

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ELOGIO ÀS REGRAS: A PREVISIBILIDADE DO DIREITO EM
FACE DA COERÊNCIA NORMATIVA EM MACCORMICK E
SCHAUER**

JORGE ALBERTO DE ANDRADE

Itajaí-SC, fevereiro de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ELOGIO ÀS REGRAS: A PREVISIBILIDADE DO DIREITO EM FACE DA COERÊNCIA NORMATIVA EM MACCORMICK E SCHAUER

JORGE ALBERTO DE ANDRADE

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí-SC, fevereiro de 2017

AGRADECIMENTOS

Acredito que o trabalho de conclusão do mestrado é resultado das interações sociais ocorridas antes e durante a realização do mesmo. Muitas pessoas tinham muito a repassar sem a devida qualificação do interlocutor, no caso eu. Agradeço a todas elas e lhes atribuo o mérito. As deficiências foram causadas pela minha falta de compreensão. Embora saiba que esquecerei alguém, determinadas pessoas foram fundamentais para a realização deste trabalho, em especial:

O meu orientador Professor Alexandre Moraes da Rosa pela paciência e sabedoria em explicar, repetidas vezes, diversos conceitos, noções essenciais e pontos de vista a serem abordados ou não na elaboração do trabalho;

O Professor Paulo Márcio Cruz pela oportunidade concedida de realizar um sonho acadêmico;

A Jaqueline Moretti Quintero por lidar e orientar, com calma e sapiência, sobre como lidar com o mestrado;

O Professor Noel Struchiner que teve paciência hercúlea para lidar com minhas dúvidas, em especial quanto ao positivismo conceitual;

O amigo e companheiro de jornada Renê Chiquetti Rodrigues que foi meu interlocutor, implantando e sanando dúvidas quanto ao desenvolvimento do trabalho, além de auxiliar com material bibliográfico e de estar acessível para uma salutar troca de pontos de vista, principalmente para mim;

Os companheiros de jornada do PPCJ/UNIVALI: Ana Luiza Colzani, Andrey Gastaldi da Silva, Victor Thadeu Pereira Gonçalves, Juliete Ruana Mafra Granado, Kaira Cristina da Silva, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni, Barbara Guasque, Heloise Siqueira Garcia e ao grande responsável pelo início da caminhada João Henrique Pickcius Celant;

Os funcionários do PPCJ/UNIVALI pelo imenso auxílio prestado, principalmente a Leia Franco;

Ao Professor Clovis Demarchi e ao Rafael Bozzano, por meio dos quais agradeço aos docentes e discentes;

A CAPES-PROSUP pela concessão da bolsa;

Aos familiares em especial ao Guilherme, Bernardo e Augusto;

A Solange pela tenacidade em lidar comigo;

Obrigado a todos!

DEDICATÓRIA

Para Laura cuja alegria contagiante e tiradas aguçadíssimas não me deixaram esmorecer jamais.

Em um diálogo acadêmico genuíno, tudo o que fazemos é provisório!

Frederick Schauer

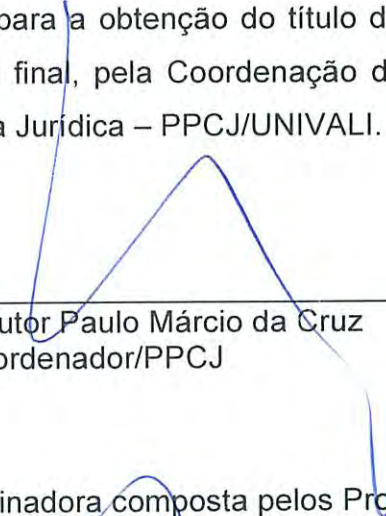
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 15 de fevereiro de 2017.

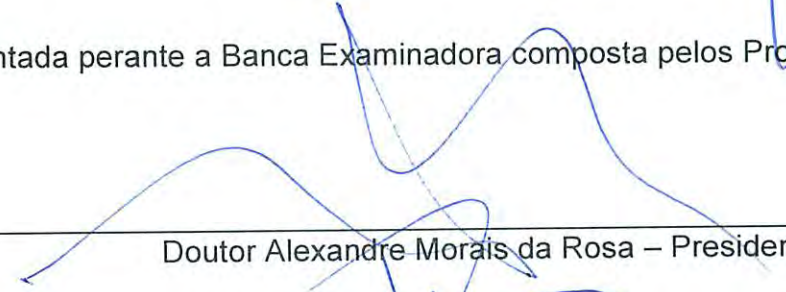
Jorge Alberto de Andrade
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Moraes da Rosa – Presidente



Doutor Julio Cesar Marcellino Junior (UFSC) – Membro



Doutora Luana Renostro Heinen (UFSC) - Membro

Itajaí(SC), 23 de fevereiro de 2017.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
RESUMO EM LINGUA ESTRANGEIRA.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 POSITIVISMO CONCEITUAL E AS REGRAS JURÍDICAS.....	14
1.1 A DISTINÇÃO ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO.....	15
1.1.1 Jusnaturalismo.....	15
1.1.2 Positivismo Jurídico.....	17
1.1.2.1 Positivismo Jurídico como Ceticismo Ético.....	18
1.1.2.2 Positivismo Jurídico como Positivismo Ideológico.....	19
1.1.2.3 Positivismo Jurídico como Formalismo Jurídico.....	22
1.1.2.4 Positivismo Jurídico como Positivismo Conceitual.....	23
1.2 A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART PARA O POSITIVISMO JURÍDICO.....	29
1.2.1 O Direito como união de regras primárias e secundárias.....	31
1.2.2 A regra de reconhecimento.....	35
1.3 A CONTRIBUIÇÃO DE FREDERICK SCHAUER PARA A COMPREENSÃO DAS REGRAS JURÍDICAS.....	40
CAPÍTULO 2 A CONTRIBUIÇÃO DE NEIL MACCORMICK PARA O POSITIVISMO JURÍDICO COM SUA TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	49
2.1 A CONTRIBUIÇÃO DE NEIL MACCORMICK PARA O POSITIVISMO JURÍDICO COM SUA TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	49
2.1.1 Ponto de partida da compreensão do trabalho de Neil MacCormick.....	50
2.1.2 A teoria do raciocínio jurídico de MacCormick.....	52
2.2 COERÊNCIA NORMATIVA E COERÊNCIA NARRATIVA.....	60
2.3 A DERROTABILIDADE.....	67
CAPÍTULO 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO SUPEROU O POSITIVISMO CONCEITUAL?.....	73
3.1 AS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK E DE MARCELO NEVES AO	

NEOCONSTITUCIONALISMO E A IMPORTÂNCIA DA PREVISIBILIDADE.....	82
3.2 HABEAS CORPUS N. 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU QUANDO AS CONSEQUÊNCIAS IMPERAM SOBRE A COERÊNCIA E PREVISIBILIDADE.....	91
3.3 O CONFRONTO ENTRE POSITIVISMO CONCEITUAL E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	105

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. O problema consiste em saber se o neoconstitucionalismo é capaz de fornecer respostas mais coerentes e previsíveis na interpretação do direito no Brasil que o positivismo jurídico. Para tanto, formularam-se duas hipóteses, a primeira de que o neoconstitucionalismo, tal qual fora recepcionado no Brasil, é capaz de atingir esse desiderato; a segunda, que a compreensão das proposições básicas do positivismo jurídico aliada a uma teoria do raciocínio jurídico é adequada para proporcionar uma interpretação jurídica que observe a coerência e a previsibilidade. Deste modo, separou-se as diferentes versões do positivismo jurídico para se chegar às teses fundamentais abraçadas por todos os positivistas. Apoiado em Carlos Santiago Nino e Noel Struchiner, assumiu-se a posição do positivismo conceitual. Foi ainda abordada a influência de Herbert L. A. Hart sobre o positivismo, bem como a contribuição de Frederick Schauer. Face à inércia normativa do positivismo jurídico, analisou-se a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick, em especial a coerência, visando utilizá-la como ferramenta para aplicar ao direito. A seguir abordou-se o neoconstitucionalismo e sua recepção no Brasil, sob influência de Luis Roberto Barroso. Chamou-se à baila, as críticas feitas por Lenio Luiz Streck e Marcelo Neves ao neoconstitucionalismo, bem como restou analisada a necessidade de previsibilidade nas decisões judiciais. Logo após, foi comentado o acórdão do Habeas Corpus n. 126.292, proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Por último, restaram contrapostos o neoconstitucionalismo e o positivismo conceitual, com vistas a verificar qual deles proporciona maior coerência e previsibilidade a interpretação do direito brasileiro.

Palavras-chave: Regras. Coerência. Previsibilidade. Positivismo jurídico. Neoconstitucionalismo.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

This dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, of the Master's degree course in Legal Science of Univali. The problem consists of finding out whether neoconstitutionalism is capable of providing more coherent and predictable answers than legal positivism, in the interpretation of Law in Brazil. This research therefore presents two hypotheses. The first is that neoconstitutionalism, as operated in Brazil, is efficient in achieving this purpose. The second is that an understanding of the basic premises of legal positivism, along with legal reasoning, is adequate to provide a legal interpretation that is coherent and predictable. Thus, the author separates the different versions of legal positivism, in order to determine the fundamental theses held important by all positivist theorists. Supported by Carlos Santiago Nino and Noel Struchiner, the thesis takes a position of conceptual positivism. It also addresses the influence of Herbert L. A. Hart on positivism, as well as Frederick Schauer's contribution. Faced with the normative inertia of legal positivism, Neil MacCormick's theory of legal reasoning is analysed, particularly coherence, aimed at its use as a tool for the application of the Law. Subsequently, it addresses neoconstitutionalism and its repercussion in Brazil, under the influence of Luis Roberto Barroso. The author also brings to discussion the criticisms given by Lenio Luiz Streck and Marcelo Neves against neoconstitutionalism, and analyses the need for predictability in court decisions. Comments are then given on the final judgment of Habeas Corpus 126.292 offered by the Brazilian Supreme Court. Ultimately, neoconstitutionalism and conceptual positivism remain opposed to each other, and this thesis aims to determine which of the two offers better coherence and predictability in interpreting the Brazilian Law.

Keywords: Rules. Coherence. Predictability. Legal Positivism. Neoconstitucionalism.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar se o positivismo jurídico - aqui entendido como positivismo conceitual defendido por Herbert L. A. Hart, Frederick Schauer, Carlos Santiago Nino e Noel Struchiner - aliada a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick possuem ferramentas adequadas para dar conta da interpretação jurídica.

O problema consiste em saber se o neoconstitucionalismo conforme recepcionado no Brasil é capaz de fornecer respostas mais coerentes e previsíveis na interpretação do Direito que o positivismo jurídico.

Para tanto, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) o neoconstitucionalismo tal qual recepcionado no Brasil é capaz de fornecer respostas mais coerentes e previsíveis na interpretação que o positivismo jurídico;

b) se o positivismo jurídico for entendido a partir das suas proposições básicas e estiver aliado a uma teoria do raciocínio jurídico adequada ainda é capaz de fornecer respostas coerentes e previsíveis no processo interpretativo.

Para analisar as hipóteses levantadas, a dissertação foi dividida em três capítulos, a saber:

No Capítulo 1 foi abordada a diferenciação entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. A seguir foi analisado o positivismo jurídico em suas diferentes compreensões, como por exemplo o ceticismo ético, o positivismo ideológico e o positivismo conceitual. Foram analisadas as proposições básicas que unem todos os positivistas. Também foi tratada a contribuição de Herbert L. A. Hart para o desenvolvimento do positivismo jurídico e superação da teoria imperativa do direito. Dentre as contribuições de Hart destaca-se a distinção entre regras primárias e

secundárias e a noção de regra de reconhecimento. Na terceira parte do capítulo foi trazido a colação o estudo de Frederick Schauer sobre regras, principalmente as generalizações e supressões constantes delas e das razões ou justificações que são os motivos das regras existirem.

Já no Capítulo 2, diante da inércia normativa do positivismo jurídico entendido como positivismo conceitual, foi abordada a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick – desenvolvida na obra *Retórica e Estado de Direito* – que por ser descritiva e normativa oferece meios de aplicar a interpretar o Direito. Os pontos fulcrais da teoria do raciocínio jurídico de MacCormick ao tentar harmonizar as teses centrais do positivismo jurídico com a argumentação jurídica são a coerência, a consistência e a derrotabilidade.

O Capítulo 3 traz a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil, influenciado principalmente por Luís Roberto Barroso. A seguir são formuladas críticas dirigidas por Lenio Luiz Streck e Marcelo Neves com o intuito de trazer a tona algumas recepções equivocadas por parte dos juristas que defendem a posição neoconstitucionalista, bem como foi colacionada a importância da previsibilidade para o Direito, de forma que ele seja sistemático, homogêneo e acessível. A título exemplificativo é feita a análise de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal observada como tendo sido guiada pelos ditames do neoconstitucionalismo. Ao final do capítulo é analisada a teoria neoconstitucionalista recepcionada no Brasil e confrontada com o positivismo conceitual.

A Dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são descritas se corroboradas ou refutadas as hipóteses em questão, como também da contribuição que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões.

CAPÍTULO 1

POSITIVISMO CONCEITUAL E AS REGRAS JURÍDICAS

Este trabalho parte de uma percepção positivista do direito, do positivismo conceitual para ser mais preciso. O presente capítulo será desenvolvido em três etapas, na primeira etapa o intuito é mostrar a concepção básica que une todos os positivistas, na segunda, o esforço levado a cabo por Herbert Lionel Adolphus Hart para tentar mostrar o papel das regras nos sistemas jurídicos. Na terceira etapa será analisada a contribuição de Frederick Schauer para a compreensão das regras.

Para tanto abordará a distinção entre jusnaturalismo e positivismo e a seguir as diversas versões deste passando pelo positivismo jurídico como ceticismo ético, positivismo ideológico, formalismo jurídico e positivismo conceitual. Nesta primeira etapa, os autores Noel Struchiner e Carlos Santiago Nino nortearão o caminho.

Após esta parte será abordada a contribuição de Hart para o pensamento jurídico, em especial sua distinção entre regras primárias e secundárias e a regra de reconhecimento. No quinhão relativo a Schauer serão abordadas as regras descritivas e prescritivas, tendo estas últimas maior importância para a abordagem desenvolvida neste trabalho, na medida em que exercem influência no mundo, modificando ou encaminhando comportamentos. Aqui também será abordada a generalização das regras e sua consequente sobreinclusão ou subinclusão, bem como as razões subjacentes à existência das regras.

O direito é uma dessas realidades extremamente complexas em que um único modelo abstrato é incapaz de captar sua essência ou natureza¹. Diversos movimentos tentam explicar o direito reconstruindo de forma acertada alguns aspectos da realidade jurídica.

O debate entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico será focado neste momento seguindo o norte apontado por John Gardner no artigo “Legal

1 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 20.

Positivism: 5 ½ Myths”, qual seja, no âmbito da argumentação filosófica são as proposições² ou teses que importa estudar³. A compreensão das proposições esposadas pelos movimentos facilita a apreensão de cada um deles e permite confrontá-los e entender as posições a serem superadas. O primeiro movimento a ser analisado é o jusnaturalismo.

1.1 A DISTINÇÃO ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO

1.1.1 Jusnaturalismo

Não se descuida da existência de outros entendimentos sobre o significado do termo jusnaturalismo, no entanto, no âmbito deste trabalho será trabalhada a concepção exposta por Carlos Santiago Nino. O qual sustenta ser o jusnaturalismo caracterizado por sustentar simultaneamente as duas teses abaixo elencadas:

“1) Uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana;

2) Uma tese sobre a definição do conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios”⁴

Se os princípios morais e de justiça são válidos e conhecidos e se o direito deve se identificar com esses princípios morais ou não contradizê-los é insensato dizer que os cidadãos e juízes não têm a obrigação moral de obedecer ao direito. Por isso, Noel Struchiner extrai uma terceira tese que trata da obediência moral dos juízes e sujeitos jurídicos e que pode ser expressada nestes termos: 3) tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao

2 Neste capítulo será trabalhado a descrição de normas como ato de conhecimento, de forma objetiva e neutral, para ao final produzir proposições. Tal diferenciação é feita por Lenio Luiz Streck no livro *Verdade e Consenso* e não se adere a posição dele e é aqui utilizada para fins didáticos. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

3 GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227. p. 199.

4 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 28.

direito⁵.

Segundo o enfoque deste trabalho, as três proposições supramencionadas constituem o fundamento comum a todas as variantes do jusnaturalismo. Struchiner explica existir divergência entre os jusnaturalistas quanto à origem ou fontes dos princípios morais e de justiça válidos universalmente, bem como sobre o conteúdo que emana da fonte de jusnaturalismo. Frente a estas diferentes perspectivas Nino fala em um jusnaturalismo teológico e um jusnaturalismo racional⁶, sendo complementado por Struchiner que acrescenta um direito natural em sentido estrito⁷.

Alf Ross entende que o direito natural busca o absoluto, o eterno, que fará do direito algo mais que a obra de seres humanos e livrará o legislador das penas e responsabilidades de uma decisão⁸. Para Ross:

“[...] o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma contemplação evidente, uma intuição? Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções metafísicas. Coloca-as acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para imaginação ilimitada e o dogmatismo”⁹

E arremata:

“Um forte argumento em favor do ponto de vista de que as doutrinas jusnaturalistas são construções arbitrárias e subjetivas é que a evidência não pode ser um critério de verdade. O que queremos dizer ao chamar uma proposição de verdadeira é, obviamente, diferente do fato psicológico de que a asserção da proposição seja

5 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415. p. 401.

6 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 28-29.

7 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415. p. 401.

8 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 302.

9 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 304-305.

acompanhada por um sentimento de certeza. A afirmação de que a evidência garante a verdade de uma proposição não pode ser, por conseguinte, analiticamente verdadeira, isto é, uma definição do que significa verdade. Tem que ser tomada sinteticamente, isto é, como afirmando que o sentimento de evidência sempre ocorre associado a um tal estado de coisas que torna a proposição, verdadeira. Mas qual é a prova de que esses dois fenômenos caminhem sempre juntos? Nenhuma. É certo que um sentimento de evidência acompanha muitas asserções verdadeiras, mas não há razão alguma para que o mesmo sentimento não esteja também associado a erros e falácias. A sólida crença na verdade de uma proposição necessita estar sempre justificada e jamais pode ser sua própria justificação.”¹⁰

Nem sempre a verdade de uma proposição é deduzível de uma evidência. Embora muitas vezes o seja, não são todas as evidências que permitem tal conclusão. Via de consequência o jusnaturalismo é incapaz de descrever o fenômeno jurídico de forma mais acurada, permitindo assim seja criticado pelo positivismo.

1.1.2 Positivismo Jurídico

Partindo do insight de Genaro Rubem Carrió para quem a expressão “positivismo jurídico” é um rótulo ambíguo¹¹, este trabalho trata de diferentes abordagens do mesmo visando trazer à tona qual é o elo comum entre todos os positivistas. Noel Struchiner pontua ser extenso o significado desta expressão, situação apta a comportar uma pluralidade de teses heterogêneas e até mesmo incompatíveis¹².

Carlos Santiago Nino entende que além de ser ambígua a expressão positivismo, faz referência a diferentes posições que por vezes nada tem em comum entre si, que em muitos casos foram rechaçadas explicitamente por alguns autores considerados positivistas, e que, em outras, foram sustentadas por juristas positivistas mas não como parte essencial do positivismo por eles defendido¹³. Struchiner traz à tona as consequências da ambiguidade para o positivismo jurídico:

10 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 305.

11 CARRIO, Genaro Rubem. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. aum. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. p. 83.

12 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 25.

13 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 30.

“Tal espécie de ambiguidade funciona como um obstáculo para a argumentação filosófica. O tipo de ambiguidade que envolve o rótulo geral classificatório “positivismo jurídico” é uma fonte de perplexidades. De nada adianta criticar alguém por ser um positivista sem complementar tal afirmação indicando em que sentido ele é um positivista. Na falta de tal complementação, o rótulo existe em vão.”¹⁴

Diante tal cenário alguns filósofos do direito participaram de um seminário realizado em Bellagio, Itália em setembro de 1965, para discutir o tema e “tentar dissipar a nebulosidade que atrapalha uma visão mais clara do conceito de positivismo jurídico”¹⁵ e a partir daí estabelecer os limites do que poderia ser chamado de positivismo jurídico.

Seguindo o caminho traçado por Struchiner¹⁶ serão utilizados três trabalhos que primam pela clareza e precisão terminológica, além de trazerem a lume as notas essenciais do positivismo jurídico e que o diferenciam da abordagem atribuída pelos seus opositores. Esses são os trabalhos: *Introducción al Análisis del Derecho*, de Carlos Santiago Nino; o artigo de Martín D. Farrel, “Discusión entre el Derecho Natural y el Positivism Jurídico”; e o artigo “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, de John Gardner.

1.1.2.1 Positivismo Jurídico como Ceticismo Ético

A tese do ceticismo ético é atribuída aos positivistas como traço distintivo dessa posição por muitos juristas de acordo com Nino¹⁷. Struchiner elabora essa proposição nos seguintes termos: 1) Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana¹⁸.

14 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 26.

15 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 26.

16 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 27.

17 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 30.

18 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 405.

Alguns pensadores do positivismo abraçam essa posição cética, mas não todos. Para Carlos Santiago Nino, Hans Kelsen e Alf Ross defendem esta posição ao sustentarem que os únicos juízos cuja verdade ou falsidade são racionalmente decisivos são aqueles que possuam conteúdo empírico¹⁹. No entanto, mesmo Kelsen e Ross não identificam o positivismo com essa posição conforme explica Struchiner, uma vez que adotaram uma postura cética em relação à possibilidade de se justificar racionalmente a verdade ou falsidade de juízos morais²⁰. Além da insuficiência para caracterizar o positivismo existe outro problema com essa tese, qual seja, “ela nada nos diz sobre o direito, apenas nega a existência ou possibilidade de conhecimento de princípios morais universais”²¹ e deixa em aberto qual concepção de direito foi adotada.

Até se pode afirmar que todos os ceticistas éticos são positivistas, mas não o contrário, que todos os positivistas são adeptos do ceticismo ético.

1.1.2.2 Positivismo Jurídico como Positivismo Ideológico

Outra tese atribuída ao positivismo jurídico é de que as normas positivadas no ordenamento são válidas e tem força obrigatória, sem qualquer conexão com a justiça delas. Nino acrescenta que tais disposições devem ser necessariamente obedecidas pela população e aplicada pelos juízes²².

Note-se que tão somente pelo fato de existir o direito há de ser seguido sem qualquer vínculo com um direito ideal, em outros termos, o Direito deve ser obedecido simplesmente porque é Direito²³. Norberto Bobbio entende que tal atribuição de valor ao direito positivo acontece com base em dois tipos diferentes de argumentação:

19 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 31.

20 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 28.

21 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 405.

22 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 32.

23 ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escola Editora, 2014. p. 122-123.

“1) o direito positivo, apenas pelo fato de ser positivo, ou seja, de ser a emanção de uma vontade dominante, é justo; ou o critério para julgar sobre a justiça ou injustiça das leis coincide perfeitamente com aquele empregado para julgar sobre sua validade ou invalidade; 2) o direito, como conjunto de regras impostas pelo poder que detém o monopólio da força em determinada sociedade, serve, com sua própria existência, independentemente do valor moral de suas regras, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz, a certeza e, em geral, a justiça legal.”²⁴

O que caracteriza essa tese é a validade e a força moral obrigatória o que torna os juízes e sujeitos jurídicos obrigados moralmente a obedecerem e seguirem o direito positivo independentemente do conteúdo deste. Bobbio fala em obrigação interna ou de consciência em seguir a lei²⁵.

Já Struchiner caracteriza o positivismo ideológico por seguir as seguintes teses:

“1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.

2) Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória.”²⁶

Estes positivistas também chamados de *positivity-welcomers* por Gardner²⁷ fundem uma tese normativa ou prescritiva acerca do dever moral de obediência ao direito e uma tese unicamente descritiva que permite identificar e descrever o direito válido²⁸. O direito por ser posto tem mérito, entretanto, cumpre saber sobre a possibilidade de derivar conclusões normativas sobre o dever de

24 BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Revisão técnica Marcelo Granato. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. p. 137

25 BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Revisão técnica Marcelo Granato. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. p. 137

26 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 406.

27 GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227. p. 205.

28 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 28.

obedecer ao direito a partir do que o direito é²⁹.

A simultânea defesa das duas teses acima torna o positivista ideológico defensor da iniquidade das regras, uma vez que a primeira tese do positivismo ideológico diz que as regras podem ser válidas sem a necessidade de testes morais, bem como adote a atitude de um jusnaturalista para quem elas, as regras, não podem existir diante da força moral obrigatória do direito expressa na segunda tese³⁰. Note-se que ao identificarem validade e justiça os positivistas normativos afirmam que o direito válido é automaticamente justo³¹.

O positivismo ideológico pretende que os juízes assumam uma posição moralmente neutra e que se limitem a decidir conforme o direito vigente, no entanto, tal pretensão é ilusória³². E isso ocorre por se tentar fazer com que os juízes decidam exclusivamente com base em um único princípio moral, qual seja, o que prescreve a observância do direito vigente e tão-somente dele. Ao privilegiar a segurança e a previsibilidade, o positivista ideológico impede o choque de valores com estes e fecha as portas as possibilidades de crítica ao direito positivo³³. Isso significa que toda ordem jurídica é direito e como tal, quaisquer que sejam seu espírito e suas tendências, deve ser obedecida³⁴.

O que se pode dizer é que o positivismo ideológico é uma caricatura do positivismo jurídico³⁵, caricatura feita visando tornar mais fácil a objeção ao mesmo.

29 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 406.

30 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407.

31 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 30.

32 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 34.

33 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407.

34 ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. 1. ed. 4. reimp. México, D.F. Distribuciones Fontamara, 2006. p. 22.

35 FARRELL, Martin. D. **¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?** Doxa, n. 22, p. 121-128. 1998. p. 123 Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusin-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico-0/>. Acesso em 17/01/2017.

1.1.2.3 Positivismo Jurídico como Formalismo Jurídico

O positivismo jurídico também é identificado com o formalismo jurídico, principalmente nos países da tradição continental europeia, no qual o Direito é concebido e composto por preceitos legislativos emanados por uma autoridade estatal legislativa, esta percepção vincula a composição e estrutura do ordenamento jurídico. O formalismo aqui é entendido como uma tendência a tornar absolutos os elementos formais do direito³⁶. Segundo Struchiner ela se constitui das seguintes teses:

“1) O direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais.

2) Esse sistema de normas possui as seguintes propriedades: O sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação linguística, como ambiguidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem.”³⁷

Bobbio sintetiza em seis características aquelas que norteiam o formalismo jurídico, ei-las: o direito é coativo, produto da atividade legislativa, além de possuir capacidade imperativa. Já o ordenamento é coerente, completo e passível de interpretação lógica ou mecanicista do direito³⁸.

Segundo Bobbio são passíveis de crítica as três últimas características elencadas. Em um ordenamento jurídico podem coexistir duas normas incompatíveis e válidas o que o torna incoerente mas válido pois a compatibilidade não é um critério de validade. Já a completude deriva de uma norma geral exclusiva ou de clausura inexistente na maior parte dos casos, com exceção do direito penal. Por último, o juiz não leva a cabo a interpretação da lei apenas com base num

36 ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poiri Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 35

37 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 31-32.

38 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995. p. 237.

procedimento lógico, na medida em que mesmo sem se dar conta, pode o mesmo introduzir avaliações pessoais ou fazer escolhas vinculadas ao esquema legislativo que deva aplicar³⁹.

Com relação a última crítica Nino acrescenta que o direito não é um sistema autossuficiente de soluções o que faz com que os juízes não tenham outro remédio para justificar suas decisões a não ser recorrer a princípios ou critérios não jurídicos para justificar suas decisões⁴⁰.

Este cenário permite concluir que o formalismo jurídico e o positivismo ideológico caminham de mãos dadas. Este impõe aos juízes a aplicação e as pessoas a obediência ao direito vigente em todas as circunstâncias. Aquele mostra como isso é possível, por ser o direito completo, consistente e preciso⁴¹.

Em que pese ser o formalismo uma característica presente nas variadas teses positivistas, o positivismo não se resume a esta postura, uma vez que o formalismo é incapaz de agregar, com exclusividade, um conceito de positivismo que seja consistente e apta a angariar a adesão da maior parte dos autores considerados positivistas⁴².

1.1.2.4 Positivismo Jurídico como Positivismo Conceitual

Se as teses trazidas a baila até agora são incapazes de abarcar os positivistas jurídicos qual é a tese que subjaz a toda e qualquer versão do positivismo jurídico?⁴³

Struchiner e Nino entendem que é o positivismo conceitual⁴⁴. Este fala

39 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995. p. 237.

40 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 36.

41 STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407.

42 FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teorias(s) do direito**: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo. Belo Horizonte: Dplácido Editora, 2016.

43 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 32.

44 A expressão positivismo conceitual é utilizada por Noel Struchiner. Já Carlos Santiago Nino

que o conceito de direito deve levar em consideração somente propriedades descritivas⁴⁵. Já Struchiner fala que os critérios fáticos, empíricos e objetivos identificam tal tese. E segue dizendo que o positivismo conceitual se trata de:

“uma tese descritiva que diz que o direito deve ser identificado recorrendo-se às suas fontes e não ao seu mérito. Dessa forma, o direito pode ser visto como um conjunto de regras (em sentido ampla, incorporando regras e princípios) colocadas por uma autoridade.”⁴⁶

O que diferencia a tese do positivismo conceitual do positivismo ideológico e do formalismo jurídico é a possibilidade de descrever e identificar o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas. Assim, ele é um enfoque que não vai além de estabelecer o que conta como direito em uma determinada sociedade⁴⁷.

Com a compreensão do direito a partir das suas propriedades fáticas chega-se a uma tese meramente conceitual sobre ele, sem a tomada de posição valorativa sobre as normas e sem a tomada de atitude que se deve adotar perante elas⁴⁸.

Da mesma forma que o ceticismo ético, o positivismo ideológico e o formalismo jurídico, o positivismo conceitual pode ser expresso em uma proposição que é:

“1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.”⁴⁹

emprega a expressão positivismo conceitual como sinônimo de positivismo metodológico. Para os fins deste trabalho será utilizada a expressão “positivismo conceitual”, tal qual em Struchiner.

45 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 37.

46 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 16.

47 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 33.

48 NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003. p. 37.

49 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de

Esta é a primeira parte da tese do positivismo ideológico. John Gardner a chama de proposição (LP) que é característica do positivismo jurídico conceitual e a formula nos seguintes termos: "(LP) Em qualquer sistema jurídico, se uma norma é legalmente válida, e consequentemente se ela faz parte do sistema, depende das suas fontes e não dos seus méritos"⁵⁰.

De mais a mais a tese do positivismo conceitual é partilhada pelos positivistas jurídicos que não são nem formalistas nem positivistas jurídicos. John Gardner assim resume:

"Aqueles normalmente conhecidos por constituírem as figuras históricas dominantes da "tradição do positivismo jurídico" – Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart – não convergem em muitas proposições acerca do direito. Mas, sujeitos a algumas diferenças de interpretação, eles convergem de forma unânime a respeito da proposição (LP). Em segundo lugar, a proposição (LP) é aquela que "positivistas jurídicos" contemporâneos – Joseph Raz e Jules Coleman – creditam a si mesmos *qua* positivistas jurídicos e sobre cuja correta interpretação eles debatem quando discutem entre si *qua* positivistas jurídicos. Finalmente, o meu uso do rótulo condiz com o sentido literal do próprio rótulo. Em quê deveria acreditar um "positivista jurídico", se não que as leis são positivadas (*posited*)? E isso é o que, grosso modo, (LP) diz sobre as leis. Ela diz, para ser mais exato, que, em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida enquanto uma norma daquele sistema somente em virtude do fato de que em algum tempo e lugar relevantes, algum agente ou agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a evocaram, a reforçaram, a endossaram ou de alguma forma se engajaram nela. Não se pode usar como objeção à sua consideração como lei o fato de que era uma norma aberrante, na qual aqueles agentes nunca deveriam ter se engajado. De modo inverso, se nenhum agente relevante tivesse se engajado nela, então ela não seria considerada como uma lei, muito embora possa ser uma excelente norma, na qual todos os agentes relevantes deveriam ter se engajado sem reservas. Como Austin notoriamente expressou: "a existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra."⁵¹

Nesta toada o positivismo conceitual oferece três vantagens em relação as demais versões do positivismo jurídico. A primeira é a de identificar o direito a partir de um critério de fonte e não de mérito. A segunda vantagem é a capacidade de reconstruir as intuições mais básicas sobre o direito⁵². Dentre essas intuições

Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 33.

50 GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001. p. 199.

51 GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001. p. 200.

52 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio

constam: a) a ideia de que o direito é, mesmo quando não exaustivamente, um sistema de regras⁵³; b) o direito é uma esfera normativa que não se identifica, pelo menos não totalmente, com outras esferas normativas⁵⁴. A terceira vantagem é da inércia normativa do positivismo conceitual, o que significa que ele não pode servir como um guia para a ação⁵⁵. Este último ponto requer mais argumentos, o primeiro é o de que no âmbito da razão prática a proposição oferecida pelo positivismo conceitual não pode funcionar como premissa operativa, ou seja, não pode servir de premissa maior de um silogismo prático⁵⁶. O positivismo conceitual fornece as ferramentas para identificar o direito válido mas diz não como as normas válidas hão de ser seguidas.

Seguindo as pegadas de Struchiner⁵⁷ e de Neil Maccormick no artigo “A Moralistic Case for A-Moralistic Law” pode ser dito que a inércia normativa do positivismo conceitual possibilita a preservação da autonomia moral e da soberania da consciência. Direito e moral não precisam ser idênticos e devem ser mantidos separados para Maccormick⁵⁸. Este argumento invoca consequências práticas e não intelectuais ou acadêmicas⁵⁹, na medida que para Maccormick, as autoridades estatais e as democracias majoritárias não devem deter o monopólio da preocupação e da sabedoria moral em relação ao direito⁶⁰.

Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 319 e 320.

53 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 321.

54 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 326.

55 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 330.

56 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 330.

57 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 48.

58 MACCORMICK, Neil. **A Moralistic Case for A-Moralistic Law**. 20 Valparaíso University Law Review. Volume 20, número 1, outono de 1985. p. 1-41. p. 7. Disponível em: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol20/iss1/1>. Acesso em 31/01/2017.

59 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 331.

60 MACCORMICK, Neil. **A Moralistic Case for A-Moralistic Law**. 20 Valparaíso University Law Review. Volume 20, número 1, outono de 1985. p. 1-41. p. 41. Disponível em: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol20/iss1/1>. Acesso em 31/01/2017.

Struchiner resume nestes termos o argumento exposto:

“Se assumimos que só conta como direito aquilo que passa por um escrutínio moral, mas ao mesmo tempo chamamos de direito tudo aquilo que foi colocado ou imposto como direito pelo Estado, então a tendência é atribuir uma aura de majestade ao direito positivo, sem criticá-lo. Se é o caso que tudo que é identificado como direito passou necessariamente por testes morais e o Estado afirma que os seus atos normativos são atos jurídicos, então a tendência dos cidadãos é acreditar que todo o trabalho moral já foi feito e que o direito reflete o justo.”⁶¹

A tese proposta pelo positivismo conceitual trata da inércia normativa do direito e possibilita a ocorrência de discussões morais que perpassem ou ultrapassem a simples aceitação de (LP) para que se possa agir ou tomar algum curso de comportamento em relação ao direito⁶². Neste ponto Farrell propõe uma versão “desdramatizada” do debate entre positivismo jurídico/direito natural.

O positivista jurídico avalia moralmente o direito com o fito de determinar sua obrigatoriedade, da mesma forma que o partidário do direito natural faz. A única diferença entre eles se dá no momento em que tal avaliação é levada a cabo. O partidário do direito natural realiza esta avaliação no início do seu trabalho visando qualificar as normas como jurídicas ou não. Já os positivistas identificam as normas jurídicas com fulcro no positivismo conceitual para daí avaliá-las do ponto de vista moral para então decidir se elas devem ou não ser aplicadas ou seguidas.

Nota-se que não são significativas as diferenças no momento da avaliação, pois as consequências práticas são idênticas: o jusnaturalista chega a conclusão de que não há de obedecer as normas imorais por não serem direito, ao passo que o positivista conclui que não deve obedecer a uma norma imoral, em que pese ser direito, por ser imoral. Conforme diz Farrel:

“A versão “desdramatizada” mostra que a discussão entre direito natural e positivismo jurídico perdeu a sua importância: não se trata de uma discussão acerca de se a moral tem alguma relação com o direito, mas de uma discussão acerca de quando se deve estudar a relação entre moral e direito, relação que nenhuma das partes nega.

61 STRUCHINER, Noel. “A primazia do positivismo conceitual.” DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 331.

62 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 49.

E as consequências de estudar essa relação em um momento ou em outro são as mesmas.”⁶³

Por esta razão se o momento de avaliação moral não é relevante do ponto de vista prático, só que a concepção moral o é. Na hipótese de um jusnaturalista e um positivista partilharem de uma mesma concepção moral e divergirem quanto ao momento de avaliação o resultado prático não será modificado uma vez que em algum momento haverão de concordar. Já no caso de duas pessoas concordarem no momento de avaliação moral só que destoarem ao aplicarem concepções morais diversas, dificilmente concordarão em obedecer moralmente as regras em jogo⁶⁴.

Farrel foca em um ponto e chega a seguinte conclusão:

“O que se deve discutir, então, não é quando se avalia moralmente o direito, mas sim qual é a melhor teoria moral com a qual o direito deve ser comparado; mas isso – suponho – é um tópico da ética, e não da filosofia do direito. De onde – talvez – possa concluir mostrando um dilema: o tema de discussão aparentemente mais importante na filosofia do direito não tem a importância que lhe é imputada, e o tema realmente importante não é um tema da filosofia do direito.”⁶⁵

A proposição básica do positivismo conceitual permite tão somente o reconhecimento da validade ou existência da norma legal. Por isso, o positivismo jurídico, lastreado na tese do positivismo conceitual, não constitui uma teoria completa sobre a natureza do direito⁶⁶. O positivismo jurídico é uma tese exclusiva sobre a validade do direito, sendo que após a identificação da norma válida permanecem em aberto questões sobre o significado da mesma, se ele ser obedecida pelos sujeitos jurídicos e aplicados pelos juízes, se é justa e auxilia a realizar os propósitos do direito dentre outras indagações a serem tratadas para possibilitar a criação de uma teoria apta a abarcar todos os aspectos da natureza do

63 FARRELL, Martin. D. **¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?** Doxa, n. 22, p. 121-128. 1998. p. 124-125. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusin-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico-0/>. Acesso em 17/01/2017.

64 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 332.

65 FARRELL, Martin. D. **¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?** Doxa, n. 22, p. 121-128. 1998. p. 128. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusin-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico-0/>. Acesso em 17/01/2017.

66 GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199-227, 2001. p. 210.

direito⁶⁷.

O positivismo conceitual é capaz de dar conta da natureza descritiva do direito, falta ainda o âmbito normativo. No entanto, é um exercício analítico de identificação do direito sem qualquer pretensão de realizar, necessariamente, um insulamento da prática jurídica⁶⁸.

1.2 A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART PARA O POSITIVISMO JURÍDICO

No livro *O Conceito de Direito* o filósofo Herbert Lionel Adolphous Hart procura efetuar a descrição do direito, seu funcionamento e como é possível a existência dele⁶⁹. Nas palavras de Hart:

“O meu objectivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, ‘normativa’). [...] O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil.”⁷⁰

Struchiner entende que a diferença entre Hart e os demais filósofos do direito se encontra nos métodos utilizados por este para investigar o conceito de direito, na medida em que emprega métodos analíticos tradicionais e os métodos de análise da linguagem introduzidos pelo segundo Wittgenstein, Friedrich Waismann e Peter Winch, bem como a filosofia da linguagem ordinária de Oxford⁷¹.

67 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 334.

68 STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337. p. 335.

69 Em que pese Hart ter escrito o livro *O conceito de direito* pensando no contexto anglo-saxão, a utilidade da sua obra ultrapassa tais fronteiras por ter proporcionado novas ferramentas que possibilitam a compreensão das mudanças na interpretação e na prática do direito. A transposição das fronteiras anglo-saxônicas também se deve após a discussão levada a cabo com Ronald Dworkin e que não será abordada neste trabalho.

70 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 300-301.

71 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma

Em sua jornada para descrever o direito de forma mais sistemática, Hart aborda a teoria imperativa do direito a qual associa o conceito de Direito às ordens emanadas por um soberano. Para Struchiner a explicação do conceito de direito está ligada a noção de comandos emanados pelo soberano. Os comandos são originados em ordens lastreadas por sanções, as ordens expressam uma vontade e as sanções são a possibilidade de se causar algum mal caso as ordens do soberano não sejam acatadas. O soberano é aquele que é habitualmente obedecido por todos e que não obedece a ninguém⁷². Assim, a essência das regras emanadas pelo soberano são coercitivas, fazendo com que os cidadãos as obedeam por medo, por serem obrigados ou sustentados pelo hábito da obediência⁷³. A teoria imperativa do direito não consegue explicar como o direito gera obrigações, mas apenas que o direito obriga⁷⁴. O problema desta teoria é de crer que apenas o elemento coercitivo faz as pessoas cumprirem as regras, aliado ao fato do Direito só ter esse elemento (coerção) para punir quem não cumpre suas regras.

A ideia de normatividade do direito em termos de obrigação é explicada por Hart recorrendo à noção de regras. Para tanto teve de entender como as regras são aceitas e seguidas transformando-se em padrões de conduta. Uma contribuição importante neste item foi diferenciar os pontos de vista interno e externo de quem participa e de quem observa a regra. Hart diferencia a seguir os pontos de vista interno e externo das regras:

“Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os «pontos de vista» respectivamente ‘interno’ e ‘externo’. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador

investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 58.

72 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 61.

73 SILVA, Maria Alice da. **O positivismo jurídico de Hart e as críticas à teoria imperativa do direito.** Dissertação de mestrado. Centro de Filosofia de Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123338>. Acesso em: 22/01/2017. p. 36.

74 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 63.

pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reacções hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reacção hostil ou castigo.”⁷⁵

Neste assunto Struchiner entende que para existir de fato uma regra social, além de um hábito, é necessária uma regularidade de comportamento adicionada de uma aceitação da regra, de uma forma tal que a regra seja utilizada como parâmetro de avaliação de conduta própria e alheia⁷⁶.

1.2.1 O Direito como união de regras primárias e secundárias

Para Hart a noção de regras primárias e secundárias se encontra no âmago do sistema jurídico⁷⁷, tal noção é incapaz de captar e exaurir completamente a natureza do direito, no entanto permite explicar os casos centrais, embora se saiba dos casos fronteira. O entendimento do direito passa pela compreensão dessa noção, a qual possibilita o esclarecimento dos conceitos mais básicos que formam a estrutura do pensamento jurídico⁷⁸.

O ordenamento jurídico é formado pelo conjunto de regras, estas são regras primárias e regras secundárias. Na conceituação desenvolvida por Hart as regras primárias impõem deveres e dizem respeito as ações que envolvem

75 HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 98-99.

76 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 64.

77 HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 109.

78 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 67.

movimento ou mudanças físicas, exigindo dos seres humanos que façam ou deixem de fazer alguma coisa, quer queiram ou não⁷⁹. Segundo Sheila Stolz as regras primárias são aquelas que impõem deveres em sentido positivo e negativo, em outros termos, que prescrevem o que os indivíduos podem fazer ou não e quando devem omitir certas ações, querendo ou não⁸⁰.

A união das regras forma um único conjunto das regras primárias de uma sociedade, conjunto este precário é incapaz de ser considerado um sistema de normas por inexistir um ponto em comum entre os padrões que possam ser reconhecidos e definir um critério⁸¹.

Ocorre que as regras primárias não dão conta de abarcar e explicar o fenômeno jurídico, até o poderiam em sociedades cujas estruturas eram baseadas no 'costume', mas não o explicam nos sistemas sociais complexos em que vivemos atualmente. E isso deriva da ocorrência de três problemas nas regras primárias, quais sejam: incerteza, caráter estático e ineficácia⁸². Struchiner explica os problemas citados:

“O primeiro problema que pode surgir é a falta de certeza sobre quais são as regras que de fato pertencem à comunidade. Um sistema de regras é mais do que um mero conjunto de regras de natureza distintas, sem qualquer marca comum. Um sistema pressupõe a existência de uma relação definida entre os elementos do conjunto. Se alguém fica em dúvida acerca da existência ou não de uma determinada regra, não existe um critério ou conjunto de critérios, para identificar quais são as regras do sistema, já que *ex hypothesi* a única coisa existente na comunidade é o conjunto de regras primárias. O segundo problema é a rigidez ou caráter estático de tais regras primárias, que não acompanham as mudanças no ritmo exigido pelas necessidades, uma vez que não há normas que dizem como revogar ou modificar as regras. Como isso depende de uma pressão social difusa, as mudanças são lentas. Por fim, há um problema de eficácia: duas pessoas podem concordar a respeito da

79 HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 91.

80 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25 Jan. 2017. p. 104-105.

81 COLONTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <doi:10.11606/D.8.2011.tde-05012012-154120>. Acesso em: 27/01/2017. p. 17.

82 HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 102-103.

existência de uma regra primária, mas, se elas discordam sobre se a regra foi ou não cumprida (por exemplo, por causa de uma divergência na sua interpretação), não há outras regras prevendo a forma de resolução dos conflitos, ou a criação de órgão para resolvê-los de forma definitiva e com autoridade, o que dá origem às vinganças privadas. Assim, a existência de regras não é eficiente, porque não resolve o problema da pacificação social.”⁸³

Conforme Hart a chave para a ciência do direito se encontra em um sistema formado por regras primárias e secundárias. As regras secundárias atribuem poderes públicos ou privados e tornam possíveis atos que conduzam a criação ou alteração de deveres e obrigações e não somente a movimentos ou mudanças físicas⁸⁴ e não podem ser vistas separadamente das regras primárias. As regras secundárias expressam quem e como se deve julgar o cumprimento das regras, são regras sobre as regras e enunciam de que forma as pessoas com competência legal podem ajustar e modificar o teor das regras conforme cada sociedade e situação nas palavras de Silva⁸⁵.

As regras secundárias têm o condão de sanar os problemas das regras primárias e debelar a incerteza, o caráter estático e a ineficácia das regras primárias. Nas palavras de Stolz, são o remédio para cada um dos defeitos apresentados por um sistema composto somente por regras primárias⁸⁶. Hart divide as regras secundárias em regras: a) de reconhecimento que tem o fito de resolver a falta de certeza; b) de alteração que procura solucionar o problema do caráter estático e c) as de adjudicação para sanarem a questão da falta de eficácia. Conforme o próprio Hart:

“O remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie. A introdução de um correctivo para cada

83 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 68.

84 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 91.

85 SILVA, Maria Alice da. **O positivismo jurídico de Hart e as críticas à teoria imperativa do direito**. Dissertação de mestrado. Centro de Filosofia de Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123338>. Acesso em: 22/01/2017. p. 77.

86 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>. Acesso em: 25/01/2017. p. 105.

defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. [...] Por isso, pode dizer-se de todas elas que estão num plano diferente das regras primárias, porque são todas relativas a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às acções que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável.”⁸⁷

As regras secundárias de alteração conferem competência para que determinados sujeitos ajustem – via introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Em outras palavras a regra de alteração propõe como padrões obrigacionais podem ser criados, alterados ou revogados⁸⁸. Por seu turno as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, por conferirem potestades jurisdicionais, identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais⁸⁹. Em outros termos, as regras de adjudicação definem competências e procedimentos, eis que identificam os indivíduos que podem julgar e o processo a ser seguido.

Em suma, a compreensão do direito com as regras primárias e a inclusão das regras secundárias representa a evolução para um sistema jurídico mais completo, com menos defeitos e com maior ferramental teórico para dar respostas aos problemas jurídicos que surgirem em uma sociedade complexa tal qual a nossa. A regra de reconhecimento será analisada a seguir.

1.2.2 A regra de reconhecimento

87 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 103-104.

88 COLONTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <doi:10.11606/D.8.2011.tde-05012012-154120>. Acesso em: 27/01/2017. p. 24

89 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25 Jan. 2017. p. 105.

Diante da incerteza frente a existência tão somente das normas primárias Hart desenvolveu a noção de regra de reconhecimento, as peculiaridades constantes nela são as regras de conteúdo e de funcionamento do Direito. A regra de reconhecimento também é um instrumento adequado para identificação de todo o material jurídico, de forma que o *status* de uma norma como membro do sistema depende dela satisfazer certos critérios de validade estabelecidos pela regra de reconhecimento⁹⁰.

Para Struchiner os positivistas pretendem explicar a existência do direito, identificar seu conteúdo e mostrar como as peças da máquina jurídica pertencem a um mesmo sistema⁹¹. Hart explica assim a regra de reconhecimento:

“a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto.”⁹²

Segundo Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero a regra de reconhecimento só pode ser expressa em uma metalinguagem e não pode fazer parte do direito positivo⁹³.

Por prover os critérios de validade não faz sentido perguntar sobre a validade jurídica da regra de reconhecimento, pois é ela que fornece os padrões de identificação do direito⁹⁴. Nas palavras de Atienza e Manero, a regra de reconhecimento não é válida nem inválida porque inexistente critério maior de validade jurídica⁹⁵. Ela vem a ser a regra última ou regra suprema de validade do direito.

90 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25/01/2017. p. 105.

91 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 71.

92 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 121.

93 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *A Theory of legal sentences*. New York, Kluwer Academic Publishers, 1998. p. 145.

94 STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 72.

95 ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. *A Theory of legal sentences*. New York, Kluwer Academic Publishers, 1998. p. 148.

Hart ao analisar a validade da regra de reconhecimento se manifesta no seguinte sentido: “Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização.”⁹⁶ Ela é a fonte última de validade jurídica e via de consequência de validade das normas dos ordenamentos jurídicos que possuem Constituição⁹⁷.

Frederick Schauer dá um exemplo que proporciona compreender um caminho para entender o que é a regra de reconhecimento última no seu artigo “Amending the Presuppositions of a Constitution”. Struchiner utilizou este exemplo em sua tese. Pense em uma determinada decisão de uma agência administrativa. Como saberemos se o ato é válido? Tendo em vista que a agência administrativa tem a sua própria regulamentação sobre as condições hábeis de tornar um determinado ato, ocorrido sob sua competência, válido ou inválido, assim é possível afirmar que o ato será válido quando estiver de acordo com essa regulamentação, em outros termos, quando estiver autorizado por ela. E quando é que essa regulamentação é tornada válida? De acordo com o mesmo raciocínio, isso ocorrerá quando ela estiver conforme normas superiores, como as leis estabelecidas pelos Congresso, por exemplo. Mantendo a indagação de validade, em que momento as leis emanadas do Congresso podem ser consideradas válidas? No momento em que estiverem autorizadas pela Constituição e adequadas com ela. E o que é que transforma em válida a Constituição? Este questionamento chamou e chama a atenção dos filósofos do direito, sendo a regra de reconhecimento última uma das possíveis respostas⁹⁸.

Ao abordar este tema Struchiner explica qual é o fundamento da Constituição:

“O que importa aqui é que a Constituição, embora forneça critérios

96 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. p. 120.

97 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25/01/2017. p. 106.

98 SCHAUER, Frederick. Amending the Presuppositions of a Constitution. LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, p.145-161, 1995. p. 148-149.

de identificação e existência do direito, pressupõe algum tipo de fundamento. É necessária a existência de algum critério de identificação acerca do que conta como sendo a Constituição. A regra de reconhecimento é esse alicerce, segundo o qual a Constituição é válida.”⁹⁹

Struchiner esclarece mais sobre a regra de reconhecimento ao afirmar que ela é uma regra social que existe enquanto convenção social composta a partir da prática convergente dos que atuam no âmbito jurídico ao identificarem o que conta como direito, em outros termos, a regra de reconhecimento é uma realidade na medida em que faz parte do ponto de vista interno dos praticantes que identificam a existência do direito¹⁰⁰.

A força das regras é fomentada pela sua aceitação, tanto pelos particulares quanto pelos funcionários. A regra de reconhecimento dita deveres aos funcionários e, uma vez descumpridos, está se agindo de maneira incorreta¹⁰¹. Neil MacCormick fala sobre a aceitação da regra de reconhecimento:

“A regra de reconhecimento como *standard* público comum de decisão judicial correta é, em um sentido importante, uma regra convencional, pois não apenas é fundamentada em uma prática comum de juízes e outras autoridades, como também a existência (permanente) da prática é “parte das razões que as pessoas têm para aceitá-la”. É uma regra convencional que se refere aos deveres que recaem sobre os juízes no exercício do papel judicial. Se uma juíza se afastasse da prática de aplicar em suas decisões regras que satisfazem os critérios de validade legal contidos na regra de reconhecimento, ela agiria incorretamente – agiria de forma errada, com efeito. Ela se exporia à crítica justificada a partir do ponto de vista interno. Assim, a norma comum reconhecida pelos juízes é claramente uma regra de imposição de dever. Eles devem agir de acordo com as leis vigentes ao exercer o seu poder de julgar casos, impor penas, etc.”¹⁰²

A aceitação de uma regra de reconhecimento em um sistema jurídica disponibiliza aos particulares e funcionários critérios dotados de autoridade para

99 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 72.

100 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 73.

101 SILVA, Maria Alice da. **O positivismo jurídico de Hart e as críticas à teoria imperativa do direito.** Dissertação de mestrado. Centro de Filosofia de Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123338>. Acesso em: 22/01/2017. p. 88.

102 MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart.** Tradução de Cláudia Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 143.

identificarem as normas primárias. Por esta razão, além de combater a incerteza, a regra de reconhecimento é a fonte de todo o sistema tendo em vista que o que não estiver nela contido será regulado através de procedimentos que norteiem a decisão dos funcionários. Para Stolz, ela passa a ter eficácia a partir do momento em que os destinatários da regra de reconhecimento a aceitem e a cumpram, por a considerarem como pauta correta de conduta. Uma regra de reconhecimento existirá enquanto questão de fato se, e somente se, é eficaz¹⁰³.

Struchiner sintetiza da seguinte forma as principais características da regra de reconhecimento: a) é uma regra última que estabelece os critérios de validade jurídica de outras regras, sem ser subordinada juridicamente a nenhuma outra regra; b) assim, ela não é válida nem inválida; c) os critérios colocados por ela é que proporcionarão validade jurídica, d) a existência dela depende de uma prática social dos particulares e funcionários; e e) a própria definição de sistema jurídico faz com que a regra de reconhecimento pertença a ele¹⁰⁴.

Para os fins deste capítulo e a partir das conclusões de Noel Struchiner constantes em sua tese de doutorado pode ser dito que o positivista conceitual hartiano analisa o ponto de vista interno dos outros a partir do seu ponto de vista externo. Ele investiga o compromisso dos outros, de forma não compromissada. O positivista conceitual hartiano ao identificar o direito não o avaliza, nem espera, que a partir do seu ponto de vista pessoal, que aquilo deva ser observado e seguido, mas compreende que um número suficiente de pessoas adota aquilo do ponto de vista interno. Seus proferimentos teóricos são totalmente desapegados. Struchiner exemplifica:

“O positivista conceitual [...] quando lidando com uma questão jurídica, [...] diz que algo deve ou não deve ser feito, [...] está falando que existe uma prática social convergente que estabelece que algo deve ou não deve ser feito. Quando um cliente consulta um advogado hartiano a respeito daquilo que ele deve ou não deve fazer, a resposta do advogado, ao dizer “você deve fazer x”, não

103 STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25/01/2017. p. 106.

104 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 78-79.

representa a sua posição pessoal ou o seu juízo moral sobre a ação indagada. O proferimento do advogado pode ser traduzido como uma proposição complexa acerca de fatos sociais, segundo a qual existe uma regra de reconhecimento aceita pelos agentes da prática jurídica – segundo Hart, principalmente pelos agentes da prática judiciária.”¹⁰⁵

Será adotada uma concepção pragmática de regras, no sentido de serem elas relações e não entes. Com isso e seguindo os passos de Struchiner, o “material normativo identificado como jurídico de acordo com a prática de reconhecimento do direito só vai funcionar como regras se as pessoas envolvidas na prática o tratarem como tais”¹⁰⁶. Via de consequência as regras que forem reconhecidas como jurídicas são na verdade regras putativas que podem ser acolhidas como regras de fato ou não.

A seguir será abordada a noção de Frederick Schauer sobre regras descritivas e prescritas, subinclusivas ou sobreinclusivas.

1.3 A CONTRIBUIÇÃO DE FREDERICK SCHAUER PARA A COMPREENSÃO DAS REGRAS JURÍDICAS

Frederick Schauer é formado em Ciência Política e Teoria Política com concentração em Finanças. Recebeu o título de Juris Doctor da Harvard Law School em 1972. Foi professor de direito e ciência política em diversas universidades, como por exemplo, Universidade de Chicago, Universidade de Michigan, Universidade de Harvard e atualmente na Universidade de Virgínia, aonde leciona desde 2008. Possui diversos livros, capítulos de livros e artigos acadêmicos publicados sobre filosofia do direito, raciocínio jurídico, direito constitucional e liberdade de expressão.

No livro *Las reglas en juego*¹⁰⁷, Schauer segue a linha de Hart e adota uma postura positivista em que abraça a concepção de que o conceito de direito

105 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 79-80.

106 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 137.

107 SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991.

pode ser melhor compreendido a partir da regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento derradeira distingue o que conta como direito válido.

Para Schauer as regras podem ser divididas em regras descritivas e regras prescritivas. Há tanta diferença entre elas como existe entre as leis da física e as leis do Código de Processo Civil. A explicação das regras descritivas será efetuada primeiro com o propósito de facilitar a compreensão das regras prescritivas.

Com as regras descritivas explica-se uma regularidade ou uniformidade, o uso delas implica em generalizar, na medida em que inexitem regras para casos particulares. Tanto as regras descritivas quanto as prescritivas se dirigem a tipos e não a casos particulares.

Neste ponto é necessário entender o que Schauer compreende por generalização. Para ele generalizar é se envolver em um processo que é parte da vida, eis que mesmo nos envolvendo como indivíduos, nossa organização de mundo ocorre colocando esses indivíduos dentro de agrupamentos maiores. Ao fazer isso percebemos os indivíduos não apenas como indivíduos e sim como indivíduos que possuem certas propriedades *x*, essas propriedades tornam as categorias ou classes mais compreensivas ao nosso intelecto. Essas categorias variam, no entanto, as categorias possuem simultaneamente intersecções entre si fazendo com que os indivíduos seja membro de diversas categorias ao mesmo tempo. Nas palavras de Schauer: “As categorias que empregamos não são nem mutuamente excludentes, nem rigidamente distintas, mas ao contrário, se superpõe e encaixam uma dentro de outro, de tal modo que um objeto ou evento particular é comumente membro de muitas delas”¹⁰⁸.

Além das generalizações as regras também excluem seletivamente pois ao se concentrarem em um número limitado de propriedades as generalizações suprime outras propriedades ao mesmo tempo.

Struchiner lembra que toda generalização envolve escolhas, seja por

108 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991. p. 75-76.

generalizar ou não, seja por direção da generalização ou o grau de generalização. E exemplifica:

“Assim, ao lidar com um objeto ou ente particular, muitas vezes tenho a opção de incluí-lo em uma ou outra classe ou categoria, e o modo de inclusão pode variar. Para ilustrar: posso falar a respeito de Schauer sem generalizar (quando digo que ele é o autor do livro *Playing by the Rules*). Posso escolher a categoria na qual vou incluí-lo, em função da simultaneidade das categorias às quais ele pertence. É possível caracterizá-lo tanto como um filósofo do direito quanto como um constitucionalista, como um professor de Harvard, alguém que gosta de andar de bicicleta, ou alguém que está no segundo casamento. A direção da minha generalização é ditada pelo contexto discursivo no qual estou trabalhando. Ao generalizar e incluir Schauer em uma determinada categoria, também estou suprimindo certas diferenças, que em outras circunstâncias poderiam ser relevantes. Logo, ao incluí-lo no rol de filósofos do direito atuais, estou colocando-o junto com outros acadêmicos que não realizam uma investigação do direito de corte analítico. O que importa é que toda generalização envolve escolhas e supressões, e as escolhas que são feitas podem se mostrar insatisfatórias em certas ocasiões, assim como as supressões podem se mostrar relevantes em outras. As condições de felicidade ou sucesso das generalizações empregadas dependem do contexto discursivo.”¹⁰⁹

Com isso, as generalizações abrangem escolhas – frente ao limite de tempo e de entendimento – e a inclusão de uma ou outra categoria ou classe que venha a suprimir determinadas diferenças.

As regras prescritivas “pretendem exercer uma pressão no mundo, alterando ou canalizando comportamentos”¹¹⁰ sua compreensão passa pela compreensão das generalizações e supressões.

Embora Schauer não utilize essa fórmula, as regras prescritivas podem ser assim exprimidas “Se x então y”. A hipótese, também entendida por predicado factual, é um enunciado descritivo cuja verdade é necessária e suficiente para a aplicabilidade das regras, ou seja, verificado o predicado factual x faz com que a hipótese seja aplicada. Já o apodosis ou consequente é a outra parte da regra, que especifica o alcance da aplicação da mesma¹¹¹.

109 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 148-149.

110 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 148.

111 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones

Nas palavras de Struchiner “o conseqüente funcionar como o operador deôntico da regra, indicando se o predicado factual é proibido, permitido ou obrigatório”¹¹². Desta forma, se tivermos uma regra prescritiva do tipo “É proibido matar”, tal regra pode ser expressa da seguinte maneira: “Se alguém matar será condenado a pena criminal de reclusão”¹¹³, etc... Por isso o predicado factual é uma generalização descritiva, quando separado do conseqüente, conforme foi tratado acima.

O estabelecimento de regras em resposta a um caso particular e quase sempre o estabelecimento de regras de qualquer tipo supõe a utilização de generalizações eleitas entre casos logicamente equivalentes¹¹⁴. Ou seja, “é comum uma regra ser criada a partir da observação de um caso particular que é tomado como um caso paradigmático de uma meta que se quer alcançar, ou um mal que se pretende erradicar”¹¹⁵. O mal que se pretende erradicar ou a meta a ser alcançada é denominada de justificação por Schauer. A segunda etapa na criação da regra fundamenta-se na realização de uma generalização do caso particular – generalização esta que seja causalmente relevante a respeito de alguma meta que se persiga ou de algum mal a se procura evitar – mediante uma abstração das características do caso modelo que são consideradas proeminentes para atingir os objetivos da regra. Struchiner esclarece:

“é a justificação da regra que determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado factual, indicando a direção e o grau de generalidade do mesmo. Uma infinidade de generalizações pode ser logicamente estipulada a partir de um caso particular. Porém, as possíveis abstrações operadas em relação às propriedades de um caso particular, podem ser razoavelmente restringidas se temos em

basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 81.

112 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 150.

113 O exemplo foi adaptado a partir de um exemplo dado por Noel Struchiner na p. 150 da sua tese de doutorado.

114 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 83.

115 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 150.

mente os objetivos (justificação) da regra. A diferença entre a generalização descritiva e a generalização prescritiva se dá em função de a última ser lapidada de acordo com uma justificação que representa uma meta que se pretende alcançar ou danos que devem ser evitados. A quantidade de generalizações logicamente e empiricamente possíveis a partir de um caso concreto é sempre muito maior do que a quantidade de generalizações prescritivas, que estão norteadas pela justificação. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado factual da regra que está sendo construída.¹¹⁶

Schauer demonstra esse processo com o caso de um cão preto, denominado Angus, que pulou, correu, latiu e comeu no chão de um restaurante. O dono do restaurante tomou tal situação como modelo de algo a ser evitado no futuro: condutas que irritassem os fregueses do restaurante. Com isso, nota-se o fato particular e tenta-se separar as propriedades fáticas que podem ser generalizadas para efetivas a justificação da regra. A criação de um predicado factual a partir da cor de Angus não faz sentido. Sabe-se que não é a cor do cachorro que vai impedi-lo de pular, correr, latir ou comer no chão. Inexiste relação entre a cor do cachorro e criar problemas no restaurante, aqui Schauer denomina de nexos causal probabilístico. Uma saída mais adequada é a criação de um predicado factual “cachorro no restaurante” para a partir dele se edificar uma regra “não se admitem cachorros no restaurante” ou “é proibida a entrada de cachorros no restaurante”. O predicado factual “cachorro no restaurante” apresenta ligação com a justificação da regra que é a ocorrência de interrupções molestadoras ou que irrite os clientes do restaurante. Ou seja, toma-se a qualidade de Angus ser um cachorro como aquela que o faz pular, correr, latir ou comer no chão e molestar os clientes. A partir dela cria-se o predicado factual “cachorro no restaurante” que faz sentido e permanece válido mesmo após o caso específico de Angus ter sido esquecido¹¹⁷.

Ao se falar que a regra é uma generalização, está sendo dito que ela é probabilística e não verdadeira para os casos que possam surgir. Conforme lembra Struchiner, “se só fosse possível fazer generalizações que representassem verdades universais, a comunicação se tornaria extremamente complicada. Isso é uma

116 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 151.

117 SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991. p. 86-89.

verdade tanto no âmbito da comunicação descritiva quanto prescritiva.”¹¹⁸. Segundo o entendimento de Schauer:

“As limitações de tempo e de entendimento tornam impossível restringir nossas ponderações de causa e efeito ou nossas afirmações de verdades empíricas, para englobar enunciados universalmente corretos, é por isso que empregamos frequentemente generalizações que são apenas probabilísticas. Dizemos que fumar prova câncer, que os cachorros têm pulgas, que a comida mexicana é apimentada e que os escoceses são teimosos, sem supor que ao dizer isto estamos afirmando verdades universais invariáveis. Mas ao contrário, generalizamos de maneira probabilística e não inexorável, admitindo o uso de generalizações descritivas na medida em que seja estatisticamente justificáveis. Mas as convenções do comportamento linguístico cotidiano não requer mais que esta relação estatisticamente justificada entre causa e efeito...”¹¹⁹

Segundo Schauer, será sobreinclusiva a regra que compreender o estado de coisas que, em casos particulares, podem não produzir a consequência que representa a justificação da regra, ainda que este estado de coisas esteja relacionado de forma probabilística com a plausibilidade ou incidência da justificação¹²⁰. Struchiner explica desta forma: “uma regra é sobreinclusiva quando seus fatos operativos englobam casos particulares que não geram a consequência que representa a justificação da regra”¹²¹. Já a subinclusão das regras abrange os predicados factuais que não cobrem alguns estados de coisas que em casos particulares produziram a consequência que representa a justificação da regra¹²². Para Struchiner as regras subinclusivas “deixam de tratar de certos casos que acarretam a consequência que representa a justificação da regra”¹²³.

118 STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras:** o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 153.

119 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 89-90.

120 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 90.

121 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 153.

122 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego:** un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 91.

123 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma

Com o intuito de esclarecer a diferença entre regras sobreinclusivas e subinclusivas traz-se a baila o exemplo de uma regra eleitoral:

“a regra que torna facultativo o voto aos 16 anos e veta o mesmo para os menores de 16. O propósito dessa regra é garantir a cidadania e a participação política para aqueles que já são suficientemente maduros para exercer essa prerrogativa com responsabilidade. Tal regra é ao mesmo tempo sobreinclusiva e subinclusiva. Ela é sobreinclusiva na medida em que permite o voto para alguns jovens passíveis facilmente de serem manipulados, desinteressados por política e que são imaturos. Consequentemente, a regra permite o voto para um grupo de pessoas que o seu propósito excluiria. Ela é, também, subinclusiva, já que alguns jovens com menos de 16 anos, porém suficientemente maduros, não poderão votar. Logo, ela deixa de incorporar casos que o seu propósito incorporaria. Tais enunciados com pretensões normativas só funcionam como regras se é o caso que as nossas relações com os mesmos os transformam em instrumentos capazes de oferecer algum tipo de resistência às nossas considerações de primeira ordem que certamente fariam o trabalho normativo na ausência das regras.”¹²⁴

A compreensão das regras passa pelo entendimento de que limitações de tempo e de entendimento fazem com que o emprego das generalizações que sejam tão somente probabilísticas facilitem a compreensão do mundo ao redor. Com isso, mesmo com um maior cuidado na elaboração das generalizações continuaria a produzi-las de forma que sejam sobreinclusivas ou subinclusivas. Ou dito de outra forma, não há solução para a generalização das regras.

Outro ponto que Schauer trabalha é a justificação subjacente a uma regra. Com o intuito de facilitar a compreensão será utilizado um exemplo dado por ele no livro *Thinking like a lawyer*.

Considere o típico limite de velocidade que vem a ser um exemplo simples de uma regra. A placa diz LIMITE DE VELOCIDADE 55, e a primeira reação é que o limite de velocidade é de 55 quilômetros por hora. E por qual motivo 55? Provavelmente, o limite de velocidade foi estabelecida em 55 porque alguém com autoridade – talvez o legislador, algum Departamento de Trânsito ou a polícia do

investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 153.

124 STRUCHINER, Noel. O “aparente” paradoxo das regras. **ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 63-71, maio 2012. ISSN 1677-2954. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n3p63/21873>>. Acesso em: 07/02/2017.

estado – pensou que dirigir acima de 55 nessa rodovia não seria seguro. Isso é provavelmente correto para a maior das circunstâncias, só que uma característica importante da placa de limite de velocidade é que ela se encontra lá o tempo todo. Também é importante o fato do limite de velocidade se aplicar praticamente a todo mundo, neste momento não precisamos nos preocupar com caminhões de bombeiros, ambulâncias e carros de polícia segundo Schauer. O limite de velocidade é 55 quando chove e quando o céu está claro. Da mesma forma que é 55 com tráfego intenso ou sem tráfego. É 55 para carros fabricados para alcançar 120 bem como é 55 para carros que começam a chacoalhar quando alcançam 50. O limite de 55 abarca tanto motoristas cautelosos quanto motoristas imprudentes e inexperientes. O limite de velocidade de 55 é definido para se alcançar segurança, só que em algumas circunstâncias, 55 pode ser muito alto para atingir tal objetivo, enquanto em outros, pode ser desnecessariamente baixo.

Então, suponha que você sai dirigindo seu carro novo, com a manutenção em dia, em uma manhã de domingo de céu azul, não há chuva ou tráfego. Então, supondo ser você um motorista experiente e cuidadoso que nunca se acidentou ou recebeu multa de trânsito. Nessas condições por você ser um bom motorista e diante das condições serem ideais, você decide dirigir – de forma perfeitamente segura – a 70. Você tomou a decisão e assim o faz, no entanto, ao olhar no espelho retrovisor você verifica as luzes do carro de polícia piscando, sinalizando para encostar o carro. Logo após o policial informa ter o radar o flagrado dirigindo a 70 quilômetros por hora, em uma região em que o limite permitido é de 55. Você diz para o policial: “Eu sei, mas deixei-me explicar. O limite de 55 quilômetros por hora é estabelecido para garantir segurança, ocorre que na realidade estou dirigindo de forma bastante segura. Não há tráfego. O céu está azul. A pista está seca. Meu carro está em boas condições. Meu histórico de direção é impecável, inclusive o senhor pode chegar. O senhor e eu sabemos que cinquenta e cinco é só uma média para todos os motoristas em todas as condições, no entanto o verdadeiro objetivo do limite de velocidade é assegurar que as pessoas dirijam com segurança, e o senhor não pode negar que eu estava dirigindo de forma muito segura”.

Todos nós sabermos o que ocorreria logo após. O policial apontaria para a placa do limite de velocidade, caso ela estivesse visível, e diria algo do tipo: “O

limite de velocidade nesta rodovia é de cinquenta e cinco. Cinquenta e cinco quer dizer cinquenta e cinco, e não o que você pensa que seja dirigir de forma segura”. E com isso o assunto seria finalizado. Seria aplicada a multa por excesso de velocidade e você receberia a multa mesmo que o objetivo da regra do limite de velocidade fosse fazer com que as pessoas dirigissem de maneira segura e, mesmo assim, você receberia a multa muito embora estivesse dirigindo de forma segura.

Para Schauer o exemplo pode parecer trivial ou bobo, no entanto ilustra o aspecto central da própria ideia de regra. Toda regra possui uma justificação subjacente – às vezes chamada de “razão de ser” (rationale) – que é o objetivo para o qual a regra é desenhada¹²⁵.

Schauer pontifica que uma visão positivista de um sistema jurídico considera que este, como um todo, é a instanciación das suas justificações subjacentes (a justiça, a ordem ou o que for)¹²⁶.

Por ser normativamente inerte o positivismo conceitual necessita de uma teoria jurídica do raciocínio jurídico que permita sua aplicação. No próximo capítulo será abordada a teoria de Neil MacCormick que fornece ferramentas, inclusive argumentativas, para aplicar o positivismo conceitual. Será destinada atenção especial a coerência e derrotabilidade.

125 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA; London, England: Harvard University Press, 2009. p. 14-15.

126 SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life, 1991. p. 263.

CAPÍTULO 2

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA NORMATIVA PARA O POSITIVISMO CONCEITUAL

2.1 A CONTRIBUIÇÃO DE NEIL MACCORMICK PARA O POSITIVISMO JURÍDICO COM SUA TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

O positivismo conceitual identifica as regras como o material bruto do direito, só que ele é normativamente inerte. Nas palavras de Struchiner “ser normativamente inerte significa que não pode servir como um guia para a ação.”¹²⁷

A noção de inércia normativa é assim retratada por Frederick Schauer: “[...] o positivismo (enquanto uma tese conceitual) é agnóstico acerca da questão sobre se um oficial deve ter uma percepção estéril, permitida mas não requerida pelo positivismo, de seu trabalho. Além disso, o positivismo nada determina sobre o peso do direito no caso de conflito entre normas legais e normas morais.”¹²⁸

O positivismo conceitual estabelece quais são as condições necessárias que tornam uma norma jurídica válida, ocorre que ela sozinha – tese do positivismo conceitual – não prescreve que as normas jurídicas válidas precisam ser seguidas. Struchiner traz mais elementos para clarear o assunto: “[...] o que isso quer dizer é que no âmbito da razão prática, onde o raciocínio pretende estabelecer como devemos agir, a proposição que consagra a tese do positivismo conceitual jamais pode funcionar como uma premissa operativa, ou seja, não pode ser a premissa maior de um silogismo prático.”¹²⁹

Entretanto, a inércia normativa do positivismo conceitual traz à tona a

127 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005. p. 47.

128 SCHAUER, Frederick. Constitutional Positivism. **Connecticut Law Review**, no 25, p.797-828, 1993. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/25conn_I_rev797_1993.pdf>. Acesso em 10/01/2017. p. 802. Nota de rodapé 10.

129 STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005. p. 47.

questão de como as regras hão de ser tratadas, pois de nada adianta descrever o direito sem ter ferramentas para aplicá-lo. Neste ponto é que entra Neil MacCormick e sua teoria do direito.

Neil MacCormick nasceu em Glasgow em 1941. Estudou e graduou-se na Universidade de Glasgow em 1963, em Filosofia e Literatura Inglesa. Logo após foi contemplado com uma bolsa de estudos para estudar no Balliol College, na Universidade de Oxford, local em que recebeu graduação em direito.

Em Oxford, teve H. L. A. Hart como professor, tendo este vindo a influenciá-lo a gostar de filosofia do direito. Foi catedrático de direito público na Universidade de Edimburgo de 1972 a 2008. Foi Professor visitante em diversas instituições universitárias, tendo recebido vários títulos de Doutor Honoris Causa, concedidos por universidades como as de Upsala (Suécia), Saarland (Alemanha), Macerata (Itália), Queen's (Kingston, Ontário) e Glasgow.

Chegou a ser membro do Parlamento do Reino Unido entre 1979 e 1997 e do Parlamento Europeu entre 1999 e 2004. Após sua aposentadoria da Universidade de Edimburgo foi diagnosticado com câncer, vindo a falecer em 05 de abril de 2009. Escreveu diversos livros, dentre eles, alguns foram traduzidos para o português, como por exemplo: *Argumentação Jurídica*¹³⁰ e *Teoria do Direito, Retórica e Estado de Direito*¹³¹ e H. L. A. Hart.

Neil MacCormick centrou seus interesses filosóficos em duas áreas, no raciocínio jurídico e a sua relação com a Teoria do Direito, e as relações entre direito, moralidade e política. Neste trabalho será unicamente a primeira área de interesse de MacCormick¹³².

2.1.1 Ponto de partida da compreensão do trabalho de Neil MacCormick

A compreensão do trabalho de MacCormick sobre o raciocínio jurídico

130 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

131 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

132 MICHELON JR, Claudio. "Neil MacCormick". In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559. p. 556.

passa pela prévia compreensão do contexto filosófico de produção da sua teoria. No livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, ele tenta oferecer uma solução para aquilo que diversos autores consideram uma grave insuficiência do positivismo jurídico. O entendimento dessa insuficiência é o ponto de partida ideal para que se possa entender a intenção final de MacCormick com o livro¹³³.

O positivismo jurídico apresentado por Hans Kelsen na *Teoria Pura do Direito* e por H. L. A. Hart com sua teoria analítica do Direito não oferecem bases suficientes para uma metodologia direcionada ao jurista prático. Em resumo, não trazem nem implicam em nenhuma teoria do raciocínio jurídico. Para Michelon Jr., tanto Kelsen quanto Hart sabiam do fato de que suas teorias do Direito não almejavam oferecer as bases para uma explicação do processo de raciocínio de decisão pelos práticos do direito¹³⁴. Em outros termos, o positivismo de Kelsen e Hart não oferece uma metodologia completa aos práticos do Direito.

Ao deixar de explicar e orientar a atividade prática do Direito como uma forma de utilização da razão prática, o positivismo de Kelsen e Hart sofreu objeções. Uma delas proferida por Ronald Dworkin¹³⁵ que contestou o positivismo enquanto Teoria do Direito por não oferecer explicação suficiente para o processo de construção de significados jurídicos por aqueles que praticam o Direito. Em outras palavras, o positivismo jurídico é incompleto por deixar de explicar um dos aspectos centrais do direito. MacCormick concorda parcialmente com a crítica feita. Isso acontece pelo fato dele evidenciar que uma teoria do direito necessita agregar uma explicação para o problema de como solucionar casos difíceis (aqueles casos que não podem ser claramente produzidos por processos dedutivos restritos a regras jurídicas), ponto que tanto Kelsen quanto Hart deixam ao domínio da ideologia¹³⁶. A prática do direito passa pela solução dos casos difíceis e é insuficiente e possivelmente equivocada uma teoria do Direito que deixe de oferecer explicação para esta parte prática. Nesse cenário é que MacCormick tentará comprovar a possibilidade de idealizar uma teoria do raciocínio jurídico harmonizável com as

133 MICHELON JR, Claudio. "Neil MacCormick". In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559. p. 556.

134 MICHELON JR, Claudio. "Neil MacCormick". In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559. p. 556.

135 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

136 MICHELON JR, Claudio. "Neil MacCormick". In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559. p. 557.

teses centrais do positivismo jurídico defendidas por Hans Kelsen e H. L. A. Hart. Ao fazer isso, o autor escocês almeja também estruturar as insuficiências desse jeito de raciocinar juridicamente, bem como mostrar caminhos para permitam auxiliar a suplantar tais deficiências¹³⁷.

Muitos autores entendem que Neil MacCormick era positivista em sua forma de entender a Teoria do Direito e estava sob influxo do pensamento de Hart quando escreveu o livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tendo promovido uma guinada para o pós-positivismo ao escrever *Retórica e Estado de Direito*. No entanto, a concepção desenvolvida neste trabalho é de que MacCormick continua sendo positivista mesmo após a publicação da obra *Retórica e Estado de Direito*. Ela está alicerçada no artigo de Vittorio Villa que compreende que a posição de Neil MacCormick pelo menos do ponto de vista metodológico ainda está alicerçada e pode ser colocada no campo do positivismo jurídico¹³⁸.

2.1.2 A teoria do raciocínio jurídico de MacCormick

Conforme exposto acima, MacCormick no livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* defende uma teoria tanto prescritiva, quanto descritiva do direito. Assim o autor situa sua investigação como inserida em uma perspectiva da argumentação prática e da natureza humana. Além do mais, ele procura desenvolver e ilustrar sua teoria fazendo referência a casos reais e ao raciocínio desenvolvido pelos juízes que são as pessoas que lidam com problemas concretos de natureza prática. Ele denomina este método de “reconstrução racional”. Nas palavras do autor:

“Isso quer dizer que ele [o método] não constitui uma simples descrição de “fatos” observados; mas que é uma tentativa de mostrar que os fenômenos examinados pertencem a um sistema racionalmente compreensível de pensamento e ação revelado pela teoria geral da razão e da argumentação exposta no livro. Da mesma forma, a adequação da teoria é verificada por meio de seu confronto com as provas da verdadeira argumentação dos juízes nos casos reais.”¹³⁹

137 MICHELON JR, Claudio. “Neil MacCormick”. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559. p. 557.

138 VILLA, Vittorio. Neil MacCormick’s legal positivism. In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (orgs.). **Law as institutional normative order**. Aldershot: Ashgate, pp. 44-64, 2009. p. 63.

139 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins

A argumentação tem como função justificar com o intuito de viabilizar a decisão, devendo esta justificação apresentar conformidade com os fatos estabelecidos além de estar de acordo com as normas em vigor. Com isso, representa justificar a demonstração de que as decisões estão conforme o direito.

A afirmação de que a teoria argumentativa de Maccormick é ao mesmo descritiva e prescritiva é confirmada por Manuel Atienza no livro “As Razões do Direito”¹⁴⁰. Atienza considera que a teoria da argumentação de Maccormick é aquilo que se poderia denominar de teoria padrão da argumentação jurídica¹⁴¹.

A compreensão da teoria padrão da argumentação jurídica passa primeiro pelo entendimento da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. A tarefa de descobrir ou enunciar uma teoria, mostrar sua geração e seu desenvolvimento constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência. Já o procedimento de justificar e validar uma teoria exige confrontá-la com os fatos com o fito de expor sua validade, o que necessita, também, de uma análise do tipo lógico e que seja regido pelas regras do método científico¹⁴².

Para Atienza “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”¹⁴³. No âmbito do direito cabe falar de uma justificação formal dos argumentos (momento em que é formalmente correto um argumento), além de uma justificação material (quando um argumento é aceitável).

A teoria padrão da argumentação, segundo Atienza, se encontra no contexto de justificação dos argumentos e costuma ter pretensões descritivas e

Fontes, 2009. p. XV-XVI.

140 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 135.

141 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 132.

142 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 5.

143 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 5.

prescritivas dos argumentos, assim, ela pretende mostrar tanto como as decisões se justificam de fato, quanto como deveriam ser justificadas as decisões¹⁴⁴. De forma resumida para o autor, o ato de justificar uma decisão implica obrigatoriamente referir-se a premissas normativas¹⁴⁵.

A justificação dedutiva é defendida por Maccormick, que a entende essencial para a argumentação jurídica, não no sentido de que o raciocínio dedutivo seja sempre aplicável, mas que é uma possibilidade de aplicação¹⁴⁶. MacCormick assim compreende a argumentação levada a cabo de forma dedutiva:

“Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as “premissas” da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão.”¹⁴⁷

O fato de MacCormick desenvolver seu trabalho a partir de decisões de tribunais da Inglaterra e da Escócia¹⁴⁸ não impede a utilização de seus estudos no Brasil, na medida em que as decisões foram analisadas com o intuito de entender a argumentação levada a termo, bem como compreender os argumentos trazidos a lume por um juiz para explicar sua decisão¹⁴⁹ não tendo assim caráter e aplicação específicos aqueles países.

A justificação dedutiva pressupõe que o juiz aplique as regras de direito

144 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 8.

145 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 135.

146 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. IX e 23-24.

147 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 26.

148 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. XV.

149 MacCormick chama esses argumentos de ‘razões justificatórias’ na p. 21 do livro *Argumentação jurídica e teoria do direito*.

válidas, bem como identifique dentre elas aquelas que se aplicam a situação que lhe é confrontada. Em relação ao primeiro ponto um sistema jurídico é constituído de normas válidas que já passaram pelo jugo da regra de reconhecimento e a tarefa do juiz “consiste em aplicar essas normas quando elas foram pertinentes e aplicáveis”¹⁵⁰. No entanto, não basta aplicar, o juiz deve identificar todas as normas jurídicas que são aplicáveis aquele caso e com isso construir a justificação daí decorrente. MacCormick assim explica o ponto abordado:

“Portanto, o que estamos de fato pressupondo ou postulando é que - no seu ponto de vista acerca da função judicial ou da missão do juiz - cada juiz tem, em razão de seu posto, o dever de aplicar todas e cada uma daquelas normas que são “normas do direito” sempre que isso for pertinente e aplicável a qualquer caso que seja levado a ele. E essa formulação revela uma segunda pressuposição, sem a qual o “dever” careceria de referência identificável: a de que é possível que um juiz identifique todas aquelas normas que são “normas do direito.”¹⁵¹

A decisão do juiz é um ato de escolha dele por mais que seja utilizada argumentação dedutiva. Para MacCormick o direito não pode ser abstraído nem da moral, nem da política¹⁵² na medida que envolve escolhas “a cargo do juiz e da sua valoração a partir da norma válida (reconhecida pela sociedade) e dos fatos trazidos à sua colação”¹⁵³.

Contudo a argumentação dedutiva encontra problema ao esgotar as normas constantes de um sistema jurídico sem esgotar a necessidade de decisões jurídicas. Neste cenário MacCormick mostra a existência de casos fáceis e casos difíceis. Para os últimos, aponta a possibilidade de existirem quatro tipos de problemas: de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação.

150 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 68.

151 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 68.

152 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 81.

153 NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O pensamento de Neil MacCormick e o STF: breve análise da ADPF 132 à luz da teoria da argumentação jurídica**. Trabalho apresentado no I Congresso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante: Universidade de Alicante. Disponível em: <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Artigo%20O%20pensamento%20de%20Neil%20MacCormick%20e%20o%20STF.pdf>>. Acesso em: 01/02/2017. p. 4.

O problema de interpretação decorre da ambiguidade das normas ao permitirem mais de uma interpretação. Em uma situação prática a aplicação de uma lei pode trazer a tona interpretações dúbias, cabendo ao aplicador da norma escolher por qual das interpretações concorrentes optará. Contudo, o aplicador deve justificar completamente sua escolha dentre as versões concorrentes da norma. Feita a escolha, com sua justificação completa, é que poderá o aplicador efetivar a justificação dedutiva. MacCormick resume assim o problema de interpretação:

“[...] as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambigüidade for resolvida. No entanto, resolver a ambigüidade de fato envolve escolher entre duas versões rivais da norma (se p', então q ou se p", então q). Uma vez feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica. Contudo, uma completa justificação dessa decisão deve girar em torno de como for justificada a escolha entre as versões concorrentes da norma.”¹⁵⁴

O problema de pertinência ocorre quando o juiz ao constatar os fatos verifica que eles diferem do que a norma jurídica dispõe para o caso¹⁵⁵. Nas palavras de José Ricardo Alvarez Vianna “para dúvida se há possibilidade de subsunção, dada a divergência sutil entre fato naturalístico e fato normativo”¹⁵⁶. O problema está na necessidade de concatenar logicamente a pretensão trazida e o resultado que se almeja da decisão do juiz.

No que tange aos problemas de prova MacCormick os trata como problemas de ordem particular, na medida em que tocam a uma situação determinada ou a um pequeno número de situações semelhantes, em oposição aos problemas de pertinência e de interpretação que possuem um caráter universal. Em outros termos, a dúvida paira sobre os fatos e não sobre o direito. Para MacCormick “o problema da comprovação é um problema voltado para o estabelecimento de premissas menores que sejam de caráter particular, não premissas maiores que

154 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 86.

155 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 68.

156 VIANNA, José Ricardo Alvarez. Justificação interna e externa nas decisões judiciais no novo CPC. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/8>>. Acesso em: 09/02/2017.

sejam universais.”¹⁵⁷

Os problemas de qualificação ocorrem quando existir controvérsia em relação a qualificação jurídica e não aos fatos. MacCormick exemplifica utilizando o caso “MacLennan vs. MacLennan”:

“[...] o sr. M. moveu uma ação junto ao Supremo Tribunal escocês para obter o divórcio de sua mulher, com base no adultério cometido por ela, afirmando entre outras coisas que ela havia tido um filho mais de um ano depois de seu encontro mais recente. Em sua defesa, a mulher admitiu esses fatos, mas confessou que a criança tinha sido concebida por meio de inseminação artificial com sêmen de um doador, não tendo ocorrido nenhuma relação sexual adulterina. O marido alegou que a defesa era descabida e concluiu com o pedido de uma sentença de divórcio.”¹⁵⁸

No exemplo dado, o problema de qualificação está em saber se a inseminação artificial implica em adultério ou não. Com isso o problema de qualificação implica na “avaliação quanto aos fatos levados a juízo e quais destes se integram ou não ao que será reduzido à norma jurídica.”¹⁵⁹

Segundo MacCormick a justificação de uma decisão nos casos difíceis passa pelo preenchimento do requisito da universalidade¹⁶⁰, ou seja, para que uma decisão esteja justificada deve basear-se em uma norma geral com o intuito de resguardar sua segurança. Ou nas palavras de Atienza:

“[...] uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo lugar, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em

157 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 118.

158 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 118.

159 NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O pensamento de Neil MacCormick e o STF**: breve análise da ADPF 132 à luz da teoria da argumentação jurídica. Trabalho apresentado no I Congresso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante: Universidade de Alicante. Disponível em: <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Artigo%20O%20pensamento%20de%20Neil%20MacCormick%20e%20o%20STF.pdf>>. Acesso em: 01/02/2017. p. 5.

160 MacCormick diferencia universalidade de generalidade para ele “universal” é um termo mais exato a ser usado e permite que usemos “geral” para denotar uma diferença de grau em vez de uma diferença de tipo lógico. (MacCormick, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 2009. p. 99). Atienza esclarece que “universalidade não é o mesmo que generalidade. Isto é, uma norma pode ser mais específica que outra, mas ser igualmente universal, pois a universalidade é um requisito de tipo lógico, que não tem relação com a maior ou menor especificidade de uma norma. (ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. 2014. p. 143).

relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo - dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores - é um argumento consequencialista).”¹⁶¹

Ultrapassados os quatro problemas que podem surgir para MacCormick, nota-se que o autor trabalha com os conceitos de justificação de primeira ordem e de segunda ordem. Neste ponto Manuel Atienza esclarece que o termo justificação de primeira ordem ou justificação de primeiro nível corresponde a justificação interna e a justificação de segunda ordem ou justificação de segundo nível é igual à justificação externa. Para Atienza:

“O que foi dito até agora conclui o que MacCormick chama de justificação de primeiro nível [...] coincide com o que [...] denominou-se justificação interna. O problema que surge agora é o de como justificar a escolha de uma ou outra norma geral; isso dá lugar à justificação de segundo nível (ou justificação externa).”¹⁶²

Assim a justificação dedutiva elaborada por MacCormick corresponde a justificação interna. A expressão “justificação interna” foi cunhada por Jerzy Wróblewski e é atualmente amplamente aceita conforme Atienza¹⁶³. Wróblewski assim a conceitua:

“A justificação interna lida com a validade das inferências a partir de premissas dadas por uma decisão jurídica tomada como sua conclusão. A decisão em questão é internamente justificada caso as inferências sejam válidas e a validade das premissas não tenha sido testada. A este respeito, a justificação interna é uma justificação “formal” e não é adequada para uma análise da decisão legal e do seu controle institucional.”¹⁶⁴

Conforme lembra Manuel Atienza “a justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva”¹⁶⁵. A validade da premissa é pressuposta e não é confirmada.

161 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 143.

162 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 146.

163 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 33.

164 WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. **Logique et Analyse**, v. 14, n. 53–54, p. 409–419, 1971. Disponível em: <<http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>>. Acesso em: 09/02/2017. p. 412.

165 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: “Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica”. p. 33.

Já a justificação externa da decisão jurídica “avalia tanto a validade das inferências como também a solidez das premissas. O amplo escopo da justificativa externa é exigido especialmente pela decisão jurídica paradigmática por causa dos mais altos padrões que lhe são impostos”¹⁶⁶.

A decisão jurídica deve fazer sentido tanto no mundo quanto no contexto do mundo jurídico. A construção dos argumentos encontra-se na justificação de segunda ordem ou justificação externa, é nessa justificação que estarão os fatos e os dispositivos legais conjugados com o intuito de demonstrar por qual motivo a decisão se mostra suficiente para solucionar o conflito que é colocado, uma vez que explicita a coerência da sentença.

O desenvolvimento do ponto que aborda a coerência ocorrerá a partir da obra *Retórica e o estado de Direito* de Neil MacCormick.

MacCormick diferencia coerência de consistência, sendo que para Fernando Andreoni de Vasconcellos “não existe uma divisão clara entre os dois conceitos, de tal maneira que, muitas vezes, são tratados como uma mesma realidade, baseada na proposta de não-contradição”¹⁶⁷. MacCormick entende a consistência como sendo satisfeita pela não-contradição.

No que toca a coerência em termos filosóficos ela pode ser compreendida por ser “muito mais do que a singela compatibilidade entre os elementos de um sistema, implicando não somente a ausência de contradição, em termos lógicos, mas a presença de conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema.”¹⁶⁸

Com isso a noção de coerência se aproxima da concepção de racionalidade da decisão. Em outros termos, a coerência atua como um elo

166 WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, v. 14, n. 53–54, p. 409–419, 1971. Disponível em: <<http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>>. Acesso em: 09/02/2017. p. 412.

167 VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Coerência e Direito Tributário*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31766/R%20-%20T%20-%20FERNANDO%20ANDREONI%20VASCONCELLOS.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20/06/2016.

168 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileiro coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Título original: *Dizionario di filosofia*. p. 172.

racionalizador entre os fatos e os argumentos, sob influxo de sentido, eis que “a falta de coerência no que é dito envolve a falta de sentido.”¹⁶⁹

2.2 COERÊNCIA NORMATIVA E COERÊNCIA NARRATIVA

Nas últimas décadas foram propostas diversas teorias abordando a coerência, em diversos âmbitos, como na ética, epistemologia, na literatura sobre o raciocínio jurídico, na teoria do discurso, na filosofia da linguagem e na filosofia do direito¹⁷⁰.

Na filosofia do direito contemporânea as teorias da coerência têm ocupado em papel central, tanto que existem uma variedade de teorias coerentistas da justificação jurídica. Enquanto alguns teóricos do direito definem a justificação jurídica apenas a partir da coerência, outros conferem a ela um papel mais modesto e a avaliam com algo fundamento na justificação jurídica, mas não o único. Assim, Amalia Amaya distingue as teorias sobre a coerência em fortes e fracas. Nas teorias fortes a coerência é uma condição necessária e suficiente da justificação jurídica. Já as teorias fracas da coerência sustentam que a coerência é uma condição necessária mas não suficiente da justificação jurídica¹⁷¹. Entre os teóricos da versão forte estão Ronald Dworkin e Alexander Peczenik, já Neil MacCormick está dentre os que defendem a coerência na versão fraca.

MacCormick separa em duas partes a noção de coerência, uma delas é a coerência normativa e a outra, a coerência narrativa. A coerência narrativa se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas. Já a coerência normativa se refere à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas no contexto mais geral de um sistema jurídico concebido como ordem normativa¹⁷².

169 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247.

170 AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. 2011. **Discusiones**, n. 10, 2011, p. 21-64. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/diez-tesis-acerca-de-la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/02/2017. p. 22.

171 AMAYA, Amalia. La coherencia en el Derecho. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 35. 2012. pp. 59-90. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s9k1>>. Acesso em: 10/02/2017. p. 62.

172 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247.

MacCormick fala que algumas das similitudes entre as coerências se encontram no nome, na semelhança fonética e na falta de coerência no que é dito. Assim, envolve uma falta de sentido, tanto que um conjunto incoerente de normas pode ser tal que cada uma possa ser cumprida sem infringir as restantes, e, sem embargo, o todo parecer não fazer sentido na constituição de uma ordem razoável de conduta¹⁷³. A relevância da coerência se encontra na conveniência de que o direito seja pormenorizado, através de regras relativamente detalhadas, aliada a necessidade de que essas regras relativamente detalhadas sejam abrangentes e desdobramentos de princípios gerais, tendo em vista que poucas pessoas podem saber os pequenos detalhes do direito, embora o conheçam valores e princípios via senso comum¹⁷⁴.

MacCormick cinde a coerência normativa em três partes com o intuito de explicá-la. A primeira parte visa aclarar o significado da coerência, na segunda, a ligação entre os princípios e a coerência na justificação, e na terceira parte ele trata do motivo pelo qual a coerência justifica.

Ao tratar do significado da coerência MacCormick questiona por qual motivo um conjunto de normas pode parecer incoerente, as vezes, mesmo não sendo inconsistente em conjunto. Ao tratar dessa pergunta ele se utiliza do exemplo de uma lei promulgada pelo Parlamento Italiano que impunha diferentes limites de velocidade para diferentes carros conforme fossem suas cores. O autor se pergunta se essa lei faz sentido e se não faz o que a leva a não fazer sentido. A resposta se encontra no fato da lei não fazer sentido caso não aja nenhum valor ou grupo de valores aos quais essas leis sirvam¹⁷⁵. Noutras palavras, deve existir uma razão subjacente para justificar a norma. O uso de razão subjacente foi proposital, eis que utilizado por Frederick Schauer, no intuito de que ela – a razão subjacente – justifica a regra.

O significado da coerência normativa possui três aspectos. O primeiro está ligado a uma questão de subordinação comum a um conjunto de leis a um valor

173 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247.

174 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 263.

175 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 249.

ou valores relevantes, além de uma falta de conflito evitável com outros valores relevantes. Ele ilustra com o exemplo da justiça no caso da limitação da velocidade decorrente da cor dos veículos que transitavam pelas estradas italianas. O segundo aspecto do significado da coerência normativa é que um conjunto de regra é coerente se todas elas satisfazem ou são concretizações de um princípio mais geral. E o terceiro aspecto está relacionado a sobreposição entre valores e princípios. Primeiro o autor escocês questiona se há diferença em substância aos apelos a valor ou a princípio. Então ele conceitua valores:

“Valores” não são apenas propósitos, objetivos ou fins de facto, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou órgãos institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins.¹⁷⁶

Para MacCormick a aceitação dessas duas proposições implica em uma provável sobreposição entre valores e princípios, na medida em que princípios jurídicos se relaciona a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga¹⁷⁷.

Mesmo na regulação de assuntos comuns por regras de conduta detalhadas e específicas está conectada a valores que tais regras realizam supostamente. MacCormick elucida melhor este ponto ao explicar que são os princípios que fornecem o caminho para a procura de valor em um âmbito de atividade disciplinado por regras. Além do mais, no contexto jurídico, os princípios têm a capacidade de atuar como guias de interpretação de textos legislativos em casos-problema¹⁷⁸.

Via de consequência a coerência das normas depende delas fazerem sentido em face de estarem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente determinado para cumprir alguns valores comuns¹⁷⁹.

176 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 251.

177 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 251.

178 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 252.

179 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 252.

MacCormick resume assim coerência de um conjunto de normas:

“a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.”¹⁸⁰

Cada sociedade cristaliza seus valores conforme suas necessidades e sua época. Os princípios se conectam aos valores os tornando factíveis no sistema jurídico, além de servirem de guias de interpretação. Já as regras são normas jurídicas mais detalhadas que estão positivadas e refletem parte dos princípios e valores.

A seguir, MacCormick fala da ligação entre os princípios e a coerência na justificação. Para ele cabem duas tarefas ao juiz. A primeira é a de investigar os princípios e valores jurídicos que conferem sentido a um conjunto de normas jurídicas. Tais valores e princípios jurídicos podem ser parcialmente encontrados no sistema jurídico positivado e parcialmente “construídos de modo original, de modo a estabelecer uma visão coerente de determinado campo do Direito, mostrando resumidamente tal campo em vista de um princípio ou valor “subjacente”, ou de um conjunto coerente de princípios e valores”¹⁸¹. Às regras cabe o papel de serem o meio para conferir efeito jurídico aos princípios eis que são compreendidas como determinações ou concretizações desses princípios. Via de consequência, diante desta conexão entre as regras e os princípios, estes compõem a justificação da decisão. A segunda tarefa que pertence ao juiz é a de interpretar um texto legislativo, para tanto o juiz deve se utilizar do instrumento retórico de supor a vontade do legislador no sentido deste legislar coerentemente. Na visão de MacCormick um legislador “que respeita o Estado de Direito não pode escolher, arbitrariamente, exercer o poder legislativo sem considerar o modo pelo qual novas leis se sustentam dentro do sistema jurídico como um todo”¹⁸².

Ao falar do Legislativo, o autor escocês traz a tona a questão da relação

180 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 253.

181 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 260.

182 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 260.

entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em um Estado de Direito, para tanto cada poder estatal há de coexistir com os outros mediante aplicação dos freios e controles entre os diferentes poderes exigidos para o cumprimento do Estado de Direito¹⁸³.

O terceiro ponto da divisão da coerência normativa é aquele que trata do motivo pelo qual a coerência justifica. MacCormick defende a pressuposição de que os legisladores ao legislar o façam na procura de um ordenamento coerente, de forma que cumpra aos juízes a busca de uma visão geral coerente do Direito. O desenvolvimento do seu trabalho se constitui um esboço de quais virtudes da coerência podem ser vistas como relevantes para a justificação. A primeira delas está na compatibilidade da justificação com um certo ponto de vista de racionalidade na vida prática, ponto de vista que impõe tanto a universalidade quanto o maior grau de generalidade possível nos princípios práticos. Por outro lado as regras devem ser tão detalhadas e claras quanto possível, observarem os princípios gerais, possibilitar previsibilidade razoável na sua aplicação e informar adequadamente as pessoas afetadas pelo Direito¹⁸⁴.

Isso leva a uma abordagem de certo modo relativista da justificação dado que o conteúdo efetivo de um sistema jurídico leva a consideração de ser melhor que a interpretação e a aplicação do sistema se operem pressupondo que as disposições mais específicas estejam de acordo e possam ser tratadas como resultantes de alguns princípios gerais, ou seja, “tratadas como disposições sustentáveis em conjunto à luz de tais princípios, e permanecendo unidas em virtude dessa relação de apoio comum”¹⁸⁵. Para MacCormick, inclusive os princípios possuem relação de prioridade e diferentes níveis justificatórios, mas que em seu conjunto sejam coerentes no seu sentido último, ou em outras palavras, “as disposições detalhadas do sistema devem ser interpretadas como se estivessem servindo a um conjunto de valores mutuamente compatíveis”¹⁸⁶. Com isso a

183 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 260-262.

184 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 263.

185 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 264.

186 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 264.

satisfação da coerência, pelos menos parcialmente, passa pela compreensão do que os responsáveis por determinar o conteúdo do sistema consideram como valores. Entretanto o autor lembra:

“A tese de que os valores e princípios jurídicos mais locais precisam estar fundados em algum esquema que expresse uma forma de vida satisfatória nos coloca um desafio perpétuo. A coerência, enquanto um valor puramente interno do Direito, do Direito efetivo de uma dada jurisdição, não é, por si só, uma garantia suficiente de justiça.”¹⁸⁷

Apesar dos problemas é preferível um Direito coerente a um incoerente, da mesma forma que são melhores as interpretações que recuperem a noção de coerência em um Direito potencialmente incoerente. Aqui MacCormick pontua que o “dever jurídico do juiz é decidir apenas de modo consistente com as regras de Direito estabelecidas”¹⁸⁸. Sucintamente, a coerência é um traço ideal almejado de um sistema jurídico.

Além da coerência normativa MacCormick trabalha a noção de coerência narrativa. O autor entende que a coerência narrativa “se relaciona à justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas”¹⁸⁹. A coerência narrativa investiga os eventos em uma cadeia de probabilidades, para além das minúcias processuais do direito probatório¹⁹⁰. As narrativas retratam um enredo, com início, meio e fim. Há uma explicação causal da narrativa em que “a ordenação temporal sempre é um elemento-chave da inteligibilidade”¹⁹¹.

A coerência narrativa fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos¹⁹². Ela vem a ser um teste no qual as proposições podem ser explicadas e consideradas verdadeiras com

187 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 264.

188 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 265.

189 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247.

190 MOREIRA, Eduardo. Coerência, antissubordinação e intergridade. Trabalho apresentado no I Congreso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante: Universidade de Alicante. Disponível em: <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Coer%C3%A2ncia,%20Antissubordina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Integridade.pdf>>. Acesso em: 01/02/2017. p. 4.

191 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 282.

192 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 284.

base na percepção. Também são consideradas relevantes outras hipóteses explicativas auxiliares conforme o caráter e a credibilidade destas hipóteses para determinar a coerência. Passa no teste de coerência aquela história cuja versão implica em menor grau de improbabilidade. A coerência narrativa é uma condição necessária de inteligibilidade do mundo dos fatos para que torne fácil de compreender o que ocorreu no mundo real. Assim compreendida, a coerência narrativa é uma condição necessária mas não suficiente para credibilidade no mundo real¹⁹³.

MacCormick diferencia a coerência normativa da narrativa. A coerência narrativa é diacrônica na medida em que os fatos evoluem, se sucedem no tempo, com isso há de ocorrer uma coerência ao longo do tempo. Já a coerência normativa é sincrônica, é uma coerência simultânea que não corre ao longo do tempo¹⁹⁴.

Tendo em vista ser o Direito uma expressão de valores ou princípios razoavelmente sustentáveis relativos à interação social, a coerência importa em termos de justiça sempre que exija uma racionalidade comum no tratamento dos membros de uma comunidade completa sujeita ao Direito. A partir do momento que as mesmas normas são aplicáveis em um lugar, a aplicação de tais normas deve obedecer um entendimento comum e determinado das razões subjacentes com o fito de que todos os membros dessa comunidade afixem o mesmo tratamento conforme as mesmas regras sob a mesma interpretação, e de tal forma que faça sentido geral, sem ser arbitrário ou caprichoso. Isso requer regras comuns apoiadas em princípios comuns¹⁹⁵. O valor da coerência para MacCormick:

“é excessivamente simplificado quando tratado como se as regras coerentes fossem simplesmente aquelas que expressam as exigências de um princípio comum. Isso é verdade, mas não nos leva, necessariamente, a ignorar o fato de que, em condições de uma ordem jurídica complexa, muitos princípios estão em jogo, e assegurar um balanço ou equilíbrio entre princípios é também uma condição de coerência no seu sentido pleno.”¹⁹⁶

193 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 284-285.

194 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 298.

195 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 301-302.

196 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 302.

Além da noção de coerência é necessário compreender o que MacCormick entende por derrotabilidade, uma vez que uma regra pode não se aplicar diante de uma excepcionalidade.

2.3 A DERROTABILIDADE

Para Frederick Schauer, em termos históricos a noção de derrotabilidade remonta a Platão na obra *Político*. O intuito não é de refazer o caminho histórico ou evolutivo da derrotabilidade, mas tão somente situá-la. Desta forma, espera-se não afrontar as diretrizes traçadas por Salo de Carvalho quanto a abordagem histórica¹⁹⁷.

Em determinada passagem o Estrangeiro ao conversar com Sócrates, o Jovem pontua:

“[...] a lei jamais será capaz de estabelecer, ao mesmo tempo, o melhor e o mais justo para todos, de modo a ordenar as prescrições mais convenientes. A diversidade que há entre os homens e as ações, e por assim dizer, a permanente instabilidade das coisas humanas, não admite em nenhuma arte, e em assunto algum, um absoluto que valha para todos os casos e todos os tempos.”¹⁹⁸

Nesta passagem Schauer assinala ter o Estrangeiro identificado a inevitável e indesejável imperfeição das leis gerais¹⁹⁹. Em que pese o fato das leis gerais não proporcionarem os melhores resultados em todas as ocasiões, mesmo assim as autoridades se utilizam e empregam leis gerais para solucionar problemas.

E por qual motivo devem ser seguidas as leis na medida em que elas são imperfeitas? Platão responde assim:

“[...] não parece necessário considerar os pormenores dos casos individuais, formulando, para cada pessoa, prescrições especiais; ao contrário, acreditam que é necessário ver as coisas de um modo geral, estabelecendo, para a maioria dos casos e das pessoas, preceitos que sejam úteis para o corpo em geral.”²⁰⁰

197 CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 25.

198 PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 242-243.

199 SCHAUER, Frederick, Is Defeasibility an Essential Property of Law?, in: **Law and Defeasibility**, [s.l.]: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403284>. Acesso em 20/06/2016.

200 PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 243.

Platão continua e pontua: “Acontece o mesmo com o legislador: tendo que prescrever a suas ovelhas obrigações de justiça e contratos recíprocos, jamais seria capaz, promulgando decretos gerais, de aplicar, a cada indivíduo, a regra exata que lhe convém”²⁰¹.

Apesar da necessidade do legislador estabelecer leis gerais, os maus ou pobres resultados causados pela aplicação delas é inaceitável, embora sejam causadas pela generalização. Diante do surgimento de tais implicações, o Estrangeiro, argumenta sobre a possibilidade de que leis pretéritas e gerais podem ter sua aplicação modificada em um evento futuro que requeira tal mudança²⁰².

Para Schauer, Platão foi o primeiro que trouxe a discussão a necessidade de dar justiça baseada na correção diante das consequências imperfeitas produzidas de forma ocasional e inevitável pelas leis gerais. Já a noção da correção da justiça baseada em erros causados pela ideia de que as leis devem ser seguidas está associada a Aristóteles. Ele também identifica no livro *Ética a Nicômacos* que, em virtude da sua generalidade, as leis são incapazes de atingir o melhor resultado em todas as instâncias, com isso ele explica por qual motivo para ele é necessário que ocorra melhoria na lei para desfazer ou impedir um erro²⁰³. Esta melhoria é chamada de equidade por Aristóteles, para ele a correção equitativa dos erros legais não são simplesmente úteis e desejáveis, mas norteadas pela ideia de justiça.

“A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância.

[...]

Por isso o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor

201 PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 243.

202 PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 244.

203 SCHAUER, Frederick, Is Defeasibility an Essential Property of Law?, in: **Law and Defeasibility**, [s.l.]: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403284>. Acesso em 20/06/2016.

que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames).”²⁰⁴

Aristóteles volta a tratar de equidade em Arte Retórica:

“O equitativo parece ser o justo, 13. mas é o justo independentemente da lei escrita. Ora esta lacuna existe, tanto contra vontade dos legisladores, como por vontade dos mesmos. Contra vontade dos legisladores, quando um fato lhes passa despercebido; por vontade dos mesmos, quando, não podendo precisar tudo, eles têm de estatuir princípios gerais que não são aplicáveis sempre, mas só as mais das vezes. Verifica-se isto sempre que é difícil precisar, em razão da infinidade de casos... faltaria o tempo para enumerar tais particularidades. 14. Sendo, pois infinita a matéria sobre a qual se deve legislar, e sendo necessário, apesar de tudo, estabelecer leis, é forçoso falar em geral.”²⁰⁵

O intuito aqui não é de recontar a história posterior da correção equitativa, mas de situá-la no tempo. Em 1948 Herbert Hart teve publicado o artigo *The Ascription of Responsibility and Rights* nele trata das condições em que uma norma jurídica pode ser derrotada. A ideia defendida por Hart no artigo é no sentido da derrotabilidade demonstrar a inexequibilidade de serem estabelecidas uma lista de condições necessárias e suficientes para se aplicar o direito, na medida que o direito somente é capaz de enumerar suas exigências normais e típicas. Com isso para Hart toda norma jurídica deveria ser seguida da cláusula “a menos que...”, considerando que as exceções não poderiam ser previstas ou antecipadas. Na hipótese de que as exceções ocorressem elas teria a capacidade de derrotar a regra²⁰⁶.

A derrotabilidade é um campo objeto de diversos estudos e publicações no Brasil, como por exemplo o de Cesar Antonio Serbena que trabalha com diversas classificações de derrotabilidade no artigo Normas Jurídicas, Inferência e Derrotabilidade. Dentre as teorias trabalhadas estão as: i) de Jaap Hage que distingue cinco formas de derrotabilidade: ontológica, conceitual, epistêmica, de justificação e lógica, ii) de Juan Pablo Alonso que diferencia derrotabilidade em implícita e explícita por Juan Pablo Alonso; iii) de Giovani Sartor que trata de derrotabilidade processual e a distinção entre *probanda* e *non refutanda*, e iv) e os

204 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 109.

205 ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005. p. 81.

206 HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194.

onze sentidos em que o conceito de derrotabilidade já foram utilizados pela Teoria e pela Filosofia do Direito²⁰⁷. Esta parada é feita com o intuito de informar que não se desconhece outras discussões sobre derrotabilidade, seu uso e aplicações em sistemas de inteligência artificial e a discussão sobre a aplicação da lógica monotônica e da lógica paraconsistente na derrotabilidade. Ocorre que estes pontos não serão aqui tratados, nem será feita uma aproximação lógica do problema. Para os fins deste trabalho, a abordagem será lastreada em Neil MacCormick conforme expressa no livro *Retórica e Estado de Direito*.

Segundo MacCormick o que é relevante sobre derrotabilidade²⁰⁸ é ser ela um arranjo construído tendo regras jurídicas como base – ou algum estado de coisas jurídico que aflore a partir de um conjunto de regras ou eventos – tendo uma aparência de validade e mesmo assim estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Com isso aquilo que era inicialmente reconhecido ou tido como válido, torna-se passível de contestação e apto a perder sua validade, ou até mesmo mostrar-se inválido desde sempre, em que pesem todas as aparências²⁰⁹. Na teoria de MacCormick, um arranjo construído em cima de regras jurídicas (arranjo que se pode chamar de normas jurídicas), pode ter uma aparência de validade e, no entanto, pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide²¹⁰.

207 SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: **Teoria da Derrotabilidade: Pressupostos Teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 13-41.

208 Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo que foram os tradutores da obra *Retórica e Estado de Direito* para o português trazem uma explicação sobre o substantivo *defeasibility*. Para eles: "O substantivo *defeasibility*, tal como utilizado no livro, diz respeito à qualidade daquilo que pode ser subsequenteamente excepcionado. Conforme referido no *Oxford American Dictionary*, *defeasible* é aquilo que está "aberto, em princípio, à revisão, à objeção válida, ao desapossamento ou à anulação". Conforme exposto neste livro, são dessa ordem as certezas e as universalizações que encontramos no Direito. São certezas e universalizações que valem plenamente, mas apenas até o momento em que sejam alteradas ou modificadas (por força da argumentação). Nesse momento, tais certezas e universalizações são substituídas por novas certezas e universalizações, as quais, "igualmente, estarão sujeitas a potenciais alterações ou modificações subsequentes. Considerando a dificuldade de encontrar algum termo em português que traduzisse perfeitamente essa idéia, preferimos, como regra, deixar o substantivo no original em todas as suas ocorrências. No caso de suas variantes, optamos por traduzi-las pelas variantes de "excepcionar", e por manter os termos originais entre parênteses e em itálico. Assim, *defeat* foi traduzido por excepcionar, *defeatiling* por excepcionador, *defeasible* por excepcionável e *defeasance* por exceção. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. XXVII-XXVIII). Neste trabalho *defeasibility* será traduzida como derrotabilidade.

209 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 311.

210 VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 101. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade%20normativa%20-%20Fernando%20Andreoni%20Vasconcellos.pdf?sequence=1>>. Acesso em:

MacCormick exemplifica a derrotabilidade tomando como exemplo a noção de uma regra sobre um direito D, regra esta que categoricamente prevê as condições positivas para atribuir D a uma pessoa apropriada, só que também sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas. Assim, a formulação das condições em relação a D prevê os seguintes termos: se as condições c1, c2, e c3 são satisfeitas, então A pode opor D contra B, mas não se B mostrar a existência da condição excepcional e1²¹¹.

No interior da pragmática dos pleitos de direitos (*right-claims*) e do gozo de direitos (*right-enjoyment*), tudo que A precisa fazer para estabelecer a pretensão D é satisfazer as condições c1, c2, c3. Não cabe a A mostrar que a situação não é excepcional, pois cabe a outra parte interessada, B, mostrar a singularidade do caso em razão da existência de e1. Ao fazer isso, B derrota o pleito de A, que seria válido não fosse tal exceção. Qualquer afirmação que A faz em relação ao pleito de um direito com base em c1, c2 e c3 é derrotável, e será invalidada, se de fato mostrar ou provar e1. Quando não há controvérsia, a confiança que A possui no seu pleito, ou em assegurar o gozo do direito, depende de que B seja incapaz de mostrar ou provar e1; para existir segurança total, é necessário que não exista e1²¹².

Segundo MacCormick:

“O "direito" (*right*) é, afinal, um objeto teórico, um fato institucional. Tais fatos existem apenas onde haja satisfação perfeita e não-excepcionada (*undefeated*) de todas as condições (tanto implícitas quanto explícitas) efetivamente exigidas num dado caso. O que pode ser excepcionado (*defeated*) é a atribuição de um direito, ou a afirmação de um pleito a alguém [...], situação em que não há nenhum direito em absoluto, e não um direito excepcionado (*defeated*). Portanto, não é o conceito que é excecionável (*defeasible*), mas alguma afirmação das condições para a concretização do conceito em dados casos, ou alguma afirmação, atribuição ou pleito baseado num certo entendimento de tais condições.”²¹³

As leis tendem a conter prescrições mais concisas das condições

01/06/2015.

211 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 311-311-312.

212 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 312.

213 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 315.

positivas para atribuição de um direito, sem a necessidade de listar exhaustivamente todas as condições negativas capazes de excepcionar a concessão de tal direito. Por isso, essas prescrições estão sujeitas a exceção, quando casos excepcionais ocorrerem. O Direito é formulado de forma tal que seja possível estipular o que é necessário e suficiente para pleitear o Direito nas situações mais comuns, forçando-o a qualquer exceção ou ressalva expressa, bem como a fatores excepcionadores previsíveis que podem estar assentados na doutrina ou em decisões judiciais²¹⁴.

214 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 316.

CAPÍTULO 3

O NEOCONSTITUCIONALISMO SUPEROU O POSITIVISMO CONCEITUAL?

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aliada a positivação de diversos direitos fundamentais trouxe ao cenário jurídico nacional novo discurso teórico chamado de neoconstitucionalismo. Esse discurso teórico desenvolvido com denodo pelos constitucionalistas brasileiros, como por exemplo Paulo Bonavides²¹⁵, alastrou-se pelas mais diversas áreas do direito, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Há um ponto central desse discurso que é a base da sua estrutura teórica: a rejeição do positivismo jurídico como teoria do direito. Diversos trabalhos acadêmicos foram produzidos adotando tal discurso como referencial teórico. Ocorre que o intuito deste trabalho não é o de reconstruir os argumentos desenvolvidos durante a evolução desta compreensão, seja pelo respeito a história, seja por inexistir necessidade de explicar a origem dessa linha de pensamento tal qual explica Salo de Carvalho²¹⁶. A intenção primordial é estudar Luis Roberto Barroso, que diante da recepção e influência da obra auxiliou a consolidar esta compreensão e discurso no direito brasileiro.

O crescimento, desenvolvimento e consolidação do discurso teórico do neoconstitucionalismo no Brasil ocorreu com Luis Roberto Barroso. A influência de Barroso no cenário jurídico brasileiro ocorreu em face dos artigos e capítulos de livros por ele escritos. Dentre eles destacam-se: 1) o artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”²¹⁷, 2) o artigo “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”²¹⁸, 3) o artigo “O

215 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

216 CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24, 26.

217 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

218 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional

começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”²¹⁹, 4) o livro “Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”²²⁰; e 5) o livro “Curso de Direito Constitucional Brasileiro: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”²²¹. Os artigos e livros citados guiarão o caminho na tentativa de compreender as expressões pós-positivismo e neoconstitucionalismo conforme utilizadas por Luis Roberto Barroso.

Passa-se à análise da acepção conferida por Barroso ao termo positivismo a partir dos livros *Interpretação e Aplicação da Constituição* e *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*.

Barroso entende que o positivismo jurídico é uma vertente do positivismo filosófico. O positivismo filosófico consiste na idealização do conhecimento científico e na crença romântica e onipotente que a indagação e a atividade intelectual sob seus vários domínios pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. Barroso divide o positivismo filosófico em dois sentidos, quais sejam, amplo e estrito, neste, idêntico ao pensamento desenvolvido por Augusto Comte, naquele, a crença na ciência e seus métodos²²².

A intenção de criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais levou o positivismo jurídico a importar para o mundo jurídico as concepções do positivismo filosófico. Isso aconteceu com a busca da objetividade científica, ao se primar na realidade observável e não na especulação filosófica, com o consequente separação da moral e dos valores transcendentais²²³.

brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 31/01/2017.

219 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>.

220 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

221 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

222 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 324.

223 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273-274.

Na visão de Barroso, embora o positivismo tenha tido variações, o ápice dele se deu com o normativismo de Hans Kelsen. O constitucionalista enumera quatro características indispensáveis do positivismo jurídico, quais sejam: a) “a aproximação quase plena entre Direito e norma”²²⁴; b) “a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado”²²⁵; c) “a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas”²²⁶; d) “o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”²²⁷.

Já no plano conceitual, o positivismo não conseguiu transplantar os métodos das ciências naturais para a área de humanidades tendo em vista que o Direito não tem nem pode ter uma atitude puramente descritiva da realidade, ao contrário de outros domínios. Ao Direito cabe prescrever um dever-ser e fazer com que seja válido nas situações concretas²²⁸.

Barroso compreende ter o Direito a pretensão de atuar sobre a realidade de forma a configurá-la e transformá-la, uma vez que é uma criação e não um dado. Assim é tensa e intensa a relação entre o sujeito do conhecimento e o seu objeto de estudo, em outros termos, entre o intérprete, a norma e a realidade. Via de consequência “o ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar”²²⁹.

Tendo o jusnaturalismo sido superado historicamente e o positivismo fracassado abriu-se caminho para um conjunto amplo de raciocínios acerca do Direito, da função social dele e de como deve ser interpretado. Este ideário difuso é

224 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

225 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

226 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

227 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

228 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 275.

229 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 275.

chamado de pós-positivismo e abarca a definição das relações entre valores, regras e princípios, perspectivas da nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais²³⁰.

O pensamento de Luis Roberto Barroso vincula, estreitamente, as concepções de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, esta última concepção será trabalhada a seguir.

Miguel Carbonell organizou e reuniu diversos artigos de diferentes autores para publicar o livro *Neoconstitucionalismo(s)*²³¹. Embora se utilize a 4ª Edição para fins deste trabalho a 1ª Edição foi publicada em 2003 e veio a influenciar a adoção do termo por parte de Barroso. Para este o termo neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”²³² dentre as quais:

“(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.”²³³

Já o pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Segundo Barroso no atual momento histórico foi superada a separação entre modelos puros, o que vigora atualmente é um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

230 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

231 CARBONELL, Miguel. (Ed.) 4. ed.. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009.

232 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. p. 11.

233 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. p. 11-12.

Pode ser dito que o marco filosófico de que Barroso fala consiste em uma mudança na forma de pensar dos juristas que passaram a albergar valores morais materializados em princípios.

A mudança na força vinculante da Constituição, na expansão dela e na forma de interpretar o direito se constitui no marco teórico do pós-positivismo. A mudança ocorreu através de três alterações no conhecimento convencional ocorridas quanto à aplicação do direito constitucional: “a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”²³⁴.

Para os fins deste trabalho importa a última alteração em que se deu com reelaboração²³⁵ da interpretação constitucional pois esta é considerada uma modalidade de interpretação jurídica para Luis Roberto Barroso. Tal modificação acabou por afetar as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, mais especificamente quanto ao papel da norma, seus limites e possibilidades, e do intérprete na sua função e circunstâncias. Assim, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. As categorias criadas ou reelaboradas abrangem o modo de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a compreensão da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessária utilização da ponderação como técnica de decisão e recuperação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais²³⁶.

Para Barroso o termo neoconstitucionalismo identifica o

234 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. p. 4.

235 A reelaboração se deu inclusive no pensamento de Barroso. No artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” a interpretação constitucional era chamada de nova interpretação constitucional aplicando-se os elementos tradicionais de interpretação como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Além deles foram desenvolvidas ou sistematizados princípios jurídicos aplicáveis a interpretação constitucional (p. 8-12). Já no livro “Curso de Direito Constitucional Brasileiro: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo” o autor assevera que o influxo do pós-positivismo e a expansão da jurisdição constitucional acabou por afetar as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional o que possibilitou a descoberta de novas perspectivas e o desenvolvimento de novas teorias tais como a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais (p. 299-301).

236 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

“constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”²³⁷.

As mudanças propugnadas no marco teórico do neoconstitucionalismo abrangem duas vertentes: o direito positivo e uma nova forma de interpretação constitucional. A alteração no direito positivo passa pela compreensão das duas primeiras mudanças – o reconhecimento da força normativa à Constituição e a expansão da jurisdição constitucional – e exigiu a compreensão de que a Constituição desempenha grande papel no mundo jurídico, se não o principal. Para complementar o Poder Judiciário passa a ter papel importante na consecução dos ditames e valores impregnados na Constituição, seja com a criação e ou ampliação do papel das cortes constitucionais, seja com o controle constitucionalidade, principalmente o concentrado. Já a vertente de uma nova interpretação constitucional exigiu a reelaboração de antigos métodos de interpretação e a criação de novas categorias hermenêuticas aptas a solucionar os casos difíceis que chegassem ao Poder Judiciário.

Nota-se que a concepção de neoconstitucionalismo para Barroso é vaga e ambígua na medida em que abrange tanto o advento do Estado Constitucional, quanto uma doutrina de superação do positivismo.²³⁸ Neste caso pelo desenvolvimento da teoria do pós-positivismo, enquanto marco filosófico do neoconstitucionalismo. Nota-se também o achego entre os termos neoconstitucionalismo e pós-positivismo, inclusive em termos de sentido aplicados pelo autor que redundam na discordância deles com o positivismo jurídico.

A próxima etapa consistirá em saber como e quando apareceu o termo neoconstitucionalismo e o que ele designa no contexto internacional.²³⁹

237 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

238 Essa crítica é apontada com originalidade em RODRIGUES, Renê Chiquetti. **Uma Investigação Sobre a Suposta Superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo**. Dissertação de Mestrado apresentada perante o PPGD-UFPR. 2017. p. 47 em diante.

239 A exposição a seguir seguirá de modo sintético o raciocínio desenvolvido por Renê Chiquetti Rodrigues em: RODRIGUES, Renê Chiquetti. **Uma Investigação Sobre a Suposta Superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo**. Dissertação de Mestrado apresentada perante o PPGD-UFPR. 2017. p. 49-65.

O termo neoconstitucionalismo veio dos estudos de um grupo de filósofos do direito de Gênova, Itália. O vocábulo foi provavelmente utilizado pela primeira vez em uma palestra realizada durante o XVIII *Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social* realizado em Buenos Aires no ano de 1997, um artigo sobre o tema restou publicado na DOXA²⁴⁰. Em 2001 Pozzolo publicou o livro *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*²⁴¹. Para a autora com a palavra neoconstitucionalismo “se identifica uma perspectiva jusfilosófica que se contrapunha explicitamente a aquela juspositivista e que, ao mesmo tempo, tratava de se diferenciar da oposta e mais tradicional posição jusnaturalista”²⁴².

Tanto Pozzolo quanto Barberis utilizam o termo neoconstitucionalismo visando criticar os autores que adotam essa perspectiva teórica e não para acatar ou endossar as teses esposadas. As teses esposadas em 1997 na opinião de Pozzolo eram: 1) a diferenciação entre princípios e regras; 2) a utilização da ponderação como técnica interpretativa dos princípios, 3) a superioridade e consequente materialização da Constituição e 4) a interpretação criativa da Constituição²⁴³. No entanto, com a publicação da coletânea organizada por Carbonell nota-se uma “tendência de dilatar excessivamente o conceito de neoconstitucionalismo: estendendo o seu uso pelas teorias das mesmas instituições teorizadas”²⁴⁴.

Essa ampliação no uso do vocábulo também atingiu o Brasil, em especial com Luis Roberto Barroso que entende por neoconstitucionalismo tanto o advento do Estado Constitucional, quanto uma doutrina de superação do positivismo. Assim, a ampliação e consequentes mudanças no uso da palavra auxiliaram a acentuar os

240 POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em: 20/12/2016.

241 POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico**. Lima: Palestra Editores, 2011.

242 POZZOLO, Susanna. “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F.: UNAM, 2015. p. 362. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>>. Acesso em 31/01/2017.

243 POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353. p. 340-341. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em: 20/12/2016

244 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. p. 21. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

tons da controvérsia²⁴⁵. Nesse andar das coisas, Mauro Barberis compreende o constitucionalismo como a) a doutrina (normativa) da limitação jurídica do poder político e b) as instituições positivas – em particular as constituições – funcionais para tal limitação²⁴⁶. Para então expressar seu entendimento no sentido da necessária redefinição do termo “neoconstitucionalismo” que pode ser assim entendido:

“Por ‘neoconstitucionalismo’ [...] não deveriam ser entendidas nem doutrinas e nem instituições, como no caso de ‘constitucionalismo’, mas somente doutrinas: em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e juspositivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária, ainda que limitada aos Estados constitucionais. Segundo os neoconstitucionalistas, em outros termos, a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XIX: direito cuja fonte principal, se não única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais.”²⁴⁷

Esse alargamento de que Barberis fala atinge a expressão ‘Estado Constitucional’ que vem a indicar “justamente as instituições as quais muitos se referem com o mesmo termo ‘neoconstitucionalismo’: termo, portanto, que pode ser reservado às simples doutrinas”²⁴⁸. Em outros termos, enquanto Barberis entende que neoconstitucionalismo serve tão somente para designar doutrinas, o alargamento do termo por alguns teóricos do Direito leva a compreensão da expressão como instituição.

Enquanto teoria ou doutrina o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma opção mais interessante que o jusnaturalismo e o juspositivismo segundo

245 POZZOLO, Susanna (2003), Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, **Diritto & questioni pubbliche**, 3, p. 51-70. p. 56. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf>. Acesso em 30/01/2017.

246 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. p. 19. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

247 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. p. 21. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

248 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. p. 21. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

Barberis. Em relação ao jusnaturalismo por oferecer uma solução positiva, qual seja a Constituição, frente ao antigo problema da lei injusta. Já diante do positivismo por representar uma superação da tese positivista entre direito e moral, tese esta que seria válida no Estado legislativo e não no Estado constitucional. Com isso, o neoconstitucionalismo gira ao redor da conexão necessária entre direito e moral no Estado constitucional²⁴⁹.

Seguindo com Barberis é preciso saber o que caracteriza o neoconstitucionalismo tendo em vista não ser este positivista ou jusnaturalista e ter como objeto principal o direito constitucionalizado. Para ele são três as teses que caracterizam o neoconstitucionalismo: relação entre direito e moral, teoria da norma jurídica e a teoria do raciocínio jurídico.

A tese que trata da relação entre direito e moral é a primeira, sendo chamada por Barberis de Tese de conexão entre direito e moral: “regras jurídicas e valores morais estariam conectados por valores morais”²⁵⁰. O autor assim exprime esta tese: o Estado Constitucional teria incorporado valores morais (como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a solidariedade, etc) por meio dos princípios constitucionais, ao contrário do Estado Legislativo que deixava a moral a um lugar externo ao direito positivo. E esclarece que este problema deve ser enfrentado por uma filosofia pós-positivista ou neoconstitucionalista.

A segunda tese caracterizadora do neoconstitucionalismo é a da teoria da norma que consiste em uma diferença forte entre regras e princípios. Essa assevera que as regras seriam prescrições hipotéticas – algo do tipo: Se alguém praticar um homicídio, então deve-se aplicar a pena criminal de reclusão – já os princípios seriam normas jurídicas com premissas aberto ou até mesmo sem premissas – Todos os homens são iguais, a vida é inviolável. Esta tese foi desenvolvida por Ronald Dworkin em 1977²⁵¹ e retomada por Robert Alexy em 1985 com o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*²⁵². No entanto, atualmente para Barberis, grande parte

249 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. p. 22. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

250 BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition.

251 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

252 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden, 1985. Há tradução para o português: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São

dos teóricos sustenta uma distinção fraca na qual as mesmas disposições possibilitam ser interpretadas como regras ou princípios, a depender do fato de serem dedutivamente aplicadas a condutas ou de serem utilizadas para se extrair outras regras²⁵³.

Já o raciocínio jurídico ou teoria da argumentação jurídica é a terceira característica do neoconstitucionalismo e consiste em uma específica forma de diferenciar dedução de ponderação. Esta é aplicada exclusivamente aos princípios jurídicos, enquanto aquela às regras jurídicas.

O discurso apresentado demonstra a superação e inadequação do positivismo jurídico enquanto teoria do direito para dar conta dos problemas atualmente existentes, seja de conexão de direito e moral, sejam interpretativos. No Brasil, Luis Roberto Barroso foi o principal articulador deste discurso, além de ter papel importante na solidificação do mesmo no território nacional. A compreensão do termo neoconstitucionalismo no âmbito internacional trouxe algumas luzes sobre a forma como ele foi recepcionado no Brasil e o desenvolvimento e expansão de sentido que sofreu por aqui.

3.1 AS CRÍTICAS DE LENIO LUIZ STRECK E DE MARCELO NEVES AO NEOCONSTITUCIONALISMO E A IMPORTÂNCIA DA PREVISIBILIDADE

Diversos juristas têm falado do neoconstitucionalismo no Brasil, dois em especial, Lenio Luiz Streck e Marcelo Neves, fazem críticas a ele. Essas críticas passam pela recepção equivocada do termo neoconstitucionalismo no Brasil, ao papel conferido a discricionariedade judicial e pela força normativa da Constituição passando pela diferenciação feita entre princípios e regras e a ponderação.

Serão utilizadas as obras *Verdade e Consenso*²⁵⁴ *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*²⁵⁵ e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*²⁵⁶, todas de

Paulo : Malheiros, 2011.

253 BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition. Posição 15.

254 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

255 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

256 STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Lenio Luiz Streck e o livro *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico*²⁵⁷ de Marcelo Neves para embasar as críticas feitas ao neoconstitucionalismo.

Segundo Streck a compreensão do termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado a equívocos, tendo em vista poder-se afirmar ter sido percorrido um caminho que leva da valoração e suas derivações axiologistas, temperadas por elementos da ponderação alexyana na trilha desse neoconstitucionalismo. Embora o termo tenha sido cunhado na Europa para afirmar a força normativa da Constituição, foi acolhido no Brasil com o intuito de incentivar e institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, bem como da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e por último do ativismo judicial norte-americano²⁵⁸.

O neoconstitucionalismo também tem influenciado em alguns aspectos implícitos na constitucionalização do direito, dentre eles estão três em especial: um material, um estrutural e funcional e um político. O aspecto material da constitucionalização está na recepção no sistema jurídico de determinadas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais, em outros termos, o direito passou a ter forte carga axiológica, assumindo importância a materialidade da Constituição. Este aspecto tem apontado para um conceito não positivista de direito entre os juristas em que o sistema jurídico vincula-se conceitualmente a moral. O aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento possui ligação com a estrutura das normas constitucionais, enquanto o funcional, se manifesta através do tipo de argumentação fomentada por essas normas. Via de consequência os princípios constitucionais assumem papel relevante e passam a incidir sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento, sem falar que toda interpretação passa a se submeter aos princípios. Portanto, o aspecto material da constitucionalização do ordenamento está vinculando o direito à moral e o aspecto funcional tem aproximado o raciocínio jurídico do raciocínio moral. Na esfera política, os aspectos antes mencionados ocasionam efeitos importantes na correlação de forças existentes entre os poderes do Estado, sendo o mais importante a acentuada

257 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

258 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional, o que tem sido considerado uma grave lesão ao princípio democrático²⁵⁹.

Streck critica a adoção do termo “neoconstitucionalismo” por juristas brasileiros face a ambiguidades teóricas e mal-entendidos do termo. A primeira delas se encontra na importação do termo e de algumas propostas trabalhadas por autores da Europa, na visão do autor isso seu deu por causa da entrada tardia do Brasil no “novo mundo constitucional”. A segunda crítica decorre que a adoção do termo “neoconstitucionalismo” provocou condições patológicas que levaram a corrupção do próprio texto da Constituição. Segundo Streck embaixo da bandeira “neoconstitucionalista” está a defesa simultânea: a) de um direito constitucional da efetividade; b) de um direito intimidado pela ponderação de valores; c) uma concretização *ad hoc* da Constituição, e d) uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo²⁶⁰. Com isso o “neoconstitucionalismo” nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas feitas pelos adeptos da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores. Assinala ainda que os termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado representam uma contradição, eis que por um lado ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo”, por outro, não há sentido em depositar a universalidade das esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial²⁶¹.

Outro problema tratado por Lenio Luiz Streck é o da discricionariedade judicial, que pode ser entendida a partir desse excerto:

“as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade).”²⁶²

259 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114.

260 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 296-297.

261 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-36.

262 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

Esta ‘folga’ na moldura jurídica que permite a discricionariedade para Streck, estão presentes em Kelsen e Hart e constituem o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham sob outro viés, parcela significativa nesse *affair*. Kelsen “desiste de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis (embora deles não fale, na especificidade)”, deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decisionismo kelseniano”). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal escolha se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema e o sujeito do esquema sujeito-objeto”, problemática que repercute até hoje, reforçada, por exemplo, nas teorias da argumentação jurídica²⁶³.

Para ele essa noção de discricionariedade vinculada à jurisdição surge ao ser descoberta a indeterminação do direito na medida em que a vontade substitui a razão. Com isso, a decisão do caso concreto tende a estar atrelada a vontade do juiz e não necessitar mais de critérios racionais. Na visão do autor isso é decorrência de existir um espaço na decisão que não é abrangido pela razão, incidindo ou permitindo incidir neste espaço a vontade discricionária do intérprete ou do juiz. Para Streck a vontade e o conhecimento do intérprete não servem de salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos e muito menos para uma atribuição de sentido arbitrária. Para ele no campo da linguagem, o termo discricionariedade é sinônimo de arbitrariedade. Streck quer discutir nesse ponto qual é o grau de liberdade concedido ao intérprete ou juiz diante da legislação produzida de forma democrática e que está atrelada à Constituição²⁶⁴, para tanto, afirma não estar autorizado o intérprete a atribuir sentidos de forma arbitrária separando texto e norma.

Outro ponto atacado é o da falta de controle dos tribunais, sejam constitucionais ou não. O ponto de vinculação entre discricionariedade e

263 STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 374-375.

264 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38-39.

neoconstitucionalismo está na admissão por parte deste do direito ter alcançado um elevado grau de autonomia ao apostar na discricionariedade dos juízes e poder vir a substituir o Legislativo ou o Executivo. Por isso, a falta de controle dos tribunais provoca problemas na democracia diante da inexistência de uma instância decisora acerca das violações do pacto fundante²⁶⁵.

A crítica voltada a força normativa da constituição, diferença entre regras e princípios e ponderação será analisada conjuntamente. Para Streck a concepção de força normativa da Constituição remonta a Konrad Hesse e é consubstanciada na ideia de que as regras constitucionais têm força vinculante e estão aptas a gerir diretamente (sem a necessidade da *interpositio legislatoris*), as situações concretas da vida.

Ao falar de ponderação Streck entende terem os teóricos do Brasil tomado emprestada a tese fundante, qual seja, de ser a Constituição uma ordem concreta de valores, cabendo aos intérpretes o papel de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo de implementar essa recepção foi com a teoria da argumentação de Robert Alexy, que recebeu uma leitura superficial por grande parte da doutrina e dos tribunais²⁶⁶. Com o intuito de mostrar a mixagem teórico é utilizado uma passagem de um escrito por Luis Roberto Barroso:

A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto²⁶⁷.

Diante de tal cenário Streck entende estar claro que a ideia de “Constituição como ordem de valores” subsumida à teoria alexyana de colisão de princípios, sem considerar de forma básica quais são os pressupostos lógicos que mantêm a teoria de Robert Alexy. E prossegue dizendo serem os princípios

265 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 120.

266 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

267 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 368.

mandados de otimização para Alexy, assim, possuem uma estrutura alargada de dever-ser, cabendo a essa estrutura dada tensionar e fazer colidir os princípios. Com isso a valoração ocorre em um momento posterior à colisão. Nessa toada o direito constitucional foi ocupado pelas teorias da argumentação jurídica. Streck nota ainda duas coisas, a primeira é que no Brasil os tribunais transformaram a regra da ponderação em um princípio, frente ao uso descriterioso da teoria alexyana. A segunda, é que o uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno que Streck denomina de panprincipiologismo. Este vem a ser um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que possibilitaram a consagração da Constituição de 1988²⁶⁸.

Já Marcelo Neves ao abordar ponderação compreende que os princípios são mais propícios a abusos no processo de concretização de direitos, por estarem vinculados primordialmente ao momento de abertura cognitiva do direito. No caso de funcionarem em um Estado constitucional rigorosamente consistente, os princípios desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade. No entanto, caso o contexto social e a respectiva prática jurídica sejam fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista poder ser um fator reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. Além do mais essa situação faz-se mais forte com a introdução de outro componente: a ponderação desmedida. Dessa maneira o remédio para o excesso de consistência jurídica que decorreria do funcionamento do regime de regras tornam-se venenos em um ambiente de uma prática juridicamente inconsistente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas²⁶⁹.

Outro ponto que Marcelo Neves ataca é o fascínio no Brasil pelos princípios que vem a sugerir a superioridade intrínseca destes em relação às regras. Essa percepção que está por baixo da ideia de que as regras constitucionais podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça imanente às decisões neles fundamentadas. Só que tal forma de pensar implica a negação da consistência, tendo em vista que o afastamento das regras serve antes à

268 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 369.

269 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 190-191.

acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição²⁷⁰. Neste ponto cabe lembrar do que Robert Alexy escreveu:

Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. À resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...]. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios²⁷¹.

A prevalência dos princípios em detrimento das regras demonstra uma “compulsão ponderadora” no pensamento constitucional brasileiro. Não se nega que a necessidade de ponderar princípios é inafastável. Ocorre que uma “ponderação sem limites” do ponto de vista da jurisdição constitucional tem efeitos desastrosos para a relação de autonomia e condicionamento recíproca entre política e direito no Estado Constitucional²⁷².

Marcelo Neves sintetiza seu pensamento sobre ponderação assim:

“a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro.”²⁷³

A equivocada recepção da ponderação de Robert Alexy no Brasil provocou mais imprevisibilidade no sistema jurídica. O neoconstitucionalismo ao atacar o positivismo o disse fazer com o intuito de trazer a questão dos valores e da

270 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 191.

271 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 140.

272 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 194.

273 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 196.

justiça para dentro do direito e das decisões judiciais. Ao invés deste posicionamento proporcionar estabilidade implantou o caos, entendido aqui como falta de ordem, estrutura, forma e sabedoria²⁷⁴, seja ao permitir a ponderação tanto de regra quanto de princípios, seja por possibilitar que princípios suplantem a força normativa da Constituição. Decisões casuísticas são tomadas ao sabor de pressões sociais e o que era para ser um remédio para diminuir a discricionariedade judicial torna-se veneno e vira instrumento de comando, além de outorgar poder ao Judiciário e desregular o equilíbrio democrático institucional.

Este cenário caótico impede a promoção da segurança jurídica, entendida como a exigência de um Direito acessível, estável e previsível segundo a concepção de Rodrigo Ramina de Lucca²⁷⁵. O autor explica as três vertentes da segurança jurídica.

Estabilidade pode ser compreendida como continuidade, constância e manutenção e possui duas implicações imediatas, a primeira é a da estabilidade das situações jurídicas já consolidadas e a segunda, a de estabilidade do Direito. Esta última tem como fundamento a corroboração de que somente com um conjunto de regras gerais e permanentes é possível que os homens convivam em paz. Esse discernimento de continuidade auxilia que as normas se firmem no ordenamento jurídico, sejam interiorizadas na consciência dos cidadãos, além de possibilitar projetar a vida em longo prazo. A noção de estabilidade não está conectada a percepção de imutabilidade da ordem jurídica, na medida em que o direito é mutável e adaptável a realidade que o regula, além de evoluir conforme ocorram transformações no meio em que está inserido²⁷⁶.

A ideia de acessibilidade é um instrumento de proteção da segurança jurídica, a partir da compreensão que sua ausência possibilitaria que qualquer pessoa que desobedecesse alguma norma jurídica poderia alegar seu

274 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. brasileiro coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Título original: Dizionario di filosofia. p. 133.

275 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 68.

276 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 259-261.

desconhecimento para eximir-se da responsabilidade. Assim, todas as pessoas devem conhecer as normas jurídicas que regulam sua vida e suas relações sociais, situação que implica que tais normas sejam acessíveis, seja do ponto de vista material – o que importa em publicidade e facilidade de acesso – ou do intelectual. O ponto de vista intelectual demanda que os atos normativos sejam claros e precisos, possibilitando as pessoas condições de “extrair e compreender o significado da norma, os direitos que lhe são atribuídos, as obrigações e deveres que lhe são impostos, além das consequências em caso de descumprimento de tais deveres e obrigações”²⁷⁷.

O terceiro consectário da segurança jurídica é a previsibilidade. Ela é compreendida como a possibilidade de que cada pessoa anteveja as consequências jurídicas dos atos por ela praticados, bem como vaticine os atos que serão praticados pelo Estado e saiba dos seus direitos, poderes, faculdades, deveres e obrigações. A previsibilidade lança sua atenção ao futuro, de forma que a pessoa saiba como agir no presente para que atinja o resultado almejado no futuro. Para isso, o Direito deve ser sistemático, homogêneo e acessível. A sistematicidade está ligada à racionalidade do Direito, na busca pela unidade, coerência e completude entre o conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico²⁷⁸. Para que uma pessoa entenda quais são os efeitos práticos de determinado ato é preciso que esteja estabelecida uma hierarquia entre as normas, bem como quais são as fontes do Direito, tenham sido estabelecidos critérios para a solução de eventuais antinomias e de preenchimento de lacunas irremediavelmente existentes, para com isso aumentar o grau de certeza das normas sistematizadas do Direito²⁷⁹.

Outro ponto ligado a previsibilidade é a igualdade entre as pessoas, o que vem a possibilitar que tenham a garantia de que um comportamento seu gerará os mesmos efeitos que o comportamento de qualquer outra pessoa. Essa igualdade na

277 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 266-267.

278 As características citadas são trabalhadas por Norberto Bobbio no livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 37-170.

279 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 262-264.

aplicação do Direito supõe homogeneidade e consistência na interpretação das normas jurídicas, o que conduz de forma natural à previsibilidade das decisões judiciais e, via de consequência, do Direito²⁸⁰.

Com o intuito de fazer a ligação entre teoria e prática será analisada uma decisão do Supremo Tribunal Federal que trata da possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O intuito de trazer à baila esta decisão é por ela trazer grande parte dos argumentos defendidos pelo neoconstitucionalismo. Além do mais, serão trazidas as justificações que nortearam a decisão e mostradas as críticas a elas.

3.2 HABEAS CORPUS N. 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU QUANDO AS CONSEQUÊNCIAS IMPERAM SOBRE A COERÊNCIA E PREVISIBILIDADE

Para situar a exposição que ocorrerá, dois são os preceitos legislativos que serão discutidos com maior ênfase, são eles o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁸¹ e o artigo 283 do Código de Processo Penal, que prescreve: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”²⁸². Note-se que eles existem e possuem validade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos últimos oito anos o Supremo Tribunal Federal (STF) mudou duas vezes a compreensão sobre o marco final da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Tais mudanças geram controvérsia na compreensão sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena. A discussão se dá em torno do alcance da prescrição constante no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

280 LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 265-266.

281 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14/08/2016.

282 BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 14/08/2016.

penal condenatória.

De 05 de fevereiro de 2009 até 16 de fevereiro de 2016 prevalecia a orientação de que o acusado em um processo criminal somente poderia ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal posição foi adotada pelo STF, em sessão plenária, no julgamento do Habeas Corpus 84.078²⁸³. No período citado a decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus 84.078 funcionou como modelo para as decisões posteriores envolvendo o momento da prisão, bem como proporcionou segurança e certeza quanto a aplicação do direito, além de ter conferido interpretação ao direito respeitando as prescrições postas no ordenamento jurídico.

No entanto, a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292²⁸⁴ no dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, deixou para trás este entendimento e moveu sua compreensão em sentido oposto ao permitir a prisão após decisão dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais que condene ou mantenha a sentença penal condenatória, a chamada execução provisória da pena.

O momento histórico em que ocorreu essa discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi concomitante a tramitação da Operação Lava-Jato, operação esta destinada a apurar desvio de recursos públicos da Petrobras em que estavam sendo acusados políticos, funcionários da estatal e pessoas com poder de comando nas empresas contratadas a prestar serviços a Petrobras. Os crimes apurados são os chamados crimes de colarinho branco e a apuração dos fatos e prisões transcorreu e transcorre tal qual um *reality show* em que prisões preventivas, mandados de condução coercitivas e audiências judiciais são acompanhados com sofreguidão ao mesmo tempo em que foram e são realizados.

Serão abordados quatro pontos constantes nos votos constantes nos votos dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes, ou seja, os votos que formaram a corrente majoritária e que

283 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 11/08/2016.

284 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 11/08/2016.

trouxeram argumentos neoconstitucionalistas. Tais pontos foram constam no voto de um ou mais ministros. Será feita referência ao ministro que defende a posição e a respectiva página do acórdão. Foram estes os principais pontos abordados no acórdão: a) a força normativa da Constituição; b) função criativa do intérprete; e c) a questão dos valores na Constituição.

Conforme votos prolatados, a abordagem da força normativa da Constituição passará pela perspectiva da unidade da Constituição e seu efeito integrador, pelo princípio da proporcionalidade e da duração razoável do processo.

A força normativa da Constituição foi abordada expressamente apenas pelo Min. Luiz Fux ao citar Konrad Hesse no sentido de que a Constituição deve corresponder à natureza singular do presente (p. 60). Neste cenário a força normativa da Constituição cessa a presunção de inocência a partir do julgamento colegiado. Note-se os pontos antes trazidos por Streck e Neves de que a recepção equivocada da teoria de Konrad Hesse permitiu afastar um preceito legislativo com força vinculante, além de agasalar interesses concretos. O posicionamento adotado pelo Min. Luiz Fux mostra a existência de contradição com o sistema jurídico, na medida em que não observou em seu voto o artigo 283 do Código de Processo Penal, bem como auxiliou a modificar entendimento jurisprudencial vindo a afetar os indivíduos que previam prospectivamente os atos a serem praticados pelo Estado, em outros termos, instalou-se a imprevisibilidade.

Por falar em sistema jurídico, o Ministro Edson Fachin relatou considerar o sistema constitucional como um todo (p. 22), enquanto o Ministro Luís Roberto Barroso citou a “unidade da Constituição” (p. 36), assim passaram a noção de querer tratar a Constituição como unidade. Segundo Marcelo Neves esta é uma posição delicada de ser abordada na medida em que o significado explícito da norma permite uma reestruturação gramatical da disposição, enquanto o implícito exige a construção de conexão de disposições constitucionais que observem a coerência, o que implica em uma sobrecarga argumentativa²⁸⁵. Um dos aspectos do significado de coerência mostra uma sobreposição entre princípios e valores, com isso o preceito legislativo realiza algum valor de ordem superior que pareça

285 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 92-93.

aceitável. Essa digressão foi necessária para dizer que os dois Ministros citados neste ponto não explicaram ou justificaram a troca de valores apenas decidiram e invocaram a unidade da Constituição. O argumento é apenas retórico sem ter observado a coerência normativa. Além do mais, cumpre lembrar aqui da moldura kelseniana em que a norma não ocupa todo o espaço da moldura deixando um espaço discricionário ao intérprete, conforme já tratado por Streck, ou seja, ao decidirem, sem justificar adequadamente, privilegiaram um ponto de vista sem discutir o contrário, o que significa ao fim e ao cabo um ato discricionário, que beira a arbitrariedade. Com isso demonstraram que inexistente racionalidade no Direito e a procura pela unidade, coerência e completude das normas do ordenamento.

Outros aspectos ligados a força normativa da Constituição são: i) a proporcionalidade abordada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto como um princípio, e ii) a duração razoável do processo tratada pelos Ministros Edson Fachin (p. 22) e Luís Roberto Barroso (p. 40). O problema neste ponto é a atribuição de força a princípios atribuídos indiretamente a Constituição como um todo sem a delimitação a um determinado dispositivo ou a uma conjunção precisamente delimitada de disposições²⁸⁶. A ele se junta a ambiguidade e falta de clareza do termo proporcionalidade e duração razoável do processo na medida em que não se delimita o âmbito de sua aplicação e sua capacidade de universalização eis que exige a análise individualizada da situação jurídica. Em outros termos, a proporcionalidade capacita o decisor a decidir conforme queira sem explicar as razões subjacentes do seu raciocínio. Já a razoável duração do processo no acórdão padece de defeito ao não explicar em que condições algo é irrazoável na perspectiva temporal, sem falar que abre margens para a insegurança jurídica ao deixar de elencar suas condições essenciais.

Sem falar que ao se tratar de proporcionalidade logo vem a mente a ponderação e a diferenciação entre regras e princípios. Note-se que no acórdão do Habeas Corpus 126.292 os Ministros Luís Roberto Barroso (p. 39) e Gilmar Mendes (p. 72), tratam a presunção de inocência como princípio. Assim o fazem primeiramente por causa da prevalência das regras sobre os princípios, conforme já

286 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 91.

explicou Alexy²⁸⁷, caso o considerassem como regra sobrepujaria princípio. Note-se que a justificação externa da decisão jurídica exige a solidez das premissas ao invés da simples repetição do que diferencia regras de princípios. Faltou ao Ministro Luis Roberto Barroso explicar especificamente por qual motivo a concepção de presunção de inocência é um princípio e não uma regra.. Sendo a presunção de inocência entendida como princípio ela permite a ponderação e acaba por encobrir práticas orientadas à satisfação de objetivos contrários à constitucionalidade e à legalidade²⁸⁸. Além do mais, em que pese o neoconstitucionalismo apregoar a força normativa da Constituição acaba se utilizando da ponderação para corroer tal força, além de carcomer o sistema jurídico transferindo poder da esfera legislativa para a judiciária sob o epíteto de uma “nova” interpretação constitucional.

O Ministro Edson Fachin diz que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação (p. 21), enquanto o Ministro Luís Roberto Barroso fala em atuação criativa do intérprete através da atribuição de sentido a cláusulas abertas e da realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis (p. 49). Retorna-se a Streck que pontuou o problema da discricionariedade face a indeterminação do direito e substituição da razão pela vontade do intérprete. Esse espaço de conformação que deveria ser utilizado para proporcionar estabilidade, coerência, consistência e previsibilidade é utilizado sob os auspícios do neoconstitucionalismo para permitir ao juiz que interprete da maneira que lhe aprouver. Assim, de nada adianta uma razão subjacente que justifique a norma. Importa a vontade do intérprete/juiz naquele momento espraiando-se a prática para todos os recantos do Direito.

A questão dos valores foi tratada no acórdão pelos Ministros Teori Zavascki (p. 4) e Luís Roberto Barroso em boa parte do seu voto. Aqui um excerto do voto deste último merece atenção especial: “o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros” (p. 40). Este valor axiológico vincula o sistema jurídico à

287 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 140.

288 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 196.

moral, mas não a qualquer moral e sim a moral e a subjetividade do intérprete²⁸⁹, no caso o juiz. Os valores utilizados para decidir um caso não são universalizáveis para decidir outros, assim são geradas decisões casuísticas. A expansão da interpretação constitucional privilegia os juízes e os casos individuais, sem se importar com a coerência ou a previsibilidade. O juiz ou juízes não estabelecem uma hierarquia axiológica fixa entre os interesses constitucionais, preferindo decidir conforme uma hierarquia móvel caso a caso, o que traz mais imprevisibilidade ao sistema, na medida em que não se sabe as consequências jurídicas do ato praticado, muito menos se um entendimento esposado hoje continuará válido doravante.

Pode se dizer que de nada adianta apregoar a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional se os conceitos basilares não são minimamente compreendidos, internalizados e seguidos. O Direito é resultado de uma prática social. Ao se pensar nele como uma prática estabilizadora das relações sociais deveria ser privilegiada a coerência e previsibilidade do sistema jurídico, com o intuito de saber quais comportamentos são e serão admitidos e quais não, aliado a decisões judiciais estáveis, constantes e homogêneas. Não é o descarte de uma teoria jurídica que solucionará os problemas existentes, de nada adianta trocar o positivismo jurídico entendido como positivismo conceitual pelo neoconstitucionalismo enquanto a mente dos operadores do direito mantiver-se voltada a simplificações, interpretações casuísticas e ânsia de poder.

3.3 O CONFRONTO ENTRE POSITIVISMO CONCEITUAL E NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo em sua gênese propunha a diferenciação entre regras e princípios, a utilização da ponderação como técnica interpretativa dos princípios, a superioridade e materialização da Constituição (força normativa da Constituição) e a interpretação criativa da Constituição. Com sua recepção no Brasil pode-se adicionar ainda a expansão da jurisdição constitucional e o alojamento de valores morais materializados nos princípios.

289 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

O primeiro problema parece ser a interpretação criativa da Constituição na medida em que atribui ao intérprete a possibilidade de atuar dentro da moldura normativa de forma inventiva e fértil. Essa forma engenhosa de interpretação aliada a presença de valores constantes em princípios abre um leque enorme, para não dizer irrestrito de possibilidades ao intérprete. Além do mais se há uma conexão necessária entre Constituição e moral, a Constituição deve ser interpretada conforme a moral o que possibilita ao juiz escolher a norma, enquanto se pensa no resto do Direito que se deve perseguir a justiça²⁹⁰.

Outra face da interpretação criativa é o seu caráter não-vinculante, por isso os intérpretes e juízes de escalões mais baixos do Poder Judiciário não são obrigados a seguir os posicionamentos jurídicos dos escalões mais altos, pois a criatividade vale para todos, não há limites, inexistem controles para a criatividade.

Caso se admita uma interpretação fértil o que se torna importante é a argumentação e não o direito. Assim, a interpretação criativa transfere o peso do direito dos fatos e da norma para a argumentação, na medida em que é esta que importa em última instância, pouco interessando sua coerência e consistência. Se não houver princípio inventa-se. Isso traz o panprincipiologismo criticado por Lenio Luiz Streck para dentro da seara jurídica, principalmente para a interpretativa composta por juízes, não todos diga-se de passagem.

Outro ponto a ser colocado é a da conexão necessária entre Direito e moral. Assim, no Estado Constitucional deve-se obedecer e aplicar o direito positivo somente se ele for idêntico à Constituição, ou melhor, a moral incorporada na Constituição²⁹¹.

No entanto, a moral se modifica conforme os valores constantes em uma sociedade em um determinado período de tempo. Por exemplo, os valores vigentes atualmente na sociedade brasileira são diferentes daqueles existentes na época da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 e 1988. Além do mais os valores são

290 Mauro Barberis trabalha e aprofunda este problema do neoconstitucionalismo. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017. p. 23-24.

291 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017. p. 23.

mais suscetíveis a influências externas como culturais, midiáticas, de redes sociais ou movimentos sociais. Com isso, passa-se a percepção de que a interpretação criativa da Constituição pode e quer acompanhar *pari passu* o que acontece no mundo, seja alterando valores que lastreiam princípios, seja considerando novos valores antes desprezados, seja atuando de forma reativa as demandas sociais.

No que toca a diferenciação entre regras e princípios Frederick Schauer entende inexistir espécie normativa que possa ser classificada como princípio, para ele – que chama normas, regras e princípios de prescrições – o que importa é a especificidade, a canonicidade e o peso para possibilitar a distinção²⁹². Além dessa crítica a diferença entre regras e princípios não vem estampada nos textos legais. Muitos juristas se utilizam do grau de generalidade para distingui-las, no entanto, este é um campo minado que possibilita ao intérprete construir sua argumentação e exercer sua discricionariedade.

Quanto aos princípios é cabível o olhar de Noel Struchiner:

“O tema dos princípios jurídicos configura-se atualmente como a “menina dos olhos” dos debates acadêmicos em nosso País. A invocação de princípios nas argumentações das pessoas que atuam na linha de frente da atividade jurídica profissional é a moda. Mesmo aqueles que nada leram ou sabem sobre os princípios, utilizam a expressão apenas como um adereço de grife, para não destoar dos outros de sua classe. Outros operadores do direito usam os princípios como um recurso ou subterfúgio para poder sustentar a posição que acham mais conveniente. Para eles, qualquer coisa é um princípio e um princípio serve para qualquer coisa.”²⁹³

Talvez não seja necessário radicalizar tanto quanto Struchiner, caso sejam considerados e observados os parâmetros de raciocínio jurídico colocados por Neil MacCormick em que os princípios servem como guias de interpretação aliados a previsibilidade da decisão judicial.

Lembre-se de Marcelo Neves que falou dos princípios terem importante papel em um Estado constitucional rigorosamente consistente, por outro lado também propiciam mais abusos na concretização de direitos uma vez que sua

292 SCHAUER, Frederick. Prescriptions in Three Dimensions, **Iowa Law Review**, n. 82 p. 911-22, 1997. p. 911.

293 STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005. p. 138.

ligação com a moral é maior. Outra adversidade é a inexistência de hierarquia estável entre os princípios, sua aplicação depende de cada caso a ser confrontado. Assim, inexistente estabilidade, nem previsibilidade no Direito.

Neste cenário de interpretação criativa, de conexão de direito e moral e de utilização da ponderação, a força normativa da Constituição se esvai. O que era para ser um instrumento de concretização das disposições da Constituição vira objeto de interpretação e escolhas pessoais. A Constituição só tem força quando for igual moral ou vier a refleti-la, sem falar que mediante ponderação se escolhem os princípios que “pesarão” mais para se atingir o objetivo almejado.

Consequentemente, conforme já mencionou Mauro Barberis, a maior parte das teses defendidas pelo neoconstitucionalismo não é somente errada, mas desastrosamente errada²⁹⁴.

Acrescente-se que o neoconstitucionalismo propicia o surgimento e manutenção do caos no sistema jurídico, uma vez que a interpretação criativa aliada à força normativa da Constituição permitem maior influência do Poder Judiciário em assuntos do Poder Legislativo. Aliado a isso se encontra a falta de clareza dos vetores essenciais do neoconstitucionalismo, eles permitem diversas interpretações e até ambiguidades. Com o neoconstitucionalismo inexistente possibilidade de vislumbrar o futuro dos atos agora praticados, principalmente aqueles praticados pelo Estado. A não observância das razões de existir das regras – razões subjacentes – leva à conclusão de que o neoconstitucionalismo soube apontar problemas porém não trouxe soluções adequadas para suplantá-lo o positivismo jurídico, entendido aqui como positivismo conceitual aliado à teoria do raciocínio de Neil MacCormick.

Para os juristas que defendem o neoconstitucionalismo, o positivismo jurídico está ultrapassado e sem as ferramentas adequadas para responder às demandas sociais atuais. Essa é uma hipótese nada desprezível, no entanto, o positivismo conceitual auxilia a lidar com o direito de forma mais adequada que o neoconstitucionalismo se forem observados e compreendidos alguns parâmetros. O

294 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017. p. 24.

primeiro é do positivismo conceitual pretender, tão somente, identificar e descrever o Direito não normatizá-lo. Além do mais, a relação entre direito e Moral não é peremptória. Existe o problema da existência dos princípios não pode se negar, no entanto, a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick resolve este inconveniente.

A teoria de MacCormick inclusive é tanto descritiva quanto prescritiva e o intuito dela é de se harmonizar com as principais teses do positivismo jurídico, com a do positivismo conceitual inclusive. Nota-se na teoria do autor escocês a preocupação com a prática e de tornar sua teoria hábil para lidar com os problemas que surgem na aplicação do direito dentre os operadores. Outra inquietação de MacCormick é de tentar conferir ao direito na sua interpretação e aplicação, a coerência e a consistência, visando que não falte sentido ao conjunto nem seja contraditório.

Outro *insight* de MacCormick foi falar de derrotabilidade e das condições que podem excetuar ou afastar a incidência da norma jurídica. A derrotabilidade é importante pois permite compreender que o Direito e suas normas jurídicas não são absolutos, bem como permite afastar a aplicação diante da injustiça do resultado da aplicação da norma, dos fatos não estarem englobados na hipótese de incidência da norma ou pelos fatos jurídicos não condizerem com a razão subjacente da regra. Por exemplo, a incidência das regras está correta em oitenta por cento dos casos, normalmente os fáceis, e sua resposta condiz com os fatos. No entanto, para os vinte por cento restantes a derrotabilidade é um instrumento hábil para restabelecer a coerência e quem sabe a justiça da decisão.

E aqui é fundamental compreender Frederick Schauer com as regras prescritivas pelo fato delas pretenderem exercer uma pressão no mundo, alterando ou canalizando comportamentos. As regras jurídicas são resultados de generalizações e supressões sendo mais ou menos abrangentes e via de consequência sobreinclusivas ou subinclusivas. Só que a importância de Schauer não estanca aqui, um ponto primordial suscitado por ele é de que as regras possuem razões para existir. Elas possuem uma função no mundo jurídico, tendo em vista não terem sido criadas do nada e sim para resolver problemas. Ele denomina

tal função de razão ou justificação subjacente, que vem a ser o objetivo par ao qual a regra foi criada. A interpretação e aplicação do direito há de levar em conta a razão ou justificação subjacente para decidir os fatos jurídicos. Não pode se lastrear apenas em argumentos, há algo que sustenta as regras e deve ser respeitado. Esse respeito à razão ou justificação subjacente pode proporcionar previsibilidade ao sistema jurídico e às decisões judiciais. Com isso, há de proporcionar maior tranquilidade e oportunidade de planejamento para se antever o resultado da prática de atos jurídicos, além de garantir estabilidade e homogeneidade na aplicação e interpretação da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta dissertação foi de analisar se o positivismo jurídico aqui entendido como positivismo conceitual defendido por Herbert L. A. Hart, Frederick Schauer, Carlos Santiago Nino e Noel Struchiner aliada a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick possuem ferramentas adequadas para dar conta da interpretação jurídica. O problema consistiu em saber se o neoconstitucionalismo é capaz de fornecer respostas mais coerentes e previsíveis na interpretação que o positivismo jurídico.

Para a dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) o neoconstitucionalismo tal qual recepcionado no Brasil é capaz de fornecer respostas mais coerentes e previsíveis na interpretação que o positivismo jurídico;

b) se o positivismo jurídico for entendido a partir das suas proposições básicas e estiver aliado a uma teoria do raciocínio jurídico adequada ainda é capaz de fornecer respostas coerentes e previsíveis no processo interpretativo.

Quanto à primeira hipótese verifica-se que o termo neoconstitucionalismo no Brasil não foi recepcionado tal qual foi criado na Europa. Lá eram propostas as seguintes teses: a diferenciação entre regras e princípios, a utilização da ponderação como técnica interpretativa dos princípios, a superioridade e materialização da Constituição (força normativa da Constituição) e a interpretação criativa da Constituição. Aqui foram acrescidas a estas, o aumento da jurisdição constitucional e o alojamento de valores morais que estariam materializados nos princípios.

Dentre os vários problemas na recepção equivocada ocorrida no Brasil, aquele que causa maior impacto é o da interpretação criativa da Constituição. Tal equívoco parece basear todos os outros na medida em que coloca nas mãos do intérprete, preferencialmente aquele investido nas cortes constitucionais o papel de decidir o alcance e aplicação do Direito. Para isso lhe é disponibilizado todo um arsenal teórico e interpretativo, tal como a força normativa da Constituição, a

diferença entre regras e princípios, a utilização da ponderação como técnica de interpretação constitucional, o aumento da jurisdição constitucional e o contato necessário entre princípios e valores na Constituição.

Como conseqüência o intérprete pode se utilizar da argumentação para atingir os objetivos que tenha em mente, pois a Constituição tomada em conjunto, separadamente ou de outra forma organizada pode se tornar princípio, esteja ele inscrito ou não na Constituição. Logo após toma-se outro princípio em sentido contrário e realiza-se a ponderação. A solução só o intérprete sabe de antemão.

Tal cenário jurídico é incapaz de proporcionar coerência e previsibilidade aos indivíduos que nela convivem, beirando o caos interpretativo.

Com este diagnóstico foi demonstrada ter sido refutada a primeira hipótese.

Em relação a segunda hipótese, pode se dizer que de pouco adianta na prática identificar e descrever o Direito sem a existência de instrumento para colocá-lo em prática. Esta é a contribuição de Neil MacCormick, de proporcionar uma teoria do raciocínio jurídico que permita pensar o sistema jurídico de forma que faça sentido e não se contradiga. Sua teoria demonstra que há de existir um elo de racionalidade entre os fatos e os argumentos sob o influxo do sentido. Só que ela sozinha de nada adianta também.

Neste ponto volta-se ao positivismo conceitual que trata da validade do Direito sem tomar posições valorativas. A contribuição de Frederick Schauer para a compreensão das regras jurídicas proporciona mais ferramentas para entender o que as guia e o motivo pelo qual existem no mundo jurídico. As regras surgiram de necessidades ou observações de casos individuais e a partir daí sofreram generalizações e supressões para vigorar no mundo jurídico. Com isso elas não solucionam todos os casos jurídicos, mas boa parte deles. A noção de sobreinclusão e subinclusão de Schauer demonstra que o espectro de aplicação da regra é maior, de que não se necessita chamar princípios para resolver alguns problemas.

Com a razão ou justificação subjacente Schauer auxiliou na aplicação da

derrotabilidade desenhada por MacCormick, eis que traz a tona a necessidade de se verificar o objetivo para o qual a regra foi desenhada, o que facilita o processo de derrotá-la ou não. Assim, fornece um critério e não deixa nas mãos do intérprete decidir as hipóteses em que ocorrerá a derrotabilidade.

Outro elemento a ser adicionado é a previsibilidade com vistas a garantir uma visão prospectiva do Direito, seja enquanto a existência de deveres ou poderes. Além de preservar a estabilidade, a igualdade, a homogeneidade e a sistematicidade na aplicação do Direito.

A conjugação do positivismo conceitual conforme pensado por Herbert L. A. Hart, Carlos Santiago Nino e Noel Struchiner aliado as contribuições de Frederick Schauer para o entendimento das regras, a teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick e a noção de previsibilidade, tendem a trazer mais coerência, consistência e previsibilidade ao sistema jurídico e consequentemente a interpretação e aplicação do Direito via decisões judiciais, em especial aquelas constitucionais.

Desta forma, compreende-se que a segunda hipótese foi confirmada.

Este trabalho é resultado de uma pesquisa ao longo do tempo que representa o pensamento do seu autor no momento da escrita. Propos-se a fornecer uma percepção sobre o assunto, sem a ambição de verdade ou completude. Diante do diálogo acadêmico não tem pretensões de ser definitiva e sim provisória diante de novas pesquisas a serem encetadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. brasileiro coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Título original: Dizionario di filosofia.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte.

AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. 2011. **Discusiones**, n. 10, 2011, p. 21-64. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/diez-tesis-acerca-de-la-coherencia-en-el-derecho/>>. Acesso em: 10/02/2017.

AMAYA, Amalia. La coherencia en el Derecho. **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**. n. 35. 2012. pp. 59-90. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s9k1>>. Acesso em: 10/02/2017.

ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Forense, 2014. Título original: "Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica".

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poiri Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escola Editora, 2014.

ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **A Theory of legal sentences**. New York, Kluwer Academic Publishers, 1998.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18–30, 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311>>. Acesso em: 30/01/2017.

BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 01/02/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 01/02/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Revisão técnica Marcelo Granato. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14/08/2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 14/08/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em? 11/08/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

Acesso em: 11/08/2016.

CARBONELL, Miguel. (Ed.) 4. ed.. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009.

CARRIO, Genaro Rubem. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. aum. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <doi:10.11606/D.8.2011.tde-05012012-154120>. Acesso em: 27/01/2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, Integridade e decisões judiciais. **Nomos**, v. 32, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/379>>. Acesso em: 10/02/2017.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

FARRELL, Martin. D. ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 22, p. 121-128. 1998. p. 123 Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/discusin-entre-el-derecho-natural-y-el-positivismo-jurdico-0/>. Acesso em: 17/01/2017.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teorias(s) do direito**: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo. Belo Horizonte: Dplácido Editora, 2016. versão epub.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227, janeiro de 2001.

HART. Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. **Valparaiso University Law Review**. Volume 20, número 1, outono de 1985. p. 1-41. Disponível em: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol20/iss1/1>. Acesso em: 31/01/2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

MICHELON JR, Claudio. "Neil MacCormick". In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 556-559.

MOREIRA, Eduardo. **Coerência, antissubordinação e intergridade**. Trabalho apresentado no I Congreso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante: Universidade de Alicante. Disponível em: <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Coer%C3%Aancia,%20Anitssubordina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Integridade.pdf>>. Acesso em: 01/02/2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. e rev. 12. reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O pensamento de Neil MacCormick e o STF: breve análise da ADPF 132 à luz da teoria da argumentação jurídica. Trabalho apresentado no I Congreso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante: Universidade de Alicante. Disponível em: <<http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Artigo%20O%20pensamento%20de%20Neil%20MacCormick%20e%20o%20STF.pdf>>. Acesso em: 01/02/2017.

PLATÃO. **Diálogos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

POZZOLO, Susanna. "Apuntes sobre 'Neoconstitucionalismo'". In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf>>. Acesso em 31/01/2017.

POZZOLO, Susanna (2003), Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, **Diritto & questioni pubbliche**, 3, p. 51-70. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf>. Acesso em 30/01/2017.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. **DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho**. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998,

p. 339-353. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>. Acesso em: 20/12/2016.

RODRIGUES, Renê Chiquetti. **Uma Investigação Sobre a Suposta Superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo**. Dissertação de Mestrado apresentada perante o PPGD-UFPR. 2017.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROSS, Alf. **El concepto de validez y outros ensayos**. 1. ed. 4. reimp. México, D.F. Distribuciones Fontamara, 2006.

SCHAUER, Frederick. Amending the Presuppositions of a Constitution. LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, p.145-161, 1995.

SCHAUER, Frederick. Constitutional Positivism. **Connecticut Law Review**, no 25, p.797-828, 1993. Disponível em:
http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/25conn_I_rev797_1993.pdf. Acesso em 10/01/2017.

SCHAUER, Frederick, Is Defeasibility an Essential Property of Law?, in: **Law and Defeasibility**, [s.l.]: Oxford University Press, 2010. Disponível em:
<http://ssrn.com/abstract=1403284>. Acesso em 20/06/2016.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas em el derecho y em la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. Título original: *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991.

SCHAUER, Frederick. Prescriptions in Three Dimensions, **Iowa Law Review**, n. 82 p. 911-22, 1997.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, MA; London, England: Harvard University Press, 2009.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. *In: Teoria da Derrotabilidade: Pressupostos Teóricos e Aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 13-41.

SILVA, Maria Alice da. O positivismo jurídico de Hart e as críticas à teoria imperativa do direito. Dissertação de mestrado. Centro de Filosofia de Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/123338>. Acesso em: 22/01/2017.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 25 Jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRUCHINER, Noel. Algumas 'Proposições Fulcrais' acerca do Direito: o Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antonio Cavalcanti Maia; Carolina de Campos Melo; Gisele Cittadino; Thamy Pogrebinski. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 399-415.

STRUCHINER, Noel. O "aparente" paradoxo das regras. **ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 63-71, maio 2012. ISSN 1677-2954. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n3p63/21873>>. Acesso em: 07/02/2017.

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005.

STRUCHINER, Noel. "A primazia do positivismo conceitual." DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 317-337.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2009. p. 101. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade%20normativa%20-%20Fernando%20Andreoni%20Vasconcellos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01/06/2015.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e Direito Tributário**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. 2013. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31766/R%20-%20T%20-%20FERNANDO%20ANDREONI%20VASCONCELLOS.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20/06/2016.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Justificação interna e externa nas decisões judiciais no novo CPC. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/8>>. Acesso em: 09/02/2017.

VILLA, Vittorio. Neil MacCormick's legal positivism. In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (orgs.). **Law as institutional normative order**. Aldershot:

Ashgate, pp. 44-64, 2009.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. **Logique et Analyse**, v. 14, n. 53-54, p. 409-419, 1971. Disponível em: <<http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>>. Acesso em: 09/02/2017.