

## **NORMA CONSTITUCIONAL E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: O ESQUEMA REGRA-PRINCÍPIO**

**Julio Cesar Marcellino Junior<sup>1</sup>**

### **Sumário**

1. Introdução. 2. Norma jurídica e seus atributos: Kelsen, Hart e Bobbio. 3. Norma constitucional: regras e princípios. 4. Considerações Finais. Referência das fontes citadas.

### **Resumo**

Este artigo tem por objetivo tratar sobre o conceito de norma jurídica e seu processo de evolução teórica a partir do século XX. Para tanto, abordam-se propostas conceituais próprias do positivismo jurídico, especialmente as desenvolvidas por Hans Kelsen, H. L. A Hart, e Norberto Bobbio, que construíram a visão clássica e (ainda) prevalente do Direito. Discorrendo sobre as propostas teóricas de autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, J. J. Gomes Canotilho e Jürgen Habermas, procura-se contrapor o modelo 'pós-positivista' ou 'neoconstitucionalista' com o modelo clássico de Direito, analisando a conseqüente e manifesta postura de desconfiança e resistência que se constata entre os juristas.

**Palavras Chave:** Norma Jurídica; Regras; Princípios; Positivismo Jurídico; Pós-positivismo Jurídico;

### **Resumen**

Este artículo tiene como objetivo tratar sobre el concepto de la norma jurídica y su proceso de evolución teórica desde el siglo XX. Para lograr esto, son abordadas propuestas conceptuales propias del positivismo jurídico, en especial las desarrolladas por Hans Kelsen, H. L. A Hart, y Norberto Bobbio, que construyeron la visión clásica y (aun) prevalece en el Derecho. Hablando sobre las propuestas teóricas de autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, J. J. Gomes Canotilho y Jürgen Habermas, se busca confrontar el modelo "post-positivista" o "neoconstitucionalista" con el modelo clásico del Derecho, analizando la conseqüente y manifesta postura de la desconfianza y resistencia que se constata entre los juristas.

---

<sup>1</sup> O autor é advogado e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali, tendo desenvolvido estudos na Linha de Pesquisa 'Hermenêutica e Principiologia Constitucional', sob orientação do Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa. É especialista em 'Direito Empresarial' pela Fundação Getúlio Vargas/RJ, e em 'Gestão Pública Municipal' pela Unisul. Atua junto ao Grupo de Pesquisa 'Hermenêutica e Neoconstitucionalismo' do Programa de Pós-graduação da Univali e junto ao Núcleo de Pesquisa 'Direito e Psicanálise' do programa de Pós-graduação da UFPR. Leciona as disciplinas de Direito Constitucional II e Teoria do Processo junto ao CESUSC (FAAG).

**Palabras Clave:** Norma Jurídica; Reglas; Principios; Positivismo Jurídico; Pós-positivismo Jurídico;

## 1 Introdução

A concepção dominante a respeito do que seja e do que representa o Direito em nossa sociedade ainda é a herdada pelo positivismo jurídico clássico. Para os teóricos deste modelo - entre eles Kelsen, Austin, Hart, e Bobbio - a 'moral' jamais estaria de 'mãos dadas' com o Direito, e este, por sua vez, seria estruturado por um conjunto de normas dispostas hierarquicamente com origem no monopólio estatal legislativo, devendo ser aplicado e interpretado por meio de recurso silogístico-dedutivo de subsunção do fato à norma.

Sempre haveria, segundo os positivistas clássicos, uma boa regra para os casos submetidos ao Judiciário. Quando eventualmente não existisse, o Juiz, diante da lacuna legal, especialmente com Hart, lançaria mão da discricionariedade para proceder a melhor escolha ao caso concreto. A norma, deste modo, deveria ser aplicada como autenticamente prevista pelo legislador segundo sua vontade, independentemente de seu conteúdo. Norma válida, para tal concepção, é norma vigente - desde que respeitados todos os procedimentos e trâmites formais-legislativos.

Ainda no século XX inicia-se um movimento acadêmico que denuncia a insuficiência do modelo positivista tradicional e de seu flagrante distanciamento da realidade social. Tal movimento, também chamado de 'pós-positivismo jurídico' ou 'neoconstitucionalismo', procura romper com a visão clássico-positivista e sua concepção lógico-dogmática de norma, tentando articular Direito, Moral e Política. Propõe o reconhecimento dos *princípios* - tanto os princípios constitucionais (Alexy) como os princípios gerais de direito (Dworkin) - como recurso normativo válido à disposição do julgador para o solucionamento dos denominados '*hard cases*' ou 'casos difíceis'.

No entanto, existe ainda grande resistência por parte dos operadores do Direito quanto à mudança de concepção proposta pelo modelo pós-positivista.

Ainda reféns da visão clássica que não somente reduz o Direito à norma como também o enclausura em dogmas e segredos (Warat)<sup>2</sup> - especialmente através do discurso dominante permanentemente produzido por aqueles que fomentam o culto à crença (Legendre) - muitos se recusam a aceitar o 'câmbio paradigmático' de nossos tempos, e continuam a manter o Direito flagrantemente afastado da realidade social que lhe dá causa e sentido.

## **2 Norma jurídica e seus atributos: Kelsen, Hart e Bobbio.**

A concepção de norma jurídica informadora do *senso comum teórico* dos juristas (Warat)<sup>3</sup>, e ainda prevalente no discurso jurídico oficial<sup>4</sup>, é a proposta por Hans Kelsen, a partir de sua mais notória obra, a *Teoria Pura do Direito*<sup>5</sup>, que indubitavelmente representou um marco divisório não somente no aspecto especulativo, como também na *práxis* cotidiana dos juristas.

Em sua teoria, denominada por muitos como *normativismo lógico*, Kelsen expõe suas fortes influências Kantianas<sup>6</sup>. E também por influência da construção teórico-acadêmica promovida pelo chamado 'Círculo de Viena' - movimento do início do século XX que reuniu reconhecidos lógicos e filósofos predispostos à construção de linguagens ideais científicas em rompimento com a metafísica<sup>7</sup> -, Kelsen procura dar rigor de pureza metodológica ao Direito, erigindo-o à condição de Ciência<sup>8</sup> e estabelecendo como seu objeto o estudo a 'norma' em seu aspecto meramente descritivo.

---

<sup>2</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito**, Vol. I. p. 57.

<sup>3</sup> Conforme explica Warat: "[...] a expressão 'senso comum teórico' designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas." WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito**, Vol. I. p. 13 e 15.

<sup>4</sup> O *discurso oficial* a que aqui se faz referência consiste no '*dito autorizado*', na fala reconhecida pelos juristas como 'legítima', que diz ao meio jurídico o que fazer, como fazer e no que crer. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito**. p. 66-68.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

<sup>6</sup> Em sua teoria, Kelsen traz os pressupostos filosóficos da chamada Escola Neokantiana. Cfe. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. p. 136-137.

<sup>7</sup> Entre eles, Schlick, Carnap, Nagel, Morris, Quine, Pierce, Frege, Russel e Wittgenstein. Cfe. WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**. p. 34.

<sup>8</sup> WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**. p. 48.

Com a idéia de pureza<sup>9</sup> teórico-metodológica, Kelsen procura um definitivo rompimento com a concepção jusnaturalista, negando quaisquer abstrações morais, psicológicas, sociológicas ou religiosas para a fundamentação e justificação de justiça. Objetiva, também, diferenciar-se do positivismo tradicional que, sob vários aspectos, confundia-se com a sociologia jurídica<sup>10</sup>. Entende o autor que o Direito, enquanto ciência, deve ocupar-se tão somente do estudo da lei, da norma em si, e nada mais. Operando verdadeiro corte epistemológico em sua obra, separando *ser* e *dever ser*, o professor vienense estabelece clara distinção entre norma jurídica e norma de justiça<sup>11</sup>, e entre Direito e Política Jurídica<sup>12</sup>. Para Kelsen, caberia à Política Jurídica as preocupações de como devem ser as normas jurídicas.

Considerando o Direito a partir de uma perspectiva descritiva, calcada numa suposta neutralidade da norma jurídica que permitiria aos operadores jurídicos, especialmente os juízes, aplicarem o ordenamento também de forma neutra, isenta de seus (pré)juízos, (pré)conceitos e ideologias, Kelsen explica que "a norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo", sendo que "todo e qualquer conteúdo pode ser direito".<sup>13</sup>

Para Kelsen, o sistema jurídico seria formado por um conjunto hierárquico de normas que teria como fundamento último o que ele denomina por 'norma fundamental' (Grundnorm)<sup>14</sup> - um pressuposto lógico-transcendental<sup>15</sup> que estaria no topo da pirâmide da ordem normativa. No arcabouço positivo-legal, a Constituição, entendida como norma posta, estaria respaldada por uma norma hipotética, uma norma pressupostamente 'ideal' que serviria de

---

<sup>9</sup> Neste sentido conferir: KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. p. VI, 50, 52.

<sup>10</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 29.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. p. 7 -16.

<sup>12</sup> Afirma Kelsen: O problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito [...] porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. XVIII.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 221.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 217.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 224 e seguintes.

balizador do sistema jurídico<sup>16</sup> e que figuraria como ponto de partida do processo monista de criação do Direito Positivo<sup>17</sup>.

É a partir desta concepção monista de criação do Direito - onde o Estado figura como detentor do monopólio de produção normativa, e que rejeita qualquer tipo de pluralismo jurídico<sup>18</sup> - que o normativismo lógico kelseniano se consolida, reduzindo o Direito à norma, e defendendo que sua operacionalização deva ocorrer tão somente através de recursos lógicos dedutivos<sup>19</sup>. Na aplicação e interpretação da lei, o jurista jamais lançaria mão de qualquer juízo axiológico, sob pena de adentrar na competência exclusiva do legislador. Poderia tão somente, através de silogismo<sup>20</sup>, subsumir o fato à norma, como quem emoldura uma tela de arte<sup>21</sup>.

Para Kelsen, a validade e a vigência da norma eram condições inseparáveis. Desde que a norma posta obedecesse a todos os critérios e procedimentos formais de criação por parte da autoridade estatal previstos em outra norma (normalmente a Constituição)<sup>22</sup>, ela deveria ser considerada como inquestionavelmente válida para todos os efeitos, não importando qual fosse seu conteúdo. Não deveria, pois, ser preocupação do jurista a avaliação valorativa da lei. Deveria o operador jurídico, tão somente, verificar o atendimento dos requisitos formais de criação da lei, e aplicá-la ao caso concreto exatamente nos termos que prescreve. Logo, para Kelsen, somente a norma formalmente válida faz algo ser verdadeiramente jurídico<sup>23</sup>.

Também defendendo a completa desconexão entre Direito e moral, Hart, ao seu modo, e no contexto anglo-saxão do *Common Law*, também propõe uma

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **Que es Justicia?**. p. 140.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 222.

<sup>18</sup> Neste sentido, conferir WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. p. 13.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. p. 30.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 390.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Que es Justicia?** p. 137.

<sup>23</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 29.

concepção jurídica positivista. Almeja, com sua tese, o rompimento definitivo com o paradigma <sup>24</sup> jusnaturalista, objetivando oferecer ao Direito, especialmente quanto à compreensão de seus fundamentos, uma base mais sólida e firme para o seu estudo e aplicação<sup>25</sup>.

Preocupado em propor possibilidades de resposta à indagação 'o que é Direito?', Hart procura construir não uma teoria de cunho crítico, mas sim uma proposta teórica que, considerando o significado das palavras em face de um contexto social<sup>26</sup>, possa esclarecer e clarificar "o quadro geral do pensamento jurídico" contraposto à sociedade e à conduta humana social. Sustenta que o Direito pode se identificar com um fato social, e que o núcleo do Direito estaria nas fontes sociais<sup>27</sup>.

Considerando a incapacidade da tese austiniana em explicar de modo adequado a abrangência do significado de regra, Hart propõe uma nova concepção do Direito, compreendendo-o como união entre regras primárias e secundárias, conforme elucida:

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são, em certo sentido, parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados.<sup>28</sup>

O professor de Oxford defende que o fundamento último das regras jurídicas, ou seja, o seu fundamento de validade, se encontraria no que denomina como 'regra de reconhecimento'. Desta forma, segundo Hart, uma regra válida seria

---

<sup>24</sup> KUHN, Tomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. p. 13 e 219.

<sup>25</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 5-7.

<sup>26</sup> Hart sofre fortes influências da Escola Analítica Inglesa. Cfe. WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**. p. 36.

<sup>27</sup> Ou seja, para Hart, "el objeto principal del teoria del derecho es conocer, describir y explicar las convenciones del pasado". CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. p. 211.

<sup>28</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 91.

uma regra faticamente reconhecida, identificada pelos tribunais, funcionários, particulares e consultores como autêntica regra de Direito<sup>29</sup>. Significa dizer que tal regra para ser autêntica há de satisfazer "todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento."<sup>30</sup>

Outro ponto bastante relevante da tese de Hart, e que reflete sua preocupação com os preceitos de interpretação e de incertezas do Direito positivo, é sua concepção tocante ao que denominou de '*textura aberta do Direito*'. Para Hart, o poder discricionário oferecido pela linguagem é muito amplo, e precisa ser encarado como poder de verdadeira escolha entre possíveis interpretações por parte do operador jurídico, especialmente o julgador.<sup>31</sup>

No entanto, mesmo reconhecendo a necessidade do recurso discricionário por parte do intérprete do Direito, entende que tal poder não é ilimitado. Fazendo alusão ao 'jogo de críquete', Hart explica que o poder de escolha do intérprete do Direito estaria limitado por um parâmetro mínimo de interpretação, do qual não poderia se afastar, tal qual ocorre com um árbitro no seu exercício de disciplinar e definir o resultado de um jogo.<sup>32</sup>

Destarte, Hart sustenta que o conjunto normativo de regras de um sistema jurídico figura ao juiz/intérprete como padrões a serem seguidos em sua decisão, como parâmetros de limitação de seu poder discricionário sem, no entanto, excluí-lo. Logo, o intérprete, em suas possibilidades de escolha, não poderia se afastar do preceito nuclear da regra positiva.<sup>33</sup>

Vista, então, a concepção de Hart quanto ao Direito e seu fundamento, mais voltada evidentemente ao *Common Law*, e também enaltecendo a importância da norma em si, afastada de qualquer vinculação com a moral e sem importar seu conteúdo valorativo - que apenas seria preenchido pela discricionariedade do intérprete nos casos difíceis -, passa-se a outra forte influência do

---

<sup>29</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 121.

<sup>30</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 113-114.

<sup>31</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 140 e 141.

<sup>32</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 157-158.

<sup>33</sup> HART. Herbert L. A. **O conceito do Direito**. p. 161.

paleopositivismo europeu: a teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio.

Para Bobbio, que se contrapôs em certa medida às concepções juspositivistas que lhe antecederam<sup>34</sup> por entendê-las insuficientes, torna-se impossível uma definição do Direito a partir da norma jurídica considerada isoladamente. No seu entendimento "uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico".<sup>35</sup> Isto, porque jamais se poderia compreender o Direito tendo como ponto de partida a norma em si, vista isoladamente do sistema de que faz parte. Neste sentido, o estudo do Direito deve ocorrer a partir de um conjunto unitário, coerente e completo de normas, que em seu todo seria o ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

Em Bobbio vê-se que o ordenamento jurídico, muito embora formado por tipos de normas diferentes, apresenta-se como uma construção escalonada e unitária. Ou seja, aceitando a concepção Kelseniana da hierarquia entre normas jurídicas, Bobbio defende que o ordenamento é estruturado de normas superiores e inferiores que nascem da mesma e única fonte. Neste modelo, as normas inferiores dependem das superiores, e em direção ascendente, chega-se a uma norma última - a denominada por Kelsen, como já visto, como 'norma fundamental'<sup>37</sup>. Cada ordenamento jurídico teria a sua norma fundamental, sendo este o alicerce que oferece unidade a todas as outras normas.<sup>38</sup>

Além da unidade e coerência, a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio propõe a *completude* do sistema. Ao seu ver esta é a mais importante característica, eis que "é a mais típica e representa o ponto central, o coração

---

<sup>34</sup> No entanto, se manteve fiel em muitos pontos a Kelsen: "A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen." BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 198.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 22.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 28.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 28, 58 e 59.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 201.



do coração [...] do positivismo jurídico.”<sup>39</sup> Este aspecto, que consiste na ideologia fundamental deste movimento do Direito, tem por objetivo conciliar dois outros temas juspositivistas fundamentais: “aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer”.<sup>40</sup> Ou seja, afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa recusar a existência de lacunas na lei.<sup>41</sup>

Deste modo, com este breve resgate histórico-conceitual a respeito da norma jurídica, pôde-se observar que a visão positivista do Direito - que exerce forte influência no âmbito jurídico -, de modo geral, ainda reduz o Direito à regra ou ao seu conjunto normativo-sistemático. Encontra-se, como visto, apoiada na defesa da autonomia do Direito, tendo por base a teoria das fontes sociais e a rígida separação entre Direito e moral. Sem considerar o conteúdo da norma jurídica, o Direito vale pelo que representa a *norma em si*, não havendo preocupação ou cuidado em analisar se há consonância entre a lei e a realidade social. A base operacional do sistema ainda continua sendo o apelo ao recurso silogístico lógico-dedutivo, aliado à concepção tautológica de inspiração kantiana de que ‘lei posta é lei válida’, e que deve ser cumprida porque é a lei: como diria Zizek, “a lei é a lei”<sup>42</sup> e isso basta.

### **3 Norma constitucional: regras e princípios.**

Esta visão positivista-legalista, que figura como predominante no meio jurídico e social, além de ter-se revelado como desastrosa na prática<sup>43</sup>, ainda gera muitos problemas para a adequada compreensão do Direito. Com Kelsen,

---

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 207.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 207.

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 208.

<sup>42</sup> Explica Zizek: “de maneira mais precisa, poderíamos dizer que a fantasia ideológica vem tapar o buraco aberto pelo abismo, pelo cunho infundado da lei social. Esse buraco é delimitado pela tautologia ‘a lei é a lei’, fórmula que atesta o caráter ilegal e ilegítimo da instauração do reino da lei, de uma violência fora da lei, real, em que se sustenta o próprio reino da lei.” ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**. p. 63.

<sup>43</sup> Magalhães lembra que, com esta concepção da regra válida independentemente de seu conteúdo, o positivismo jurídico “passou a ser acusado por seus críticos de ser uma epistemologia legitimadora de ordens jurídicas totalitárias [...]”. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo. p. 136-137.

Hart, Bobbio e demais positivistas, se construiu uma teoria jurídica que, com o objetivo de conferir estatuto de cientificidade ao Direito e de afastá-lo de vez por todas do levante jusnaturalista de então, não assimilou a importante mudança de paradigma que florescera com o segundo pós-guerra: o *novo constitucionalismo*.

Este *novo constitucionalismo*, renovado em suas fontes, e também decorrente da virada hermenêutica que se consolidava no século XX, exige uma nova teoria de norma e uma nova forma de compreender o Direito. A partir deste novo paradigma, a velha teoria da norma - calcada na construção positivista tradicional que tem como ponto exclusivo de partida a norma enquanto regra positiva compreendida num esquema subsuntivo de dedução lógico-racional -, compreenderá a inserção de uma nova espécie normativa: o *princípio*.<sup>44</sup>

Esta nova compreensão tem sido fruto de uma corrente de teorias contemporâneas, também chamadas de *pós-positivistas*<sup>45</sup> ou *neoconstitucionalistas* - com destaque a autores como Alexy, Dworkin e Habermas -, que privilegiam e dão especial atenção aos problemas de indeterminabilidade e incerteza do Direito (encarando os casos difíceis ou *hard cases* não mais como casos excepcionais), e às relações entre Direito, moral e política<sup>46</sup>.

Com Habermas, vê-se que a completa desconexão entre Direito e moral, por um lado, e entre Direito e política, por outro, é inapropriada, e constitui uma leitura equivocada da sociedade contemporânea. O professor alemão explica que diante da permanente tensão que sempre se constatou no Direito entre indisponibilidade e instrumentalidade<sup>47</sup>, os juspositivistas, preocupados em resgatar o parâmetro de indisponibilidade do Direito representado pelo

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. p. 224-225.

<sup>45</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. p. 209 - 215.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. p. 224-225. Vale, no entanto registrar, que Streck atualmente defende a tese de que inexistente a dicotomia *hard cases* e *easy cases*. Trata-se, pois, de um problema de pré-compreensão. Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol.II. p. 232.

'sagrado' e que o legitimava para o Direito natural, primeiramente recorreram à autoridade soberana (Austin), e posteriormente recorrem à autonomia racional-normativa sem conteúdo (Kelsen). Afastaram, pois, por completo o Direito e seus pressupostos de justiça, perdendo, por conseqüência, sua âncora de legitimação.<sup>48</sup>

O autor defende que o entrelaçamento entre Direito, moral e política é fator de gênese. Afirma que quando o Direito formava seus aspectos de indisponibilidade e instrumentalidade, a consciência moral funcionou como uma espécie de 'catalisador' no processo em que se mesclou Direito e Moral<sup>49</sup>. Para Habermas, a moralidade está "embutida no direito positivo" e "possui força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade"<sup>50</sup>. Assim, segundo o herdeiro da Escola de Frankfurt, o Direito não pode ser autônomo e legítimo por si próprio. Ele somente se torna autônomo e legítimo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição "garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política"<sup>51</sup>.

Também aproximando Direito e moral, mas sob outro enfoque<sup>52</sup>, Alexy, através de sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*<sup>53</sup> foi dos primeiros estudiosos a trabalhar a concepção de normas jurídicas divididas em espécies. Nessa obra, o autor procura consolidar uma teoria geral dos direitos fundamentais enquanto teoria jurídica e não como uma pretensa filosofia dos direitos fundamentais independente do direito positivo<sup>54</sup>. Sua teoria pode ser

---

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. p. 237.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. p. 236.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. p. 243.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. p. 247.

<sup>52</sup> Alexy enfrenta fortes críticas de Habermas, especialmente quanto a sua visão excessivamente valorativa do Direito e da Constituição. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. p. 317.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 47.

considerada como “la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales”.<sup>55</sup>

E para cumprir seu desiderato - o de fortalecer sua proposta teórica acerca da dogmática dos direitos fundamentais - Alexy apresenta uma *teoría dos principios* como uma “axiologia isenta de suposições insustentáveis”<sup>56</sup>. Isto é, o autor alemão embasa sua teoria, ainda que muito criticado por isso, na combatida axiologia dos direitos fundamentais, como única via possível de sustentação e viabilização destes direitos. Alexy, em sua proposta teórica, equipara princípio a valor<sup>57</sup>. O que hoje são os direitos fundamentais, na opinião do autor, é definido principalmente sobre a base da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a também chamada *jurisprudência de valores*, que concebe a Constituição como uma ordem concreta de valores<sup>58</sup>.

Com sua teoria, Alexy parte da análise estrutural da norma de direito fundamental, apresentando diferenciação entre regras e princípios, considerando-os como espécies do gênero ‘norma’. Em sua opinião, tal diferenciação constitui a base da fundamentação jusfundamental e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais<sup>59</sup>.

Alexy destaca que tanto as regras como os princípios são normas que dizem respeito ao ‘deber ser’, pois, “ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permission y la prohibición.” Ressalta, que “los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”, e

---

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 25.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 25.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 138 e 147.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 23-24.

<sup>59</sup> Entende Alexy que com sua “teoría dos princípios dos direitos individuais”, pode-se melhor articular a complexa relação entre direitos individuais e bens coletivos. ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. p. 184.

arremata dizendo que “la distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”<sup>60</sup>

Assim é que, para Alexy, os princípios são, e este é o ponto decisivo de sua distinção estrutural, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas reais existentes. Isto é, os princípios constituem verdadeiros *mandatos de otimização*<sup>61</sup>, estando caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, como também das jurídicas.<sup>62</sup>

Diante do problema da tensão entre normas, Alexy explica que entre princípios existe *colisão*, e entre regras existe *conflito*<sup>63</sup>. Afirma que em ambos os casos, as normas aplicadas independentemente conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de *dever-ser* jurídico contraditórios. O conflito de regras somente pode ser solucionado através de duas formas: introduzindo numa das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando inválida uma das regras. Na colisão de princípios, a maneira de solucionamento é completamente diferente. Aqui não se leva em consideração o parâmetro de validade como visto com as regras, e sim a dimensão de peso entre os princípios colidentes. Para isso, na prática, uma vez constatada a relação de tensão entre interesses opostos, lançar-se-ia mão do recurso da *ponderação*<sup>64</sup>, onde se avaliaria qual das pretensões principiológicas teria maior peso no caso concreto<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 83.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 99.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 86-87.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 98.

<sup>64</sup> Importante notar que o recurso da ponderação axiológica preconizado por Alexy não consiste em ponto pacífico entre os estudiosos do assunto, especialmente quanto ao fato de lhe faltar um conteúdo ético fundamental. Com Rosa observa-se que “essa ponderação não pode ser absoluta. Deve partir do caso concreto, cotejando-se argumentativamente qual dos princípios em tensão possui, na espécie, o maior peso, consoante afirma Alexy, sem que, contudo, acolha-se [...] a ponderação valorativa, mas a ético-argumentativa, a partir de Dussel (critério ético-material). ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: ...*, p. 114.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 90.

Outro aspecto importante, segundo Alexy, é que os princípios carecem de conteúdo de determinação no que toca aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. Isto porque os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. Assim, os princípios não determinam como se pode resolver a relação entre uma razão e seu oposto. As regras, diferentemente, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Tal determinação pode enfraquecer por impossibilidades jurídicas e fáticas, conduzindo à invalidade. Mas, se isto não ocorrer, a determinação da regra será válida.<sup>66</sup>

E neste sentido, Alexy discorda do posicionamento de Dworkin <sup>67</sup>, especialmente pelo fato de seu modelo aproximar-se da idéia de que os princípios têm sempre um caráter *prima facie* e que todas as regras tem um mesmo caráter definitivo<sup>68</sup>. É que Dworkin defende a tese de que regras, quando valem, são aplicadas de uma maneira de 'tudo ou nada', considerando que os princípios somente contém uma razão que indica uma direção, mas que não tem como consequência necessariamente uma determinada decisão.<sup>69</sup>

Com Dworkin vemos que princípios estão inseridos em um outro contexto teórico. O professor anglo-saxão, que escreve – sempre bom frizar – no âmbito do *Common Law*, também entende que a proposta juspositivista de 'norma', especialmente em Hart, tornou-se insuficiente, devendo-se compreender o Direito numa dimensão composta de *normas, diretrizes políticas e princípios*. As diretrizes políticas dizem respeito aos objetivos sociais que se pretendem alcançar, e os princípios, estão ligados ao que se entende por justiça e equidade<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 99.

<sup>67</sup> Muito embora Alexy reconheça que sua teoria dos princípios possua aproximações com as propostas de Esser e Dworkin, entende que a tese do autor anglo-saxão possui excessos, tanto na perspectiva analítica, como normativa. ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. p. 184-186.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 99.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. p. 75.

<sup>70</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo. p. 09.

Partindo de uma crítica ao modelo positivista, especialmente ao que denomina 'teoria dominante'<sup>71</sup>, Dworkin - numa perspectiva liberal e antiutilitarista<sup>72</sup> -, procura construir uma teoria que de modo coerente possa aproximar Direito e moral, insurgindo-se ao parâmetro de validade do Direito utilizado pelos positivistas mais estritos. Pretende uma teoria que, por consequência, ofereça respostas ao que chama de *hard cases*, ou casos difíceis. Especialmente nestas circunstâncias, o modelo positivista não mais consegue oferecer soluções. Em casos em que não haja previsão legal, tal modelo desloca à discricionariedade judicial a responsabilidade pela escolha entre as possíveis decisões para o caso.

E é exatamente neste sentido que Dworkin denuncia o fracasso do positivismo jurídico dominante. Tal modelo não poderia simplesmente excluir do Direito tais casos problemáticos por não se enquadrarem no recurso silogístico-subsuntivo. Entende o autor, que em tais situações poder-se-ia lançar mão de *standards* de conteúdo moral, construídos pela história da comunidade, para 'preencher' a lacuna da lei, quais sejam, os *princípios*.<sup>73</sup>

A distinção entre princípios e normas, segundo Dworkin, fica bastante evidente em problemas e casos em que o ordenamento jurídico vigente não possua lei específica para a questão, ou que a norma vigente encontra-se em dissonância com a realidade social. Referida distinção, no entendimento do autor, é lógica, pois "ambos os conjuntos de *standards* apuntam a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, mas difieren en el caracter de la orientación que dan"<sup>74</sup>.

Assim, reconhecendo função deontológica para os *standards* de conteúdo moral que denomina por princípios, Dworkin crê que os juízes quando diante de casos difíceis podem e devem lançar mão do conjunto de princípios de uma comunidade para oferecer uma resposta adequada às demandas que lhe são submetidas a julgamento. Fariam isto através de um *esfuerzo hercúleo*, onde,

---

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. p. 31.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. p. 36.

<sup>73</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo. p. 18.

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. p. 75.

através de um exercício racional que levaria em consideração o peso e importância do princípio, a história<sup>75</sup> da comunidade, e a jurisprudência anteriormente firmada, dariam ao caso uma única resposta, uma resposta correta que resolveria a lide.<sup>76</sup>

Outro importante autor que se debruçou sobre o estudo da norma jurídica foi o constitucionalista português Canotilho. Rompendo com a teoria da metodologia jurídica tradicional, Canotilho parte seus estudos sobre a teoria da Constituição (ou teoria das Constituições)<sup>77</sup> - entendida como sistema aberto de regras e princípios - das seguintes premissas: "1) as regras e princípios são duas espécies de normas; 2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas".<sup>78</sup>

Diante da complexidade do conceito 'norma', e da necessidade da existência de parâmetros objetivos para a adequada distinção entre regras e princípios, Canotilho sugere um esquema de critérios. Segundo o autor português, regras podem ser distinguidas de princípios pelo(a): a) 'grau de abstração', onde percebe-se que princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, e regras um grau de abstração relativamente reduzido; b) 'grau de determinabilidade' no caso concreto, considerando que os princípios são vagos e indeterminados, e as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) 'caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito', eis que os princípios consistem em normas com papel fundamental no ordenamento jurídico por decorrência de sua posição hierárquica no sistema das fontes, ou pela sua importância estruturante no sistema jurídico; d) 'proximidade' da idéia de Direito, pois os princípios correspondem a *standards* com poder vinculante radicados nas exigências de justiça ou na idéia de Direito, e as regras podem

---

<sup>75</sup> Neste aspecto, Dworkin reconhece a influência de Gadamer em sua obra. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 75.

<sup>76</sup> A resposta única e correta seria alcançada, conforme Dworkin, por um 'Juiz Hércules', "[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade." DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 287.

<sup>77</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>78</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1146.



ser vinculativas com conteúdo meramente formal; f) 'natureza nomogenética', onde os princípios são fundamento de regras jurídicas, com função fundante.<sup>79</sup>

Assim, para Canotilho, que entende que os princípios são multifuncionais podendo desenvolver uma função argumentativa ou apresentar-se como norma de conduta deôntica<sup>80</sup>, a distinção entre regras e princípios exerce função estratégica para os direitos fundamentais<sup>81</sup>. Para o autor as regras "são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não é cumprida [...]"<sup>82</sup>. E, por sua vez, comungando com Alexy, entende que princípios "são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos"<sup>83</sup>. Em arremate, explica que os princípios, ao constituírem exigências de otimização, "permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes"<sup>84</sup>.

#### 4 Considerações Finais

Conforme foi observado, a visão do positivismo clássico desenvolvida especialmente por Kelsen, Hart e Bobbio, cada qual ao seu modo, ainda informadora do *sensu comum teórico* dos juristas (Warat), é a de que o Direito tem objeto próprio e exclusivo, qual seja, a *norma/ordenamento*. Nesta concepção, a norma é entendida mais apropriadamente como regra positivada em si mesma, e integrante de um conjunto normativo de escalonamento hierárquico que teria uma regra/norma mestra como fundamento – *regra de reconhecimento* para Hart, e *norma fundamental* para Kelsen e Bobbio. O Direito, segundo esta concepção, deve ser interpretado objetivamente e com

---

<sup>79</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1146-1147.

<sup>80</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1147.

<sup>81</sup> Como afirma, tal distinção é "particularmente importante em sede de direitos fundamentais". CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1.147.

<sup>82</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1147.

<sup>83</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1147.

<sup>84</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 1147.

rigor metodológico, através de mecanismos silogístico-dedutivos desencadeadores do processo racional de subsunção do fato à norma.

Os pós-positivistas, compreendendo a insuficiência do modelo clássico positivista, advertem que a norma entendida como regra positiva válida não abarca toda a complexidade do Direito, e propõem uma aproximação – antes rechaçada – entre Direito e moral, de modo a aceitar os princípios como *standards* válidos e de força normativa. Nesta concepção, trabalhada com destaque por Alexy, Dworkin e Canotilho, o Direito não mais seria regido tão somente por regras, e os casos difíceis poderiam ser solucionados com base em princípios.

Contudo, esta nova concepção do Direito - que o entende sob novo paradigma - é vítima de forte resistência por parte do *establishment* jurídico dominante (Streck) que ainda crê que o modelo clássico pode oferecer respostas a todos os casos, ou, reconhecendo a precariedade da postura normativista, ainda receia a mudança diante da possibilidade de uma 'desobediência civil' que poria em risco a sociedade e, especialmente, aqueles setores que sempre se beneficiaram de um Direito alienado, burocrático, distante da realidade social, e, por isso mesmo, absurdo<sup>85</sup>.

Com Streck vemos que esta resistência - que também passa pela construção teórica dos realistas norte-americanos e escandinavos - é ainda muito forte e de longa data tem oferecido muitas dificuldades para a mudança de paradigmas no Direito, mormente quando se trata do 'novo

---

<sup>85</sup> Faz-se aqui, referência ao *absurdo kafkaniano* bem descrito por Alexandre Morais da Rosa em atenção à obra *O Processo*, de Franz Kafka: "Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã". Assim Kafka começa a narrar a história de um cidadão comum apanhado pelas teias da enigmática Justiça descrita pela obra. Uma Justiça fugidia, opaca, opressora, claustrofóbica, contraditória, burocrática, da qual passa a ser um objeto de investigação, sem que saiba do que é acusado, quem o acusou e como se dá o processo. Desde sua prisão, efetuada por funcionários que não sabem os motivos de seus atos, e durante a instrução de seu processo, nada lhe é explicado. O absurdo processual narrado por Kafka transcorre mediante a intervenção de funcionários inferiores sempre cientes de suas obrigações e alienados da dimensão do processo, da estrutura, mas cumpridores da ordens expedidas pelo Outro, também desconhecido, Ausente. [...] Esse processo kafkaniano não está longe do que aconteceu em passado recente e do que se dá no mundo da vida, sem meias palavras, daquilo que acontece nos Foros em geral, principalmente no júri, dado que há um inescondível desconhecimento das regras do jogo, conquanto se mantenha a pose." ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**. p. 81-83.

constitucionalismo<sup>86</sup>. Tal resistência é ainda atribuída ao *modus* de interpretar o Direito que, refém do esquema subsuntivo-dedutivo positivista calcado na relação sujeito-objeto, torna-se refratário ao giro hermenêutico-linguístico-ontológico (Gadamer e Heidegger), que tem por base o florescer de um novo processo de interpretação compreensiva, sempre calcada na intersubjetividade<sup>87</sup>.

Esta postura recalcitrante impede com que, no Brasil, por exemplo, se implemente e concretize o *Estado Democrático de Direito*. Este, apesar de previsto formalmente em nossa Carta Magna, ainda figura como modelo distante da realidade social diante da manifesta e perseverante inefetividade constitucional. Enquanto permanece inefetiva, negligenciam-se à sociedade as promessas modernas<sup>88</sup>, condenando-a a uma intolerável realidade de espoliação, miséria e exclusão<sup>89</sup>.

Além da premente mudança de postura hermenêutica que se faz necessária diante do Direito - rompendo-se com a pseudo crença na capacidade racional-descritiva de nossa limitada consciência que, como sabemos, é atravessada pelo pulsante inconsciente<sup>90</sup> -, faz-se necessário assumir, de vez por todas, a superação da velha teoria da norma pelo modelo regra-princípio. A utilização coerente de princípios, sem é claro recursos ponderativos-valorativos absolutos, não somente oferecem soluções a casos em que a regra positiva é precária como também propiciam o que Rosa chama de *oxigenação constitucional*,<sup>91</sup> aproximando e adequando todo o conjunto normativo à

---

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. p. 224.

<sup>87</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. p. 73-132; HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Vol. I. p. 207.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. p. 21 e seguintes.

<sup>89</sup> MÜLLER, Friederich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. Trad. Peter Naumann. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

<sup>90</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional**. p 55 e seguintes.

<sup>91</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. p. 112.

Constituição da República - que, entre nós, deve representar todo o agir político-estatal-dirigente (Canotilho)<sup>92</sup>.

## Referência das fontes citadas

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. 16.ed. São Paulo: Ediouro, 2005. p. 30.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1991.

CALSAMIGLIA, Albert. Estudio Preliminar. *In: Que es Justicia?* Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982.

\_\_\_\_\_. Prólogo *in: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. Postpositivismo. **Doxa**: Cuadernos de Filosofia del Derecho. Alicante (Espanha), v. 21, 1998. p. 209.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

---

<sup>92</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Vol. I. Trad. Márcia Sá Cavalcanti Schback. Petrópolis: Vozes, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito do Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 4.ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Que es Justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Tomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do Direito Alternativo. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, a.30, n.30, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Sergio Fabris: Porto Alegre: 1994.

MÜLLER, Friederich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?*. Trad. Peter Naumann. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: Idéias e Ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8 ed. rev. atual.amp. Florianópolis: OAB Editora, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Infracional**: Garantismo, psicanálise e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: **Direito, Estado e Democracia**: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol. 1, n.4, Porto Alegre, 2006.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito** – Interpretação da lei, Temas para uma reformulação. Vol. I., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral do Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. v. 2.

WARAT, Luis Alberto. PÊPE, Albana Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**: o sublime objeto da ideologia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. *In*: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e outro(Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.