se encontra assegurada mediante aplicação uniforme do direito positivado pelos tribunais que interpretam os regramentos jurídicos. Como se concede pouco (ou nenhum) espaço para ponderações axiológicas no procedimento de aplicação de normas, depreende-se de que o direito do caso concreto estará em conformidade com o que dispõe o texto legal.

Esta é uma crítica pertinente que pode ser direcionada aos adeptos da corrente pós-positivista: a introdução dos princípios no ordenamento jurídico abre um leque de opções infinito ao aplicador do direito. Com base na utilização dos valores ético-jurídicos incorporados ao sistema legal, como efetivas normas – e não, meramente, como critérios de interpretação –, todo e qualquer texto normativo editado pelas casas legislativas pode ser revisto e, até mesmo, contrariado. Nem mesmo a Constituição Federal escapa ao poder interpretativo dos juízes, seja o juiz singular do Tribunal de Justiça, seja o ministro do Supremo Tribunal Federal – posto que o Brasil adota o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, admitindo tanto o controle concentrado quanto o difuso⁴⁵.

A introdução dos princípios jurídicos no contexto pós-positivista, sem a criação de estruturas efetivas de manejo do direito pelos magistrados, concede-lhes a possibilidade – não rara – de que estes decidam conforme a sua própria consciência⁴⁶. Nesses termos, a liberdade decisional do juiz na análise do caso concreto se torna sinônimo de desrespeito aos preceitos legais editados pelos representantes do povo: a discricionariedade judicial se transforma em arbitrariedade subjetiva. O intérprete passa a se apossar da Constituição e das demais regras positivadas⁴⁷, editando normas jurídicas como se legislador fosse.

⁴⁴ BUSTAMANTE, T. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 20, n. 1, pp. 307-327, jan./abr. 2015, p. 312. Ainda nesse sentido: DMITRUK, E. J. O que é Direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. *Revista Jurídica da UNIFIL*, a. I, n. 1, p. 71-89, 2004, p. 88.

⁴⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Ver também: MENDES, G. F. et al. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁶ STRECK, L. L. *O que é isto* – Decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴⁷ BERCOVICI, G. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, pp. 195-201, jan./jun. 2003.

As mais recentes análises políticas em torno da aplicação do pós-positivismo no Brasil, com o acréscimo substancial do poder dos juízes em sua atividade decisória, mostram que as instituições jurisdicionais não foram devidamente preparadas para exercer as referidas prerrogativas funcionais. É extremamente hodierno que os magistrados decidam as causas que lhes são direcionadas com base em preceitos particulares, em concepções de vida próprias, buscando ulteriores fundamentos para embasar a sua sentença – que, não raramente, utilizam os princípios jurídicos para tentar justificar tal decisão⁴⁸.

Se anteriormente, no positivismo clássico, o sujeito com a competência judicial procurava a vontade do intérprete como direcionamento para emitir a sua decisão institucional em relação ao caso concreto, contemporaneamente o paradigma parece ser o da “vontade do intérprete”⁴⁹ que norteia as sentenças judiciais. O sistema pós-positivista em vigor no Estado brasileiro corrobora, assim, com uma atuação judicial livre de quaisquer responsabilidades democráticas, em que o cidadão se torna refém da loteria decisional amparada pelo conjunto de sentenças desencontradas e contraditórias emitidas pelos tribunais pátrios.

Há de se ter em conta que a atribuição de poderes ampliados de julgamento aos magistrados não pode significar um desrespeito ao ordenamento jurídico, à legislação editada pelos representantes populares. A utilização dos princípios deve servir para a aplicação de uma ponderação racional e equilibrada das normas jurídicas, especialmente das regras – que, por si só, já são fruto de um processo de ponderação previamente realizado pelo Legislativo. Todo o cenário de atuação jurisdicional desarrazoada e amparada por preceitos particulares edifica um paradigma de *decisões solipsistas*⁵⁰, que se fundam unicamente na consciência particular do juiz, mas que utiliza a busca pela justiça como justificativa procedimental.

Mas, afinal, o que é justiça? A avaliação entre o que é justo e injusto não é relativa e, desse modo, abriria espaço para que diferentes concepções

⁴⁸ PINTO, H. P. *A expansão do Supremo Tribunal Federal através da judicialização da política e do ativismo judicial: da aplicação da Constituição à assunção de poderes constituintes*. 2015. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

⁴⁹ STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 162.

⁵⁰ STRECK, L. L. O (pós)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, pp. 15-45, jan./jun. 2010, p. 19.

de bem fossem aplicadas pelos tribunais? Esse é, talvez, o questionamento-chave no processo de amparo (ou não) ao pós-positivismo jurídico. Há muito, Hans Kelsen⁵¹ já discursava sobre a relatividade do valor moral, sobre a impossibilidade de decretar a diferença universal e acabada entre aquilo que é justo e o que é injusto. Como crer na hipótese de que os tribunais brasileiros, mediante um processo racional de ponderação – exercitado, muitas vezes, por um juiz singular –, podem alcançar o ideal de justiça do caso concreto para os casos cuja intervenção foi reclamada institucionalmente?

Por certo, essa tarefa deveria ser direcionada ao Poder Legislativo: é ele quem determina, na forma da lei, os regramentos sociais a serem seguidos pela população – estabelecendo, assim, o que é legalmente justo e o que é injusto. O Poder Legislativo, nessa esfera, atua como a *Casa do Povo*⁵², posto que cada um dos congressistas – sejam deputados ou senadores – atua como representante popular dos milhares de cidadãos que o investiram em seu cargo político. Dessa forma, a deliberação plenária nas Casas do Congresso Nacional para a regulamentação da sociedade e do Estado ocorre mediante a participação indireta do povo, exercida pelos seus representantes mandatários.

Questiona-se, nesse sentido, a *legitimidade*⁵³ que os membros do Poder Judiciário detêm para reverter as decisões tomadas pelos outros Poderes. O Legislativo e o Executivo são constituídos a partir da representação popular, enquanto, no Judiciário, o mesmo não ocorre. No sistema americano de judicatura, em que os juízes são eleitos pelo povo, esse questionamento talvez fizesse menos sentido; no Brasil, entretanto, aqueles que compõem os tribunais são investidos no cargo mediante concurso de provas e títulos – ou, de modo mais recente, mediante o chamado quinto constitucional. Nem mesmo o STF escaparia à crítica: como um grupo de 11 pessoas não eleitas detém o poder de modificar decisões emanadas por cerca de 600 congressistas investidos diretamente pelo voto popular (são 513 deputados e 81 senadores)?

⁵¹ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 47: “Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais”.

⁵² BRASIL. *A Câmara e o cidadão: um guia para conhecer e participar do processo legislativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. p. 21.

⁵³ BONAVIDES, P. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

Pois bem. Deve-se reconhecer a pertinência das críticas direcionadas ao ideário pós-positivista que vem sendo atualmente aplicado no Brasil. As críticas apresentadas podem ser colocadas em três grandes blocos: a) o conceito de justiça que embasa a incorporação de princípios jurídicos é inalcançável; b) o pós-positivismo gera insegurança jurídica, posto que diferentes juízes decidem casos semelhantes de modo distinto; e c) a falta de legitimidade aos tribunais para modificar regras legais editadas pelo Poder Legislativo. Cada uma das referidas críticas merecerá, assim, a devida análise neste trabalho – ainda que de modo sucinto.

a) O conceito de justiça como um ideal inalcunçável

Começemos, pois, pela crítica à justiça como uma utopia. O surgimento da corrente pós-positivista no âmbito jurídico ocidental se deu como uma clara tentativa de aproximação do direito com a moral, elo que foi rompido com a ascensão do ideário positivista. Se o elemento primordial no positivismo parece ser a segurança jurídica, no pós-positivismo o principal objetivo consiste no valor *justiça*⁵⁴. Contra o arbítrio no exercício de funções do Legislativo, ao editar institutos legais e regramentos estatais que podem não corresponder aos ditames axiológicos compartilhados pela população e vitais para a harmonização das relações sociais, a revisão realizada pelos magistrados se mostra como caminho imprescindível para a obtenção de um direito equânime.

O conceito de justiça exigiria um trabalho especificamente voltado para esta tarefa e, por certo, não esgotaria a temática. Entretanto, cabe desenvolver aqui algumas ponderações sobre a referida temática. Não recorreremos às teses jusnaturalistas acerca de uma suposta *natureza humana*⁵⁵, de onde emanam os ideais de justiça dos indivíduos. Acreditamos, pois, que os valores que fundamentam a ideia de justiça são uma construção humana, histórica e temporalmente mutável e variável – reconhecendo-se aqui, igualmente, a sua relatividade –, mas que, inegavelmente, estão amparados sobre alguns preceitos comuns das mais diferentes comunidades.

Nesse sentido, a emergência dos direitos humanos representou um passo adiante pela consecução da justiça, tendo em vista a declaração dos valores

⁵⁴ AMORIM, L. B. Sobre a pretensão de correção da lei injusta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, p. 285-296, jul./set. 2006, p. 292.

⁵⁵ FINNIS, J. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução: Leila Medes. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 46.

humanos como dignidade, vida, liberdade, saúde e educação como objetivos comuns a serem perseguidos. As referidas concepções abstratas são postas à prova quando incidentes em casos concretos, nos quais as ponderações culturais e morais apontam para soluções diversas – como se e em quais casos o aborto deve ser permitido, ou se deve existir a pena de morte. É justamente mediante a análise de tais casos, considerados por Dworkin como *hard cases*⁵⁶, que a ideia de relatividade moral kelseniana encontra força.

Entretanto, não é coerente abandonar o ideal de justiça e assumir uma postura relativista radical mediante a dificuldade que este objetivo impõe. A construção de preceitos a partir de rigorosos e fundamentados critérios argumentativos é possível em um Estado que ampara a democracia e que, principalmente nos casos difíceis, convoca a comunidade para um debate plural acerca de decisões relevantes. Nesse aspecto, o Judiciário tem se mostrado um espaço de diálogo com a população brasileira, procurando estar aberto às considerações dos grupos sociais envolvidos nas respectivas causas postas em demanda – como se depreende da utilização da figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

Mais do que isso, o Poder Judiciário tem se caracterizado como um ator jurídico relevante para a defesa dos direitos fundamentais da população, combatendo os desmandos e as subversões da ética pelos demais Poderes, ainda que seus representantes institucionais tenham sido eleitos democraticamente. Tal papel deve ser ressaltado, de modo a identificar a importância da existência, da atuação e da competência constitucional atribuída ao Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, na medida em que os parâmetros de justiça se colocam como objetivo principal da sua atividade.

Isso não significa, por outro lado, adotar um posicionamento universalista frente às questões postas em debate público-institucional. Os preceitos de justiça não são um dado, mas sim um construído: por meio do diálogo e da ponderação humanos, é possível alcançar as respostas para as problemáticas

⁵⁶ DWORKIN, R. *Hard cases*. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, apr. 1975, p. 1060.

⁵⁷ SILVA, L. F. M. da. *Amicus curiae*, direito e ação afirmativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 7, n. 76, p. 70-78, dez. 2005/jan. 2006. Ver também: MACHADO, T. R. de C. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, p. 561-568, 2014.

sociais demandadas pela sociedade. Como prega Dworkin⁵⁸, tais respostas não são absolutas e imutáveis, exigindo do intérprete e da comunidade uma constante reavaliação dos princípios, argumentos e decisões encontrados anteriormente, em um processo constante e aberto de construção sociojurídica na busca da melhor decisão.

b) Diferentes decisões para casos semelhantes geram insegurança jurídica

Há eminentemente a crítica dirigida às decisões judiciais conflitantes proferidas pelos tribunais brasileiros, em que diferentes juízes decidem casos parecidos de modo diverso. Nesse ínterim, aduz-se que os magistrados recorrem a suas preferências e a valores morais próprios para efetuar a sua decisão, procurando, posteriormente, dispositivos principiológicos e regras jurídicas para fundamentar a sua decisão – em critérios semelhantes aos aplicados pelo modelo realista do direito⁵⁹. A inexistência de um padrão decisional sobre diversas temáticas, que ampara e contraria ao mesmo tempo o que a legislação ordena, traria insegurança jurídica para a sociedade.

A ocorrência de decisões evidentemente conflitantes, entretanto, é uma parcela minoritária do total de sentenças proferidas pelos magistrados pátrios. Significam, pois, um percentual relativamente pequeno comparada ao total de decisões homogêneas, que seguem um mesmo entendimento – seja este favorável ou contrário à legislação em combate. Breve análise das estatísticas de julgamento do Superior Tribunal de Justiça dá conta do panorama descrito: entre 2016 a 2014, o percentual médio de provimento concedido aos processos julgados pelo referido tribunal variou em torno dos 12%⁶⁰.

⁵⁸ “Nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso. Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir” (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 308).

⁵⁹ OLIVEIRA JR., J. A. de. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, C. E. de A.; RODRIGUEZA, J. R. (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 203-227.

⁶⁰ Os dados do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2016 mostram que foi dado provimento a apenas 12,75% do total de 470.722 processos julgados pelo referido órgão (BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2016. p. 6). No ano de 2015, esse percentual foi de 11,75% de um total de 461.490 processos julgados (BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2015. p. 6). Já em 2014, o total de provimentos representou 13,49% do

Além disso, há de ser superada a concepção tradicional de segurança jurídica, dividida em sua parte objetiva – estabilidade conferida aos atos constitutivos de direito que são emanados do Estado – e subjetiva – previsibilidade pelos indivíduos dos efeitos jurídicos oriundos dos atos por eles praticados. Contemporaneamente, segurança jurídica envolve não somente o cumprimento dos atos editados pelos poderes públicos, mas igualmente comporta o revestimento de uma adequada fundamentação embasadora para a criação e implementação de tais institutos jurídicos⁶¹.

Por certo, existem distorções na aplicação equivocada do direito por um grupo minoritário de magistrados. Tal problemática, entretanto, pode ser plenamente solucionada a partir de metodologias de formação efetivamente aplicadas aos membros do Judiciário, de modo que estes sejam formados de forma eficaz para o exercício da judicatura e superem os seus possíveis vícios no ato de julgamento. Não se deve buscar apoio em tais questões para fundamentar o engessamento do Judiciário, elevando-se novamente o Poder Legislativo ao posto de detentor precípua do monopólio de decisão sobre o direito – cenário esse que, historicamente, possibilitou as mais distintas atrocidades contra indivíduos e grupos, pelas mais diferentes motivações⁶².

Nesse sentido, as deliberações das Casas Legislativas brasileiras não têm sequer inspirado em seus cidadãos a *confiança* – como princípio jurídico e como sentimento moral – necessária para que as normas jurídicas por ela emanadas não sejam contestadas. Todo o processo no qual os candidatos políticos alcançam os cargos de representatividade eleitorais são, contemporaneamente, revestidos por alianças espúrias com instituições desvinculadas com qualquer compromisso social – ao menos, em sua maior parte. Dentro do referido campo político, os grupos de poder hegemônico ocuparam as principais bases

número de 390.052 casos julgados pelo STJ (BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2014. p. 6).

⁶¹ ROTONDANO, R. O. Da coisa julgada e sua desconsideração: a justiça como finalidade processual primordial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 840-870, jan./abr. 2015.

⁶² FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

do Estado⁶³, restando aos grupos subalternizados recorrer ao Judiciário para pleitear o reconhecimento dos seus direitos e a sua efetiva implementação.

c) A legitimidade do Poder Judiciário

Por fim, temos que enfrentar o argumento acerca da legitimidade dos magistrados para exercer a revisão dos dispositivos legais emanados pelo Legislativo. A atribuição de competências valorativas ao Judiciário, com a introdução dos princípios jurídicos no sistema interpretativo jurisdicional, teria como condão realizar uma filtragem das normas emanadas pelos demais Poderes. Ao realizar a ponderação entre as normas em evidência no caso concreto, os magistrados estariam atuando de modo a corrigir eventuais injustiças legais – admitindo-se a possibilidade de ocorrência de leis injustas. As teses amparadas pela corrente pós-positivista, assim sendo, visam resguardar valores humanos que restariam seriamente prejudicados caso houvesse a edição de dispositivos legais que não correspondessem aos ideais de justiça.

Mas qual a legitimidade detém o Poder Judiciário para realizar a ponderação dos institutos editados pelo Congresso Nacional, cujos integrantes são os representantes diretos do povo brasileiro? A legitimidade advém da própria Constituição Federal. No momento em que os legisladores constituintes, no exercício do poder originário, consagram a possibilidade de aferição jurisdicional da validade formal e material dos dispositivos positivados pelo Legislativo, consagra-se a legitimidade do Judiciário para tanto. É o documento maior do Estado brasileiro, construído sob intensa participação popular direta da população nacional⁶⁴, que confere aos magistrados a referida competência institucional.

Mais do que isso, há de ser realizada uma análise sociopolítica, para verificar a atuação dos Poderes no cenário brasileiro – em especial, dos Poderes Legislativo e Judiciário. O cerne da legitimidade, conforme ensina Paulo Bonavides⁶⁵, está no questionamento acerca da justificação e dos valores do poder legal. É, portanto, um atributo adicional que transpassa o simples

⁶³ SANTOS, B. de S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução: Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

⁶⁴ PERLATTO, F. A Constituição de 1988: um marco para a história da nova república brasileira. *Contemporâneos – Revista de Artes e Humanidades*, n. 3, nov./abr. 2009.

⁶⁵ BONAVIDES, P. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

critério da legalidade estrita. Paulo Bonavides aduz ainda que a configuração da legitimidade implica, em suma, a “adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar”⁶⁶.

Seguindo tal entendimento, o cenário político nacional demonstra, cada vez mais, uma perda de legitimidade do Poder Legislativo, que edita normas jurídicas e assume políticas públicas dissociadas dos reclames sociais. Hodiernas manifestações populares declarando a inexistência de identificação representativa entre povo e representantes políticos têm sido realizadas⁶⁷, demonstrando a intensa insatisfação popular com a atuação dos legisladores e administradores dentro do Estado. O comprometimento dos mandatários políticos com as empresas que financiam as suas vultosas campanhas políticas⁶⁸ – vez que, no Brasil, a maior quantidade de gastos significa proporcionalmente uma chance maior de ser eleito⁶⁹ – faz as normas e políticas editadas pelos governantes terem como principal escopo atender aos anseios de lucratividade destas, em detrimento das necessidades sociais da população.

Ainda, o Poder Executivo não escapa da referida crítica. Identifica-se profundo desgaste e perda de credibilidade de prefeitos, governadores e presidentes eleitos, sendo cada vez mais comum a sobreposição de críticas às suas respectivas atuações políticas. Apesar de terem sido eleitos democraticamente, e cumprirem um mandato popular, as suas ações são intensamente questionadas. Embora o mandato possa ter sido auferido de forma legítima, as políticas oriundas do referido governante podem se configurar como ilegítimas – reclamando a intervenção do Poder Judiciário, que deverá exercer, de modo constitucional, um contrapeso a tais investidas.

⁶⁶ BONAVIDES, P. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

⁶⁷ CAMPANERUT, C.; MOTTA, S. Ao som do hino, manifestantes são detidos em manifestação contra Sarney. *Último Segundo* – IG, Brasília, 13 ago. 2009. Ver também: ONOFRE, R. Manifestantes pedem *impeachment* de Renan Calheiros em Copacabana. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2013; NASCIMENTO, A.; MARCEL, Y. Casais gays dão “beijaço” e Marco Feliciano cancela ida a evento no AC. *Portal G1*, Rio Branco, 3 out. 2015; MELLO, B.; FERREIRA, P. Eduardo Cunha é principal alvo de protestos no Rio, que são embalados por funk. *O Globo*, 17 abr. 2016.

⁶⁸ BURGARELLI, R. Campanhas gastaram R\$ 5 bilhões em 2014. *Estadão*, São Paulo, 1º dez. 2014.

⁶⁹ TOLEDO, J. R. de; BURGARELLI, R. Candidatos eleitos gastam em média 11 vezes mais que não eleitos. *Estadão*, São Paulo, 7 nov. 2014. Em semelhante sentido: PEREIRA, C. Quanto gastaram na campanha os deputados estaduais e federais eleitos pelo RS. *Portal ZH*, Porto Alegre, 10 nov. 2014.

Por sua vez, o Judiciário tem se mostrado uma instituição profícua para que os grupos sociais subalternizados⁷⁰ alcancem o reconhecimento dos seus direitos. Nesse viés, podemos citar o caso do reconhecimento dos direitos de união civil homossexual⁷¹ e o caso da decisão de amparo jurídico ao aborto de feto anencéfalo⁷². Ambos os casos não tiveram qualquer amparo nas Casas Legislativas, vez que a pressão exercida por grupos religiosos nesse âmbito é contundente e, desse modo, inviabiliza o reconhecimento de certos direitos das minorias sociais acerca de questões que conflitam com preceitos da seita cristã – incorrendo, indiretamente, em uma tentativa de imposição moral religiosa aos brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre diferentes teorias do direito e procedimentos hermenêuticos, uma escolha pelo modelo mais adequado para o Brasil não pode prescindir de uma análise sociológico-política. Em um país extremamente desigual, no qual os setores hegemônicos financeiros se apropriaram do poder estatal e comandam os rumos do Legislativo brasileiro, é preciso refletir seriamente sobre o papel que atualmente é exercido pelos legisladores pátrios. São realmente os congressistas os representantes do povo, que compactuam com os seus anseios sociais e manejam o aparato estatal para a consecução dos direitos fundamentais da população – em especial, das parcelas mais necessitadas?

O presente escrito avalia, de forma bastante cética, a atuação do parlamento pátrio em prol das camadas subalternizadas. Em verdade, os supostos representantes do povo estão associados contemporaneamente ao oligopólio empresarial que financia as suas campanhas políticas e auxilia os referidos indivíduos a alçar cargos de poder político no Brasil. Nesse sentido, a lei e as políticas públicas editadas respondem aos anseios destes grupos

⁷⁰ Por grupos subalternizados, referimo-nos às coletividades humanas que historicamente foram alijadas de seus direitos básicos por grupos hegemônicos, e que hoje ainda se encontram em situação majoritária de opressão. Citamos, nesse sentido, a população negra, as mulheres, os povos indígenas, as pessoas com deficiência, a classe trabalhadora, entre outras categorias.

⁷¹ ROTONDANO, R. O. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil: ponderações filosófico-sociológicas. *Cientefico*, Fortaleza, v. 15, n. 30, p. 29-44, jan./jun. 2015.

⁷² PEREIRA, M. M. de L. M. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: uma análise da ADPF 54 – aborto de anencéfalos*. 2014. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2014.

de poder – e não do povo, dos seus eleitores, de mais de uma centena de milhão de brasileiros. Não se pode fechar os olhos para o referido paradigma em evidência e defender o cumprimento da legislação estrita sem qualquer possibilidade de ponderação axiológico-política.

Nessa esteira, o positivismo jurídico não se coloca como uma teoria jurídica que satisfaça os anseios da população brasileira. Mesmo em nações como a Noruega⁷³ ou a Suécia⁷⁴, em que os índices de desenvolvimento humano são extremamente elevados e os níveis de corrupção são bastante reduzidos⁷⁵, não é possível imaginar um sistema estritamente positivista obtendo êxito⁷⁶. Em nações periféricas, subalternizadas, pós-coloniais – como é o caso brasileiro –, a relevância de que gozam os princípios jurídicos como instrumentos para o solucionamento de questões sociais é evidente. A opressão exercida por setores hegemônicos em conchave com os grupos políticos estatais que é constantemente direcionada aos menos abastados impede que o positivismo possa ser visto como um possível modelo de sucesso em terras brasileiras.

Sob esse panorama, a teoria pós-positivista se mostra a mais acertada para os padrões de desigualdade social e ilegitimidade representativa dos políticos que ocupam cargos de poder na estrutura governamental brasileira. O Judiciário ainda se mostra o campo no qual a batalha pela definição dos direitos e o reconhecimento das demandas sociais ocorre com maior vigor, ao contrário das deliberações legislativas inegavelmente conservadoras. Assim sendo, a abertura do sistema jurídico para a introdução de princípios jurídicos de cunho axiológico-valorativo é uma conquista social de grande monta, que não deve ser abandonada por conta das distorções que o ordenamento jurídico atual enfrenta.

⁷³ CHAMY, C. H. O que faz da Noruega o país mais democrático do mundo? *BBC Brasil*, 31 jan. 2015.

⁷⁴ TRIGO, L. Sem corrupção nem mordomias, políticos suecos são eleitos para servir. *Portal G1*, 21 set. 2014.

⁷⁵ SILVA, J. A. L. da. Conheça os países mais (e menos) corruptos do mundo. *Portal InfoMoney*, São Paulo, 4 dez. 2013.

⁷⁶ Acreditamos que, mesmo nestes países, a inserção dos princípios como normas jurídicas seja de vital importância para impedir casos de imposição de valores culturais majoritários e de possíveis institutos estatais pautados pela xenofobia e opressão de imigrantes estrangeiros, por exemplo (DALEY, S. Swedes Begin to question liberal migration tenets. *The New York Times*, Malmo, 26 feb. 2011; LADEGAARD, I. Norway's problem with immigration. *Science Nordic*, 28 jan. 2013; NARDELLI, A.; ARNETT, G. Why are anti-immigration parties so strong in the Nordic states? *The Guardian*, 19 jun. 2015).

Não se pode negar os perigos que a abertura à ponderação jurisdicional traz ao sistema jurídico. Decisões contraditórias podem ocorrer: é impossível padronizar o raciocínio dos magistrados, como se máquinas fossem. Entretanto, pode-se minimizar a tendência dessas ocorrências com uma melhoria efetiva na formação dos juízes – afastando, principalmente, a inegável tendência contemporânea em realizar julgamentos conforme preceitos oriundos da sua consciência pessoal. Contribui-se, desse modo, para um processo de interpretação e de aplicação do direito mais harmônico e coerente, sem abrir mão da busca pela justiça.

Desse modo, o presente trabalho considera que a teoria pós-positivista é a que melhor se enquadra ao paradigma político-social pátrio, como sistema de edição, interpretação e aplicação de normas jurídicas que permite uma abertura axiológico-política para a correção das suas distorções. Não obstante, a investigação em tela reconhece também a contribuição relevante e pertinente das críticas que têm sido feitas ao processo de aplicação do direito pelos tribunais na atualidade. Contudo, tal fator pode ser corrigido ou ao menos minimizado, não sendo efetivamente o caso de provocar a troca desta teoria jurídica pela teoria positivista – que não se adéqua às demandas sociopolíticas por igualdade da população pátria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, R. *Teoria discursiva do Direito*. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

AMORIM, L. B. Sobre a pretensão de correção da lei injusta. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, p. 285-296, jul./set. 2006.

AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio. 2007.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENTHAM, J. *Of Laws in general*. London: Athlone Press, 1970.

BERCOVICI, G. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003.

BONAVIDES, P. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *A Câmara e o cidadão: um guia para conhecer e participar do processo legislativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011.

BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2014.

BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2015.

BRASIL. *Boletim estatístico*. Superior Tribunal de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 2016.

BURGARELLI, R. Campanhas gastaram R\$ 5 bilhões em 2014. *Estadão*, São Paulo, 1º dez. 2014.

BUSTAMANTE, T. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

CAMPANERUT, C.; MOTTA, S. Ao som do hino, manifestantes são detidos em manifestação contra Sarney. *Último Segundo – IG*, Brasília, 13 ago. 2009.

CHAMY, C. H. O que faz da Noruega o país mais democrático do mundo? *BBC Brasil*, 31 jan. 2015.

CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

DALEY, S. Swedes Begin to question liberal migration tenets. *The New York Times*, Malmö, 26 feb. 2011.

DMITRUK, E. J. O que é Direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. *Revista Jurídica da UNIFIL*, a. I, n. 1, p. 71-89, 2004.

DWORKIN, R. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, apr. 1975.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. *O império do Direito*. 2. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, G. *O sentido da filosofia política: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes*. 2009. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FINNIS, J. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução: Leila Medes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GOMES, A. T. *O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LADEGAARD, I. Norway's problem with immigration. *Science Nordic*, 28 jan. 2013.

LISBOA, M. M. G. *O conceito de democracia em Hans Kelsen*. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LIXA, I. F. M. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

LOBO, L. F. A expansão dos poderes judiciários. *Psicologia & Sociedade*, n. 24, p. 25-30, 2012.

MACHADO, T. R. de C. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, p. 561-568, 2014.

MAIA, P. S. P. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Masburgo no “primeiro” Hans Kelsen. *Sequência*, Florianópolis, n. 60, p. 195-224, jul. 2010.

MARTINS, J. V. N. *Juridicidade e justiça de transição*. 2013. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

MELLO, B.; FERREIRA, P. Eduardo Cunha é principal alvo de protestos no Rio, que são embalados por funk. *O Globo*, 17 abr. 2016.

MENDES, G. F. et al. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NARDELLI, A.; ARNETT, G. Why are anti-immigration parties so strong in the Nordic states? *The Guardian*, 19 jun. 2015.

NASCIMENTO, A.; MARCEL, Y. Casais gays dão “beijaço” e Marco Feliciano cancela ida a evento no AC. *Portal G1*, Rio Branco, 3 out. 2015.

OLIVEIRA JR., J. A. de. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, C. E. de A.; RODRIGUEZA, J. R. (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ONOFRE, R. Manifestantes pedem *impeachment* de Renan Calheiros em Copacabana. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2013.

PEREIRA, C. Quanto gastaram na campanha os deputados estaduais e federais eleitos pelo RS. *Portal ZH*, Porto Alegre, 10 nov. 2014.

PEREIRA, M. M. de L. M. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: uma análise da ADPF 54 – aborto de anencéfalos*. 2014. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2014.

PERLATTO, F. A Constituição de 1988: um marco para a história da nova república brasileira. *Contemporâneos – Revista de Artes e Humanidades*, n. 3, nov./abr. 2009.

PICCOLO, C. H. B. *A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PINTO, H. P. *A expansão do Supremo Tribunal Federal através da judicialização da política e do ativismo judicial: da aplicação da Constituição à assunção de poderes constituintes*. 2015. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

RAZ, J. *The morality of freedom*. New York: Oxford University Press, 1988.

RAZ, J. *Practical reason and norms*. New York: Oxford University Press, 2002.

ROTONDANO, R. O. Da coisa julgada e sua desconsideração: a justiça como finalidade processual primordial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 840-870, jan./abr. 2015.

ROTONDANO, R. O. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil: ponderações filosófico-sociológicas. *Cientefico*, Fortaleza, v. 15, n. 30, p. 29-44, jan./jun. 2015.

SANTOS, B. de S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução: Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVA, J. A. L. da. Conheça os países mais (e menos) corruptos do mundo. *Portal InfoMoney*, São Paulo, 4 dez. 2013.

SILVA, L. F. M. da. *Amicus curiae*, direito e ação afirmativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 7, n. 76, p. 70-78, dez. 2005/jan. 2006.

STOLSZ, S. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

STRECK, L. L. O (pós)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOCQUEVILLE, A. de. *A democracia na América*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TOLEDO, J. R. de; BURGARELLI, R. Candidatos eleitos gastam em média 11 vezes mais que não eleitos. *Estadão*, São Paulo, 7 nov. 2014.

TRIGO, L. Sem corrupção nem mordomias, políticos suecos são eleitos para servir. *Portal G1*, 21 set. 2014.

VALE, A. R. do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

Submissão em: 11.09.2020

Avaliado em: 20.07.2021 (Avaliador D)

Avaliado em: 03.01.2022 (Avaliador M)

Aceito em: 08.09.2022