



POSITIVISMO E JUSNATURALISMO NO
CONTEXTO DO SÉCULO XX: IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS
E CONSTITUCIONAIS

POSITIVISM AND JUSNATURALISM IN THE CONTEXT OF
THE 20TH CENTURY: PHILOSOPHICAL AND
CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS

Newton de Oliveira Lima¹

Ricardo de Holanda Melo

Montenegro²

RESUMO

A complexa relação entre jusnaturalismo e positivismo no século XX esteve na ótica do sistema jurídico na interpretação positivista como problema de caráter normativo, quando na verdade, esse é o fito principal do presente artigo, situou-se muito além, na problemática moral e valorativa e em seu reflexo sobre a legitimação do ordenamento jurídico, principalmente na fase de avaliação dos atos jurídicos praticados sob a égide do regime nazista durante a II guerra, tanto Lon Fuller como Gustav Radbruch mostraram a insuficiência do positivismo técnico como sua impossibilidade de sustentar a justiça e a moralidade mínimas inerentes ao Direito em quaisquer situações de aplicação normativa. Por outro lado, Dworkin ampliou o debate de legitimação versus validade pura, criticando como insuficiente a posição de Hart e sua moralidade social como critério de legitimidade jurídica, advogando a leitura moral política da Constituição como síntese legitimatória através da aproximação de valores e princípios no incremento hermenêutico do Direito.

Palavras-chave: Jusnaturalismo; Positivismo; Valores; Legitimidade; Moralidade

ABSTRACT

The complex relationship between jusnaturalism and positivism in the 20th century was seen from the perspective of the legal system in positivist interpretation as a problem of a normative nature, when in fact, and this is the main purpose of this article, it went much further, to the moral and evaluative problem and its reflection on the legitimacy of the legal system, mainly in the phase of evaluating the legal acts practiced under the aegis of the Nazi regime during World War II, both Lon Fuller and Gustav Radbruch showed the insufficiency of technical positivism and its impossibility of sustaining the minimum justice and morality inherent in law in any situation of normative application. On the other hand, Dworkin broadened the debate on legitimacy versus pure validity, criticizing Hart's position and his social morality as a criterion of legal legitimacy, advocating a moral-political reading of the Constitution as a legitimizing synthesis through the approximation of values and principles in the hermeneutic development of the Law.

¹ Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Filosofia pela UFPB-UFRN-UFPE, com período de pesquisa sandwich na Universidad de Buenos Aires (projeto CAPES MERCOSUL PPCP UFPE/UBA). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

E-mail: [http://newtondelima@gmail.com](mailto:newtondelima@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-0459-6978>

² Universidade Federal da Paraíba Mestrando em Direito Econômico do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) e membro do grupo de pesquisa em Filosofia do Direito e Pensamento Político da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caixas do Sul (UCS) e em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

E-mail: ricardoholanda@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-9152-1749>



Keywords: Jurnaturalism; Positivism; Values; Legitimacy; Morality.

INTRODUCTION

1 - Contextualização do debate hart/fuller como ponto crucial do debate jurnaturalismo/positivismo no século xx

A confrontação entre Hebert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) e Lon Fuller (1902-1978), uma discussão clássica entre um positivista analítico (Hart) e um jurnaturalista (Fuller), forçou a posição de uma legitimidade crítica entre a lei e sua determinação cogente com Hart (regras impostas mesmo em emergências aparentemente geradoras de um ‘estado de necessidade’ ou em regimes autoritários) *versus* Lon Fuller (suspensão da regulação jurídica emergencial na impossibilidade de validação da norma no caso excepcional, como na questão da vigência do direito nazista e sua característica ditatorial e francamente anti-humanitária ou a convalidação de regras em casos emergenciais, como a de admitir contratos imorais tal qual um pacto de morte para a sobrevivência de um grupo acochado longe do convívio social).

Uma posição ética inerente ao Direito, defendida por Fuller (2020), veio a atacar o ponto da validade da norma calcada na autoridade reconhecida por Hart, este apelando para a validação social como critério de legitimidade jurídica.

Historicamente, após a conferência de Hebert Hart, no ano de 1957, em Harvard, Fuller responde ao modelo de regras e de discricionariedade judicial, defendido na ocasião, com uma versão *soft* e transformada de jurnaturalismo contratualista racional. No entanto, nosso fito neste texto é a ampliação das ideias de ambos e a fuga a esse ponto estrito do encontro em Harvard. Assim, busca-se a confrontação amplificadora das ideias dos dois gênios jusfilosóficos, principalmente em torno das obras *O caso dos exploradores de cavernas* e *A moralidade do Direito*, de Fuller, e *O conceito de Direito*, de Hart.

O pensamento de Hart (1989) está centrado na caracterização de lei na experiência comum dos povos – reconhecimento jurídico do costume, com problemas de legitimação do Direito, desse modo, sendo apontados: de onde vem a validade da regra, qual a relação do direito com a moral (jurnaturalismo tomista defende o direito como parte da moral) e o papel sério dos tribunais em aplicar o direito válido e reconhecido (e não fingir que aplicam).



Hart (1989) explana o problema do conceito de ordem jurídica (a um sujeito) como um comando válido conforme a lei, diferente de coação (ameaça natural feita linguisticamente). John Austin, influente jusfilósofo inglês, no século XIX, não diferenciou especificamente a estrutura normativa da sanção jurídica da coação física natural. Hart (1989) diferencia comando = imperativo válido e assegurado pela sanção legal (vínculo jurídico entre sujeito e legislador) e não qualquer ordem imperativa ou ameaça psicofísica para obter um efeito (Austin). Hart (1989) valida o hábito de obediência à lei no tempo, sucessão de Rex I por Rex II (soberanos hipotéticos em uma sociedade simples e homogênea) como fundamento sociológico do Direito.

O direito é o poder de prescrição de leis, assim, é preciso criar um hábito de obediência, então, a relação soberano e súdito vem daí. Thomas Hobbes, em *Leviathan* (1651), seguido por Jeremy Bentham e por John Austin, definiu o Direito como obediência a uma autoridade válida que prescreve o Direito (Hart, 1989). Hart leva o conceito de Hobbes à ideia de soberania estatal, a autonomia da regra apoiada, empiricamente, no hábito de obedecer a comandos válidos. No conceito de obrigação, na linguagem jurídica hartiana, o Direito não é facultativo no comando, mas também não é um fato natural de força ou de coação psíquica, como cogitou Austin, a regra jurídica é reconhecida e válida (Hart, 1989).

A contestação à regra é infinitamente possível, há uma incerteza quanto ao cumprimento das regras, mas deve haver uma instância de estabilização de interpretação. A incerteza do cumprimento das regras, essa instância de estabilização (judicial), por certo, introduz “regras de julgamento” procedimentais (Hart, 1989).

O Estado soberano identifica regras primárias por meio de precedentes dos tribunais, formalismos de enunciação no comando; sem metafísica e sem moral, *a priori*, e positivismo hodierno. É preciso, então, pensar em regras secundárias ou de reconhecimento social do direito válido. Assim, é possível, mas não necessário, correlacionar direito e moral, Hart desenvolve uma forma de positivismo includente que será aprimorada por seu ex-aluno Ronald Myles Dworkin (1931-2013), e negada por seu também ex-aluno Joseph Raz (1939-2022), este voltando a Kelsen e ao dogma do ordenamento jurídico radical em sua unidade, não movimentado por fins morais.

O ideal da autonomia normativa é constantemente desafiado pela política e pela moral social, onde se abrigam moralismos tradicionalistas, jusnaturalismos incorporados pelo senso comum como crenças metafísicas, reacionarismos morais desafiadores do Estado de Direito, enfim, a tentação de um sistema jurídico puro, sem interferência política, vaga através dos tempos e assim,



ontem como hoje, seja na década de 30 do século XX de Kelsen ou no desafio no pós-II guerra e na guerra fria que desafiou o Direito Ocidental a uma resposta social ao Direito.

No Direito natural, a obrigação jurídica advém da moral. Hart separa ser (moral natural) e dever ser (norma positiva); Hart discute o argumento organicista da tradição jusnaturalista de legitimidade e o critica. Os juízes aplicam o Direito tendo em vista princípios morais, mas isso não faz depender a validade jurídica da moralidade, apenas auxilia na interpretação e na legitimidade de um modo mínimo e subsidiário. A autonomia do ordenamento é garantida na autonomia das regras e na “luta pelo reconhecimento social” (como desenvolverá Axel Honneth), que passa pela “leitura moral” da Constituição (como desenvolverá Dworkin).

Hart (1989) frisa a eficácia do Direito em regular a vida privada como geradora da obediência, também, a obediência do direito para defender sua legitimidade, esta gera cooperação social motivada juridicamente, o que retroalimenta o ordenamento, tal qual a igualdade jurídica entre os indivíduos (remissão a Hobbes), com a necessidade da ordem jurídica para proteção recíproca dos indivíduos, reforçando, assim, a necessidade da regra de reconhecimento (validade constitucional = regra de reconhecimento social).

Nesse viés, a Constituição, em uma interpretação de legitimidade social, é fática para Hart (1989), contrária à norma fundamental transcendental e à lógica sistêmica de Kelsen. A moral social para Hart dá uma dinâmica de textura aberta à norma jurídica, que é preenchida de sentido pela moral interseccionada ao direito na interpretação judicial das lacunas. Hart foi um positivista jurídico includente (aproxima ou inclui moral e direito), como também Dworkin para Joseph Raz (2001), e ele mesmo, como Kelsen, foi um positivista jurídico excludente, separando radicalmente direito e moral.

Na relação moral positiva social versus moral individual, Hart mantém a primazia da moral social com Bentham (utilitarismo) e deixa a moral pessoal para aspectos não relevantes juridicamente. Para Hart (1989), em casos de lacunas, de “penumbras normativas”, o juiz deve decidir o que o direito deve ser (apoiado na moral social e em princípios morais relacionados à teoria geral do Direito e a regras de interpretação geral e especial/constitucional do Direito) e se assemelha ao legislador.

A “regra de reconhecimento” hartiana lança luzes de descritividade jurídica semântica do estatuto epistemológico das normas jurídicas, na medida em que, inclusive, Hart (1989) defende a ‘discrecionabilidade forte’ do magistrado no preenchimento de sentido das normas pelo juiz.



No caso de Hart, as normas sociais são critérios de validade para o reconhecimento do direito válido transcendentemente ao contexto emergencial, como o caso retirado do livro de Fuller(2020), *O caso dos exploradores de cavernas*, obra de 1949, que narra a história fictícia passada em um tempo futuro no ano de 4299, de exploradores de cavernas presos em um local ermo e soterrado, em que 5 exploradores, ao se comunicarem com o exterior, foram informados por rádio de que corriam alto risco de mortalidade pela dificuldade de resgate.

Assim, ocorre que os quatro exploradores restantes decidem matar um companheiro e, por isso, são condenados por homicídio em primeira instância. Desse modo, os juízes que julgarão o recurso dos réus vão exarar posições interessantes a respeito da reflexão sobre a base de legitimidade e do conceito de Direito, em geral, e não só do julgamento dos réus.

O neocontratualismo jusnaturalista de Fuller (2022) encontra nessa aporia do caso dos exploradores de caverna um importante ponto de análise, o que se seguirá da primeira edição de *A moralidade do Direito*, de 1957, em sua primeira edição, e da segunda edição, de 1964, com modificações.

Fuller estava ainda respondendo a Hart e seu positivismo utilitarista conservador, defensor da autoridade e das normas morais sociais. Ele partiu de uma reflexão jurídica calcada na formação do pacto e na moralidade procedimental interna ao Direito, mas, ao mesmo tempo, vinculada a uma moralidade universal que acompanha todo e qualquer Direito.

Ainda, Fuller (2022) atacou a “discricionariedade forte” do juiz defendida por Hart, ao conceber a finalidade da norma como critério de resolutividade jurídica do caso concreto e um núcleo moral inerente ao sistema jurídico. Assim, nesse sentido, a separação metódica cede ao fim maior ético do direito, e a separação fato e valor do positivismo (inclusive Kelsen) perde sentido.

Para Fuller (2022) há uma moral procedimental inerente ao direito, portanto, justifica sua existência e vincula a discricionariedade judicial (negando a posição de Hart sobre construção de direito judicial ampla), então, isso não sendo reconhecido pelo positivismo gerou interpretações autoritárias do Direito, como a nazista, por exemplo.

Trata-se de um jusnaturalismo racional e sistemático o fulleriano, apelando a uma moralidade e humanismos formalistas e justos, *a priori*, sem conteúdo como tradição moral, mas vinculado a uma noção de moralidade humana universal já pressuposta, não necessariamente invariável, e sim uma moral racional paralela à de Kant. No entanto, sem ser predefinida por uma fórmula universal como o Imperativo Categórico kantiano, essa concepção de moralidade



pressuposta aproxima Fuller de outro jusmoralista, esse de filiação kantiana explícita, Gustav Radbruch (1878-1949), que também condenou a validade do direito nazista, chamando-o de **antidireito** por condenar sua imoralidade estrutural genocida e autoritária.

2 - Da correção e avaliação jusnaturalista sobre o juspositivismo

Radbruch foi um jurista que desempenhou um papel crucial no debate contra Kelsen e Schmitt no início do século XX, porquanto fez da sua teoria dos valores relativista neokantiana culturalista gerada na Escola de Baden, a forma de crítica do positivismo neutro e “livre de valores” de Kelsen e ao ordenamento concreto de valores em ligação a valores metafísicos (como concebeu Schmitt).

Carl Schmitt (1888-1985) capitaneou o conjunto de juristas que formaram o corpus ideológico do nazismo com a ideia de que o Estado deve estar acima do Direito, a que Reale (1998, p. 263) expõe:

É a hipotastização romântica da idéia de comunidade que constitui o tema central da Filosofia jurídica de Carl Schmitt, Otto Kollreuter, Reinhard Hoehn, Larenz etc, que combinam de maneira curiosa a teoria sociológica da Comunidade com a teoria hegeliana do Estado total, expressão ética da comunidade, a cujos fins se destina o Estado, estrito senso, como simples instrumento da *Volksgemeinschaft*. É na comunidade que está imanente o espírito coletivo (*Gemeingeist* ou *Kollektvgeist*) o qual pressupõe a comunidade, mas a torna completa e fechada, como seria a realizada pelo nacional-socialismo, é aquela na qual o Espírito coletivo abrange inteiramente os indivíduos e os transforma em seus portadores.

Com essa visão política de caráter estatista, coletivista, autoritária, romântica e racista, o nazismo compôs uma visão de Estado sobre o Direito e as garantias legais do cidadão.

Radbruch, em 1946, no pós-guerra, atacou a legitimidade da legislação nazista por esta ultrapassar os limites do caráter moral da legislação; do fundamento jurídico ao filosófico tem-se uma reflexão evolutiva em Radbruch, ele sai de uma crítica genérica ao positivismo como carente de legitimidade axiológica, em 1934 em sua *Filosofia do Direito*, para uma crítica específica às leis que não são direito por ferirem em grau máximo a moralidade, os Direitos Humanos e destruírem completamente o compromisso com a ideia-fim maior do Direito, a justiça; como mostra Lima (2024, p. 112):



A teoria desenvolvida pelos juristas nazistas de que justo é o que aproveitava ao povo, foi combatida por Radbruch, com base na argumentação de que o justo é o verdadeiro fim do Direito, e que o fim era apenas a relatividade instrumental do fenômeno jurídico (...). O nazismo feria mortalmente o absolutismo do valor jurídico do justo, sujeitando-o à inconstância do decisionismo político, numa clara ascendência do ideário de Carl Schmitt (...) Radbruch, estarrecido pelas agruras perpetradas por um positivismo falsamente legitimado na vontade popular, absurdidades estas que consistiam em genocídio, belicosidade arbitrária, desrespeito aos próprios valores jurídicos da justiça, paz social etc., reformulou sua concepção de um escalonamento “pragmático” dos valores, concepção até então dominada pela segurança jurídica, o que no plano prático tinha por consequência um positivismo axiológico, quando muito “ético”, tal como disse Arthur Kaufmann (...) Essa priorização material da justiça na segunda fase do pensamento radbruchiano foi uma necessidade histórica e social de respeitabilidade aos direitos humanos a partir do reconhecimento de que só a justiça e o conjunto dos direitos humanos postos como prioridade efetivada pelo Estado, seriam capazes de realizar a correta fundamentação teórica dos direitos fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

Disse Arnaldo Vasconcelos (1996, p.253-4) analisando a mudança de postura de Gustav Radbruch em sua condenação do regime nazista:

Na posição de jusnaturalista moderado encontra-se Gustav Radbruch, que, após a Segunda Guerra, integra-se ao último surto renascentista do Direito Natural. Contra o antigo dogma da unidade do Direito, que recebera de Karl Bergbohm sua expressão positivista definitiva, passa a admitir a existência de “leis que não são Direito”, por conterem injustiça, e de “Direito por cima das leis”, assim os chamados os Direitos humanos. Desse modo, renega o lema segundo o qual “antes de tudo as hão de cumprir as leis”, que propiciara a Adolf Hitler a criação e manutenção da mais terrível ditadura legal de nossos tempos. Esse nefasto princípio é apontado como responsável pela eliminação das defesas dos juristas alemães para o combate aos abusos da legislação nacional-socialista. Diante de tal situação, afirma Radbruch, *“se quedaba, además, sin posibilidad de fundar tal validez jurídica de las leyes”, porquanto, “en la fuerza se puede fundar tal vez una necesidad, nunca un deber y una validez.*

Lima (2024, p. 116) arremata ao mostrar a condição de validade normativa vinculada ao problema da consciência moral de reconhecimento do valor fim da justiça por todo e qualquer ordenamento e do respeito à consciência moral dos indivíduos como livre adesão ao ordenamento, e sua rejeição a um ordenamento fundamentalmente injusto ou imoral:

Só na valoração livre e conscientemente assumida pelo indivíduo e assimilada coerente e prioritariamente pelo Estado poder-se-ia, para Radbruch, fundar o dever jurídico, a obrigação que o cidadão tem de respeitar a lei. E somente com o valor na base de sustentação da norma soergue-se a validade do ordenamento; ambas as categorias jurídicas, dever e validade, somente se firmam pela concreção incondicional do justo; antes, rejeitava a teoria da obrigatoriedade filosófica do Direito (Radbruch, 1974, p. 177), mas na fase jusnaturalista de seu pensamento, é a justiça que assumirá a tarefa de validar e obrigar juridicamente o ordenamento jurídico. Diz Radbruch (1974, p. 416): ‘Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. Quando se aprova o assassinio



de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outras raças ao mesmo tempo que acto idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da justiça. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.

Lima (2024, p. 119) mostra que os valores jurídicos não são quimeras e meros conceitos formais e procedimentais vazios. São fins morais superiores de sua possibilitação de cultura e de sociedade minimamente justas, e garantidas em sua liberdade e busca de bem comum por um direito minimamente justo:

Radbruch passou a compreender, na segunda fase de seu pensamento, que o mundo dos valores jurídicos, quer se preconize uma visão neokantiana ou fenomenológica, é voltado, em última análise, para a concreção do Direito na sociedade, conferindo aos homens aquilo que eles necessitam como bens existenciais, afeitos à vida em sua expressão comum, e não a fins imaginários ou utópicos (como no pensamento jurídico nazista).

Dentro dessa linha de pensamento, Radbruch passou a dar à justiça, ao bem comum e os direitos humanos, sendo estes últimos entendidos na contemporânea acepção da Declaração Universal de 1948 (direito à liberdade, às condições materiais mínimas de existência, à segurança pessoal etc.), uma posição nuclear em seu sistema. Para o Radbruch da segunda fase, os direitos humanos, expressão atualizada dos direitos naturais, deveriam ser respeitados e efetivados pelo Estado (direito positivo).

Os direitos naturais são o parâmetro pelo qual devem as leis se adequar, se não quiserem ser banidas do mundo jurídico. Este é o jusnaturalismo axiológico do segundo Radbruch, e a reestruturação de seu ideário conjuga-se nessa compreensão de um direito natural atuante socialmente e concretizável axiologicamente.

(...)

Tudo isso explica a finalidade da advertência de Radbruch (1999, p. X): “precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as leis, sobre o Direito Natural, que recusa validade às leis contrárias à justiça (Erneuerung des Rechts, 1946)”.

Reajustando suas diretrizes relativistas com um racionalismo mais concreto, isto é, perpassado de experiência histórica, Radbruch pôde efetuar essa passagem de uma concepção formal para uma acepção material dos valores; embora esse sempre fora seu intento, como advertira Karl Larenz, o relativismo o impedia de levar à cabo uma acepção das valorações como materialmente absolutas.

Por fim, a chamada “fórmula Radbruch” que se fez útil na condenação dos nazistas durante o julgamento de Nuremberg, mostrou a incompatibilidade de normas supostamente válidas puramente na segurança – com a justiça e a moralidade sustentadoras do Direito, a segurança vai até onde a justiça não morre completamente em casos de tutela de direitos fundamentais individuais e coletivos (Alexy, 1994). Alexy analisa a racionalidade hermenêutica e linguística da “fórmula Radbruch” como exposto por Lima (2024):



Como forma de atualizar a teoria radbruchiana e adotar esse critério corretivo, Alexy (1994, p.53) admite a fórmula de Radbruch somente em casos extremos, de absoluta incompatibilidade do direito positivo com a justiça pela adoção de exigências morais mínimas como critério de correção, é que se poderia invalidar a aplicabilidade de determinada norma positiva em função de considerações de ordem deontológica e dikelógica (estudo da dosimetria e aplicação do justo)...

Diz Alexy (1994, p. 58): “*La formula radbruchiana adopta evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y sólo en casos extremos invierte esta jerarquía*”.

Alexy (1994, p. 67) preconiza ainda que, a partir do critério crítico do pós-positivismo de que deve haver um observador para a avaliação da pertinência lógica entre positividade e eticidade, ele coloca tal tarefa na função judicial de analisar os casos concretos e concretizar o conteúdo ético mínimo que o direito agrega (Lima, 2024).

O juiz seria o intérprete em condições de avaliar, através da fundamentação racional e da adoção de um ‘mínimo ético’ as condições de aplicabilidade de determinada norma positiva que “*en el transcurso del procedimiento de aplicación, se niega el carácter jurídico*” (Alexy, 1994, p. 48”).

3 - Desdobramento do debate jusnaturalismo x juspositivismo: dworkin rompe com hart

Dworkin (em *O Império do Direito*, lançado em 1986) critica a discricionariedade de Hart, este, na linha de Austin, integra uma “teoria semântica descritiva do fenômeno jurídico”. Ronald Dworkin busca uma teoria normativa pós-convencional do Direito, na qual o conceito de Direito é interpretativo com base no “desacordo teórico” quanto ao conteúdo justificativo da interpretação das normas, embora acordem quanto às regras básicas de interpretação.

Assim, Dworkin (2007) critica Hart, principalmente pelo sistema de princípios sobreposto ao sistema de regras, extraindo uma integração normativa pelos princípios a partir da interpretação construtiva do seu conteúdo, seu projeto começa em *Uma questão de princípio* (1985) até *Justiça para ouriços* (Dworkin, 2011), em que propõe a integração de valores do ordenamento jurídico: a integração entre moral, política, valores e normas (pós-positivismo e neoconstitucionalismo), que é mais completa do que a integração moral judicial de *O Império do Direito* de 1986 (Dworkin, 2007).

Pergunta-se: o que é o Direito segundo Dworkin? É a postura interpretativa do juiz sobre a norma. Normas valem sempre, são produto do reconhecimento social sobre o que o juiz interpretou (decidiu) com base na autorização que recebeu da própria comunidade acerca do paradigma legal votado por esta através do parlamento (*Teoria do reconhecimento*, 1960, de Hebert Hart, 1989). Normas não podem ser enfraquecidas em seu comando, inclusive, os princípios, que regem os casos difíceis (*hard cases*), são regras secundárias; regras primárias ou leis ordinárias regem casos



simples (*soft cases*).

O Direito, portanto, pode ser definido a partir das teorias utilizadas em sua interpretação, quais sejam:

1. Teoria convencionalista estrita, em que só vale a norma ou convenção definida pela comunidade, que sempre deve ser aplicada pelo juiz, em caso de lacunas na lei, o juiz deve integrá-la com uma interpretação ampliativa da convenção, uma operação lógico-sistêmica, dispensar a lei ou os precedentes, em casos difíceis ou constitucionais, interpretação sistêmica da constituição, o que não está proibido é permitido;

2. Teoria convencionalista moderada: não admite lacunas no ordenamento legal, ao invés do juiz rejeitar a decisão e remeter ao parlamento o poder legislativo, deve praticar o *non liquet* e interpretar o caso com uma interpretação particular ou criativa da lei que a faça incidir no caso concreto.

3. Teoria pragmatista ou cética, utiliza de uma racionalidade estratégica, em que as teorias éticas podem ser utilizadas para o bem-estar geral sem um compromisso ético substancial ou constante – remete ao utilitarismo de Bentham. O juiz se torna, na verdade, passivo, não confia em quaisquer incentivos hermenêuticos morais. Busca, assim, um benefício médio útil, por vezes, casuística e sujeito a subjetivismo, como defenderiam Bentham ou os marxistas (Dworkin, 2007, p. 448).

4. Positivismo: engloba o convencionalismo, o normativismo e mesmo o realismo e o pragmatismo, assim, é a identificação entre direito e norma e não entre direito e integração interpretativa principiológica, que define o positivismo em seus diversos matizes.

5. Direito como integridade: as pessoas sempre possuem direitos estabelecidos por pactos anteriores, direitos fundamentais ou contratuais. Pensamento por princípios como modo de integrar o direito: integração principiológica e não abstrata de uma regra ou de uma cláusula geral. Princípios funcionam associados com paradigmas e estes não são convenções (Dworkin, 2007, p. 169).

O convencionalismo poderia ser aplicado em países autocráticos, em que os editos de soberanos valessem como lei se meramente aceitos pela população, sem resistência. Daí porque a prática política ou moral política assume um contorno essencial ao direito da integridade: o respeito às tradições de moralidade política gera direitos.



O trabalho hermenêutico sobre as normas é essencial para atualizá-las e protegê-las (princípios do devido processo, da justiça e equidade) – o direito da integridade começa no presente e se volta para a história para buscar potenciais de interpretação.

Dworkin rejeita o ‘direito dos tribunais’ do realismo, que considera cínico, e rejeita o dogma positivista de que lei é lei e deve ser obedecida sem discutir os paradigmas de sua interpretação (Dworkin, 2007). O direito como integridade tanto se baseia na interpretação dos tribunais como na crítica através da moralidade política dos paradigmas, assim, rejeita o realismo e o pragmatismo.

O direito é um “romance em cadeia”: o juiz é autor de uma decisão criativa, mas recebe de algum lugar sua inspiração (Dworkin, 2007). Isso remete a Gadamer e à hermenêutica histórica como fusão de horizontes entre o sujeito (e suas pré-compreensões) e seu contexto de significação histórico (Gadamer, 2004). O “juiz Hércules” decide pela integração de casos complexos e busca a finalidade da norma que seja condizente com a moral política. Esse critério de adequação do direito ao paradigma moral representa um apelo ao critério de maximização racional do paradigma constitucional dominante.

O juiz conservador seria historicista, preso ao passado e às tradições, geralmente, um moralista compromissado com as visões de essências metafísicas da moral e do Direito, de um fundo provavelmente religioso ou centralmente fundamentalista de certos valores considerados inegociáveis, mesmo diante da transformação histórica da sociedade. O juiz liberal não se adequaria em todos os casos ao pensamento do legislador e seria inovador, mais aberto ao fator mudança na história da sociedade e não um defensor de um credo de valores sem modificações, um progressista, em linhas gerais.

Para o “juiz Hércules”, em relação ao juiz integrador moral/político ideal de Dworkin, essas descrições acima seriam metafísicas, pois é senso comum moral e jurídico, hermeneuticamente, essas posições sempre se misturam, todavia, quem segue o historicismo não leva a constituição a sério, não é substancialista de um ponto de vista moral, não é sensível moralmente.

Contra a certeza e o essencialismo sobre a decisão que interpreta a constituição, Dworkin (2007) interpreta a integridade como o paradigma que gera a decisão correta melhor possível – adequação moral e constitucional da decisão. A vontade do povo expressa através de maiorias políticas pode votar leis que façam valer expressão da vontade do povo em um dado momento, mas



não o paradigma tradicional da moral, que rege uma nação, ou o ideal de justiça ou de equidade. Assim, cabe à Suprema Corte resguardar a função de justiça prevista na constituição. Muitas vezes, a Suprema Corte falhou por não corrigir tradições espúrias ou por concordar com maiorias políticas ao cancelar leis injustas e inconstitucionais, sob um ponto de vista moral político da constituição.

Hércules decide se mantém o compromisso entre direito e política ao decidir sobre se nomeia direitos requeridos politicamente (p. ex.: direito a ser racista), ou sopesa direitos, processualmente, e garante a todos, de um ponto de vista igual, uma justiça substantiva - assegura direitos através do processo de proteção integral de valores substanciais, que sustente uma teoria da aplicação plausível da lei constitucional para todos e não um decisão política banal, que vise resultados políticos imediatos. Assim, uma decisão constitucional ou um “*hard case*” sempre gera uma teoria da aplicação da lei integrativa, desse modo, não pode ser imediatista.

O direito como integridade é virtude política de uma comunidade que se integra mediante princípios e não de modo abstrato. O caminho da análise semântica e da interligação de argumentos pelos princípios é o apontado pelo direito da integridade, que deve ser ponderado na distribuição de bens e méritos (justiça), deve ser coerente sistemicamente quanto às decisões políticas fundamentais que o informam (equitativo) e deve possuir um processo correto, que garanta o acesso ao judiciário e o respeito à norma como vontade do povo.

As acusações de que Hércules usurpa o poder do povo são falsas, pois sua função é avaliar o caráter desse mesmo povo, que não pode produzir um direito sem avaliação moral política. A obra em que Dworkin em 1985 defende com mais profundidade seu Direito como integridade dos ataques políticos, principalmente, chama-se *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (1995) tratada no tópico adiante.

4 - Política, moral e direito: seu entrelaçamento jusfilosófico e constitucional

A doutrina positivista forte só considera o poder discricionário do juiz e não reconhece qualquer direito subjetivo (*right*); o positivismo judiciário, todavia, deve adotar uma “regra de reconhecimento” apoiado em Hart. A posição liberal desconfia de tal decisionismo positivista e critica, portanto, um modelo rígido de regras, o qual, em verdade, é a causa de tal positivismo fundamentalista. Esta foi a principal crítica de Dworkin (1995) a Hart, o aferramento ao modelo de regras e de autoridade asseguradora do Direito, ainda mais com ampla discricionariedade do juiz,



ao passo que Dworkin (1995) prega uma ampliação interpretativa sobre o Direito que transcende a mera subsunção do comando de regras pelo magistrado.

A objeção de Joseph Raz (2001), jusfilósofo norte-americano nascido no Mandato Britânico da Palestina, um discípulo de Hart, à tese pós-positivista de Dworkin é a seguinte: a teoria dos princípios seria central ao positivismo anglo-saxão, esta também seria discricionária tanto quanto o positivismo em geral, e não pode ser aceita sem a radical distinção ontológica entre princípios e regras, gerando uma objeção decisionista e até cética a Dworkin (2007), este confiaria demais na força irradiante dos princípios, o que fragilizaria a sistemática das regras (Raz, 2001).

Dworkin afasta a objeção de Raz com a tese normativa da obrigatoriedade da tese dos princípios no sistema jurídico, afastando, também, a tese realista-fático-social de Hart (1989), no seu *O conceito de Direito*, sobre a obrigação dos princípios como deveres sociais. Para Dworkin (1995), o cerne do sistema de princípios é a sua normatividade fundamental, sua ontologia na racionalidade moral e constitucional do Direito.

Os princípios, todavia, para Dworkin (1995), carecem de especificidade em sua aplicação, são portadores de uma abrangência metodológica sobre o sistema de regras. Raz o reconhece, mas fica preso na tese psicológica da obrigatoriedade do juiz de aplicá-los, adotando a tese da vinculação ao direito democraticamente legislado de modo indeterminado (Dworkin, 1995).

Dworkin extrai do sistema jurídico a descoberta pelo juiz dos direitos das partes, a partir de um uso adequado dos princípios (Dworkin, 1995, p. 127 ss); afasta-se do realismo criador de direitos, arbitrariamente pelo juiz, *strong positivism or originalism*. O originalismo ou “positivismo forte” é uma corrente do realismo político na hermenêutica constitucional estadunidense, com sua defesa da redescoberta pelo juiz dos “valores essenciais” da constituição de 1787, como irradiantes de uma interpretação conjugadora da constituição em seus meandros e sentidos de normas, muitas vezes, abertas e paradigmáticas.

O juiz vincula-se ao legislador, apenas interpreta a lei para casos específicos e com viés moral (também como dever) e de acordo com as políticas públicas, embora, nos casos difíceis, os princípios sobrelevam-se à política (moralidade do direito). Enfim, o juiz tem responsabilidade política de aplicar a lei e não de reinventá-la.

O originalismo não pode ser democrático, pois, na visão de Dworkin, ele é aferrado a uma visão de legalidade estrita e tradicional, que não estaria aberta ao processo histórico de mudança da



Constituição, que é o que fortalece a democracia em sua realização concreta de direitos e função interpretativa conforme a finalidade constitucional pela qual existe e deve existir. A adequação da aplicação da lei ao caso difícil é uma visão moral jurídica principiológica e constitucional.

A exemplo da adotada pela “Corte Burger”, (1969-1986), que limita o liberalismo da “Corte Warren” (1953-1969) na presença da interpretação constitucional pela Suprema Corte, ação da *fairness* ou justiça equânime de Rawls (Dworkin, 1985, p.211ss). Aqui, aplicada a um sentido político, de equilibrar a luta por direitos com a concessão de direitos pela Suprema Corte, apesar da decisão considerada mais progressista de toda a história da Suprema Corte ter sido a *Roe v. Wade em 1973, em plena “Corte Burger” (considerada mais autocontida hermeneuticamente que a “Corte Warren”)*, uma decisão construtiva de uma norma de autorização de aborto feminino até o terceiro mês de gestação e aborto assistido até o sexto mês.

A Suprema Corte teve momentos ativistas e não se limitou à mera tolerância com atos de desigualdade, preferindo ampliar os direitos civis dos cidadãos. Richard Nixon, presidente republicano dos EUA, atacou a “Corte Warren” em sua atividade construtiva de direitos civis de fundo constitucional, mas não criticou o ativismo anti-*New Deal*, nem a omissão da Corte durante o período de radicalismo político-ideológico do senador anticomunista McCarthy, que perseguiu vários cidadãos injustamente e sem devido processo legal.

Direitos individuais decorrem do pacto e são construídos com base nele (Dworkin concorda com Rawls), a interpretação do direito depende dessa visão de um compromisso com a “boa vida” e a tolerância com a ação do homem médio. O compromisso político com a moralidade tolerante e democrática vai além do republicanismo e do liberalismo radicais (contra Nixon, p.ex.).

O judiciário tem o dever de proteger e decidir conforme o pacto político, mas pode errar (Dworkin, 1995, p. 285), pois a constituição funde questões morais e políticas e a resolução de sua aplicação depende de como se tratam os casos difíceis, sempre protegendo direitos individuais (Bentham negava direitos morais individuais que não se vinculassem à utilidade pública e a justiça para a maioria).

A posição de Bentham e do utilitarismo é um contrassenso, segundo Dworkin (2007, p.284), por isso, Dworkin e Rawls sempre foram críticos acerbos de Bentham e do utilitarismo em geral, porque reduzem à utilidade e à oportunidade econômica o fim normativo de assegurar justiça moral e política para todos.



O governo pode restringir direitos em prol do bem comum; o governo e a justiça devem equilibrar o bem-estar geral e os direitos individuais. No limite, para os liberais progressistas, há espaço para algum tipo de desobediência civil razoável contra um convencionalismo conservador. Por isso, há necessidade de uma reforma legal contra o convencionalismo moral, como fez a comissão “Wolfeden”, em sua flexibilização da proibição à homossexualidade adulta consensual, a posição convencionalista conservadora de Lord Devlin, vencida pela referida comissão legislativa, como mostrou Hart (1987), é insustentável à luz da proteção construtiva a direitos individuais e sua interpretação principiológica-moral.

O passado igual, com as desigualdades patentes, e o retrocesso moral da convenção política a um patamar não contestatório é tudo que não pode ser aceito por uma concepção progressista minimamente igualitarista do Direito e da filosofia jurídica.

5 - Conclusão

O princípio como agregador do valor significou muito para a teoria do Direito e sua significação hermenêutica, pois ele une fins a programas de justificação e de planejamento de propósitos legais (Dworkin, 2019; 2021).

Tanto Luhmann e sua teoria dos sistemas como Dworkin e seu planejamento de valores via princípios, são exemplos de pós-positivismos que reagem procedimentalmente às investidas de um positivismo “forte” ou “conservador” como o dos Estados Unidos com o originalismo constitucional, ou o do que Hart (1987) enfrentou do positivismo conservador na Inglaterra com Devlin e sua negação interpretativa de direitos fundamentais.

O ponto de estrangulamento do debate entre Radbruch e Carl Schmitt antes da II guerra mundial, relativismo cultural dos valores jurídicos x concretismo substancialista de valores metafísicos através do Estado forte sobre o ordenamento jurídico (Lima, 2024) – encontra na discussão sobre a validade do ordenamento nazista uma aporia, o que envolveu Kelsen e sua teoria pura da validade do Direito e a crítica de Radbruch com a posição de negação do Direito nazista por contrariar sua validade com base no jusnaturalismo axiológico defensor da primazia legitimatória dos direitos humanos sobre um mero sistema de regras, o que já antecipa a posição principiológica da hermenêutica jurídica em Gadamer (2004) e Dworkin (2019).



A insuficiência hermenêutica do positivismo ou sua volta fundamentalista a uma legitimação de valores essenciais (originalismo constitucionalista norte-americano ou utilitarismo conservador inglês) é de todo modo rechaçada, e a prova de sua fraqueza é a impossibilidade de luta contra Estados autoritários como o nazista (como criticou Radbruch) ou a defesa do retrocesso de valores na negativa de direitos fundamentais (no caso de Lord Devlin combatido por Hart (1987) ou na hipótese de negativa de jurisdição por ausência de normas ou sua contradição com a justiça, como mostrou Fuller (2020) ao criticar o próprio Hart e o positivismo utilitarista.

Nem um fundamentalismo positivista de fundo liberal e cristão conservador como o originalismo constitucionalista nos Estados Unidos (como mostra Lima, 2009) nem um relativismo axiológico fraco (como o da primeira fase de Radbruch, como demonstra Lima, 2024) podem representar uma vitória do tecnicismo e de um suposto pensamento pós-metafísico sobre a necessidade da reflexão prática da moral em sua relação com o Direito, acarretando vários problemas políticos de legitimidade, quando exatamente a idolatria do ‘direito puro’ (erigida muitas vezes falsificando Kelsen) esconde apenas ideologias políticas ou éticas conservadoras e perniciosas à abertura comunicativa e democrática do Direito e sua impostergável remissão a valores (não só jurídicos mas também metajurídicos na visão de Radbruch e Dworkin) como critério de legitimação e a princípios como elementos construtivos do discurso decisório jurídico.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. de Jorge de Sena. Barcelona: Gedisa, 1994.
- DWORKIN, R. *Justiça para ouriços*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DWORKIN, R. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo; Martins Fontes, 2019.
- FULLER, L. *A moralidade do Direito*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- FULLER, L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2020.
- GADAMER, H. G. *Verdade e Método*. São Leopoldo; Unisinos, 2004.
- HART, H. *Direito, liberdade e moralidade*. Porto Alegre: SAFE, 1987.
- HART, H. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LIMA, N. O. *Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP editora, 2009.
- LIMA, N. O. *Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Belo Horizonte; Dialética, 2024.
- RAZ, J. *O sistema do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- REALE, M. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- VASCONCELOS, A. *Teoria geral da Norma*. São Paulo: Malheiros, 1996.



Licenciamento

Este é um artigo distribuído em Acesso Aberto sob os termos da Creative Commons 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt-br>

