



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE
DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Linha de pesquisa 1: Direitos humanos fundamentais: análise crítica do Constitucionalismo, de suas manifestações sociais e de sua interpretação/aplicação na pós-modernidade

João Cássio Adileu Miranda

OS VALORES DEMOCRÁTICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ALIADO
AO PROCEDIMENTALISMO

Maceió

2024

João Cássio Adileu Miranda

OS VALORES DEMOCRÁTICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ALIADO AO
PROCEDIMENTALISMO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. Linha de pesquisa 1: Direitos humanos fundamentais: análise crítica do Constitucionalismo, de suas manifestações sociais e de sua interpretação/aplicação na pós-modernidade

Orientador: Professor Doutor Andreas Joachim Krell

Maceió

2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Jorge Raimundo da Silva – CRB-4 – 1528

M672r

Miranda, João Cássio Adileu.

Os valores democráticos do Positivismo jurídico normativo aliado ao procedimentalismo / João Cássio Adileu Miranda. – 2024.

91 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.

Dissertação (Mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito) –
Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2024.

Bibliografia: f. 85-91

1. Positivismo jurídico. 2. Direito como planejamento.
3. Democracia – Procedimentalismo. I. Título.

CDU: 342.34

João Cássio Adileu Miranda

OS VALORES DEMOCRÁTICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ALIADO AO
PROCEDIMENTALISMO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre. Linha de pesquisa 1:
Direitos humanos fundamentais: análise crítica do
Constitucionalismo, de suas manifestações sociais e de sua
interpretação/aplicação na pós-modernidade

Aprovada em: 12/12/2024

BANCA EXAMINADORA

Professor Beclaute Oliveira Silva (Membro Interno, Presidente da banca)
Universidade Federal de Alagoas

Professor Adrualdo de Lima Catão, Doutor (Membro Interno, Presidente da banca)
Universidade Federal de Alagoas

Professor Gabriel Dias Marques da Cruz, Doutor (Membro Externo)
Universidade Federal da Bahia

Maceió

2024

“Na verdade, então, e a despeito do que algumas pessoas possam pensar, o efetivo tirano é o efetivo escravo forçado a participar da pior espécie de adulação, servilismo e bajulação dirigida à pior espécie e de gente; e está tão longe de satisfazer seus apetites, isto se é que alguém sabe como observar sua alma no seu todo, que permanece presa da necessidade mais premente de um máximo de coisas, revelando-se verdadeiramente um homem pobre.”

Desenvolvimento da teoria axiológica do agir humano no diálogo entre Sócrates e Gláucon na República de Platão (579b)¹

¹ PLATÃO. **A República (ou da Justiça)**. São Paulo: Edipro, 2020 (e-book), p. 448–449.

AGRADECIMENTOS

Aproveito a oportunidade para agradecer às pessoas que foram imprescindíveis para que eu encerrasse essa fase de minha vida com uma sensação de dever cumprido – ainda que não cite o nome de todos.

Em primeiro lugar, agradeço à minha amada esposa Caroline pelo apoio e paciência com a minha escolha em ingressar no mestrado logo em nosso primeiro ano em Maceió. O seu companheirismo foi fundamental para que eu pudesse enfrentar as adversidades dessa nova fase de nossas vidas.

Agradeço ao meu fiel escudeiro Yoshi, embora ele não entenda o porquê de eu trabalhar e estudar.

Agradeço à minha família como um todo, pais, irmão, afilhado, cunhadas, madrastra, tios e primos, em especial às crianças (e agora uma adolescente) que trazem vida e alegrias a todos.

Agradeço aos professores doutores Andreas Krell, Beclaute Oliveira, George Sarmiento e Adrualdo Catão pelas aulas, ensinamentos e valiosas críticas que me fizeram refletir bastante sobre os posicionamentos adotados na dissertação.

Agradeço aos amigos da Procuradoria-Geral do Estado pelas conversas enriquecedoras sobre o meu trabalho, incluindo as muitas provocações e brincadeiras sobre a inutilidade em se estudar filosofia do direito.

Por fim, infelizmente com um parágrafo de duas linhas que tanto o desagrada, agradeço a David Sobreira pela paciência em revisar um texto pouco respeitoso com as normas da ABNT.

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto a relação entre a democracia e o positivismo jurídico normativo. Para tanto, extrapolo a teoria do direito como planejamento de Shapiro para uma perspectiva moral e independente da verdade de sua pretensão descritiva. Além disso, adoto uma concepção procedimental da democracia, identificando a moralidade interna desse regime de governo e os valores subjacentes ao princípio majoritário. Defendo, então, que as teorias adotadas são moralmente mais vantajosas para a democracia que posicionamentos substancialistas e/ou de direito natural, por permitir a criação de um ambiente que preserve a autonomia moral dos cidadãos e a deliberação democrática.

Palavras-chave: positivismo jurídico; direito como planejamento; democracia; procedimentalismo.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. POSITIVISMOS JURÍDICOS: O QUE É E POR QUÊ?	11
2.1 Problemas fundamentais das teorias do direito.....	13
2.1.1 Problema da possibilidade do direito.....	14
2.1.2 O problema da normatividade do direito.....	15
2.1.2.1 <i>A insuficiência das teorias centradas na sanção</i>	19
2.1.2.2 <i>Hart e o ponto de vista interno</i>	22
2.2 Introdução às teses do positivismo jurídico	24
2.2.1 Teoria das fontes.....	24
2.2.2 Relação entre direito e moral	27
2.2.3 A diferença prática do direito.....	31
2.2.4 Indiferença prática do uso de fatos morais como fonte do direito.....	36
2.2.5 Positivismo e ciência	42
2.2.6 Positivismo e interpretação.....	43
3 O DIREITO COMO PLANEJAMENTO	47
3.1 Introdução sobre a atividade humana de planejar.....	47
3.2 As teses centrais do direito como planejamento	49
3.3 Soluções aos problemas da possibilidade e da normatividade do direito.....	51
3.4 Um plano e para salvar a tese da separação entre direito e moral	52
3.5 Pensando dentro da caixinha: interpretação e desacordos teóricos	53
4 DEMOCRACIA.....	57
4.1 Definição e requisitos mínimos da democracia.....	57
4.1.1 A questão da metaética.....	61
4.1.2 Autonomia moral.....	63
4.2 Democracia procedimental e o papel político do Poder Judiciário.....	65
4.3 Democracia substancial e neoconstitucionalismo	74
5 OS VALORES DEMOCRÁTICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ALIADO AO PROCEDIMENTALISMO	78

CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

ABSTRACT

This dissertation has the relationship between democracy and normative legal positivism as its object. To do so, I extend Shapiro's planning theory of law to a moral perspective that is independent of the truth of its descriptive claims. Besides that, I adopt a procedural conception of democracy, identifying the internal morality of this government regime and the values underlying the majority principle. I argue that the theories I have embraced are morally more advantageous for democracy than substantive and/or natural law positions, as they allow for the creation of an environment that preserves citizens' moral autonomy and democratic deliberation.

Keywords: legal positivism; planning theory of law; democracy; procedimentalism.

1. INTRODUÇÃO

Ainda que isso soe trivial, Hart foi certo ao afirmar, com preocupação, que poucas questões relativas à humanidade são perguntadas com tanta persistência – e respondidas com seriedade de maneiras diversas, estranhas e mesmo paradoxais – como: o que é o direito?²

Embora o estudo sobre a Babilônia seja prescindível,³ ficamos perplexos com fenômenos sociais similares⁴ que nos remetem à identificação de graus de juridicidade⁵ baseados num conceito de direito que podemos não conseguir expressar de maneira clara, coerente e universalizável – mas sabemos quando vemos.⁶

Caso enfrentemos essas questões, a nossa perplexidade é agravada pela necessidade de compreensão do relacionamento entre moral e o direito – que compartilham parte do mesmo vocabulário⁷ –, assim como pela própria abordagem filosófica a ser adotada, se analítica ou normativa⁸.

Hart notou que a ausência de respostas unívocas a respeito das questões persistentes sobre o direito não decorre da ignorância nem da inabilidade dos pensadores.⁹ Aliás, essa dificuldade é um sintoma da racionalidade limitada dos seres humanos – premissa fundamental para o positivismo jurídico de Shapiro, influenciado pela filosofia da ação de Bratman.¹⁰

A racionalidade humana, embora limitada, confere a capacidade de agir propositadamente e de executar planos, os quais são necessários para deliberar antecipadamente sobre nossas ações (porque é inviável agir apenas com raciocínio presente) e para atingir objetivos complexos por meio de ações coordenadas coletivas e individuais, mesmo com recursos limitados.¹¹

² HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 1.

³ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

⁴ HART, *op cit.*, p. 5.

⁵ Tradução livre de *lawness*, termo utilizado por Schauer na sua resenha crítica do livro *A Realistic Theory of Law* de Tamanaha, a fim de se referir ao grau de similaridade de um fenômeno social com o direito. SCHAUER, Frederick, *Lawness*, **Washington University Law Review**, v. 95, p. 1135-1148, 2018.

⁶ Segue trecho famoso no voto concorrente do Justice Potter Stewart do Caso da Obscenidade, que tratava da proteção constitucional da pornografia sob a cláusula da liberdade de expressão: “I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.” *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), p. 197.

⁷ HART, *op cit.*, p. 6-8.

⁸ Primeiramente, vou equiparar *jurisprudence* a teoria do direito para os fins dessa resenha. Feita essa explicação, adoto a classificação das teorias do direito em normativa (que trata da fundamentação moral do direito) e analítica (que examina os fundamentos metafísico, quais sejam a natureza da lei e suas entidades). SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 2-3.

⁹ HART, *op cit.*, p. 8.

¹⁰ BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987.

¹¹ *Ibid.*, p. 2.

A necessidade de coordenação racional ganha maior relevância nas circunstâncias da juridicidade, condições sociais que exigem formas sofisticadas de planejamento e que surgem quando uma comunidade tem diversos problemas morais sérios com soluções complexas, contenciosas ou arbitrárias.¹²

Esses problemas podem até ser solucionados por meios extralegais, como ordens espontâneas, acordos privados e consensos. Entretanto, as comunidades imersas nessas circunstâncias têm boas razões para reduzir os custos e riscos associados a soluções alheias aos planos sociais sofisticados que apenas as instituições jurídicas fornecem.¹³

Desse contexto se infere a tese do propósito fundamental da atividade jurídica: remediar as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade.¹⁴ Há, pois, uma conexão necessária e conceitual entre o direito e a moral, o que, contudo, não significa a incorporação da racionalidade moral na interpretação do direito,¹⁵ como desenvolverei ao longo deste trabalho.

As circunstâncias da juridicidade se tornam mais complexas nas democracias contemporâneas, por força da heterogeneidade sociocultural e da jurisdição constitucional, marcada, segundo Hart Ely, pelo problema da interdisciplinaridade e pela ausência de monopólio judicial sobre a moralidade (já que o juízo é desapaixonado, em tese).¹⁶

A presente dissertação, portanto, tem o objetivo de esclarecer a relação entre o positivismo jurídico e a democracia constitucional, sobretudo no tocante à compatibilidade entre tais institutos (principalmente na realidade brasileira), de maneira a preservar os objetos de estudo contra o esvaziamento pelo uso inadequado.

Isso é justificado pela natureza disputada dos conceitos envolvidos (especialmente pela formação de um imaginário de reprovação moral do positivismo jurídico no Brasil¹⁷), que instiga, para uma compreensão mais clara, reflexões que levem em conta a interdependência entre a teoria política e a teoria do direito.

A minha adoção do positivismo jurídico exclusivo é abrangente, considerando que acredito na verdade da teoria sob a perspectiva descritiva e a defendo sob a perspectiva normativa, reconhecendo as vantagens morais desse posicionamento para a democracia.

¹² SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 170.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 213.

¹⁵ *Ibid.*, p. 353-388.

¹⁶ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 56.

¹⁷ Rodrigo Valadão trata da formação dos mitos do positivismo na Alemanha e no Brasil, dentre os quais estão a suposta ausência absoluta de relação com direito e moral e a legitimação de sistemas jurídicos autocráticos. Para isso, selecionou citações de diversos autores bem-conceituados que cometeram tal equívoco. VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 33-44.

No segundo capítulo, introduzo o conceito de positivismo jurídico, as suas principais teses e as respostas dadas aos problemas fundamentais das teorias do direito: os problemas da possibilidade e da normatividade do direito. Esse capítulo fixará as bases para a compreensão da teoria do direito adotada no trabalho, ancorada no positivismo jurídico exclusivo de origem americana, que será diferenciado do positivismo cientificista continental e do neoconstitucionalismo.

No terceiro capítulo, apresento primeiramente a filosofia de ação de Bratman, necessária para a compreensão e exposição da teoria do direito como planejamento de Shapiro, que será adotada principalmente no tocante à tese da separação entre a moral e o direito (apesar de identificar uma conexão necessária entre essas esferas normativas) e à teoria da interpretação.

No quarto capítulo, abordo inicialmente a democracia básica na visão de Ober, que independe da influência moral do liberalismo político. Expostos os requisitos fundamentais, como a autonomia moral e a atenção à metaética, aprofundo a discussão a respeito do caráter procedimental do núcleo da democracia – bem como destaco os desafios decorrentes do papel político do Poder Judiciário, à luz da moralidade do princípio majoritário com base em Waldron.

No quinto capítulo, desenvolvo o positivismo sob a perspectiva normativa, ou seja, independentemente de sua verdade descritiva da teoria de Shapiro, como um posicionamento valioso para a democracia – a exemplo da otimização da autonomia moral dos cidadãos e da formação de uma cultura combativa ao quietismo político –, principalmente se associado à concepção procedimental da democracia.

Por fim, esclareço que farei uso da primeira pessoa para dar maior clareza ao texto, ao distinguir opiniões próprias dos retratos dos posicionamentos doutrinários, para os quais utilizarei a terceira pessoa. Dessa forma, evito o manejo da impessoalidade subjacente à terceira pessoa como recurso meramente retórico. Embora isso seja pouco usual na literatura jurídica brasileira¹⁸, esse estilo de escrita é adotado pela maioria dos autores anglófonos que serão trabalhados ao longo do presente texto.

¹⁸ A obra de Gabriel Marques me convenceu a adotar esse estilo de escrita. CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 14.

2. POSITIVISMOS JURÍDICOS: O QUE É E POR QUÊ?

O entendimento da importância da abordagem das teorias do direito é um passo anterior ao aprofundamento das teorias propriamente ditas, assim como dos problemas que estas buscam responder. Para tanto, adotarei conceitos definidos por Shapiro:

Teoria do direito normativa liga com as fundações morais do direito, enquanto a teoria analítica examina as fundações metafísicas. Vamos discutir cada uma.

A teoria normativa é o estudo do direito a partir de uma perspectiva moral e compreende dois ramos, que me referirei como interpretativo e crítico. Teóricos interpretativos buscam o fornecimento de uma consideração sobre os efetivos fundamentos morais ou lógica do Direito atual.

(...)

Aqueles que trabalham no ramo crítico estão interessados numa questão diferente. Em vez de tentar descrever as fundações morais do direito atual, eles querem saber, sob uma perspectiva moral, como o direito deveria ser.

(...)

A teoria analítica, em contraste, não está preocupada com a moralidade. Em vez disso, ela se preocupa com a natureza do direito e das entidades jurídicas, e seus objetos de estudo incluem cortes jurídicas, causalidade, propriedade, crimes, responsabilidade civil, assim em diante. Teóricos analíticos querem determinar a natureza fundamental desses objetos particulares de estudo por meio de perguntas analíticas como: o que distingue sistemas jurídicos de jogos, etiqueta e religião? Todas as leis são regras? Os direitos legais são um tipo de direito moral? O raciocínio jurídico é uma classe especial de raciocínio? A causalidade jurídica é a mesma causalidade ordinária e cotidiana? A propriedade é mais bem entendida como um complexo de direitos? O que distingue responsabilidade civil de crimes? Assim em diante.¹⁹

¹⁹ Tradução livre: “Normative jurisprudence deals with the moral foundations of the law, while analytical jurisprudence examines its metaphysical foundations. Let’s discuss each in turn.

Normative jurisprudence is the study of the law from a moral perspective and comprises two branches, which I will refer to as interpretive and critical. Interpretive jurisprudes seek to provide an account of the actual moral underpinnings or logic of current law.

(...)

Those who work in the critical branch of normative jurisprudence are interested in a different question. Instead of attempting to describe the actual moral foundations of current law, they want to know what, from a moral point of view, the law should be.

(...)

Analytical jurisprudence, by contrast, is not concerned with morality. Rather, it analyzes the nature of law and legal entities, and its objects of study include legal systems, laws, rules, rights, authority, validity, obligation, interpretation, sovereignty, courts, proximate causation, property, crime, tort, negligence, and so on. Analytical jurisprudes want to determine the fundamental nature of these particular objects of study by asking analytical questions such as: What distinguishes legal systems from games, etiquette, and religion? Are all laws rules? Are legal rights a type of moral right? Is legal reasoning a special kind of reasoning? Is legal causation the same as ordinary, everyday causation? Is property best understood as a bundle of rights? What distinguishes torts from crimes? And so on.” (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 2-3). Shapiro tem utilizado uma nova visão em trabalhos posteriores, ao considerar a teoria geral do direito como um ramo da investigação metanormativa (metaética) que tem um projeto substancialmente explicativo a respeito do pensamento, discurso e prática jurídica em relação à realidade geral. Contudo, mantenho o esquema de *Legality* em razão do escopo do trabalho e do fim didático do trecho citado. SHAPIRO, Scott J.; PLUNKETT, David. Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry. *Ethics*, v. 127, n. 4, 2017.

O estudo da juridicidade (da propriedade de ser direito) é uma busca de uma definição de dicionário. Inclusive, Shapiro atribui o preconceito generalizado sobre a filosofia a essa atividade meramente semântica.²⁰

Na realidade, a teoria do direito corresponde à compreensão de estruturas significativas do mundo social, a natureza dos seus institutos, suas propriedades necessárias e distintas, bem como as implicações decorrentes dessa identidade.²¹

Essas implicações são principalmente práticas – sobretudo nas teorias que têm a filosofia da ação como marco teórico –, tendo em vista que a resposta sobre o que é o direito num caso concreto decorre do entendimento sobre o que é o direito em abstrato.²²

Sob uma visão filosófica diferente, Dworkin sustentava a inexistência de uma linha divisória entre a teoria do direito e a prática jurídica, de forma que toda decisão judicial é uma peça de filosofia jurídica, mesmo que isso seja ofuscado pelas citações e listas de fatos: a teoria do direito é o prólogo silencioso de qualquer decisão jurídica.²³

Na esteira das teorias do direito, o positivismo é um rótulo atribuído a diversas correntes filosóficas, que podem ter interesses normativos (como o direito deve ser) e/ou descritivos (como o direito é). Nesse sentido, Waldron aponta que:

No nível da “positividade” do direito que interessa os positivistas jurídicos: alguns estão interessados na separação entre a moral e o direito no nível concreto; alguns estão interessados nas qualidades textuais e/ou normativas do direito, por razões que vão além ou se afastam da tese da separabilidade; alguns estão interessados no direito como uma instituição distintiva e nas suas características institucionais; e alguns estão interessados na autonomia ética de diversas profissões, como julgar. (Chamaremos isso de “Menu A”.) E no nível do que eles veem como valor afirmativo ou função do direito (ou legalidade ou o *rule of law*), alguns teóricos normativos estão interessados em paz, alguns estão interessados em previsibilidade (e outros valores conectados à previsibilidade, como a prosperidade utilitária ou a autonomia de Hayek), alguns estão interessados no controle do poder, alguns estão interessados em democracia, alguns estão interessados em obrigação e/ou legitimidade política, e alguns estão interessados nas condições de coordenação social. (Chamaremos isso de “Menu B”.)

Aqueles que resistem a metodologia da teoria geral do direito associada com o positivismo normativo talvez o façam porque temem que um interesse particular daqueles do Menu B está sendo impingido aos positivistas jurídicos – como se eles todos devessem ter os interesses programáticos que, digamos, Bentham ou Hobbes tinham, ou nem sequer contam como positivistas jurídicos. Mas o temor não tem fundamento. Aqueles como Campbell, Perry e Postema, que enfatizam a dimensão normativa da teoria do direito positivista, não estão tentando impor os seus programas normativos aos positivistas em geral (apesar de, sem dúvida, eles terem suas próprias visões sobre os problemas normativos). Eles estão dizendo simplesmente que a seleção de algo do Menu A como o aspecto de positividade a ser focado

²⁰ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 7-8.

²¹ *Ibid.*, p. 8.

²² *Ibid.*, p. 25.

²³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986. p. 90.

numa teoria do direito não é inteligível por si só, e não pode ser crivelmente apresentada como uma questão de “análise” pura. Para ser inteligível, isso tem que ser motivado.²⁴

Da mesma forma, Waldron identifica o positivismo descritivo como meta-eticamente neutro, compatível com o realismo e antirrealismo morais. Entretanto, considera o positivismo normativo (moralmente posicionado) como a forma mais interessante de positivismo, porque avalia a contaminação moral das decisões jurídicas como uma desvantagem moral, como uma perda de algo valioso por meio disso (o melhor entendimento dos desacordos morais).²⁵

Além do reconhecimento dos positivistas normativos (posicionamento que será adotado mais adiante), a classificação das espécies de teorias das fontes (positivismo exclusivo e inclusivo) também tem utilidade para o presente trabalho.

A seguir, tratarei dos problemas inerentes às teorias do direito (especialmente as positivistas), os quais desempenham um papel essencial para a compreensão das premissas teóricas aqui adotadas. Posteriormente, introduzirei as principais teses do positivismo, a fim de firmar as bases necessárias para apresentar a teoria adotada para o presente trabalho (capítulo 3), que exige um conhecimento prévio do debate entre Hart e Dworkin. Compararei, então, o positivismo e o neoconstitucionalismo, o qual será criticado à luz da tese da diferença prática do direito. Por fim, esclareço as peculiaridades do positivismo anglófono quanto à pretensão de cientificidade do direito e às teorias da interpretação.

2.1 Problemas fundamentais das teorias do direito

Os subtópicos seguintes abordarão os problemas das teorias do direito segundo Shapiro, quais sejam o problema da possibilidade do direito (que lida com o risco de regresso infinito na

²⁴ Tradução livre: At the level of the ‘positivity’ of law that interests legal positivists: some are interested in the separation of law and morality at the retail level; some are interested in the textual and/or rule-like qualities of law, for reasons that go beyond or stand apart from the separability thesis; some are interested in law as a distinctive institution and its institutional characteristics; and some are interested in the ethical autonomy of various legal-professional roles, such as judging. (We will call this ‘Menu A’.) And at the level of what they see as the affirmative value or function of law (or legality or the rule of law), some normative theorists are interested in peace, some are interested in predictability (and other values connected with predictability, such as utilitarian prosperity or Hayekian autonomy), some are interested in the control of power, some are interested in democracy, some are interested in political obligation and/or legitimacy, and some are interested in the conditions of social coordination. (We will call this ‘Menu B’.)

Those who resist the general jurisprudential methodology associated with normative positivism may do so because they fear that a particular one of these interests from Menu B is being foisted on legal positivists—as though they must all have the programmatic interests that, say, Bentham or Hobbes had, or not count as real positivists at all. But the fear is groundless. Those like Campbell, Perry, and Postema who emphasize the normative dimension of positivist jurisprudence are not trying to foist their particular normative programme onto positivists in general (though no doubt they have their own views on the normative issues). They are simply saying that the selection of something from Menu A as the aspect of positivity to focus on in one’s jurisprudence is not intelligible on its own, and cannot credibly be presented as a matter of pure ‘analysis’. To be intelligible, it must be motivated.. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism, *in*: COLEMAN, Jules (org.), **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 432-433.

²⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 166-167.

fundamentação de validade) e o problema da normatividade do direito (relativo à explicação da obrigatoriedade do ordenamento jurídico e das normas jurídicas).

2.1.1 Problema da possibilidade do direito

Para se criar normas jurídicas, uma pessoa (ou instituição) deve ter poder jurídico, o qual é atribuído por uma norma jurídica criada por um poder jurídico pré-existente, atribuído por uma norma prévia – num possível regresso infinito.²⁶

O problema da possibilidade não é uma questão específica do direito, visto que o argumento da primeira causa permeia a teologia e até mesmo a astronomia, comumente ilustrado pela anedota das tartarugas *all the way down*²⁷. A diferença é que o direito, por ser uma criação humana, realmente teve uma primeira causa – a pergunta é: qual?

A resolução do problema depende da rejeição de um dos princípios: ou há uma norma fundamental pré-existente ou um poder jurídico fundamental pré-existente.²⁸

Hart adotou o princípio da norma pré-existente ao formular a regra de reconhecimento, justificada pelo argumento de que grupos podem criar regras sociais simplesmente ao aderirem, convencionalmente,²⁹ a uma prática social.³⁰

Entretanto, Shapiro entende que essa conclusão é um erro de categoria filosófica, pois práticas sociais não compartilham o mesmo plano metafísico das normas sociais,³¹ sem embargo de concordar com a necessidade de explicação teórica a respeito da aceitação de regras por atitudes práticas – ônus não assumido pelas teorias centradas na sanção³².

²⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 37.

²⁷ Essa anedota se refere a uma aula de Russell sobre a existência de Deus, na qual o filósofo equiparou o argumento da primeira causa à visão hindu em que o mundo está apoiado num elefante que se apoia numa tartaruga. Quando perguntado a respeito do apoio da tartaruga, o indiano disse “vamos mudar o assunto”. Russell entendia que não havia provas a respeito de um início do universo. RUSSELL, Bertrand, **Why I am not a Christian And other essays on religion and related subjects**. London; New York: Routledge Classics, 2004. p. 4-5. A versão mais divertida tem outra resposta: tartarugas *all the way down*. A título de curiosidade, Hawking corroborou a tese da inexistência linear do tempo-espaço. HAWKING, Stephen. **A brief history of time**. 10. ed. New York: Bantam Books, 2011. p. 1.

²⁸ SHAPIRO, *op cit.*, p. 42.

²⁹ O convencionalismo de Hart foi elaborado em seu pós-escrito em resposta a Dworkin. Shapiro discorda da visão convencionalista do direito. *Ibid.*, p. 266-267; SHAPIRO, *op cit.*, p. 105-106.

³⁰ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 100-110.

³¹ SHAPIRO, *op cit.*, p. 102-103.

³² Essa crítica é especialmente direcionada a Austin. Shapiro absolve Kelsen dessa crítica por se tratar de uma teoria centrada em normas, ainda que a sanção seja tratada como um elemento necessário do direito (o que é um erro por si só). SHAPIRO, Scott J. What is the Internal Point of View? **Fordham Law Review**, v. 75, p. 1157-1170, 2006. A partir de um ângulo diferente, Foucault analisava a perda da centralidade da sanção no controle social, em razão da mudança do paradigma da soberania para o da disciplina, que desempenha o papel de naturalização e de normalização de comportamentos sociais, e transforma o destinatário da norma num participante na sua manutenção social. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. p. 291-293.

À luz do neokantismo, Kelsen também evita o regresso infinito pela via normativa, ao idealizar a norma hipotética fundamental como condição lógico-transcendental do conhecimento jurídico. Todavia, a natureza metajurídica dessa norma obstará o seu estudo pela ciência pura do direito.³³

Malgrado não tenha destrinchado todo o debate, quis mostrar que o problema da possibilidade não é um enigma filosófico estéril, mas uma questão necessária à verificação da própria existência e sustentabilidade de uma teoria do Direito – um recurso analítico para determinar as fundações dos sistemas jurídicos e para descobrir as fontes do Direito.³⁴

2.1.2 O problema da normatividade do direito

O problema da normatividade do direito se refere a como determinar o caráter normativo das regras e como o direito afeta as motivações da ação – e o porquê de as pessoas usarem linguagem normativa no direito (dever, obrigação, proibição, poder fazer ou deixar de fazer algo etc.).³⁵

Essa preocupação não exige a justificativa do direito, mas a adequada compreensão do raciocínio jurídico – de como uma pessoa entende, avalia e justifica a sua própria conduta diante das normas jurídicas a ela impostas³⁶ –, elemento de qualquer decisão jurídica, seja ela judicial, contratual ou mera deliberação acerca da conduta lícita a ser adotada.

Ainda que tenhamos uma resposta à possibilidade na fonte social do direito, a existência de tal poder é uma questão de fato, do qual não decorre que os destinatários das normas devem obedecê-las. O fato de uma pessoa mandar outra fazer ou deixar de fazer algo não origina, por si só, uma obrigação de cumprimento da determinação. Há um ônus de demonstração da normatividade do direito e uma necessidade de criação de um princípio que sirva de ponte entre os juízos descritivos e normativos,³⁷ como percebido por Hume ao destacar a distinção *is-ought*:

Em todo sistema de moralidade que me deparei até então, sempre percebi que o autor procede, por algum tempo, na forma ordinária de raciocinar e estabelece a existência de um Deus ou faz observações a respeito dos assuntos humanos; quando, de repente, fico surpreso ao notar que, em vez das cópulas usuais de proposições, é e não é, eu não encontro nenhuma proposição que não esteja conectada a um dever-ser ou a um deve-não-ser. Essa mudança é imperceptível; mas é, contudo, de última consequência. Pois como esse dever-ser, ou deve-não-ser, expressa uma nova relação ou afirmação, é necessário que isso deva ser observado e explicado; e, ao mesmo tempo que uma razão deve ser dada, para o que parece totalmente inconcebível, como essa nova relação pode ser uma dedução de outras, as quais são

³³ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo Introdutório - O Lugar e Alguns dos Principais Temas da Primeira Edição da Teoria Pura do Direito no Contexto Geral da Obra de Kelsen. In: KELSEN, Hans (ed.), **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 53-58 (Kindle).

³⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 45.

³⁵ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 306.

³⁶ SHAPIRO, *op cit.*, p. 113-114.

³⁷ *Ibid.*, p. 48.

totalmente diferentes dela. Mas como autores não comumente tomam essa precaução, eu devo presumir a recomendação para os leitores; e estou persuadido de que essa pequena atenção subverteria todos os sistemas vulgares de moralidade, e vejamos, que a distinção de vício e virtude não é fundada meramente na relação entre objetos, nem é percebida pela razão.³⁸

Hume é claro ao não argumentar por uma barreira ontológica ou intransponível entre os diferentes planos³⁹ e a somente recomendar uma argumentação lógica a respeito da inferência do ser para o dever-ser.⁴⁰

Esclareço, ainda, que a preocupação com o desafio de Hume não recai sobre a justificação do direito, mas sobre a explicação coerente do raciocínio jurídico. Uma teoria adequada do direito deve ser capaz de explicar como uma pessoa (boa ou má) compreende as normas jurídicas (boas ou ruins) e avalia e justifica a sua própria conduta em conformidade com o que foi entendido a partir de um juízo descritivo.⁴¹

Por isso, Shapiro aponta a inadequação das teorias de Kelsen⁴² e de Hart,⁴³ por entenderem o direito como primariamente direcionado aos agentes públicos em vez da ação dos sujeitos participantes, que também orientam as próprias condutas com base em normas.⁴⁴

Muito embora considere o positivismo como reconhecimento exclusivo do direito estatal como direito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a obrigatoriedade do direito é uma questão metajurídica,⁴⁵ aderindo, de certa forma, à tese da separabilidade e encarando o desafio da normatividade, tanto que esclarece que a ausência de limitação jurídica do poder constituinte não resulta numa ausência de limitação moral do conteúdo do direito a ser estabelecido.⁴⁶

³⁸ Tradução livre: “In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs ; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence, For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the Same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall preto recommend it to the readers ; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems - of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason.”. HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford: Clarendon Press, 1739. p. 479-480.

³⁹ Sobre a crítica a respeito da interpretação rígida de Hume: KRELL, Andreas J. Superação da divisão rígida entre as dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito através da ressignificação dos valores, **Rechttd. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, v. 13, p. 211-226, 2021.

⁴⁰ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 107.

⁴¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 113-114.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. cap. III.

⁴³ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 110-117.

⁴⁴ SHAPIRO, *op cit.*, p. 116.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 95.

Por sua vez, o jusnaturalismo não sofre com esse desafio à coerência teórica, porque trata de juízos morais (normativos) *all the way down*,⁴⁷ embora isso dificulte a identificação e explicação da existência de sistemas jurídicos perversos.⁴⁸

Não digo, porém, que os não positivistas ignoram a questão. Por exemplo, Dworkin interpreta o problema da possibilidade como uma negativa do ceticismo moral e um apoio principiológico à independência da moralidade como um departamento epistêmico com seus próprios padrões de investigação e de justificação.⁴⁹

Como será abordado mais adiante, Radbruch também apresentou resposta ao problema da normatividade, assim como interpretou erroneamente a tese da separação conceitual entre o direito e a moral – ao afirmar que seria uma ideologia política de submissão irreflexiva à lei em vez de uma teoria descritiva do direito, enquanto a tese buscava justamente o contrário.⁵⁰

O problema da distinção *is-ought* evidencia a dificuldade de colocar autores em classificações pré-moldadas. Sobre essa questão colada por Hume, John Finnis, adepto do jusnaturalismo,⁵¹ sustenta que:

Existem muitas interpretações deste trecho, mas será seguro atender aqui apenas às duas mais plausíveis. A primeira e interpretação padrão trata Hume como anunciando a verdade lógica, amplamente enfatizada desde a última parte do século XIX, de que nenhum conjunto de premissas não-morais (ou, mais genericamente, não-avaliativas) pode implicar uma conclusão moral (ou avaliativa). A segunda interpretação coloca o trecho em seu contexto histórico e literário e o vê como a peça final do ataque de Hume aos racionalistas do século XVIII (notadamente Samuel Clarke), um ataque cujo ponto central é a afirmação de que a percepção racional das qualidades morais das ações não poderia, por si só, fornecer um guia motivador para a ação. Embora a segunda interpretação tenha mais a recomendar como uma interpretação, não há mal em aceitar a primeira, já que, se Hume não deve ser creditado por anunciar o princípio lógico em questão, alguém deve ser; e o importante é que o princípio é verdadeiro e significativo. Para a discussão na seção anterior, posso simplesmente acrescentar que este princípio em si de forma alguma implica ou autoriza a conclusão de Hume de que as distinções entre 'vício e virtude' não são 'percebidas pela razão'. Dito isso, podemos considerar a segunda interpretação. O objetivo de Hume, na seção que conclui com o parágrafo *is-ought*, é 'considerar se é possível, apenas pela razão, distinguir entre o bem e o mal moral, ou se devem concorrer outros princípios para nos permitir fazer essa distinção'.⁵²

⁴⁷ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 48-49.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 49-50.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 17.

⁵⁰ V VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 34-35.

⁵¹ Finnis desenvolve a sua teoria do direito natural com base em bens humanos básicos que formam razões normativas para agir. Embora não siga uma vertente religiosa, as ideias de Tomás de Aquino são fundamentais para essa teoria. De acordo com Finnis, Aquino defende que os primeiros princípios da lei natural (formas básicas do bem e do mal) são autoevidentes e indemonstráveis, de forma que não são inferidos ou derivados de princípios especulativos, fatos, proposições metafísicas sobre a natureza humana ou qualquer outra concepção de natureza. Segundo essa concepção, esses princípios não são derivados de nada, embora não sejam inatos. Em virtude disso, os princípios do que seria certo ou errado são derivados desses primeiros princípios pré-morais da razoabilidade prática, e não de fatos, ainda que metafísicos. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 33-34.

⁵² Tradução livre: "There have been many interpretations of this passage, but it will be safe to attend here only to the two most plausible. The first and standard interpretation treats Hume as announcing the logical truth, widely emphasized since

Diferentemente da resposta jusnaturalista, a resposta positivista distingue a descrição (da norma jurídica) da avaliação moral (da obrigatoriedade da norma jurídica). Desta forma, viabilizam-se críticas morais do direito e até mesmo o questionamento da própria legitimidade de qualquer autoridade política.⁵³

Nesse contexto, Austin diferenciava a identificação da existência da lei do juízo de mérito ou demérito de seu conteúdo (distinção entre *ought* e *is*). As suas críticas eram direcionadas ao jusnaturalismo com raízes religiosas, de maneira que considerava a validade jurídica como um fato social verificável, o que impediria o uso do direito divino como parâmetro de validade – embora entendesse que deveria ser uma referência para o legislador. Além disso, apontou a ambiguidade da revelação da lei divina, associando a moralidade ao sentimento do intérprete em relação à lei humana, reconhecendo, contudo, a utilidade da crítica moral do direito.⁵⁴

Antes de tratar das respostas positivistas, esclareço que não adoto a pressuposição kelseniana de uma norma fundamental como condição de possibilidade do conhecimento jurídico,⁵⁵ pois entendo o problema da normatividade como um problema da filosofia do direito e do próprio direito, e não da psicologia social ou sociologia.⁵⁶ Ademais, a adoção da teoria de Kelsen implicaria a concordância por atacado de seus posicionamentos metaéticos e cientificistas, que serão abordados mais adiante.

Hart destacava a importância do problema da normatividade de maneira que expunha a influência da teoria dos atos de fala do linguista John Langshaw Austin (que não se confunde com o teórico do direito John Austin). Este autor classifica os atos de fala em três espécies: 1) o ato locucionário, que equivale aproximadamente à enunciação de uma sentença com sentido e referência

the later part of the nineteenth century, that no set of non-moral (or, more generally, non-evaluative) premisses can entail a moral (or evaluative) conclusion. The second interpretation places the passage in its historical and literary context, and sees it as the tailpiece to Hume's attack on the eighteenth-century rationalists (notably Samuel Clarke), an attack whose centrepiece is the contention that rational perception of the moral qualities of actions could not of itself provide a motivating guide to action. While the second interpretation has more to commend it as an interpretation, there is no harm in accepting the first, since if Hume is not to be credited with announcing the logical principle in question, somebody else is to be; and the important thing is that the principle is true and significant. To the discussion in the preceding section I may here simply add that this principle itself in no way entails or authorizes Hume's conclusion that distinctions between 'vice and virtue' are not 'perceived by reason'. That said, we may consider the second interpretation. Hume's aim, in the section which concludes with the is-ought paragraph, is to 'consider, whether it be possible, from reason alone, to distinguish betwixt moral good and evil, or whether there must concur some other principles to enable us to make that distinction'. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 37-38.

⁵³ Wolff defende o sentido descritivo da autoridade política, que descreve o que as pessoas acreditam que devem fazer, em vez de prescrever que as pessoas devem agir de determinada forma. WOLFF, Robert Paul. **In Defense of Anarchism**, Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 1998, p. 3-4.

⁵⁴ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**: with an introduction by H. L. A. Hart. Indianapolis; Cambridge: Hackett Publishing Company, 1954. p. 184-186.

⁵⁵ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo Introdutório - O Lugar e Alguns dos Principais Temas da Primeira Edição da Teoria Pura do Direito no Contexto Geral da Obra de Kelsen. In: KELSEN, Hans (ed.), **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 53-54 (Kindle).

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 210. Kelsen expôs as suas visões normativas sobre o direito em trabalhos de teoria política. KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

tradicional (com o significado como função de verdade); 2) o ato ilocucionário, pelo qual se realiza atos com força convencional, como informar, ordenar, avisar, apoiar, entre outros; 3) o ato perlocucionário, consistente nos efeitos produzidos ao dizer algo, como convencer, persuadir, dissuadir, enganar etc.⁵⁷

Assim, a enunciação de normas seria um ato performativo ilocucionário (já o efeito da normatividade pode ser classificado como perlocucionário), em vez de uma sentença sujeita ao valor de verdade da linguística tradicional.⁵⁸

Nesse contexto, Hart diferenciava regras de hábitos ao sustentar que aquelas exigem uma reflexão crítica sobre a conduta humana. Essa análise seria causada tanto pelo uso do vocabulário normativo, quanto do reconhecimento pessoal de uma justificativa para a demanda e crítica pela conformidade de um comportamento.⁵⁹ Noutras palavras, com base numa demanda geral de conformidade somada a uma grande pressão social, as regras são pensadas e expressadas como se impusessem obrigações.⁶⁰

Portanto, Hart criticou a teoria do direito de Austin⁶¹ com base no uso ordinário da linguagem normativa e, para explicar os defeitos teóricos, comparou a teoria centrada na sanção ao caso do assaltante.

Como se explorará no tópico seguinte, a teoria austiana não define a diferença entre o direito e um assalto, tendo em vista que, apesar de se poder dizer que uma vítima de assalto foi obrigada a atender à ordem do assaltante (comando baseado em ameaça), não se pode dizer que havia uma obrigação para tanto – já que esse termo se relaciona aos motivos e crenças das pessoas.⁶²

2.1.2.1 A insuficiência das teorias centradas na sanção

A diferença entre uma teoria centrada na sanção e a compreensão da sanção como uma propriedade necessária do direito pode ser verificada inclusive em teorias jusnaturalistas, como a de Dworkin, que dirige o empreendimento interpretativo da integridade à investigação da melhor

⁵⁷ AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. [s.l.]: Barakaldo Books, 2020. p. 65, 106 e 112.

⁵⁸ MILLER, Alexander. **Filosofia da linguagem**. São Paulo: Paulus, 2010. p. 22.

⁵⁹ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 57.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 86.

⁶¹ Austin analisou o fenômeno jurídico exclusivamente por meio de fatos sociais, de modo que entendia o direito como comandos (apoiados por ameaças de sanção) de um soberano habitualmente obedecido e que não obedece habitualmente a mais ninguém. AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**: with an introduction by H. L. A. Hart. Indianapolis; Cambridge: Hackett Publishing Company, 1954. p. 10-15; 193.

⁶² HART, *op cit.*, p. 82-83.

justificativa para a coerção estatal – embora não explique a normatividade apenas com base na sanção.⁶³

Em razão do recorte da pesquisa, não problematizarei a sanção como possível propriedade necessária do direito, diante da desnecessidade de aprofundamento desse detalhe para a delimitação do marco teórico positivista, mas apenas explorarei a insuficiência das teorias centradas na sanção para explicar a normatividade do direito.

A sanção como resposta para normatividade remete ao experimento mental platônico do anel de Gíges⁶⁴ (uma adaptação de uma história contada por Heródoto⁶⁵), uma importante reflexão a respeito racionalidade prática na Grécia antiga⁶⁶. O anel de Gíges é tradicionalmente tratado como uma reflexão sobre a existência de um valor intrínseco da justiça como um fator amoral do raciocínio prático humano.⁶⁷

Na história, depois de assistir o debate entre Trasímaco e o Sócrates platônico⁶⁸, Gláucon põe em discussão uma versão mais refinada da racionalidade humana como forma de encontrar meios para atender a interesses egoísticos, com o objetivo de que Sócrates construa dialogicamente uma teoria axiológica da racionalidade prática.⁶⁹

A nova versão da ideia de Trasímaco é iniciada com referência à crença popular de que o valor da justiça⁷⁰ está na reputação de pessoa justa (em razão das recompensas e popularidade), ou seja, não em si mesma, de forma que uma pessoa injusta tem uma vida melhor do que a de uma pessoa justa. Então, a injustiça seria boa para quem a faz e ruim para quem a sofre.

Nesse sentido, as pessoas estabeleceriam acordos mútuos e comuns para evitar a injustiça (pois não têm a capacidade de cometê-la impunemente) – o que explicaria, para Gláucon, a origem de contratos e de leis como um meio-termo entre o melhor (ser injusto) e o pior (sofrer injustiça).

Portanto, viver a vida justa seria irracional para quem pudesse agir impunemente. O justo só agiria justamente por não ter capacidade de evitar as consequências dos atos injustos, de maneira que um cenário sem essa ressalva não diferenciaria as condutas dos justos e dos injustos.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986. p. 97.

⁶⁴ PLATÃO. **A República (ou da Justiça)**. São Paulo: Edipro, 2020. liv. II (e-book).

⁶⁵ HERÓDOTO. **Histórias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 37-39.

⁶⁶ Ober observa que, na história contada por Heródoto, as razões de agir de Gíges são restringidas pelas ações de outros agentes racionais. OBER, Josiah, **The Greeks and the rational: the discovery of practical reason**. Oakland: University of California Press, 2022. p. 110-125.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 296-297.

⁶⁸ Como em outros diálogos platônicos, a figura de Sócrates pode ter sido usada como um meio para veicular as ideias de Platão, sem necessária correspondência histórica ao pensamento socrático. RUSSELL, Bertrand. **The History of Western Philosophy**. New York: Touchstone Books, 1967. p. 85.

⁶⁹ PLATÃO. *op cit.*, p. 100-103 (358a-350d).

⁷⁰ Nesse momento da República, justiça significa agir em conformidade com as leis promulgadas pelo soberano. *Ibid.*, p. 71.

Então, Gláucon menciona (o ancestral de) Gíges – um pastor que servia ao rei da Lídia – que furtou um anel da invisibilidade. Podendo agir com liberdade e impunidade, agiu de maneira injusta: seduziu a esposa do rei, cometeu regicídio e ascendeu ao reinado. Logo, Gláucon conclui que ninguém seria tão incorruptível a ponto de não adotar a mesma conduta, sem ser um deus entre os seres humanos. As constrições sociais externas seriam, portanto, a justificativa para Gíges ter sido justo até poder superá-las com a invisibilidade – a partir de quando seria irracional agir diversamente, pela incompatibilidade entre os bens desejados e os capazes de serem conquistados pelo agente racional.

Como as constrições sociais externas abrangem o direito, o anel de Gíges também pode ser usado para se refletir sobre o direito como uma razão para agir, e como as sanções (em sentido amplo) seriam razões excludentes para o agir injusto. A normatividade do direito para Gíges, portanto, se fundava numa concepção ampla de sanção (como ameaça de um mal), mas de maneira diferente de Kelsen e Austin.

Sem prejuízo do papel primordial da sanção na teoria pura do direito, Kelsen não seguia a fórmula de Austin, sobretudo por propor uma metodologia científica e por identificar regras secundárias, um conteúdo mínimo e uma finalidade essencial do direito – motivos que levaram Joseph Raz a afirmar que Kelsen não disse que o direito pode ter qualquer conteúdo. Shapiro, por sua vez, absolve Kelsen dessa crítica por se tratar de uma teoria centrada em normas, ainda que a sanção seja tratada como um elemento necessário do direito (o que é um erro por si só).⁷¹

Austin e Kelsen partiam da premissa da sanção como propriedade essencial do direito para explicar a normatividade do sistema jurídico. No entanto, Raz criticava essas visões por considerar as consequências dos atos como razões parciais para a abstenção de uma conduta,⁷² apesar de não considerar a sanção como uma propriedade necessária do direito.⁷³

A sanção não é necessariamente coercitiva (a exemplo de multas), embora também não seja um conceito amplo para todas as formas de ilícito (como a anulação de um ato)⁷⁴. Em Raz, a sanção seria o fundamento último do direito, por uma razão convencional da obediência de algumas leis que impõem deveres.⁷⁵

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 108-111, 122 e 153; RAZ, Joseph, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*. In: **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. London: Hart Publishing, 2007. p. 17; SHAPIRO, Scott J. What is the Internal Point of View? **Fordham Law Review**, v. 75, p. 1157-1170, 2006. p. 1167.

⁷² RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 224-225.

⁷³ RAZ, Joseph, **Practical Reason and Norms**, Oxford: Oxford University Press, 1975. p. 159-160.

⁷⁴ Shapiro entende que a anulação de um ato não é uma sanção, mas a negativa do gozo de uma vantagem. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 62-66.

⁷⁵ RAZ, *op cit.*, p. 247-248.

Além de ter as consequências dos atos como um fator, a normatividade do direito pode se somar a razões preexistentes, de modo que a sanção é um reforço – assim como a tributação pode dissuadir condutas. Um ato pode ser motivado pelas suas consequências e pelos padrões de conduta, os quais são exagerados pelas teorias centradas na sanção, por ignorar fatores como o critério sucesso na racionalidade prática (probabilidade geral de aplicação, questões procedimentais etc.); assim como desconsideram os efeitos dos padrões de conduta (como a diferença entre uma multa e uma taxa de estacionamento) e a aceitação das regras por motivos não egoísticos.⁷⁶

2.1.2.2 Hart e o ponto de vista interno

Hart formulou a regra de reconhecimento como explicação para o problema da possibilidade do direito. Segundo ele, os grupos de pessoas poderiam criar regras sociais ao aderirem convencionalmente⁷⁷ a uma prática social.⁷⁸

A proposta é problematizada pela crítica do erro de categoria filosófica, em razão da ausência de compartilhamento de plano metafísico entre as práticas sociais e as normas sociais – sem ignorar a importância do foco concreto do papel da ação no direito.⁷⁹

De acordo com Andrei Marmor, o respeito às regras de reconhecimento é uma questão moral ou política, tendo em vista que essas regras, em si, não são fontes obrigacionais, tendo em vista que uma prática social não é uma obrigação de conformidade.⁸⁰

Já Kenneth Himma entende que Hart não diferencia o direito do assaltante, pois a aceitação da regra de reconhecimento pelos agentes públicos não legitima, por si só, o uso da força contra os cidadãos – que podem adotar o ponto de vista interno por diversas razões, podendo ou não incluir a legitimidade política do direito.⁸¹

Para lidar com o problema da normatividade, Hart formulou o ponto de vista interno – uma aceitação compartilhada das regras sociais (expressas ou implícitas) e do vocabulário normativo, acompanhada de uma postura crítica dos agentes sociais quanto aos padrões de conduta socialmente

⁷⁶ *Ibid.*, p. 308-313.

⁷⁷ O convencionalismo de Hart foi elaborado em seu pós-escrito em resposta a Dworkin. Shapiro discorda da visão convencionalista do direito. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 266-267; SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 105-106.

⁷⁸ HART, *op cit.*, p. 100-110.

⁷⁹ SHAPIRO, *op cit.*, p. 102-103.

⁸⁰ MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 215.

⁸¹ HIMMA, Kenneth Einar, Law's Claim of Legitimate Authority. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

estabelecidos. Esse ponto de vista interno, quando aplicado à regra de reconhecimento, seria notável nos agentes públicos do sistema jurídico.⁸²

Na metáfora do assaltante, a retirada da ameaça implica o esvaziamento da força da ordem. Diversamente, o direito é marcado pela persistência e pela continuidade, sobrevivendo aos seus criadores – ocupantes de cargos públicos dotados de poderes normativos. Para Hart, esses fenômenos da persistência e da continuidade diferenciam a normatividade do direito da coerção do assaltante, sem precisar justificar a legitimidade do uso da força pelos agentes públicos.⁸³

À vista disso, Jules Coleman trata o ponto de vista interno como uma condição de existência das normas secundárias (metanormas), dentre as quais a regra de reconhecimento, mas não das normas primárias (direcionadas à conduta humana), que podem não corresponder às regras sociais.⁸⁴

Stephen Perry esclarece que a aceitação – central na teoria de Hart – não precisa ser moralmente justificada, não obstante entenda que Hart não foi claro quanto à possibilidade de a aceitação criar uma obrigação social ou se o ponto de vista interno é uma descrição externa de pessoas que se julgam obrigadas pela regra social de reconhecimento.⁸⁵

Por sua vez, Shapiro explica que Hart atribuía a criação de regras jurídicas ao fato de as pessoas aceitarem certos padrões de conduta como norma – e guiarem as suas ações nesse sentido. Portanto, a diferença entre a teoria de Austin corresponde à não redução da autoridade do direito ao poder coercivo. A capacidade de criar regras surgiria da capacidade de guiar os próprios comportamentos pela regra de reconhecimento, consistindo no poder dos agentes públicos sobre si próprios, e não sobre os outros.⁸⁶

Contudo, reitero que as teorias de Kelsen⁸⁷ e Hart⁸⁸ são inadequadas justamente por serem centradas nos agentes públicos, e não na ação dos sujeitos participantes do sistema jurídico.⁸⁹ Além disso, de um lado, Austin só explicou a normatividade por razões egoísticas;⁹⁰ de outro, o ponto de vista interno só explica o “bom cidadão”, por conta do grau de aceitação exigido para a sustentabilidade da regra de reconhecimento (especialmente nos agentes públicos) e à possibilidade

⁸² HART, *op cit.*, p. 102.

⁸³ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 109.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁸⁵ PERRY, Stephen R. Hart's Methodological Positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 332-333.

⁸⁶ SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 154-155.

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. cap. III.

⁸⁸ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 110-117.

⁸⁹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 116.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 69-71.

real de se conhecer e se orientar de acordo com o conteúdo de uma norma sem se verificar o ponto de vista interno.⁹¹

Não busquei esgotar, neste tópico, as críticas feitas a Hart, que ainda serão trabalhadas ao longo da dissertação. Independentemente dos erros e acertos, busquei abordar como Hart instigou a investigação analítica da normatividade do direito e, com isso, pavimentou o caminho hoje seguido pelo positivismo jurídico anglófono – adotado no presente trabalho.

2.2 Introdução às teses do positivismo jurídico

Os subtópicos seguintes serão dedicados à apresentação das principais teses do positivismo jurídico no ambiente anglófono, as quais o diferenciam dos demais grupos de teorias positivistas e já expõem os pressupostos teóricos adotados por Shapiro.

2.2.1 Teoria das fontes

Para Gilberto Morbach, as principais teses do positivismo jurídico correspondem à fonte social do direito; à separabilidade entre o direito e a moral; e à discricionariedade interpretativa (dependendo do autor)⁹².

Já Shapiro entende que a principal tese do positivismo jurídico é a da natureza social das fontes do direito. Em razão disso, a atividade de identificação de fatos jurídicos⁹³ é uma investigação sociológica.⁹⁴ Então, a separabilidade entre direito e moral é apenas uma implicação desse posicionamento⁹⁵.

A teoria das fontes sociais é contraposta pelas teorias jusnaturalistas, que admitem a determinação do direito por fatos morais, em razão da similaridade do direito com a moralidade política ou por considerar que o direito é um ramo da moralidade política⁹⁶.

⁹¹ *Ibid.*, p. 111-113.

⁹² MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 159-161.

⁹³ Um fato jurídico é um fato sobre a existência ou o conteúdo de um sistema jurídico particular. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 25.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁵ Piccelli também percebe que a tese da separação é tratada apenas de maneira secundária em Shapiro. PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 9.

⁹⁶ A incorporação do direito à moralidade política em Dworkin foi desenvolvida ao longo de sua obra, considerando que, inicialmente, aderiu à tese dos dois sistemas, apesar de criticar a tese positivista do *pedigree*. Em seu penúltimo livro, o seu monismo moral é exposto de maneira mais clara e sistemática. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 402; DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. cap. 2.

Contudo, a tese da determinação dos fatos jurídicos em última instância por fatos sociais⁹⁷ comporta tanto a tese da exclusividade da determinação por fatos sociais (positivismo exclusivo), quanto o positivismo inclusivo, que admite a determinação de fatos jurídicos por fatos morais se houver aceitação, com base nos fatos sociais, de um determinado sistema jurídico.⁹⁸ Essa é uma disputa sobre rotulação de corrente filosófica, considerando que os positivistas exclusivos e os inclusivos reconhecem a aplicação de normas morais pelos juízes. Trata-se, assim, de um desacordo a respeito de como descrever coerentemente o fenômeno e as suas implicações práticas.⁹⁹

Essa discussão a respeito das fontes do direito surgiu do ataque de Dworkin ao positivismo de Hart, iniciado pelo modelo de regras I (sobre a inclusão de princípios na regra de reconhecimento)¹⁰⁰ e aprofundado no agulhão semântico, que classificava a teoria de Hart como semântica e, consequentemente, incapaz de explicar os desacordos teóricos.¹⁰¹ Morbach esclarece o porquê dessa incapacidade das teorias semânticas:

Dito de outro modo: segundo as teorias semânticas, *wittgensteinianamente*, nós seguimos regras compartilhadas no uso das palavras que usamos, e essas regras que dão à palavra seu significado. Daí que os conceitos são criteriosais. E se o conceito de direito também o é, segue-se que o desacordo teórico não se dá sobre os fundamentos do direito tal como ele é, mas, talvez, sobre o que ele deveria ser; falar, pois, em desacordos teóricos é ilusório.¹⁰²

Além do mais, a essência criterial da regra de reconhecimento seria inviável pela existência de discordância genuína sobre os próprios critérios de identificação do direito, bem como sobre os próprios fundamentos e propósitos do direito, não somente quanto a questões linguísticas.¹⁰³

Hart se defendeu dessa crítica ao esclarecer que a sua teoria não é semântica, por não perquirir o significado de direito, e, sim, os seus critérios de reconhecimento e de aplicação; ainda existindo divergência a respeito do papel instrumental ou não da linguística de Hart¹⁰⁴.

⁹⁷ Obviamente, a referência à última instância não significa que o próprio universo foi criado por fatos sociais, mas que o direito foi. SHAPIRO, *op cit.*, p. 44.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 269-270. Hart esclareceu a sua filiação ao positivismo inclusivo no pós-escrito. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 269.

⁹⁹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 274.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 14-45.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986. p. 45-87.

¹⁰² MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 171.

¹⁰³ DWORKIN, 1986, p. 20.

¹⁰⁴ Sobre essa divergência: STAVROPOULOS, Nicos. Hart's Semantics. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 59-98; RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 1-38; ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart and the Semantic Sting. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 39-58.

Mais importante que a discussão sobre a filosofia da linguagem, a defesa de Hart criou o *soft* ou *inclusive positivism* ao admitir que a regra de reconhecimento pode incorporar normas morais se assim for identificável dos fatos sociais, dando o exemplo das normas morais positivadas na Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁰⁵

As críticas formuladas por Dworkin são mais bem compreendidas pela apresentação do seu projeto normativo denominado direito como integridade, que se fundamenta nas condições de legitimidade das decisões políticas e no uso de fatos morais como fonte do direito.¹⁰⁶

Embora Dworkin tenha construído sua teoria no contexto do direito americano, o desenvolvimento de sua obra ao longo dos anos passou a tomar contornos de teoria geral, expondo o seu monismo normativo (que trata o direito como ramo da moralidade política) especialmente em *Justice for Hedgehogs*,¹⁰⁷ citado diversas vezes neste trabalho.

A ideia de integridade trata a divergência sobre questões morais importantes como um ponto central da moralidade política, que exige, por equidade, que cada pessoa ou grupo na comunidade política participe igualmente das decisões tomadas pelos agentes ou órgãos eleitos.¹⁰⁸

Em razão disso, a integridade impõe o dever de uma única voz comunitária conciliar concepções de justiça incoerentes,¹⁰⁹ sem que se ignore a possibilidade de se refletir a moralidade política própria do intérprete, imerso na sua experiência temporal, espacial e institucional.¹¹⁰

Isso gera o risco de conflito entre os valores da justiça e da coerência, cabendo à equidade política apresentar soluções por meio de procedimentos justos, considerando que não basta o apelo à justiça para que se aja univocamente como uma sociedade.¹¹¹

Então, três dimensões sintetizam a integridade do direito: a decisão judicial como questão de princípio, ao invés de estratégia, conciliação ou acordo políticos; a construção vertical da integridade, cabendo ao intérprete demonstrar a compatibilidade de sua interpretação com os princípios dos precedentes e da Constituição; e a construção horizontal da integridade por meio da aplicação do princípio em casos semelhantes, a fim de manter a unidade do sistema e a coerência das decisões políticas.¹¹²

¹⁰⁵ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 247-254.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 190-216.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011.

¹⁰⁸ DWORKIN, 1986, p. 178.

¹⁰⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Clarendon Press, 1999. p. 190.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 86.

¹¹¹ WALDRON, *op. cit.*, p. 189-196.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, [s.d.]. p. 204.

Disso se extrai que a integridade pode implicar o sacrifício da justiça sem que isso seja, em si, uma injustiça, devido ao valor da coerência da história e da moralidade política em sociedades heterogêneas – embora a heterogeneidade obste uma coerência perfeita.¹¹³

Ademais, Dworkin diverge das teorias positivistas que identificam a criação do direito pelo juiz, que teria o dever moral de decidir com fulcro em argumentos de princípio, e não em argumentos de política¹¹⁴. À luz da integridade, o papel do magistrado seria descobrir o direito das partes e aplicar o direito preexistente, sem que haja criação após o conflito e determinações *ex post facto*, consideradas juridicamente inseguras.

No direito como integridade, os direitos são resultados da história política de uma comunidade, de modo a serem ingredientes da decisão, em vez de meros limites à atuação dos agentes políticos. Essas decisões passadas são aplicadas, e não escolhidas, pelo juiz, que busca uma resposta correta e coerente, aplicável às situações equivalentes, passadas ou futuras.¹¹⁵

De maneira mais analítica que os Estados Unidos da América, o Brasil positivou constitucionalmente direitos individuais, os quais são oponíveis contra decisões majoritárias e interesses coletivos tanto de maneira precisa, como a vedação à censura, quanto de maneira vaga, como o devido processo legal¹¹⁶.

Dessa forma, o conceito mínimo de justiça depende do respeito a direitos individuais (como a liberdade de expressão), além da igual preocupação com o destino de cada pessoa e a preservação da responsabilidade e do direito de cada um decidir o valor de sua própria vida¹¹⁷, expressando a imprescindibilidade da autonomia moral para a justiça.

2.2.2 Relação entre direito e moral

¹¹³ DWORKIN, 1977, p. 178.

¹¹⁴ Argumentos de princípio são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta respeita ou garante direitos individuais ou coletivos. Os argumentos de política são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta fomenta ou protege um fim coletivo de uma comunidade. DWORKIN, 1977, p. 81-82.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁶ “The constitutional theory on which our government rests is not a simple majoritarian theory. The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest. Some of these constitutional restraints take the form of fairly precise rules, like the rule that requires a jury Trial in federal criminal proceedings or, perhaps, the rule that forbids the national Congress to abridge freedom of speech. But other constraints take the form of what are often called ‘vague’ Standards, for example, the provision that the government shall not deny men due process of law, or equal protection of the laws.

This inference with democratic practice requires a justification. The draftsmen of the Constitution assumed that these restraints could be justified by appeal to moral rights which individual possess against the majority, and which the constitutional provisions, both ‘vague’ and precise, might be said to recognize and protect”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977. p. 81-82.

¹¹⁷ O conceito de justiça inserido na moralidade política foi desenvolvido na penúltima obra do filósofo em questão. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 2.

Como o direito é uma construção social humana, a sua criação, manutenção, aplicação, execução, alteração etc. só pode ser realizada em virtude das atitudes, ações, crenças, intenções e autocompreensão dos humanos sujeitos ao direito que manejam. Além disso, ao contrário da medicina, por exemplo, não há um corpo de dados a ser estudado além dessas ações, crenças, intenções, atitudes e autocompreensão.¹¹⁸

O estudo desses fatos sociais pode ser classificado em duas espécies. De um lado, a filosofia do direito diretamente avaliativa exerce um juízo axiológico direto sobre um determinado objeto jurídico.¹¹⁹ De outro lado, a filosofia do direito indiretamente avaliativa exerce juízo axiológico a respeito de quais aspectos do direito são valiosos para serem analisados para o esclarecimento desse fenômeno social, porém sem se posicionar diretamente sobre a moralidade do material selecionado.¹²⁰

Essa avaliação indireta não preclui o ponto de vista moral sobre o direito, e, sim, fornece um material elucidativo desse fenômeno social para avaliações diretas, como sobre a racionalidade prática, a autoridade moral do direito e o que fazer, moralmente falando, diante da presença do direito.¹²¹

Independentemente da superação da separação conceitual entre direito e moral,¹²² está correta a afirmação de Valadão de que há um abismo entre dizer que não há relação necessária entre os dois fenômenos e dizer que não existe qualquer relação entre eles – salto lógico incompatível com o próprio positivismo.¹²³

No mesmo sentido, Kelsen sustentava a autoevidência da necessidade de que o direito seja moral, embora não considerasse isso um requisito de validade jurídico ou uma incorporação do direito pela moral.¹²⁴

O surgimento da ideia da separação entre direito e moral remonta a Hobbes,¹²⁵ que, influenciado pelo relativismo, tratava a moral como uma questão subjetiva, propondo uma solução política para o problema dos desacordos morais,¹²⁶ a justificativa da submissão ao poder soberano depreendida de qualquer noção de certo ou errado, fixando as bases teóricas para a tese da separação entre direito e moral.¹²⁷

¹¹⁸ DICKSON, Julie. **Elucidating law**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 121-122.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 122.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 137-138.

¹²¹ *Ibid.*, p. 2-3.

¹²² VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 34-35.

¹²³ *Ibid.*, p. 36-37.

¹²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 108.

¹²⁵ Morbach dedica o segundo capítulo de seu livro à investigação da influência hobbesiana no positivismo inglês. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 56-76.

¹²⁶ TUCK, Richard. **Hobbes: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 60-66.

¹²⁷ MORBACH, *op. cit.*, p. 75-76.

Russell constatou a artificialidade do direito em Hobbes, visto que o Leviatã é uma substituição do *fiat* divino feito por um pacto entre os seres humanos (e não entre estes e o soberano, que surge após o pacto).¹²⁸

Não obstante fosse monarquista, Hobbes defendia a superioridade de qualquer governo sobre a anarquia, representada pelo mito explicativo do estado da natureza, no qual toda pessoa teria o direito natural de autopreservação, o que causaria uma guerra entre todos.¹²⁹

Desta forma, Hobbes se preocupava com o conflito entre visões e interesses rivais, razão pela qual criou uma justificativa moral para considerar o direito como um parâmetro de avaliação de conduta, não se tratando de uma mera subserviência civil, mas de uma garantia do direito natural à paz.¹³⁰

A obra Leviatã evidencia que a civilização só é possível com um instrumento sofisticado para lidar com a cooperação e interdependência social, numa comunidade que consiga regular suas relações sociais de maneira eficiente e eficaz.¹³¹

Para essa guerra de todo homem contra todo homem, isso também é consequência; que nada pode ser Injusto. As noções de Certo e Errado, Justiça e Injustiça não têm lugar lá. Onde não há poder comum, não há Direito: onde não há Direito, não há Injustiça. Força e Fraude são as duas virtudes Cardinais da guerra. Justiça e Injustiça não são Faculdades do Corpo nem da Mente. Se fossem, elas poderiam estar em um homem sozinho no mundo, como os seus Sentidos e Paixões. Elas são Qualidades que se relacionam com o homem em Sociedade, e não em Solidão.¹³²

À luz da consideração do ser humano em sociedade, Waldron valoriza Hobbes por ser um dos filósofos a colocar a existência dos desacordos morais entre os indivíduos fundamentais para os problemas objeto de teorias políticas.¹³³ A política ocupava um papel central (e inseparável do direito) em sua teoria, privilegiando a decisão humana (contratual) em virtude da impossibilidade de se deduzir o sistema jurídico da razão por si.¹³⁴

Além do mais, essa noção de estabelecimento de um parâmetro normativo por um pacto social remete à conexão genética entre o direito e a política de Kelsen¹³⁵ e, mais recentemente, Dimoulis,

¹²⁸ RUSSELL, Bertrand. **The History of Western Philosophy**. New York: Touchstone Books, 1967. p. 547-548.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 550.

¹³⁰ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 45.

¹³¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 36.

¹³² Tradução livre: “To this warre of every man against every man, this also is consequent; that nothing can be Unjust. The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice have there no place. Where there is no common Power, there is no Law: where no Law, no Injustice. Force, and Fraud, are in warre the two Cardinall vertues. Justice, and Injustice are none of the Faculties neither of the Body, nor Mind. If they were, they might be in a man that were alone in the world, as well as his Senses, and Passions. They are Qualities, that relate to men in Society, not in Solitude.” HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Seattle: Amazon Classics, 2019. p. 116. (Kindle)

¹³³ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 3-4.

¹³⁴ REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 75-78.

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 111.

visto que trata a validade das normas jurídicas como fruto da determinação do poder político vigente.¹³⁶

Por outro prisma, Raz negava a tese da separação conceitual, dado que o fato de o direito ser moralmente avaliável é um ponto conceitual sobre o direito, tal qual é um ponto conceitual sobre buracos negros que não faz sentido qualificá-los como bons ou ruins. Em compensação, Raz subscrevia à tese das fontes: a identificação do direito não exige o uso de argumentos morais ou julgamentos de mérito.¹³⁷

Contudo, o tratamento da reivindicação de autoridade legítima como uma propriedade necessária do direito em Raz¹³⁸ não implica a inclusão de um fato moral como fonte do direito, mas apenas uma solução à necessidade de diferença normativa do direito, porquanto a autoridade não é necessariamente legítima, apenas reivindicada. Logo, há uma clara diferença entre a necessidade de incorporação de boas normas morais ou de argumentação moral, como defendido por Alexy¹³⁹.

Entretanto, a reivindicação da autoridade pelo direito também pode ser constatada como uma característica na teoria geral do direito sob o naturalismo, tanto que Finnis afirma que:

é característico dos sistemas jurídicos que: (i) eles reivindicam autoridade para regular todas as formas de comportamento humano (uma reivindicação que nas mãos do advogado se torna o postulado artificial de que os sistemas legais são sem lacunas); (ii) eles, portanto, reivindicam ser a autoridade suprema para sua respectiva comunidade e regular as condições sob as quais os membros dessa comunidade podem participar de qualquer outro sistema ou associação normativa; (iii) eles caracteristicamente pretendem 'adotar' regras e arranjos normativos (por exemplo, contratos) de outras associações dentro e fora da comunidade completa, dando-lhes assim 'força legal' para essa comunidade; eles assim mantêm a noção de completude e supremacia sem fingir ser a única associação à qual seus membros podem razoavelmente pertencer ou a única comunidade completa com a qual seus membros podem ter relações, e sem se esforçar para prever e prover substancialmente todas as atividades e arranjos em que seus membros possam desejar se envolver.¹⁴⁰

¹³⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 54.

¹³⁷ RAZ, Joseph, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: **Law, Rights and Discourse**: The Legal Philosophy of Robert Alexy. London: Hart Publishing, 2007. p. 20-21.

¹³⁸ RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 1-17, 2003. p. 16.

¹³⁹ Alexy diz que a pesquisa jurídica deve ser normativa, premissa a partir da qual aduz, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade integra o direito, destacando o papel do raciocínio moral na fundamentação jurídica. ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9-30, 2010. p. 18-23; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 33-34; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 152.

¹⁴⁰ Tradução livre: "it is characteristic of legal systems that: (i) they claim authority to regulate all forms of human behaviour (a claim which in the hands of the lawyer becomes the artificial postulate that legal systems are gapless); (ii) they therefore claim to be the supreme authority for their respective community, and to regulate the conditions under which the members of that community can participate in any other normative system or association; (iii) they characteristically purport to 'adopt' rules and normative arrangements (e.g. contracts) from other associations within and without the complete community, thereby 'giving them legal force' for that community; they thus maintain the notion of completeness and supremacy without pretending to be either the only association to which their members may reasonably belong or the only complete community with whom their members may have dealings, and without striving to foresee and provide substantively for every activity and arrangement in which their members may wish to engage". FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 148-149.

Finnis esclarece, ainda, a dimensão moral da autoridade, que surgiria em virtude da busca do bem comum:

Todas as minhas análises sobre autoridade e obrigação podem ser resumidas no seguinte teorema: os governantes, falando muito estritamente, não têm o direito de serem obedecidos (veja XI.7); mas eles têm a autoridade para dar direções e fazer leis que são moralmente obrigatórias e que eles têm a responsabilidade de aplicar. Eles têm essa autoridade em virtude do bem comum (cujas necessidades também podem, no entanto, tornar autoritativas as opiniões - como no costume – ou as estipulações de pessoas que não têm autoridade). Portanto, se eles usarem a autoridade para fazer estipulações contra o bem comum, ou contra qualquer um dos princípios básicos da razoabilidade prática, qualquer estipulação desse tipo carece completamente da autoridade que teria por ser deles.¹⁴¹

No contexto legal, o compartilhamento do vocabulário moral afasta a amoralidade de conceitos como autoridade e obrigação, não existindo um terreno neutro entre a descrição e a moral que os positivistas possam reivindicar – o que inviabiliza, inclusive, a possibilidade de crítica moral do direito que Kelsen¹⁴² e Hart¹⁴³ buscaram garantir,¹⁴⁴ a fim de afastar a obediência irreflexiva à lei¹⁴⁵.

Além disso, o uso da linguagem normativa normalmente implica a aceitação da validade e da vinculação do direito, enquanto as enunciações que evitam o seu uso indicam descrença no direito.¹⁴⁶

Com base nessas observações, abordarei a autoridade moral do princípio majoritário no tópico 4, com o objetivo de sustentar a normatividade do direito democraticamente promulgado.

2.2.3 A diferença prática do direito

A teoria da diferença prática do direito surge no contexto das reflexões a respeito da normatividade e da teoria das fontes – problemas fundamentais necessários, mas não isoladamente suficientes para uma teoria do direito. Busca-se entender como o direito orienta as condutas das

¹⁴¹ Tradução livre: “All my analyses of authority and obligation can be summed up in the following theorem: rulers have, very strictly speaking, no right to be obeyed (see XI.7); but they have the authority to give directions and make laws that are morally obligatory and that they have the responsibility of enforcing. They have this authority for the sake of the common good (the needs of which can also, however, make authoritative the opinions—as in custom—or stipulations of people who have no authority). Therefore, if they use their authority to make stipulations against the common good, or against any of the basic principles of practical reasonableness, any such stipulation altogether lacks the authority it would otherwise have by virtue of being theirs”. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 359-360.

¹⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 116.

¹⁴³ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 211.

¹⁴⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 116.

¹⁴⁵ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 157.

¹⁴⁶ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 312.

pessoas sobre as quais reivindica autoridade, bem como explicar esse fenômeno sem falácias lógicas entre as constatações de fato e as inferências a respeito das normas.

Ou seja, a diferença prática atribui sentido ao raciocínio jurídico numa teoria do direito ao identificar como as normas jurídicas¹⁴⁷ exercem (bem ou mal) as suas funções – conectadas com o comportamento guiado por regras.¹⁴⁸

Do lado do jusnaturalismo, Finnis também reconhece que o direito tenta isolar o raciocínio jurídico das demais formas de racionalidade prática, tendo em vista que o direito antecipa e tenta se capitalizar sobre o esquema da racionalidade prática do bom cidadão, dando-lhe um caráter dogmático ou inquestionado.¹⁴⁹

À luz disso, o desempenho insuficiente das funções epistêmicas das normas jurídicas é analisado no nível contingente do direito (e não geral), especialmente nos ordenamentos jurídicos que contam com normas escritas, pois a clareza do texto depende da situação em que este é empregado e da avaliação do decisor.¹⁵⁰

Partindo da premissa de que a interpretação tem um elemento volitivo (além do cognitivo), a discricionariedade judicial diminui a deliberação prévia da conduta a ser guiada, principalmente se houver vagueza e/ou ambiguidade no objeto da interpretação – situação que reforça o papel da vontade na interpretação¹⁵¹ com o aumento quantitativo de interpretações cabíveis, por outro lado reduzindo as superinterpretações.¹⁵²

A realidade brasileira amplia a relevância do debate sobre os limites da interpretação judicial, mormente ao se olhar para o arcabouço dos julgados de tribunais, diante da prevalência de frases (como teses e ementas), a partir das quais cada intérprete chega às suas próprias conclusões. Isso viabiliza a formação de frases sem texto, que têm, como características, a destacabilidade (tendência da frase de saltar do texto) e o destacamento (autonomia no discurso) – desenvolvendo uma memória coletiva desvinculada do texto e do contexto das normas.¹⁵³

¹⁴⁷ Por “norma”, refiro-me, com Shapiro, a qualquer padrão que se proponha a regular conduta (permissão, proibição, determinação, atribuição de poder). SHAPIRO, Scott J. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 153.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 189.

¹⁴⁹ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 318.

¹⁵⁰ DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 349-359.

¹⁵¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 313-325, 2009. p. 319-324.

¹⁵² COLLINI, Stephan. Introdução: interpretação terminável e interminável. In: ECO, Umberto (ed.). **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

¹⁵³ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Frases sem texto: a utilização de precedentes a partir de ementas. In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de (org.). **Texto e contexto no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2020. p. 5-12.

Não digo, porém, que a discricionarietà judicial potencialmente ilimitada esvazie o objeto interpretativo, porque a interpretação de um texto deve explicar o que as palavras usadas fazem (e o que não fazem) por meio do modo pelo qual são interpretadas.¹⁵⁴

Voltando à abordagem da teoria analítica do direito, Raz conceitua o raciocínio como uma atividade intencional com o objetivo de estabelecer uma justificativa para uma conclusão e de verificar a correção desta.¹⁵⁵ Consequentemente, a normatividade se relaciona com a forma como os poderes racionais (razões para crenças, emoções, entre outros) se interconectam com o raciocínio.¹⁵⁶

Segundo Raz, razões são usadas para guiar comportamentos – e as pessoas devem ser guiadas pelo que é o caso – e não pelo que entendem ser o caso. Também existem razões para desejos, emoções, atitudes, normas, crenças, instituições e muitos outros. As razões servem não somente para guiar comportamentos, mas também para explicá-los e avaliá-los, embora só sejam normativamente significantes caso entendidas como fatos. Logo, para decidir o que devemos fazer, temos que descobrir como o mundo é, em vez de como nossos pensamentos são.¹⁵⁷

Raz defendia a natureza axiológica da racionalidade prática e a vinculava ao valor da ação ou do bem perseguido por esta, o que obstaría uma análise puramente instrumental do agir humano. Os poderes racionais foram concebidos como capacidades para diferenciar quais aspectos da vida são valem a pena de serem objeto do agir, mostrando como a normatividade (diretivas para o uso da racionalidade) permeia a racionalidade prática.¹⁵⁸

A conformidade às regras aparenta ser irracional e desnecessária, caso se considere que existe uma conduta correta a ser adotada. De um lado, a regra é retrospectiva (pois é adotada previamente à ação). De outro, a racionalidade prática é prospectiva (pois se concentra no agir futuro). As regras (jurídicas ou não) constroem o agir, pois a adoção de uma regra é um compromisso com o seu cumprimento, uma razão para agir – em vez de uma coerção sobre a ação intencional.¹⁵⁹

À luz da tese da diferença prática, é teórica e praticamente possível que o direito faça diferença por meio do fornecimento de razões e pela estruturação do raciocínio jurídico das pessoas –de maneira epistêmica (fornecendo informações) ou motivacional (fornecendo razões).¹⁶⁰

Por tais razões, eventual falha em fazer a diferença em concreto não afasta a capacidade de o direito fazê-la em princípio – já que a diferença é prática, mas não necessariamente instrumental.

¹⁵⁴ ECO, Umberto. *Interpretação e história*. In: ECO, Umberto (ed.). **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28.

¹⁵⁵ RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 73.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 72.

¹⁵⁷ RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 15–18.

¹⁵⁸ RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 275.

¹⁵⁹ SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 55-60, 2005.

¹⁶⁰ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 122.

Assim, há uma impossibilidade lógica de se exigir, para a identificação do direito, a perquirição de razões dependentes que o próprio direito busca substituir, o que causaria a preclusão da função mediadora do direito – como se verifica no positivismo jurídico inclusivo.¹⁶¹

As regras jurídicas têm funções epistêmicas relevantes, pois não são comunicadas pelos agentes públicos direta e presencialmente aos destinatários das normas, que assumem o ônus de aprendê-las e aplicá-las por si próprios.¹⁶² Já a função motivacional se destaca no caso dos agentes públicos, a função mais importante é a motivacional, devido ao ponto de vista interno da regra de reconhecimento.¹⁶³

As funções epistêmicas são adequadamente entendidas ao se distinguir se o comportamento é governado ou guiado pela norma. O comportamento governado por norma é o comportamento sujeito à regulação de uma norma existente, ainda que não haja conformação a esta. Já o comportamento guiado por norma é o comportamento que se conforma à norma pela razão de existir uma norma que regule a ação em questão.¹⁶⁴

Também se deve distinguir o aceitar a regra do ser guiado pela regra. Exemplificando, a punição pelo crime de homicídio não guia o comportamento de quem não tem intenção de matar alguém, sem prejuízo de a sanção poder ser considerada uma razão para não cometer tal ato.¹⁶⁵

As regras se diferenciam dos juízos normativos em geral por serem razões independentes de conteúdo (que afastam deliberações sobre o mérito do ato) com a capacidade de fazer diferença prática.¹⁶⁶ Relembro que isso não seria viável se, para saber o que uma regra exige, uma pessoa deliberasse sobre o próprio mérito decidido pela regra – dificuldade inerente a algumas correntes positivistas.

A classificação da teoria das fontes (inclusivo ou exclusivo) também tem relevância para a diferença prática do direito. O positivismo jurídico exclusivo considera o direito um fenômeno social que, em princípio, pode ser identificado e determinado sem uma argumentação moral que ofusque a sua capacidade de mediar razões e pessoas.¹⁶⁷

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 136-146.

¹⁶² SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 173; HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 38-39.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 174; *Ibid.*, p. 116.

¹⁶⁴ SHAPIRO, 2001, p. 153.

¹⁶⁵ SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 172.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 176-177.

¹⁶⁷ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 136-137.

Já o positivismo jurídico inclusivo admite a moralidade como uma condição de juridicidade, de maneira que a validade de normas possa depender de seus méritos substanciais, não se limitando à sua fonte social. Todavia, isso é incompatível com a diferença prática do direito.¹⁶⁸

Em sentido contrário, Coleman afirma que o positivismo exclusivo realiza uma restrição metafísica/conceitual inadequada ao defender a exclusividade da determinação do direito por fatos sociais, considerando que os critérios de validação do direito podem ser usados como modos de identificação do direito.¹⁶⁹

Enquanto a norma de reconhecimento exclusiva (a fatos sociais mutáveis) é dinâmica, a norma inclusiva (de fatos morais) é estática, tendo em vista que, em contraste com os sistemas jurídicos, a moralidade é um sistema normativo sem regras modificativas das verdades. A verdade moral não muda, mas, sim, a visão das pessoas sobre esta.¹⁷⁰

Essa estaticidade da moral não é um posicionamento metaético antagônico às teses relativistas internas¹⁷¹, porque a validade de regras morais pode ser compreendida como relativas a culturas específicas, sem que isso signifique a mudança dos valores válidos¹⁷².

Nesse contexto, Shapiro conclui que a obrigação jurídica de aplicar normas morais não implica a conversão destas em jurídicas. Distingue, então, a validade jurídica (normas aplicáveis por força do sistema jurídico) da juridicidade (natureza jurídica da norma), a exemplo da aplicação doméstica de uma norma jurídica estrangeira – aplicação válida que não transforma o direito estrangeiro em direito local.¹⁷³

Similarmente, Raz explica que a tese da exclusividade das fontes sociais do direito é compatível com o manejo de matérias extrajurídicas nos processos judiciais, o que não transforma a decisão judicial numa dissertação sobre essas matérias.¹⁷⁴ Por sua vez, a normatividade se basearia no sistema jurídico, e não na lei, composto por normas internamente relacionadas, incluindo leis que nem sequer são normas, por não regularem conduta.¹⁷⁵

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 100-101.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 137.

¹⁷⁰ SHAPIRO, *op cit.*, p. 181.

¹⁷¹ Uso a mesma distinção de Dworkin, que difere o ceticismo interno (incerteza da verdade moral) do ceticismo externo (indeterminação da verdade moral). DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 29.

¹⁷² Para aprofundamento no tema da mudança dos princípios morais, recomendo a leitura do artigo “*Can Basic Moral Principles Change?*” de Raz. SHAPIRO, Scott J. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 181; RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 93-124.

¹⁷³ SHAPIRO, Scott J. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 190.

¹⁷⁴ RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, Jules (org.), **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 32.

¹⁷⁵ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 226.

Nesse raciocínio, o sistema jurídico é um sistema de razões para a ação, tratando o problema de identificação do direito como um problema de identificação de razões jurídicas, as quais se dirigem não exclusivamente às autoridades. Essa identificação das fontes sociais não exige deliberação moral (feita no estágio deliberativo de elaboração de razões), de modo que apenas as razões executivas – que se referem à prática da ação juridicamente regulada – são rigorosamente jurídicas.¹⁷⁶

Raz buscou solucionar o problema da normatividade do direito na função mediadora da reivindicação da autoridade moral pelos sistemas jurídicos. Assim, estes forneceriam razões preemptivas para agir (substitutivas da valoração do sujeito sobre o que deve ser feito) por meio da linguagem normativa. No entanto, essa reivindicação não implica, por si, a legitimidade moral do direito – condição necessária para a validade moral das diretivas de ação.¹⁷⁷

Reforçando a tese da diferença prática do direito, Shapiro ressalta a impossibilidade de a existência e o conteúdo do direito serem determinados por fatos cuja existência o plano tem o objetivo de estabelecer.¹⁷⁸

Por fim, reforço a relevância da discussão a respeito dos problemas fundamentais do direito para a construção e justificativa de um posicionamento teórico coerente e que enfrente a questão do papel da moral no raciocínio jurídico.

2.2.4 Indiferença prática do uso de fatos morais como fonte do direito

Embora este capítulo seja dedicado ao positivismo, a justificativa adequada da escolha de uma teoria desse gênero depende de uma contraposição com as teorias concorrentes. Para tanto, escolhi a fórmula de Radbruch como paradigma do uso de fatos morais como fonte do direito, sobretudo por ter influenciado o neoconstitucionalismo (aprofundado no tópico 4.3) – um plexo de teorias jusnaturalistas consolidado como um paradigma ideológico e jurídico no Brasil com base em diversos pilares teóricos, em especial a chamada reaproximação da moral e o direito, que representaria uma superação do positivismo jurídico¹⁷⁹.

Essa suposta superação foi influenciada pela importação da lenda do positivismo jurídico na Alemanha pós-guerra, construção teórica composta de três teses: a tese causal, que atribui a responsabilidade pela degradação da República de Weimar ao positivismo; a tese exculpatória, que imputa ao positivismo a responsabilidade pelo funcionamento da ditadura nazista e, de outro lado,

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 283-286.

¹⁷⁷ RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 46; RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 215-219; RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 214-216.

¹⁷⁸ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 275.

¹⁷⁹ Rodrigo Valadão analisa a correlação entre a recepção do mito do positivismo jurídico e a consolidação do neoconstitucionalismo. VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 64-68 e 580.

exime os juristas de responsabilidade por serem meras vítimas de um sistema perverso; e a tese da legitimação, que associa o positivismo a um discurso legitimador de regimes autocráticos como um todo.¹⁸⁰

Considerando que Radbruch foi um teórico importante para a formação dessa lenda,¹⁸¹ a análise da sua fórmula (sintetizada na frase “injustiça extrema não é direito”) é uma maneira proveitosa de estudar a possibilidade de a moral ser considerada fonte de direito, assim como o papel da moral na hermenêutica jurídica.

O presente tópico não tem a pretensão de discutir ou demonstrar a fragilidade do neoconstitucionalismo como um todo, mas somente apresentar uma crítica a respeito da reaproximação entre a moral e o direito sob o enfoque do positivismo jurídico – a fim de sustentar a adoção dessa teoria no trabalho.

A abordagem da fórmula de Radbruch é justificada pela elasticidade de seu conteúdo, que permite o uso retórico nas mais diversas situações que configuram injustiça extrema na visão do intérprete do direito, ainda que de maneira diferente do que inicialmente imaginado pelo autor.

Por exemplo, a referida fórmula foi um dos fundamentos do recurso especial nº 1.953.607 – SC, que fixou tese sobre a aplicação excepcional da remição ficta da pena em razão da pandemia da covid-19¹⁸².

Inserida no contexto histórico de formação da lenda do positivismo no pós-guerra, a teoria de Radbruch chamou a atenção (entre outras razões) pelo fato de ser apresentada como uma revisão de entendimento de um declarado ex-positivista¹⁸³.

Em artigo famoso pelo desenvolvimento da fórmula da injustiça extrema, Radbruch associou o positivismo jurídico à escola da exegese (lei é lei¹⁸⁴), de maneira que a teoria criticada equipararia a validade à força, e não à normatividade dos valores inerentes ao direito.¹⁸⁵ O seguinte trecho sintetiza bem a ideia de interpretar a justiça como um critério de validade do direito:

O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido desta forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 38-40.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 66-85.

¹⁸² “11. Tese: Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.”. BRASIL, República Federativa do, Recurso especial nº 1.953.607/SC (2021/0257918-4).

¹⁸³ Valadão sustenta corretamente que Radbruch não era um autor positivista nem mesmo antes do Terceiro Reich. VALADÃO, *op cit.*, p. 71-73.

¹⁸⁴ Bobbio esclarece que a escola da exegese consistia num projeto político de separação dos poderes e de supremacia do legislador, com base na pressão do regime napoleônico, que rejeitava a aplicação do direito natural pelos juízes e partia de uma concepção estatal do direito. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022. p. 94-104.

¹⁸⁵ RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. p. 1 e 6.

e falha em beneficiar o povo, salvo se o conflito entre a lei e a justiça alcance um grau intolerável que a lei, como lei defeituosa, deve ceder à justiça. É impossível desenhar uma linha mais precisa entre casos de extrema injustiça legal e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser desenhada com a maior clareza: quando não há nem mesmo uma tentativa de ser justo, quando a igualdade, o núcleo da justiça, é traído deliberadamente na emissão do direito positivo, então a lei não é meramente defeituosa, mas carece completamente da própria natureza do direito. Porque direito, incluindo direito positivo, não pode ser definido de outra forma que não como um sistema e uma instituição cujo próprio significado é servir a justiça. Medidas por esse padrão, porções inteiras do direito do Nacional Socialismo nunca alcançaram a dignidade do direito válido¹⁸⁶.

Essa ideia central da isonomia como requisito essencial da justiça (e do direito válido) demonstra a elasticidade da aplicação da fórmula em casos que não decorrem necessariamente de regimes autocráticos, sobretudo porque a segurança jurídica também é considerada um componente da justiça – razão pela qual Radbruch defende o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, acreditando que há valor em atender às formas para resistir a tentações anti-isonômicas.¹⁸⁷

Nesse sentido, Valadão explica a aplicação e as dimensões da fórmula de Radbruch na interpretação do direito:

Como pode ser visto, essa “fórmula” apresenta uma dupla dimensão. De um lado, ela apresenta um conceito de Direito: o Direito é a ideia que tem por finalidade específica servir a Justiça. Embora a segurança jurídica continuasse a ser um valor fundamental do Direito, sua proteção somente seria justificada na medida em que ela estivesse servindo à Justiça. Disso decorre uma segunda dimensão desta fórmula: a sua pretensão normativa. Como a injustiça extrema é um caso de negação do próprio Direito, as normas jurídicas que a veiculem devem ser desconsideradas pelos juristas. E caso as normas criminosas e aberrantes editadas pelo regime nazista fossem medidas por esse metro, o Direito por ele promulgado jamais poderia valer como tal.

Já a aplicação dessa fórmula pode ser dividida em dois momentos distintos. Um primeiro momento (negativo) consiste na falsificação do Direito Positivo, que tem por finalidade afastar uma situação de injustiça legal. Nesse primeiro momento realiza-se uma mensuração da injustiça produzida pela aplicação do Direito Positivo que, caso seja insuportável, autoriza o seu afastamento. Depois de afastada a “norma injusta”, verifica-se um segundo momento (positivo), um momento de identificação do Direito Justo, que consiste em definir o Direito Supralegal e aplicá-lo ao caso concreto.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Tradução livre: “The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as ‘flawed law’, must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely ‘flawed law’, it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice. Measured by this standard, whole portions of National Socialist law never attained the dignity of valid law.” RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. p. 7.

¹⁸⁷ RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. p. 10.

¹⁸⁸ VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo*. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 81.

Portanto, o padrão interpretativo da fórmula pode ser utilizado para apontar a invalidade de leis desarrazoadamente¹⁸⁹ anti-isonômicas, inclusive em regimes tidos como democráticos, por exemplo, na restrição de voto a determinados segmentos sociais.

A fórmula de Radbruch é coerente com a sua concepção de direito, tendo em vista que defendia que a força obrigatória do direito (e o próprio direito) era condicionada pela moral, enfrentando expressamente o problema da normatividade do direito (que será abordado mais adiante). Entretanto, ele não entendia que o direito era incorporado pela moral, mas que o mesmo material apresentava um duplo valor, como outros produtos culturais. Além disso, sustentava o fim moral do direito, que seria realizado pelos direitos concedidos para o cumprimento de deveres morais.¹⁹⁰

Em defesa da fórmula, Alexy trata a correção moral como um terceiro elemento necessário do direito, que se torna não positivista. No caso da vedação à injustiça extrema, o direito se vincularia à moral sem exigir uma convergência completa.¹⁹¹

Verifico, então, a diferença dessa teoria (que influenciou o neoconstitucionalismo) do positivismo inclusivo, considerando que este admite a identificação do direito com base em fatos morais apenas contingencialmente, enquanto aquela entende que a moralidade é uma fonte direta do direito como uma premissa fundamental da teoria do direito.

Em crítica a Alexy, Raz sustentou que a fórmula de Radbruch pode ser interpretada de duas formas: como uma obrigação moral de recusar a aplicação de lei extremamente injusta; ou como a existência de uma norma jurídica em todos os sistemas que determine isso (de difícil confirmação empírica). A respeito da primeira interpretação, inclusive, constata que positivistas têm maior facilidade em identificar a obrigação (moral) de desobedecer a leis injustas.¹⁹²

Raz também menciona que a fórmula de Radbruch desconsiderou algumas questões importantes, como a possibilidade de a aplicação de uma lei justa gerar uma injustiça em um caso particular, ou na hipótese de a não aplicação da lei injusta, em si, gerar consequências extremamente injustas.¹⁹³

Além disso, Raz defende que a fórmula de Radbruch não afeta o positivismo negativamente, tendo em vista que essa ideia apenas demonstra que o direito pode incorporar o vocabulário moral na verificação da validade das leis. Contudo, a existência da regra que concede o poder às cortes para controlar a validade de leis injustas é uma questão de fato social, pois não se pode presumir uma

¹⁸⁹ Faço referência à clássica admissão doutrinária de distinções razoáveis entre pessoas, desde que haja correlação lógica entre o critério de distinção e a discriminação realizada. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 37.

¹⁹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 66-68.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9-30, 2010. p. 9 e 19.

¹⁹² RAZ, Joseph, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. London: Hart Publishing, 2007. p. 27.

¹⁹³ *Ibid.*

diferença moral entre sistemas que não a admitem ou que a restringem em determinados casos. Portanto, Raz afirma que Alexy deveria demonstrar que todas as cortes e sistemas jurídicos admitem a regra do controle de validade, bem como que o direito necessariamente atribui esse poder como um poder jurídico, de modo que a invalidação de uma lei injusta não seja, por si, uma violação do direito.¹⁹⁴

Em resposta à crítica de Raz, Alexy demonstra a adequação à primeira interpretação elencada por Raz, ao tratar a fórmula como um fato moral, e não como uma norma jurídica presente em todos os sistemas, tendo em vista que colocaria limites à validade jurídica dos fatos sociais. Então, o que o direito deve ser encontraria entrada naquilo que o direito é (fato social limitado por fato moral – um ser de segunda ordem).¹⁹⁵

Por ser centrada na isonomia, a fórmula de Radbruch não tem sua aplicabilidade restrita à interpretação do direito de regimes autocráticos, tanto que foi utilizada no mencionado julgamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da admissão excepcional de remição ficta da pena, conforme transcrição de parte da fundamentação:

Em outros termos e contextualizando para a temática dos autos, a lei (art. 126, §4º, da LEP) é válida, constitucional e deve ser interpretada restritivamente. Todavia, na hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19, ela não se revela a solução mais justa para os presos que já trabalhavam ou estudavam. Por isso, verifica-se uma hipótese em que o aplicador da norma, no caso concreto, deve reconhecer a sua derrota ou superação. Nessa linha argumentativa, é interessante ainda mencionar que o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça em uma situação de normalidade não é o mesmo que se observará em eventuais situações de anormalidade. Cuidando-se para não se dar margem a subjetivismos desmesurados (solipsismos) é salutar que se atente à “Fórmula de Radbruch”. Segundo ela, apesar de o Direito Positivo ter precedência, mesmo quando injusto e desfavorável às pessoas, quando ele se revelar portador de injustiça insuportável, ele não deverá prevalecer (...)

Assim, entendo que negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a reter sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que sofreu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.¹⁹⁶

Ainda que a retirada do fundamento na referida fórmula não implique uma alteração do resultado do julgamento (talvez possa ser considerada até *obiter dictum*), a crítica a respeito da indiferença prática não se resumirá a isso.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 28-29.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9-30, 2010. p. 20-21.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.953.607/SC**. Terceira Seção. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/09/2022. p. 17-18.

Na realidade, recordo que a diferença prática é a uma explicação sobre como as normas jurídicas¹⁹⁷ servem as suas funções, mesmo que insuficientemente, por meio da conexão com o comportamento guiado por regras.¹⁹⁸ Ou seja, é uma explicação sobre o raciocínio jurídico numa teoria do direito.

À luz do positivismo exclusivo, o direito é um fenómeno social que, em princípio, é possível de ser identificado e determinado sem recurso a uma argumentação moral que prejudique sua capacidade de mediar razões e pessoas.¹⁹⁹

Assim como no neoconstitucionalismo, o positivismo inclusivo permite que a moralidade possa ser uma condição de juridicidade – admitindo que a validade de normas possa depender de seus méritos substanciais, e não apenas da fonte social.

Todavia, isso é incompatível com a diferença prática do direito,²⁰⁰ tendo em vista que a existência e o conteúdo do direito não podem ser determinados por fatos cuja existência o próprio direito busca estabelecer,²⁰¹ evidenciando o seu compromisso com a tese da diferença prática do direito.

A crítica aqui desenvolvida depende da aceitação da premissa de que o direito tem capacidade de guiar a conduta humana, de maneira que o problema da fórmula de Radbruch não é o uso da argumentação moral no direito, mas o uso da moral como critério de identificação do que é ou não jurídico.

Diante disso, a fórmula de Radbruch é hermeneuticamente inviável por subtrair a capacidade que o direito tem de fazer diferença prática, considerando que o conteúdo do direito é previamente determinado pela compreensão de justiça do intérprete – independentemente do que esteja positivado. Para saber o que é o direito, Radbruch exige que já saibamos o que a moral determina que o direito seja.

Assim, o seu uso para combater novas injustiças decorrentes de novas ideias de quais seriam os fatos morais demonstra um risco de confusão argumentativa entre os critérios de identificação e de validação do direito – risco aumentado pela possibilidade de positivação do vocabulário moral na Constituição.

¹⁹⁷ Por “norma”, refiro-me, com Shapiro, a qualquer padrão que se proponha a regular conduta (permissão, proibição, determinação, atribuição de poder). SHAPIRO, Scott J. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 153.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 189.

¹⁹⁹ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 136-137.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 100-101.

²⁰¹ COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 275.

Essas novas interpretações a respeito do que seria moral e justo são comuns no Brasil, um país com histórico de regimes autocráticos e que se apresenta como terreno fértil para o uso da fórmula de Radbruch na argumentação e interpretação do direito diante de injustiças praticadas pelo Estado.

Se adotada a fórmula de Radbruch, a descoberta e as reflexões sobre injustiças passadas pode gerar dificuldades a respeito da juridicidade geral de um sistema jurídico historicamente fundado nessa história autocrática e em injustiças estruturais, como as desigualdades raciais e de gênero – contrariando fatos morais que precedem à própria existência desse sistema. Ou seja, a injustiça prejudicaria a validade desde o momento de sua prática, quando já seria imoral, apesar de ainda não se ter conhecimento dos imperativos morais violados.

Não afirmo que essas novas interpretações morais são indevidas, mas observo que, além de decorrerem de fatos sociais, indicam a inviabilidade prática de se exigir conhecimento prévio dos fatos morais por meio da inclusão da moral como critério de identificação do direito – além da contradição lógica disso, pela reabertura da decisão moral feita pelo direito positivo.

Por esses motivos, a tese da diferença prática demonstra a fragilidade estrutural do uso da moral como critério de validade e de identificação do direito, afetando, por conseguinte, a solidez teórica da fórmula de Radbruch, bem como do neoconstitucionalismo e do positivismo inclusivo.

2.2.5 Positivismo e ciência

A tese da separabilidade entre o direito e a moral faz com que o positivismo jurídico seja associado à adoção do verificacionismo. Contudo, o tratamento do direito como ciência não é um problema relevante no positivismo jurídico anglófono. Como já demonstrado, os teóricos enfrentam diretamente a questão do compromisso metaético prévio à abordagem a respeito da avaliação moral do direito, a exemplo de Dickson, que estudou a valoração indireta pela eleição dos critérios da filosofia analítica do direito.²⁰² Mesmo influenciado pela filosofia da linguagem, Hart não buscava fazer ciência e não compartilhava da forte influência do neopositivismo sobre o positivismo jurídico continental.²⁰³

O verificacionismo não é uma tese necessária (nem correta) do positivismo, sendo assumido notadamente em Kelsen. Assim como este autor, Pontes de Miranda foi influenciado pela época do neopositivismo e do naturalismo científico, como se percebe da defesa da pureza do conhecimento e da necessidade de correspondência entre proposições e fatos, dentre os quais estava o direito.²⁰⁴

²⁰² DICKSON, Julie. **Elucidating law**, Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 138.

²⁰³ NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012. p. 159-160.

²⁰⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima, **Teoria do fato jurídico**: Uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013. p. 45.

Pontes de Miranda entendia o direito como fato, como um ser que permeia todo o meio social, não se caracterizando como voluntarista, o que fundamentava a análise, com método objetivo, das relações sociais, não reduzindo o escopo do estudo às normas postas. Já o dever-ser surgiria após a verificação da norma jurídica pelo método indutivo, reforçando o papel da cognição na ciência jurídica.²⁰⁵

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, diferentemente de Kelsen, compreende a ciência jurídica como interpretativa e normativa, assim como reconhece a maior vantagem epistêmica em se discutir as condições, limites e circunstâncias do discurso jurídico, em vez de entrar na disputa a respeito do conceito de ciência.²⁰⁶

A visão cientificista ou verificacionista considera o que não for empiricamente verificável como irrelevante para o conhecimento, decorrendo de uma postura não-cognitivista quanto à metaética²⁰⁷ (tema do item 4.1.1.) que também fundamenta a concepção clássica da tese da separabilidade. Essa postura não consegue explicar o uso do vocabulário moral no direito, diante da visão reducionista da moral e da inevitabilidade do juízo normativo.²⁰⁸

Além disso, o cientificismo bloqueia questões importantes à teoria do direito, a exemplo do recurso à norma hipotética fundamental e da consideração da moral na racionalidade prática, o que levou Kelsen a não desenvolver uma teoria da interpretação jurídica, com vistas à garantia da pureza da ciência do direito.

2.2.6 Positivismo e interpretação

O positivismo é comumente tratado como uma teoria homogênea com ideais supostamente avaliatorios, como os da Escola da Exegese, sem distinção entre regras e princípios e permissiva de arbitrariedades em razão da admissibilidade (descritiva) da discricionariedade judicial.²⁰⁹

Na realidade, as espécies mais tradicionais do gênero positivismo carecem de teorias da interpretação (Kelsen e Hart), sobretudo porque entendiam que o desenvolvimento de métodos de interpretação ingressaria no campo normativo,²¹⁰ como uma prescrição do que deveria ser o caso, e não descrição do que é o caso.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 52-54.

²⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 198-205.

²⁰⁷ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e Fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Almeidina, 2020. p. 58-59.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 37.

²⁰⁹ BENTO, Milani M. **Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo**: postulados e diferenças. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 37-43.

²¹⁰ NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161.

Mesmo filiado à separação conceitual entre direito e moral, Dimitri Dimoulis considera que a teoria pura do Direito é incompleta ao negligenciar a interpretação, pois transforma o ato de vontade formal em substancial.²¹¹ No entanto, registro que Kelsen expunha sua visão normativa sobre o Direito em seus trabalhos de teoria política.²¹² A fim de afastar associações automáticas do positivismo em geral ao formalismo exegético, irei tratar brevemente sobre como a discricionariedade é descrita como uma propriedade do direito (embora não necessariamente desejada normativamente) em Kelsen e Hart.

A discricionariedade é contrária ao formalismo, que defende uma resposta correta à luz da letra da lei. Diante do caráter normativo da resposta correta, o caráter normativo Escola da Exegese aproxima-se mais do jusnaturalismo quanto à existência de uma resposta correta, embora incompatível quanto ao material utilizado para chegar a essa resposta.

Contudo, não se pode confundir a defesa de uma resposta correta com a ausência de qualquer ato de escolha. A problemática da interpretação do direito parte da premissa de que há, em algum grau, liberdade ou livre arbítrio do intérprete, que exerce um ato de decisão (um ato de vontade), ainda que se discorde a respeito da existência da discricionariedade. À vista disso, Dworkin assevera que não podemos assistir às nossas escolhas – devemos escolher. Somente na ausência de um determinismo forte que podemos dizer que alguém é responsável por algo, ainda que não se fale no sentido de responder juridicamente por algo. Caso o determinismo existisse em grande intensidade, a autonomia do agir humano desaparecia: não poderíamos responsabilizar alguém por suas ações, se essas não foram feitas livremente; da mesma maneira que não poderíamos criticar eventuais julgamentos injustos, já que estes também não seriam feitos livremente; e assim por diante.²¹³

Hart entendia o formalismo como uma atitude de formular regras escritas para disfarçar ou limitar a inevitável escolha do intérprete, ou até mesmo o congelamento do significado linguístico da regra no tempo.²¹⁴ As regras jurídicas, contudo, seriam padrões de comportamento suficientemente determinados, diante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis, podendo apenas limitar a discricionariedade, sem excluí-la.²¹⁵

²¹¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 132.

²¹² Essas coletâneas de filosofia política serão tratados mais adiante, no momento de abordagem da função política dos magistrados: KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 219-225.

²¹⁴ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 129.

²¹⁵ “Courts regard legal rules not as predictions, but as standards to be followed in decision, determinate enough, in spite of their open texture, to limit, though not exclude, their discretion.” HART, *op cit.*, p. 147.

A incompletude seria, então, uma propriedade necessária do direito, que não dá respostas prontas, mas fundamenta a textura aberta das normas jurídicas,²¹⁶ inevitavelmente criadas *ex post facto* pelo juiz.²¹⁷

A carência de teorias interpretativas não foi suficiente para afastar a crítica da metodologia descritiva dos positivismos influenciados por Hart (entre os quais está Shapiro), em razão dos truísmos eleitos para a análise das propriedades essenciais do direito, das concessões feitas após as críticas de Dworkin e das próprias regras primárias, se entendidas como moralmente boas para sanar determinadas deficiências sociais. Quanto aos truísmos, Horácio Neiva considera esse método incapaz de explicar a natureza do direito, diante da ausência de consenso sobre o que seria um truísmo e sobre a força deste, especialmente diante de contraexemplos conceituais.²¹⁸

Por outro lado, Kelsen estava inserido num ambiente de preocupação com a certeza científica e, conseqüentemente, a ausência de verificabilidade da interpretação correta por ser um ato de vontade que acompanha “o processo de criação do direito, em seu percurso do nível superior ao nível inferior, que é determinado pelo nível superior”.²¹⁹

A discricionariedade surgiria porque essa determinação vertical do direito seria necessariamente incompleta, por força da impossibilidade de positivação de todos os aspectos de implementação da norma superior.²²⁰

A norma superior, então, seria apenas uma moldura, dentro da qual caberiam diversas interpretações – sendo a escolhida pela vontade do intérprete autêntico apenas uma das interpretações semanticamente possíveis, sem haver resposta correta²²¹.

Quanto ao uso da moral, Kelsen entendia que a positivação de normas metajurídicas as transformariam em jurídicas.²²² Contudo, o conhecimento de seu efetivo conteúdo não corresponderia ao conhecimento do direito positivo, mas de normas metajurídicas que influenciam o processo de criação do direito, como a moral, a justiça e termos genéricos como o interesse público.²²³

A pretensão descritiva de Kelsen não consegue explicar como o direito será descrito ao não fornecer ferramentas para a interpretação jurídica. A ideia da moldura, portanto, só descreve as interpretações semanticamente cabíveis – o que o direito pode vir a ser –, desacompanhada da certeza e da verificabilidade necessárias para uma ciência.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 252.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 128 e 130.

²¹⁸ NEIVA, Horácio. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 65, p. 261-284, 2014. p. 274-276.

²¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 177.

²²⁰ *Ibid.*, p. 178.

²²¹ *Ibid.*, p. 181.

²²² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 185.

²²³ *Ibid.*, p. 184.

Fica claro que Kelsen e Hart destoam da Escola da Exegese, que consistia num projeto político (imposto pelo regime napoleônico) de separação dos Poderes com primazia do legislador, de modo a rejeitar a aplicação do direito natural pelos juízes com base numa concepção estatal do direito. Esse projeto deve ser compreendido no contexto histórico da ideologia iluminista, que, em contraposição aos regimes absolutistas, reivindicava a certeza do direito (por exemplo, por meio da codificação) e a autoridade do legislador.²²⁴

A expressão “Escola da Exegese” é criticada por Halpérin, após expor a restrição à liberdade de cátedra durante a vigência do Código Civil de Napoleão:

Porque desconfiava da maneira como os advogados poderiam interpretar seu Código, Napoleão se esforçou para submeter a educação jurídica a um controle rigoroso pelo Estado. Desde a Lei de 13 de março de 1804 (22 *ventôse* do ano XII) até 1875, apenas as *Écoles*, subsequentemente *Facultés*, podiam ensinar o direito francês, essencialmente o direito privado, isto é, o Código Civil. O programa de três anos da *licence en droit*, destinado a formar profissionais, consistia predominantemente em cursos sobre o Código de Napoleão. Além disso, o método de ensino, por ditado, era fixado por diretrizes do ministério e os professores eram supervisionados rigorosamente até o final do Segundo Império. Não é, portanto, surpreendente que aqueles que escreveram sobre o direito, cada vez mais dentro das universidades, estivessem imbuídos de respeito pela letra do Código Civil, se não pelo seu espírito.

A maioria daqueles que ministravam cursos e escreviam comentários e tratados seguia a ordem do Código artigo por artigo e tendia a afirmar que estavam apenas expondo o direito positivo de maneira exegetica – tal era o efeito do culto à lei e da admiração pelo Código – mas, embora seja verdade que a maioria dos escritores de direito privado mantinha os olhos no Código Civil e moderava suas críticas por conformismo intelectual e social, é, na verdade impreciso falar de uma Escola de Exegese, já que cada autor tinha uma maneira de apresentar teorias próprias que não tinham uma base real no texto do Código.²²⁵

Com base nesse contexto, Reale notava o anacronismo de certas críticas à Escola da Exegese, compreendida como um movimento político de resposta à ideologia e às normas costumeiras e jurisprudenciais do Antigo Regime, com claros contornos normativos quanto à postura interpretativa ideal dos magistrados.²²⁶

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022. p. 94-104.

²²⁵ Tradução livre do trecho: “Because he distrusted the way lawyers might interpret his Code, Napoleon did his best to subject legal education to strict control by the state. From the Law of 13 March 1804 (22 *ventôse* year XII) until 1875 only the *Écoles*, subsequently *Facultés*, could teach French law, essentially private law, that is the Code civil. The three-year programme of the *licence en droit*, designed to train practitioners, consisted predominantly of courses on the Code of Napoleon. Furthermore, the method of instruction, by dictation, was fixed by directives from the ministry and the professors were strictly supervised until the end of the Second Empire. It is therefore not surprising that those who wrote about the law, increasingly within the universities, were imbued with respect for the letter of the Code civil, if not its spirit.

Most of those who delivered courses and wrote commentaries and treatises followed the order of the Code article by article, and tended to assert that they were only laying out the positive law in an exegetical manner - such was the effect of the cult of law and the admiration for the Code - but while it is true that most of the writers on private law kept their eyes on the Code civil and moderated their criticisms out of intellectual and social conformism, it is actually inaccurate to speak of a School of Exegesis, since every author had a way of trotting out theories of his own which had no real basis in the text of the Code.”. HALPÉRIN, Jean-Louis. **The French Civil Code**. London; New York: Routledge, 2006. p. 83.

²²⁶ REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 38-39.

Sem embargo da restrição à atividade interpretativa dos juízes, Bobbio notava a divergência a respeito do significado da vedação ao *non liquet*, originalmente imaginado para permitir a criação do direito; além do fato de que os métodos tradicionais do direito implicavam a interpretação (não mera reprodução) das leis – em oposição ao que se espera do formalismo.²²⁷

Portanto, fica claro que o positivismo jurídico é um complexo heterogêneo de teorias, com experiências muito diferentes a depender do autor, da época e da região geográfica. No caso, priorizarei a preocupação com a natureza e identificação do direito típica dos teóricos anglófonos²²⁸, em especial na teoria de Shapiro que será exposta a seguir – que inclui uma teoria da interpretação.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022. p. 90-93.

²²⁸ Morbach explica o surgimento e a evolução do positivismo anglo-saxão com base no contexto histórico do Reino Unido, o que facilita a compreensão de como foi trilhado caminho diverso do positivismo continental. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 33-124.

3 O DIREITO COMO PLANEJAMENTO

Apesar de eu adotar o positivismo normativo ou ético, entendo que o positivismo descritivo também pode ser correto, como considero a teoria de Scott J. Shapiro – o direito como planejamento. A teoria de Shapiro tem a virtude de ter sido escrita de maneira clara, distinta, coerente e consistente. Segundo Karl Popper, essas qualidades não são critérios da verdade em si, embora os vícios correspondentes sejam critérios de falsidade.²²⁹

A refutação das teorias positivistas tradicionais precede a apresentação da teoria de Shapiro em *Legality*, com base nas respostas dadas à charada da possibilidade, ao desafio de Hume, às fontes do direito e à prática jurídica.

Conforme observado por Hershovitz, Shapiro leva as críticas de Dworkin contra Hart a sério²³⁰, ao contrário de muitos positivistas contemporâneos, embora se mantenha firme em relação à tese das fontes e, logicamente, ao positivismo jurídico.²³¹ Contudo, a compreensão da teoria de Shapiro requer uma introdução à filosofia prática, em especial o pensamento de Bratman.

Este capítulo terá contornos mais teóricos, em razão de sua finalidade de apresentar o positivismo descritivo de Shapiro. Todavia, essa vertente teórica tem aptidão para explicar o fenômeno democrático sob a perspectiva do direito, o que ficará mais claro após a abordagem da noção básica da democracia no capítulo 4. Por fim, a teoria da interpretação com base na economia da confiança também será essencial para a compreensão do aspecto normativo do *rule of law* sob a perspectiva do procedimentalismo democrático adotado no presente trabalho.

3.1 Introdução sobre a atividade humana de planejar

Hershovitz registrou que, assim como Raz, Shapiro construiu um argumento em favor da diferença normativa do direito, diferindo quanto à solução dada²³². Os dois filósofos também compartilham influências da filosofia da ação, divergindo, quanto ao marco teórico, visto que Raz não adotava a teoria de Bratman²³³, tratado nesta seção.

²²⁹ POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. p. 56.

²³⁰ Em síntese, Shapiro entende que Dworkin perdeu a discussão do Modelo de Regras I, mas ainda não houve definição do debate a respeito das teses das fontes entre o positivismo e o interpretativismo dworkiniano. SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 25-55. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 14-45.

²³¹ HERSHOVITZ, Scott. The Model of Plans and the Prospects for Positivism. **Ethics**, v. 125, p. 152-181, 2014. p. 153.

²³² *Ibid.*, p. 168.

²³³ O posicionamento de Raz pode ser verificado, entre outras fontes, na primeira parte de uma coletânea publicada em 2022. Raz discordava de Bratman, por exemplo, quanto ao nível de influência das intenções e do comprometimento sobre o agir futuro; à dualidade de intenções; e sobre o papel do planejamento na racionalidade prática. RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 45, 66-70.

Bratman parte da premissa de que o ser humano é um agente planejador dotado de racionalidade e recursos limitados, de maneira que uma teoria da intenção deve levar a sério a relação dos planos com o agir humano.²³⁴

Como não temos a capacidade nem os recursos para deliberar racionalmente sobre tudo de maneira antecipada, esses planos, criados em virtude das pressões por coordenação, são incompletos – característica essencial que exige uma racionalidade específica de agentes planejadores: o preenchimento e ajuste dos planos iniciais com o tempo, com especificações de meios apropriados, passos preliminares ou meros cursos de ação.²³⁵

Isso nos leva a considerar o caso da intenção direcionada ao futuro como central, haja vista que essa noção é um pilar do planejamento, atividade que permite a extensão da influência da deliberação presente sobre o futuro, sendo inviável a redução das intenções aos desejos e crenças.²³⁶

Sem prejuízo da descrição teórica, o desenvolvimento de um modelo de intenção e ação impõe perguntas normativas a respeito da racionalidade prática, questões sobre como um agente deve agir,²³⁷ e isso já sugere a importância da teoria do planejamento para a resposta de Shapiro à normatividade do direito.

À vista disso, uma intenção direcionada ao futuro deve ser dotada de uma certa estabilidade ou inércia (embora seja revogável por reconsideração) e tem duas dimensões para o futuro – uma volitiva e outra centrada no comprometimento racional com a intenção – que fornecem bases para a coordenação e para o controle de conduta e intenções posteriores, a exemplo do raciocínio de adequação dos meios pretendidos aos fins pretendidos. Tanto a estabilidade quanto o controle de conduta criam expectativas que o agente tentará fazer o que pretende.²³⁸

Por seu turno, planos são estados mentais (e não estruturas abstratas, como o plano da validade) que compartilham as propriedades mencionadas das intenções: eles resistem à reconsideração e são estáveis; controlam condutas, sem se restringir a influenciá-las; e fornecem *inputs* cruciais para o raciocínio prático e planejamento posteriores.²³⁹

Ademais, os planos são parciais e estruturados de maneira hierárquica. Por exemplo, planos sobre fins envolvem planos sobre meios e passos preliminares. A estratégia de estabelecer planos incompletos e hierarquicamente estruturados tem uma razão pragmática ao permitir a compatibilização com nossas capacidades limitadas de deliberação e de processamento informacional, assim como viabilizar o ajuste a mudanças fáticas que não conseguimos antecipar.

²³⁴ BRATMAN, Michael E. *Intention, Plans and Practical Reason*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987. p. 1-2.

²³⁵ BRATMAN, Michael E. *Intention, Plans and Practical Reason*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987. p. 3.

²³⁶ BRATMAN, *Intention, Plans and Practical Reason*, p. 7.

²³⁷ *Ibid.*, p. 14.

²³⁸ *Ibid.*, p. 16-17.

²³⁹ *Ibid.*, p. 28-29.

Nesse ínterim, verifica-se que a parcialidade e a hierarquia têm aspecto híbrido, deliberativo e não-deliberativo, porque condicionam deliberações e são motivos para a manutenção da estabilidade de um plano.²⁴⁰

Para serem considerados racionais (mas não para meramente existirem), os planos devem ser internamente consistentes com as crenças do agente e estabelecer coerência entre meios e fins, também no preenchimento temporal com subplanos. Desta forma, os planos tratam as intenções como razões estruturais para a relevância e admissibilidade de opções para as ações futuras.²⁴¹

Nessa senda, a racionalidade prática tem dois níveis: intenções prévias e planos levantam problemas e filtram potenciais soluções para tais problemas. As razões fundadas em desejos e crenças entram como considerações a serem ponderadas na deliberação entre as opções admissíveis (não dotadas de incoerência irracional com as intenções e planos).²⁴²

No que se refere à estabilidade dos planos, uma reconsideração será considerada racional se for coerente com os hábitos de reconsideração considerados razoáveis para um determinado agente, seguindo basicamente a lógica da decisão racional que considera as alternativas admissíveis de maneira coerente com padrões de relevância fixados à luz de planos anteriores.²⁴³

Isso não quer dizer que um agente não pode ou não é capaz de agir e planejar em contrariedade com as normas mencionadas, mas apenas que, caso o faça, será um agir irracional – conclusão semelhante à possibilidade fática de descumprimento de normas jurídicas e/ou morais.

Longe de ter esgotado a teoria do planejamento e da racionalidade prática de Bratman, essa breve introdução ajudará na compreensão das principais teses do direito como planejamento, analisadas na seção seguinte.

3.2 As teses centrais do direito como planejamento

Além das citadas teses positivistas das fontes, o direito como planejamento é fundado em cinco teses claramente tributárias da filosofia da ação, já trabalhadas indiretamente ao longo do presente texto:

Tese do planejamento: a atividade jurídica é uma atividade de planejamento social.²⁴⁴
Tese do agir compartilhado: a atividade jurídica é uma atividade compartilhada.²⁴⁵

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 30.

²⁴¹ BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987. p. 31-34.

²⁴² BRATMAN, **Intention, Plans and Practical Reason**, p. 35.

²⁴³ *Ibid.*, p. 58-64.

²⁴⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 195.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 204.

Tese do propósito moral: o propósito fundamental da atividade jurídica é remediar as deficiências morais das circunstâncias da legalidade.²⁴⁶

Lógica simples do planejamento: a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados por fatos cuja existência o plano busca estabelecer.²⁴⁷

Argumento da lógica geral do planejamento: a interpretação de qualquer membro de um sistema de planos não pode ser determinada por fatos cuja existência qualquer membro desse sistema busca estabelecer.²⁴⁸

À vista dessas teses, a existência da autoridade jurídica só pode ser determinada sociologicamente, independentemente da legitimidade moral – basta saber se os oficiais do sistema adotam e aceitam um plano que autoriza e exige deferência à autoridade.²⁴⁹

Nesse cenário, a aplicação do plano é um processo de três passos, no qual o aplicador deve determinar: 1) o conteúdo do plano; 2) o contexto de sua aplicação; 3) e como se adequar ao plano nesse contexto.²⁵⁰

Ademais, a determinação do conteúdo do plano deve ser feita com cuidado, para que não se engaje numa deliberação sobre o mérito e se desfaça a solução que o plano se propôs a dar, porque o valor do plano é justamente antecipar esse pensamento meritório.²⁵¹

Para os propósitos do direito como planejamento, os planos são entidades proposicionais abstratas que exigem, permitem ou autorizam agentes a agir ou a não agir de certas formas sob determinadas circunstâncias. Isso significa que os planos são categorias especiais de normas, dotadas de estrutura típica, criadas por um processo específico e que devem resolver questões sobre o agir humano.²⁵²

Exemplificando, a Constituição (plano-mestre) estabelece planos para o próprio planejamento ulterior da sociedade, como os requisitos processuais do planejamento (processo legislativo); a deliberação moral prévia a respeito do conteúdo de planos (pela qual se verifica a constitucionalidade material dos atos infraconstitucionais); objetivos do planejamento social (normas programáticas); agentes públicos responsáveis por cumprir os planos; e assim por diante.

Diversamente, as normas puramente morais não resolvem problemas de coordenação porque a moralidade se preocupa com ação baseada em princípios, e os problemas de coordenação surgem por causa de sua natureza arbitrária.²⁵³

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 213.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 275.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 311.

²⁴⁹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 119.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 126.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 127.

²⁵² *Ibid.*, p. 127-129.

²⁵³ *Ibid.*, p. 201.

Essas teses centrais, inclusive, sedimentam o caminho para se chegar às soluções de Shapiro ao problema da possibilidade e ao problema da normatividade, bem como demonstram o compromisso com as teses da exclusividade das fontes sociais e da diferença prática do direito.

3.3 Soluções aos problemas da possibilidade e da normatividade do direito

A teoria do direito como planejamento evita o regresso infinito com base nas normas da racionalidade instrumental. Como essas normas que atribuem o poder racional de planejar não são planos em si, não foram criadas por outra autoridade.

Bratman desenvolve a tese da continuidade para a aplicação de sua teoria do agir humano às socialidades modestas, identificando o compartilhamento dos planos nas relações interpessoais em pequena escala, como ao fazer uma caminhada com alguém.²⁵⁴ Assim, o compartilhamento de planos e intenções ocupa uma posição central para se compreender tais situações, e não a concordância quanto a crenças ou julgamentos.²⁵⁵

Por sua vez, Shapiro investiga o compartilhamento massivo de planos, discordando de Bratman quanto ao compartilhamento da intenção entre participantes do plano,²⁵⁶ exigindo apenas o compartilhamento do plano em si. Isso seria possível mesmo entre agentes alienados (que não se importam com o sucesso do plano ou da ação), embora isso, na prática, dependa de um desenho institucional mais sofisticado do que o exigido para intenções verdadeiramente compartilhadas.²⁵⁷

Nesse sentido, Ober entende que a teoria do agir humano de Bratman pode ser utilizada para explicar o autogoverno dos cidadãos numa democracia de larga escala, por entender que a votação propriamente organizada é uma forma de agir conjunto que atende às condições teóricas do compartilhamento de planos.²⁵⁸

A autoridade institucional surge da aceitação da atribuição de poder, pelo plano, a determinados participantes sobre outros participantes, desde que esses ajam de acordo com a relação normativa.²⁵⁹ Esse raciocínio é aplicável à autoridade jurídica. A aceitação dos planos jurídicos por agentes públicos implica relações de autoridade entre os próprios agentes e sobre os cidadãos. Quando um agente público emite uma diretiva ao cidadão, outros agentes públicos a consideram válida – independentemente da intenção/vontade do cidadão. O que faz uma pessoa ser a destinatária da norma

²⁵⁴ BRATMAN, Michael E. **Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together**. New York: Oxford University Press, 2014. p. 4-7.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 137.

²⁵⁶ SHAPIRO, Scott J. **Massively Shared Agency**. In: **Rational and Social Agency: The Philosophy of Michael Bratman**. New York: Oxford University Press, 2014. p. 21.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 39.

²⁵⁸ OBER, Josiah, **Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 105.

²⁵⁹ SHAPIRO, **Massively Shared Agency**, p. 48.

não é a aceitação individualizada, mas o tratamento, pelos participantes do plano, do destinatário como tal, aliado à aceitação generalizada dos planos.²⁶⁰

A autoridade jurídica, então, é possível porque certos agentes são capazes de criar e compartilhar um plano para o planejamento social e motivam outros a aderir aos planos – abarcando um plano-mestre que trata do planejamento jurídico ulterior.²⁶¹

Piccelli percebe que a racionalidade instrumental seria, em si, uma razão para agir, equivocando-se, porém, a respeito da classificação de Shapiro como convencionalista,²⁶² porque, ao contrário das convenções, a prática do plano não é condição de sua existência, mas de sua normatividade racional, muito embora seja um critério de investigação sociológica.

Essa normatividade do plano é bastante limitada, pois depende da adoção do plano pelos membros da comunidade, não da mesma forma que o ponto de vista interno de Hart, mas sob a perspectiva da racionalidade instrumental, que trata a aceitação de um plano como critério de um agir racional específico – no caso, a racionalidade interna do direito, que avalia condutas sob o seu próprio ponto de vista.²⁶³

Como o direito busca sanar deficiências morais, seu ponto de vista representa o que é considerado certo ou errado à luz da moralidade adotada pela atividade jurídica, ainda que, sob o ponto de vista moral, a conclusão seja reprovável. Nesse raciocínio, a aferição da verdade da autoridade jurídica não depende da legitimidade moral de um sistema jurídico; são descrições de uma perspectiva que trata a moralidade jurídica como legítima.²⁶⁴

Por conseguinte, o direito como planejamento responde ao problema da normatividade, pois o uso do vocabulário moral se dá sob o ponto de vista jurídico, por meio de juízos descritivos, e não normativos,²⁶⁵ sem precluir a crítica moral (a abordagem pelo ponto de vista normativo moral).

Aliás, ainda que se tratasse da derivação de um dever-ser de um ser, recordo que o problema da normatividade se refere à argumentação lógica a respeito da normatividade que não seja fundada na mera dedução.

3.4 Um plano e para salvar a tese da separação entre direito e moral

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 49.

²⁶¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 179-180.

²⁶² PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 46-48.

²⁶³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 183.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 187-188.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 188.

Todo sistema jurídico implica, em algum grau, o princípio de que certos agentes públicos têm o poder de tomar decisões em nome de toda a sociedade, necessariamente marcada pelas mais diversas concepções de justiça.²⁶⁶

Não há saída amoral para as circunstâncias da legalidade, marcadas propriamente pelas deficiências morais da vida em sociedade – o que insere Shapiro entre os filósofos preocupados com a coordenação social em meio a desacordos morais, como Hobbes e Waldron – que se refere à situação como as circunstâncias da política.²⁶⁷

A incorporação dos desacordos morais e teóricos como elementos básicos da teoria do direito como planejamento atende à necessidade de que uma concepção de direito seja apta a explicar o desacordo não como uma patologia, mas como um aspecto distintivo da prática jurídica.²⁶⁸

O reconhecimento desse propósito moral do planejamento social não implica a caracterização de Shapiro como positivista normativo²⁶⁹, à vista da defesa da tese das fontes dissociada de uma justificativa moral para o planejamento e para a aceitação dos planos,²⁷⁰ que podem ser adotados pelas mais diversas razões pessoais – a exemplo da heurística do “tanto faz”, analisada por Sunstein e Thaler ao tratar da aceitação passiva de opções padronizadas.²⁷¹

Além disso, a lógica do planejamento exige justamente que a deliberação moral não seja reaberta para redefinir os fatos estabelecidos pelo próprio plano, salvo por reconsideração racional que siga o planejamento feito para os próprios planos (plano-mestre), sob pena de irracionalidade jurídica.

Ainda que se entenda que a retificação de problemas morais seja apenas uma das finalidades do direito (vide Hershovitz),²⁷² Shapiro está correto ao incorporar a reivindicação moral como uma propriedade do direito, sem condicionar a validade deste à correção moral de suas proposições.

3.5 Pensando dentro da caixinha: interpretação e desacordos teóricos

²⁶⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 203.

²⁶⁷ As circunstâncias da política são verificadas pelo desacordo político combinado com a forte necessidade de decisão social. *Ibid.*, p. 189.

²⁶⁸ WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, v. 43:1, p. 3-61, 2008. p. 50.

²⁶⁹ Hershovitz o compreende como normativo e Piccelli também, este em razão da ausência de subscrição à tese da separação conceitual. HERSHOVITZ, Scott. The Model of Plans and the Prospects for Positivism. **Ethics**, v. 125, p. 152-181, 2014. p. 163; PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 32.

²⁷⁰ Piccelli nota essa ausência de argumentação moral, apesar de interpretar a teoria como normativa. PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 67.

²⁷¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: The Final Edition**. New York: Penguin Books, 2021. p. 37.

²⁷² HERSHOVITZ, Scott. The Model of Plans and the Prospects for Positivism. **Ethics**, v. 125, p. 152-181, 2014. p. 167-173.

A despeito de ser um instrumento criado para atender às necessidades humanas, o direito não veio com um manual de instruções. Para melhorar o uso, precisamos considerar o instrumento que o direito é e tentar derivar os procedimentos operacionais diretamente de nosso entendimento de sua natureza.²⁷³

Diante disso, os desacordos teóricos não decorrem apenas das concepções de direito ou de métodos interpretativos, mas, sim, da própria escolha de tais métodos – da metainterpretação –, razão pela qual se propõe uma metodologia para a determinação da metodologia interpretativa, que não pode cometer o erro de Dworkin de desconsiderar a confiança e as limitações dos intérpretes.²⁷⁴

Tormin discorda da reconstrução do direito como integridade por Shapiro, tendo em vista que Dworkin não verifica oposição entre fatos sociais e morais (e Shapiro não nega isso). Todavia, essa crítica não consegue demonstrar que a coerência da integridade evitaria a reabertura de planos decididos, já que admite que a empreitada interpretativa de Dworkin recai sobre o que o direito deveria ser.²⁷⁵

Ademais, a atenção à economia de confiança não ignora o lado não racional do intérprete, decorrente do contexto sociopolítico no qual o intérprete está inserido e da própria abertura da linguagem do objeto da interpretação (que servia, em Kelsen e Hart, como justificativa para o tratamento da discricionariedade como propriedade essencial do direito).

O direito como planejamento considera que as atitudes de confiança e desconfiança pressupostas no direito são centrais para a metainterpretação. Grosso modo, uma pessoa mais confiável tem maior discricionariedade do que uma menos confiável para realizar uma atividade. A interpretação não pode ser feita num vácuo institucional ou filosófico.²⁷⁶

Ao sanar deficiências morais, o plano capitaliza a confiança e compensa pela desconfiança, de forma que o metaintérprete deve ser deferente a essa economia de confiança (as atitudes de confiança que motivaram a criação do plano).²⁷⁷

Isso, porque as circunstâncias da juridicidade são primordialmente (e não exclusivamente) problemas de confiança: ou os membros de uma comunidade não podem ser confiados a fazer o que devem, ou precisam de ajuda para realizar seu potencial, ou não confiam na cooperação alheia. Logo, o propósito do direito é cumprido por meio do manejo da confiança, em atenção à competência e às características dos membros da comunidade.²⁷⁸

²⁷³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 399-400.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 305.

²⁷⁵ TORMIN, Mateus Matos. Uma crítica à defesa do positivismo feita por Scott J. Shapiro: resta alternativa ao positivismo jurídico? **Humanidades em diálogo**, v. VIII, p. 175-187, 2015. p. 182-184.

²⁷⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 331-332.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 335-336.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 337-339.

De mais a mais, Shapiro diferencia duas espécies de sistemas jurídicos: os de autoridade, fundados na superioridade moral e de julgamento dos planejadores (como o americano), revelando-se apropriado o método que valorize as intenções desses; e os de oportunidade, fundados no bom conteúdo moral dos planos, utilizando-se o método dos participantes, qual seja a economia compartilhada pelos participantes atuais.²⁷⁹

A verificação da economia da confiança de um determinado plano é um fato social sujeito à investigação sociológica, afastando, então, a justificativa moral na interpretação do direito²⁸⁰.

Apesar de concordar com a utilidade da economia da confiança (e com a interpretação feita a respeito da desconfiança histórica nos juízes americanos), Waldron acredita que a metodologia interpretativa proposta por Shapiro não blindar o intérprete de reabrir deliberações morais, especialmente quando o objeto de interpretação impõe uma deliberação moral.²⁸¹

Por sua vez, Crocker reconhece o valor pragmático da diferenciação entre moral e direito, que explica como os sujeitos podem seguir seu papel do plano sem afetar suas crenças internas,²⁸² mas apresenta crítica à suposta rigidez do plano e a complexidade em interpretá-lo corretamente, sobretudo nos sistemas de autoridade como o americano, nos quais há necessidade de se perquirir a intenção dos *framers*, concluindo pela inadequação da teoria de Shapiro em solucionar dilemas morais.²⁸³

Ocorre que essa deliberação moral não decorre de incoerência teórica de Shapiro, podendo ser o resultado ou de um plano que impõe o raciocínio moral ou de um plano que não consegue sanar as deficiências morais de uma sociedade de maneira efetiva, reabrindo a deliberação moral a cada interpretação (como a investigação da vontade dos *framers*). Para melhor entender o argumento, retomo trecho relativo à discussão do positivismo inclusivo:

O direito de um determinado sistema jurídico não consiste em todas as regras sob as quais o juiz tem a obrigação de aplicar. Ao interpretar uma lei, por exemplo, juízes devem usar as regras gramaticais do inglês. Mas as regras da gramática inglesa não são parte do direito americano. Similarmente, em casos envolvendo partes de diferentes jurisdições, juízes são frequentemente obrigados a aplicar o direito de uma jurisdição estrangeira. Mas a obrigação de aplicar regras estrangeiras não as transmuta em regras locais. A distinção entre sistemas normativos é preservada mesmo quando um sistema toma emprestado de outro.²⁸⁴

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 350-351.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 357.

²⁸¹ WALDRON, Jeremy. Planning for Legality. *Michigan Law Review*, v. 109, p. 883-902, 2011. p. 899-902.

²⁸² CROCKER, Thomas P. Concepts in Law: Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legalit. *Tulsa Law Review*, v. 47, p. 205-217, 2011. p. 207.

²⁸³ CROCKER, Thomas P. Concepts in Law: Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legalit. *Tulsa Law Review*, v. 47, p. 205-217, 2011. p. 213-217.

²⁸⁴ Tradução livre: "The law of a particular legal system does not consist of all those rules that judges are under an obligation to apply. When interpreting a congressional statute, for example, judges are supposed to use the rules of English grammar. Yet the rules of English grammar are not part of U.S. law. Similarly, in cases involving parties from different jurisdictions, judges are often required to apply the law of a foreign jurisdiction. Yet the obligation to apply foreign rules

Prosseguindo, a metainterpretação passa por estas fases: 1) especificação (qual a competência e características necessárias para implementar os diferentes procedimentos interpretativos?); 2) extração (qual a competência e quais as características que os planejadores acreditaram que os atores têm que os levou a confiar a tarefa aos atores? E quais objetivos sistêmicos os planejadores pretendem que os atores busquem e realizem?); 3) avaliação (qual o procedimento busca e realiza esses objetivos sistêmicos confiados aos atores, presumindo que eles têm a competência e características necessárias?).²⁸⁵

Shapiro concorda com Dworkin que os desacordos teóricos impõem a averiguação de propósitos e objetivos do direito. Mesmo que haja uma concordância sobre a natureza geral da prática jurídica, é possível haver divergência sobre a metainterpretação e sobre a ideologia posta no sistema jurídico (questões de fato). Shapiro concede que podem existir respostas erradas, mesmo que não exista uma resposta correta.²⁸⁶

Shapiro argumenta que o *rule of law* só é concretizado quando os intérpretes jurídicos são fiéis à visão de *rule of law* que o sistema jurídico pressupõe e incorpora. Portanto, a maior virtude do intérprete é a autodisciplina – pensar dentro da caixinha. Afinal, o direito como planejamento não é uma descrição romântica ou inspiradora ao tratar o direito como um instrumento – que pode ser bem ou mal utilizado, como qualquer instrumento.²⁸⁷

Essa associação com o *rule of law* pode levar à compreensão inadequada da teoria de Shapiro como normativa. Entretanto, o método defendido busca entender a distribuição e o escopo das atribuições dos agentes públicos, sem que isso possa ser confundido com uma defesa moral das escolhas realizadas no sistema jurídico estudado.

A distribuição de confiança consegue explicar a existência de divergências que não sejam meramente linguísticas, assim como é compatível com a racionalidade limitada dos humanos e, portanto, com as premissas teóricas da teoria do agir humano de Bratman, como a incompletude e hierarquia dos planos.

Quanto à eventual vagueza do direito, Finnis recorre à noção de *determinatio* em Tomás de Aquino – que guarda certa semelhança com a discricionariedade. Para tanto, usa a analogia do arquiteto, que tem certa liberdade técnica e criativa para planejar uma determinada casa, a partir das instruções a ele direcionadas, as quais deixam margem para a realização de escolhas. A elaboração

does not transmute them into local rules. The distinction between normative systems is preserved even when one system borrows from another.”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 272.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 359.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 381-383.

²⁸⁷ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 398-399.

do artefato é parcialmente controlada pela ideia básica subjacente às instruções, e, até que a obra se complete, o artefato é não-existente ou incompleto.²⁸⁸

Guardadas as devidas proporções, esse raciocínio pode ser aplicado à teoria do direito como planejamento, em razão da parcialidade dos planos e da distribuição de confiança, bem como à própria natureza procedimental da democracia, que não preclui antecipadamente determinadas deliberações morais.

²⁸⁸ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 284.

4 DEMOCRACIA: NOÇÃO BÁSICA E NÚCLEO PROCEDIMENTAL

Este capítulo será destinado ao estudo da democracia sob o enfoque da filosofia política. Primeiramente, analisarei a definição e os requisitos mínimos da democracia, assim como as razões para a adoção desse regime como paradigma normativo – o que exige uma breve digressão a respeito da metaética e da centralidade da autonomia moral.

Fixados os pressupostos teóricos básicos, abordarei diferentes concepções a respeito do papel político do Poder Judiciário numa democracia (quais sejam a democracia procedimental e a democracia substancial) e destacarei as vantagens morais da adoção do procedimentalismo, concepção mais fiel ao núcleo do ideal democrático.

4.1 Definição e requisitos mínimos da democracia

A democracia é o autogoverno coletivo de uma cidadania extensa e socialmente diversa, limitada por normas constitucionais estabelecidas pelos próprios cidadãos²⁸⁹ – núcleo preservado desde a origem ateniense, obviamente anterior à moralidade política do liberalismo.²⁹⁰ Essa concepção clássica normalmente é resumida ao “governo da maioria do povo”, desafiada pelo modelo consensual de democracia e pelas visões substancialistas,²⁹¹ como a de Möller,²⁹² que será analisada mais à frente. Atualmente, o núcleo da democracia foi incrementado com exigências de moralidade política, a exemplo das oportunidades para a participação efetiva, da igualdade de voto, do controle final sobre a agenda e da inclusão de adultos na vida política – com o objetivo de evitar a tirania e garantir direitos humanos essenciais, como as liberdades básicas, a autodeterminação, a autonomia moral e o desenvolvimento humano.²⁹³

À vista disso, Dahl também distingue a democracia ideal (o que é e por que) da real (instituições e condições concretas)²⁹⁴, que pode não se enquadrar perfeitamente nesse ideal político ou apresentar performance democrática adequada. A democracia real em larga escala exige agentes públicos eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes alternativas de

²⁸⁹ OBER, Josiah. **Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 32.

²⁹⁰ OBER, Josiah. **The Greeks and the rational: the discovery of practical reason**. Oakland: University of California Press, 2022. p. 277.

²⁹¹ LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 57.

²⁹² MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-44.

²⁹³ DAHL, Robert. **On Democracy**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 2015. p. 38-45.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

informação; autonomia de associação; e cidadania inclusiva.²⁹⁵ Além dessas instituições básicas, há outras condições essenciais, como o controle civil sobre militares e polícia, crenças democráticas e a cultura política; bem como condições favoráveis, mas não essenciais.²⁹⁶

Apesar dessa distinção entre democracia real e ideal, não me aprofundarei a respeito dos problemas da representatividade, da efetiva igualdade de cidadania²⁹⁷ e do princípio majoritário no âmbito da democracia intrapartidária, que desafia a vontade comum;²⁹⁸ críticas feitas à filosofia política do liberalismo.²⁹⁹

O presente trabalho trata a democracia como um regime político intrinsecamente valioso e mais vantajoso que os regimes não democráticos, conforme verificação empírica de vantagens morais relativas ao *rule of law*, à independência das Cortes, à preservação da comunicação econômica e à educação do povo.³⁰⁰

Considero, então, a democracia como um requisito de legitimidade das decisões tomadas nas circunstâncias da política, em favor da normatividade (e não da existência) do direito – problema que será abordado mais adiante. Divirjo da concepção de bem comum de Vermeule, que entende que a democracia, por si, não realiza o bem comum (justiça, paz e abundância), por se tratar de um regime político que opera por formas variadas sem um valor intrínseco, mas apenas contingencial;³⁰¹

Ademais, concordo com Ober ao verificar a independência moral da democracia básica em relação ao liberalismo político.³⁰² como esclarecido pelo autor:

A democracia é básica na medida em que se preocupa com a autoridade legítima de um *demos* – isto é, o poder político organizado e justificado de uma cidadania ou de “um povo”. Uma teoria da democracia básica começa com perguntas de legitimidade e capacidade: por que um *demos* deve ter autoridade pública – em vez de, por exemplo, um monarca, um pequeno grupo de aristocratas, ou uma elite tecnocrática? E, porque dever implica poder, como um *demos* pode exercer a autoridade competentemente numa sociedade complexa? A democracia não é, em primeira instância, preocupada com questões de autonomia pessoal, direitos humanos básicos ou justiça distributiva. “Liberalismo”, é, claro, outro conceito essencialmente contestado. Mas eu considero autonomia, direitos e justiça, além de um comprometimento com neutralidade no nível de autoridade estatal e religião, entre os principais comprometimentos do liberalismo convencional contemporâneo, e eu os considero como comprometimentos morais. Como um regime histórico, a democracia antecede a enunciação filosófica desses comprometimentos morais liberais.³⁰³

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 85.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 147.

²⁹⁷ ROSANVALLON, Pierre. La democracia del siglo xxi. *Nueva Sociedad*, v. 269, p. 148-162, 2017.

²⁹⁸ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2012. p. 28-32.

²⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020. p. 186-191.

³⁰⁰ DAHL, Robert. **On Democracy**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 2015. p. 59.

³⁰¹ VERMEULE, Adrian. **Common Good Constitutionalism**. Cambridge: Polity Press, 2022. p. 82-83.

³⁰² OBER, Josiah. **Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. xiv.

³⁰³ Tradução livre: “Basic democracy is not, in the first instance, concerned with questions of personal autonomy, inherent human rights, or distributive justice. “Liberalism” is, of course, another essentially contested concept. But I take

Para defender essa tese, o autor supracitado desenvolve o experimento mental da “Demopolis”, um esqueleto constitucional de normas básicas que permitem a coordenação de ações dos cidadãos em benefício comum – sem necessariamente aderir ao projeto político liberal, ainda que se considere um democrata liberal.³⁰⁴ Isso, porque filosófica e historicamente, a democracia se refere à capacidade coletiva do *demos* de governar sobre assuntos públicos, não sobre o controle monopolístico do poder sobre os outros potenciais detentores do poder – tanto que as instituições atenienses não eram centradas apenas em eleições majoritárias. Não bastava o voto igual, mas o igual respeito ao voto de cada cidadão.³⁰⁵

Entretanto, a capabilidade não significa infalibilidade da escolha, mas a possibilidade de escolher uma alternativa que tem a melhor chance de avançar o interesse comum, ou seja, de tomar uma decisão informada sob as circunstâncias adequadas.³⁰⁶ À luz disso, a democracia básica deve desenvolver e preservar a capabilidade de governo direto do povo, a fim de evitar a captura por uma elite política diante da dificuldade concreta do exercício direto do poder popular em larga escala,³⁰⁷ razão pela qual depende da concretização do *rule of law*.

A partir de uma pesquisa histórica, Fernanda Prie também relaciona o *rule of law* à existência de lei escrita aplicável independentemente de quem esteja no poder.³⁰⁸ Esse instituto pode ser comparado ao do Estado de Direito, tendo em vista a conceituação de Carlos Ari Sundfeld:

Estado de direito é o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por uma norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.³⁰⁹

Embora haja um ideal de justiça subjacente a este conceito, o *rule of law* não é necessariamente democrático, porque não exige participação popular, mas apenas limitação de poder – tanto que não se confunde liberalismo com democracia, que são compatíveis apenas contingencialmente, e não necessariamente.³¹⁰ Segue esquematização de Finnis nesse sentido:

autonomy, rights, and justice, along with a commitment to neutrality at the level of state authority and religion, to be among the primary commitments of mainstream contemporary liberalism, and I take them to be moral commitments. As a historical regime, democracy antedates the philosophical enunciation of those liberal moral commitments.” *Ibid.*, p. 2-3.

³⁰⁴ OBER, Josiah. **Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 3.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 143-144.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 137.

³⁰⁸ PIRIE, Fernanda. **The Rule of Laws: A 4000-year Quest to Order the World**. London: Profile Books, 2021. p. 78.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49.

³¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017. p. 64-73.

Um sistema jurídico exemplifica o *rule of law* na medida em que (é uma questão de grau em relação a cada item da lista) que (i) suas regras são prospectivas, não retroativas, e (ii) não são de nenhuma maneira impossíveis de cumprir; que (iii) suas regras são promulgadas, (iv) claras e (v) coerentes umas com as outras; que (vi) suas regras são suficientemente estáveis para permitir que as pessoas sejam guiadas pelo conhecimento do conteúdo das regras; que (vii) a elaboração de decretos e ordens aplicáveis a situações relativamente limitadas é orientada por regras que são promulgadas, claras, estáveis e relativamente gerais; e que (viii) aquelas pessoas que têm autoridade para fazer, administrar e aplicar as regras em capacidade oficial (a) são responsáveis [*accountable*] pelo cumprimento das regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) de fato administram a lei consistentemente e de acordo com seu teor.³¹¹

Já o Estado Democrático de Direito representa um entrelaçamento entre constitucionalismo, republicanismo, participação popular direta e indireta, separação de Poderes, legalidade e garantia de direitos individuais e políticos.³¹²

Apesar de ser multifacetado, o *rule of law* é um imperativo de a autoridade pública ser exercida em conformidade com as normas postas, ao invés de ser baseado nas opiniões de quem esteja no poder (o que já indica uma distinção entre fatos morais e as decisões adotadas para a coletividade).³¹³

Segundo Waldron, o *rule of law* é um ideal multifacetado que é majoritariamente concebido como um dever de o exercício de autoridade ser feito nos limites da moldura estabelecida por normas públicas, ao invés de ser baseado nas preferências ou na ideologia das pessoas em posições de poder. Além disso, há grande ênfase na previsibilidade e no caráter determinável das normas, bem como na confiança na administração pelo Estado.³¹⁴

Portanto, o conflito entre visões e interesses rivais ocupa um lugar central nas democracias. Isso faz Waldron sustentar a irrelevância da existência de uma objetividade moral, porque a eventual verdade isoladamente considerada (sem uma epistemologia moral incontroversa) não estabelece uma conexão com a existência de um procedimento adequado de resolução de desacordos.³¹⁵

A democracia contemporânea apresenta peculiaridades em relação à democracia básica, em razão da influência do ideário do constitucionalismo moderno: o governo de leis; a existência de

³¹¹ Tradução livre: “A legal system exemplifies the Rule of Law to the extent (it is a matter of degree in respect of each item of the list) that (i) its rules are prospective, not retroactive, and (ii) are not in any other way impossible to comply with; that (iii) its rules are promulgated, (iv) clear, and (v) coherent one with another; that (vi) its rules are sufficiently stable to allow people to be guided by their knowledge of the content of the rules; that (vii) the making of decrees and orders applicable to relatively limited situations is guided by rules that are promulgated, clear, stable, and relatively general; and that (viii) those people who have authority to make, administer, and apply the rules in an official capacity (a) are accountable for their compliance with rules applicable to their performance and (b) do actually administer the law consistently and in accordance with its tenor”. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 270-271.

³¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 53-54.

³¹³ WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, v. 43:1, p. 3-61, 2008. p. 6.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 177.

direitos suprapositivos liberais³¹⁶; freios e contrapesos na relação entre os poderes; a existência de assembleias representativas; e a supremacia constitucional.³¹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta, como princípios democráticos, a soberania popular, a representatividade e a limitação do poder.³¹⁸

Quanto à representação democrática, o autor reconhece a criação de uma oligarquia eletiva, bem como a possibilidade de minorias governarem – motivo pelo qual aponta a necessidade de existência de grupos de pressão.³¹⁹ À vista disso, a compreensão do fenômeno democrático não pode ignorar os agentes não-eleitos, mormente os membros de elites políticas – incluindo a magistratura.

Nesse contexto, Desiree Salgado afirma que a democracia é o governo autorizado pelo povo, em vez do governo do povo, destacando o problema da indeterminação deste conceito em virtude da heterogeneidade popular ao tratar a vontade comum como um mito.³²⁰

À vista disso, a verificação em concreto da democracia deve capturar os critérios de reconhecimento identificados na filosofia política, com o cuidado de não se adotar um conceito mínimo que seja muito amplo ou restrito e que acabe por incluir regimes limítrofes ou por excluir democracias reais, porém imperfeitas – como o caso do Brasil.

4.1.1 A questão da metaética

Inicialmente, esclareço que uso moralidade e ética como termos intercambiáveis, tendo em vista que a diferenciação do significado implica a adoção de uma teoria normativa específica com implicações metaéticas, além de haver uma certa arbitrariedade na distinção, à luz da etimologia dessas palavras.³²¹ A referência à fala de Waldron quanto à irrelevância da objetividade moral deve ser ponderada. Não foi dito que a metaética não é importante como um todo, até porque parte-se de uma postura realista para considerar a democracia como um regime moralmente valioso.

Esse valor moral da democracia decorre justamente do estabelecimento de uma forma justa de tomar decisões nas circunstâncias da política. Logo, a crítica se refere à inexistência de um procedimento para a descoberta concreta de verdades morais em meio à necessidade de tomada de

³¹⁶ Refiro-me a liberalismo como a doutrina filosófica que defende a limitação do poder estatal sobre as faculdades individuais, com discurso legitimador com base no jusnaturalismo (mais especificamente, liberdades inatas da pessoa) ou, posteriormente, no utilitarismo. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017. p. 67.

³¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15.

³¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 59.

³²⁰ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2012. p. 26-28.

³²¹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e Fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Almeidina, 2020. p. 44-46.

decisões coletivas, de maneira que as decisões tomadas democraticamente não necessariamente correspondem ao quanto estabelecido pela moral, mas apenas atestam a justiça procedimental desse regime político.

Waldron deixa isso claro na introdução de *Law and Disagreement*, ao analisar a busca pela hegemonia em meio a teorias da justiça conflitantes. Em razão disso, afirma que, não devemos nos preocupar apenas com a (meta)ética, mas também com a teorização da própria política – que não pode ignorar o conflito genuíno de posicionamentos morais e filosóficos.³²²

De mais a mais, a neutralidade metaética do positivismo descritivo não deve ser confundida com a neutralidade das pessoas positivistas, podendo ser compreendida apenas como a viabilidade lógica de teorização com base em posicionamentos com os mais diversos entendimentos metaéticos implícitos ou explícitos.

Arthur Maria Ferreira Neto constata a necessidade de explicação do uso do vocabulário normativo e moral do direito, ressaltando a importância dos questionamentos prévios aos juízos morais substantivos. Isso é estudado por meio da metaética, que trata do pano de fundo epistêmico sobre a própria compreensão da realidade moral – passo anterior à cognição do que é certo ou errado.³²³

O autor classifica as posições metaéticas em dois grupos: os cognitivistas (que defendem a existência e a cognoscibilidade da realidade moral) e os não cognitivistas (que entendem que não é possível conhecer uma realidade moral), a exemplo dos niilistas, dos emotivistas, dos subjetivistas e dos relativistas.³²⁴

Ocorre que o não cognitivismo carece de capacidade de convencimento, diante da visão reducionista do fenômeno moral e da inevitabilidade do juízo normativo – que pode não ser explicada a depender da vertente adotada quanto à relação entre a moral e o direito.³²⁵

As críticas feitas por Arthur Maria Ferreira Neto não afetam os posicionamentos adotados nessa dissertação, tendo em vista que o recorte da pesquisa do autor mencionado o levou a considerar a teoria de Kelsen como paradigma positivista. Como já demonstrado, o positivismo anglófono parte de premissas metaéticas diferentes, levando-o a uma abordagem que enfrenta diretamente o problema da conexão entre a moral e o direito.

A classificação das espécies metaéticas não representam moldes estanques, tanto que Kelsen apresenta ideias que se enquadram no subjetivismo e no relativismo³²⁶. No presente trabalho, adoto uma postura realista ao acreditar numa realidade moral em sentido pleno quanto aos valores

³²² WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 1-3.

³²³ FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e Fundamentação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Almeidina, 2020. p. 25-32.

³²⁴ *Ibid.*, p. 34.

³²⁵ *Ibid.*, p. 37.

³²⁶ Para o esclarecimento das espécies metaéticas: *Ibid.*, p. 137-176.

democráticos, ainda que reconheça a difícil cognoscibilidade no plano concreto dos desacordos morais.

Saliento, ainda, que Arthur Maria Ferreira Neto reduz o agir humano ao binômio crença-desejo, sem, contudo, analisar as críticas de Bratman a respeito das intenções direcionadas para o futuro e dos planos; ou até mesmo de Raz, que, embora não concorde com Bratman, desenvolve uma teoria da racionalidade prática que considera o papel da moral na ação humana.³²⁷

4.1.2 Autonomia moral

A essencialidade da autonomia moral para a democracia é destacada por Danielle Allen, que, apesar de ser crítica ao procedimentalismo da democracia liberal, constrói a sua teoria da justiça democrática com destaque aos direitos políticos individuais³²⁸ e do respeito à capacidade de gestão autônoma das pessoas, que seria o requisito mais básico da igualdade política e elemento essencial do bem-estar e da dignidade.³²⁹

Além disso, a autora mencionada ressalta que a liberdade contra a dominação necessita não somente a proteção das liberdades básicas, mas exige um grau relevante de controle institucional pela sociedade.³³⁰

A liberdade de escolha subjacente à autonomia decorre do reconhecimento da capacidade de realização de um juízo responsável pelas pessoas – e da responsabilidade (*accountability*) por eventuais erros.³³¹ Com base nisso, é identificado o fundamento moral para não se admitir, numa democracia, o desenvolvimento de uma cidadania irresponsável que tem as suas escolhas tuteladas por juízes iluminados.

Segundo Waldron, “é essencial, para a ideia de direitos, que as pessoas são agentes morais que podem ser confiadas com a responsabilidade de dirigir as próprias vidas e de perceber os limites apropriados às suas liberdades de agir, em respeito aos esforços similares dos outros”.³³² O reconhecimento da autonomia moral significa enxergar cada pessoa como um agente moral dotado de dignidade e autonomia, de maneira a permitir o encargo em massa do fardo do autogoverno.³³³

³²⁷ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e Fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Almeidina, 2020. p. 96-100.

³²⁸ ALLEN, Danielle S. **Justice by means of democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 2023. p. 23-24.

³²⁹ *Ibid.*, p. 32-33.

³³⁰ *Ibid.*, p. 37-38.

³³¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 225.

³³² Tradução livre: “(...) for it is essential to the idea of rights that persons are moral agents who can be trusted with the responsibility to direct their own lives and to perceive the proper limits placed on their own freedom of action by respect for the similar efforts of others”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 14.

³³³ *Ibid.*, p. 223.

Assim, a titularidade de direitos implica uma certa confiança nas capacidades morais de as pessoas pensarem de maneira responsável sobre a relação moral entre os interesses próprios e das demais pessoas,³³⁴ como esclarecido pelo autor:

Se a nossa única imagem do homem for aquela do animal egoísta a quem não deve ser confiada a preocupação pelo interesse de outros, carecemos da concepção de autonomia moral digna na qual tais discriminações de interesse podem se basear. Em geral, a atribuição de direitos a indivíduos é um ato de fé no agir e na capacidade de pensamento moral de cada um desses indivíduos. Direitos envolvem escolhas; e o exercício dessas exigem que o agente selecione uma das opções que ele queira realizar em sua vida e nos seus tratamentos com outros. Claro, direitos podem ser abusados ou exercitados erroneamente. Mas se o resultado típico do exercício de um direito conferido a um agente fosse a devastação moral ou o imprudente ou agressão maliciosa aos interesses de outros, nós deveríamos repensar rapidamente a base da atribuição de direitos original.³³⁵

Waldron esclarece, ainda, que as capacidades morais dizem respeito tanto ao pensamento sobre questões substantivas quanto a questões procedimentais, visto que as teorias de direitos se basearam na autoconfiança epistemológica e da razão individual, ou seja, a confiança de que os indivíduos têm habilidade de refletir sistematicamente sobre os procedimentos envolvidos no conhecimento e na deliberação racional.³³⁶

Isso não equivale à defesa do quietismo político (postura meramente passiva quanto ao direito vigente)³³⁷ nem à negligência quanto à efetiva necessidade de realização concreta de direitos substantivos para o desenvolvimento de uma democracia saudável – até porque sustentei, aqui, a defesa de um valor material (autonomia moral) como condição para a realização da justiça por meio da democracia.

Pelo contrário, ao tratar as decisões majoritárias com deferência, respeita-se a autonomia moral dos cidadãos numa perspectiva coletivizada (por meio dos representantes eleitos) e atenta ao desacordo moral central às circunstâncias da política em sociedades complexas. Aproxima-se, então, do respeito à capacidade coletiva de autogoverno que marca a democracia básica.

Aliado à separação da moral e o direito sob a perspectiva normativa, a visão majoritária e procedimental também fornece um contexto teórico favorável ao desenvolvimento de uma cultura alerta (e não quietista) e respeitosa quanto aos desacordos morais que marcam a democracia contemporânea.

³³⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 282.

³³⁵ Tradução livre: “In general, the attribution of rights to individuals is an act of faith in the agency and capacity for moral thinking of each of those individuals. Rights involve choices; and their exercise requires the agent to select which of a number of options he would like to realize in his life and in his dealings with others. Of course, rights may be abused, and indeed a right may be exercised wrongly.³¹ But if the typical upshot of an agent’s exercise of a right vested in him were moral havoc or a reckless or malicious assault on the interests of others, we should quickly rethink the basis of the original rights-attribution.” *Ibid.*, p. 222.

³³⁶ *Ibid.*, p. 295-296.

³³⁷ MURPHY, Liam. The Political Question of the Concept of Law. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 387-388.

4.2 Democracia procedimental e o papel político do Poder Judiciário

As divergências interpretativas foram explicadas por Hart a partir da textura aberta da redação dos enunciados normativos, resultante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis de aplicação de uma regra – uma limitação humana.³³⁸

Os desacordos interpretativos também surgem do uso, nos textos normativos, de um vocabulário compartilhado de reivindicações políticas,³³⁹ o que aproxima, inclusive, as atividades legislativa e judicial, como discutido por Conrado Hübner Mendes:

A declaração judicial de inconstitucionalidade molda, na medida contingente da fundamentação determinante da decisão, o significado da constituição. Isso [a decisão] delinea os perímetros da legislação futura, se o parlamento se adequar às diretivas da corte. Legislação, no sentido abstrato do poder legiferante ilimitado, não é uma categoria suficientemente delimitada para distinguir a função de ambas as instituições. Certamente, diferenças substanciais não podem ser ignoradas. Parlamentos legislam num sentido muito preciso. Enquanto promulgam leis abrangentes e em atacado, cortes agem no varejo, por meio de pequenas e cirúrgicas infusões no sistema jurídico. A corte tem um poder legiferante incremental e menos perceptível: o faz em doses pequenas em vez de ofensivas arrematadoras, em controvérsias bastante definidas em vez de pacotes legislativos abrangentes. Ademais, parlamentos podem ser proativos e têm poder de trabalhar *ex officio*, enquanto as cortes são primordialmente reativas e não podem governar as próprias agendas (mesmo quando podem delimitá-las por algum filtro).

Apesar das diferenças estruturais significantes, ambos compartilham, numa forma dinâmica, o papel legiferante. Ambos podem ser vistos, por assim dizer, como co-legisladores. Essa conclusão, se sólida, aponta para uma aparente inteligência institucional excêntrica e revela uma divisão de trabalho turbulenta dentro da separação de poderes. O fato curioso da redundância funcional, contudo, não os torna equivalentes institucionais. Suas estruturas e peculiaridades procedimentais forjam configurações decisórias marcadamente diferentes: eles divergem em capacidades epistêmicas, no significado simbólico, no capital político e no tempo decisório. A coexistência em meio à sobreposição funcional pode ser justificada com base nos desenhos diversos: duas instituições devem exercer uma função análoga desde que algo valioso permeie a sua interação. Existem raciocínios históricos e teóricos para tanto, os quais são articulados pela lógica dos freios e contrapesos e da supremacia constitucional.³⁴⁰

³³⁸ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 124-136.

³³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 181-182.

³⁴⁰ Tradução livre: “A judicial declaration of unconstitutionality shapes, to an extent contingent on the decision’s holdings, the meaning of the constitution. It delineates the perimeters of future legislation, if parliament is to comply with the court’s directives. Legislation, in the abstract sense of unbound lawmaking, is not a sharp enough category to distinguish the functions of both institutions. For sure, substantial differences cannot be ignored. Parliaments legislate in a very precise sense. Whereas it enacts wholesale and overarching regulations, courts act in the retail, through piecemeal and surgical infusions into the legal system. The court has an incremental and usually less perceptible lawmaking power: it does so in slight doses rather than in sweeping offensives, in quite definite controversies rather in comprehensive legislative packages. Furthermore, parliaments can be proactive and have power to work *ex officio*, whereas courts are chiefly reactive and cannot govern their own agenda (even when they can delimit it through some filter). Despite significant structural differences, both share, in a dynamic way, a lawmaking role. Both can be seen, so to say, as co-legislators. This conclusion, if sound, points to a seemingly eccentric institutional intelligence and reveals a turbulent division of labor within the separation of powers. The curious fact of their functional redundancy, though, does not make them institutional equivalents. Their structural and procedural peculiarities forge markedly different decisional settings: they diverge in their epistemic capacities, their symbolic import, their political capital and their decisional tempo. Their

Essa identificação da natureza política da judicatura precede o neoconstitucionalismo, considerando a conexão genética entre o direito e a política em Kelsen³⁴¹ e, contemporaneamente, em Dimoulis.³⁴²

Para Kelsen, influenciado pelo liberalismo, a Constituição teria a função política de limitar o poder e de garantir a não ultrapassagem desses limites, divergindo da guarda da Constituição pelo Chefe de Estado por meio de mutação constitucional em Schmitt.

A coexistência da função jurisdicional e da função política do controle de constitucionalidade não era considerada uma contradição para Kelsen, mas uma diferença de grau no exercício do poder decisório pelos Poderes. Toda controvérsia jurídica seria uma controvérsia política, dado que a jurisdição cria o direito. Por isso, o referido autor defendia a limitação da discricionariedade judicial pelo texto constitucional, bem como a restrição da jurisdição constitucional ao papel do legislador negativo, a fim de equilibrar a relação entre os Poderes.³⁴³

Essa natureza criativa da jurisdição pode ser percebida pela perspectiva da teoria dos atos de fala, de maneira que uma decisão judicial pode ser classificada como ilocucionária, por declarar o direito e realizar novas normas³⁴⁴.

Em sede de jurisdição constitucional, o Poder Judiciário fala – politicamente – em nome de toda a comunidade política e perante esta, não se restringindo aos litigantes,³⁴⁵ em razão dos amplos efeitos subjetivos de suas decisões. Isso é intensificado pelas circunstâncias da política: fortes desacordos morais e políticos em meio à necessidade de tomada de decisões sociais.³⁴⁶

A função mística³⁴⁷ dos juízes é desafiada pela constatação da natureza política da judicatura. Isso afeta a imagem do Judiciário defensor do governo de leis, e não de homens, afastado das

co-existence despite functional overlap can be justified on the basis of their diverse designs: two institutions should partake an analogous function provided that something valuable lurks behind their interaction. There are historical and theoretical rationales for that, which are articulated by the logic of the checks and balances and constitutional supremacy.” MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 77.

³⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 111.

³⁴² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 54.

³⁴³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 237-263.

³⁴⁴ J.L. Austin classifica os atos de fala em três espécies: 1) o ato locucionário, que equivale aproximadamente à enunciação de uma sentença com sentido e referência tradicional (com o significado como função de verdade); 2) o ato ilocucionário, pelo qual se realiza atos com força convencional, como informar, ordenar, avisar, apoiar, entre outros; 3) o ato perlocucionário, consistente nos efeitos produzidos ao dizer algo, como convencer, persuadir, dissuadir, enganar etc. AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. [s.l.]: Barakaldo Books, 2020. p. 112.

³⁴⁵ MENDES, *op cit.*, p. 80.

³⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 189.

³⁴⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 29-33.

atividades demasiadamente humanas da política cotidiana: representar interesses, firmar compromissos³⁴⁸ e correr o risco de tomar uma decisão eivada de irracionalidade e incoerência³⁴⁹.

No Brasil, a função mística dos juízes é preservada pelas restrições constitucionais à participação política pelos juízes (art. 93, parágrafo único, III)³⁵⁰ e pelas limitações à liberdade de expressão impostas pelo Conselho Nacional de Justiça.³⁵¹ Essas medidas tutelam a imagem de neutralidade e imparcialidade dos magistrados, embora não possam impedir que pessoas dotadas de autonomia moral formem as suas próprias convicções ideológicas.

Nesse contexto, toda atuação política é onerada pela necessidade (política) de imposição de limites à sua atividade, diante do risco de concentração de poder existente em todos os órgãos e agentes políticos. Com essa finalidade, Kelsen sustentava a separação de Poderes, uma divisão de trabalho que previne a concentração excessiva de poder em um único órgão, à luz dos preceitos democráticos.³⁵²

O receio de concentração de poder nas mãos dos magistrados não decorre de uma concepção ingênua a respeito da soberania popular e da representação parlamentar. Na realidade, tenho como premissas a inexistência de um bem comum objetivamente determinável, a falibilidade da vontade popular e a restrição do liberalismo político ao ideal de poder ilimitado do povo.³⁵³

Com base nessas mesmas premissas, Kelsen concluiu pela natureza procedimental da democracia como conclusão. A democracia, então, seria um processo de criação da ordem estatal (formação da vontade imputável ao Estado): um procedimento pelo qual se positiva o conteúdo de uma ordem jurídica contingente, independentemente das constrições ao conteúdo, a exemplo dos direitos fundamentais.³⁵⁴ Além disso, a ausência de um conteúdo ontológico pré-fixado era usada, por Kelsen, como argumento para a positivação de direitos humanos que garantam a proteção das minorias.³⁵⁵

A dificuldade democrática levou Scalia a desenvolver o originalismo textualista (e não literalismo nem *original intent*) como uma reserva institucional orientada pela ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, órgão sujeito ao governo das leis, interpretadas com

³⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1.

³⁴⁹ Os métodos majoritários de decisão social são criticados pelas teorias da decisão pública, consistentes em análises econômico-comportamentais da política, especialmente votação e formação de pauta legislativa. FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. **Law and Public Choice: A Critical Introduction**. Chicago and London: University of Chicago Press, 1991. cap. 3.

³⁵⁰ BRASIL, República Federativa do, **Constituição da República Federativa do Brasil**, [s.l.: s.n.], 1988.

³⁵¹ BRASIL, República Federativa do, Resolução nº 305/2019.

³⁵² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 152.

³⁵³ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 141-143.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 48-51.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 68.

base na intenção objetiva do legislador, ao considerar o respeito ao texto como a razão de a Constituição ser escrita.³⁵⁶

O projeto hermenêutico³⁵⁷ do textualismo declara a influência dos Federalistas, notadamente Madison, que criticou a criação do direito pelos juízes e defendeu uma separação de Poderes rigorosa como forma de evitar uma concentração de poder tirânica.³⁵⁸ Por sua vez, Hamilton tratava o Poder Judiciário como o Poder menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por (dever) ser carente de força e de vontade e possuidor apenas de juízo.³⁵⁹

Apesar de não ser originalista, Shapiro destaca a influência do movimento político dos Whigs na fundação constitucional americana, caracterizada, como já dito, pela desconfiança em relação à concentração de poder em uma ou poucas pessoas.³⁶⁰

Em Bickel, o ceticismo quanto ao controle de constitucionalidade o levou a desenvolver o conceito de dificuldade contramajoritária,³⁶¹ diante da desconfiança da jurisdição constitucional com o Poder Legislativo³⁶², embora um governo efetivo (e a efetivação das decisões judiciais) dependa de um colóquio entre os Poderes e da interação estreita entre as instituições.³⁶³

Com a realidade brasileira em mente, Glauco Salomão Leite afirma que o desafio de compatibilizar a democracia e o constitucionalismo ressignifica a separação entre os Poderes, especialmente o ideal do legislador negativo, bem como aumenta o risco de tomada de decisões tipicamente legislativas.³⁶⁴

Isso é reforçado pelo fato de que, nas democracias, certos agentes públicos têm o poder de decidir em nome de toda a comunidade política com algum grau de influência de suas próprias moralidades políticas.³⁶⁵ Logo, uma teoria do direito adequada deve tratar o desacordo como um aspecto central da prática jurídica e política, e não como um defeito.³⁶⁶ Esse contexto é evidenciado na jurisdição constitucional, diante do questionamento de decisões tipicamente políticas perante um órgão não eleito.

³⁵⁶ SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. New edition. Princeton: Princeton University Press, 2018. p. 11-24.

³⁵⁷ Concorde parcialmente com Vermeule que os originalismos (classe de teorias interpretativas e justificadoras) consistem em teorias normativas da interpretação (embora algumas sejam eminentemente descritivas), particularmente ao considerar que essas teorias surgiram no contexto histórico de ativismo judicial conservador reativo ao *New Deal* (era *Lochner*). VERMEULE, Adrian. **Common Good Constitutionalism**. Cambridge: Polity Press, 2022. p. 159-191.

³⁵⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Seattle: AmazonClassics, 2017. p. 356.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 570-571.

³⁶⁰ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. cap. 11.

³⁶¹ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 16.

³⁶² *Ibid.*, p. 21.

³⁶³ *Ibid.*, p. 259-261.

³⁶⁴ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 26-32.

³⁶⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 203.

³⁶⁶ WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, v. 43:1, p. 3-61, 2008. p. 50.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a dualidade radical entre Judiciário e Legislativo deve ser superada, assim como o foco na última palavra e a compreensão do jogo democrático como um processo judicial, de modo que deveria ser favorecido o diálogo permanente entre as instituições – considerando o compartilhamento do poder final pelos três Poderes em conjunto, todos estes responsáveis perante a comunidade política.³⁶⁷

Em pesquisa empírica, Sergio Antônio Ferreira verificou uma postura quantitativamente cautelosa do Supremo Tribunal Federal em relação ao Congresso Nacional, indicando a ausência de definitividade das decisões como uma característica democrática.³⁶⁸

Desta forma, a compreensão procedimental da democracia e a reserva institucional quanto à interpretação dos demais agentes políticos não desvaloriza a normatividade constitucional. Pelo contrário, otimiza-se a normatividade democrática da Constituição, compreendida à luz do *rule of law* e da necessidade de sua preservação de maneira dialógica.

As teorias procedimentalistas buscam o equilíbrio entre o controle de constitucionalidade e a heterogeneidade moral e social das democracias contemporâneas, tendo a legitimidade democrática das decisões judiciais em vista.

Embora não seja propriamente procedimentalista, o minimalismo judicial de Sunstein parte da premissa central da existência de desacordos razoáveis em sociedades heterogêneas, os quais implicam a proteção dos direitos ao desacordo político e à inteligibilidade do direito posto.³⁶⁹ A teoria delimita a moralidade interna de democracia (igualdade política, participação, razão pública e *accountability*) e tem como objetivo preservar e promover a deliberação democrática.³⁷⁰

O minimalismo se preocupa com a racionalidade limitada dos julgadores e com os custos da decisão (e de eventuais erros), motivos pelos quais defende a apreciação do caso, pelo Judiciário, de maneira estreita e rasa: somente no que for necessário à solução do caso, evitando-se a preclusão de deliberações sobre temas tangenciais ou conexos e respeitando-se interpretações de outros sujeitos.³⁷¹

Essas preocupações não equiparam o minimalismo à autocontenção ou às virtudes passivas de Bickel, que podem, segundo Sunstein, acabar mantendo injustiças por mera incerteza quanto ao mérito da demanda.³⁷²

³⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009. p. 211-214.

³⁶⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferraira, **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208-238.

³⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1999. p. ix-x.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 70.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 40-63.

³⁷² *Ibid.*, p. 36.

Contrastando o minimalismo, o maximalismo (como os originalismos) é representado por projetos abrangentes e ambiciosos para o futuro, com pretensão de completude da fundamentação teórica da decisão judicial, consequentemente aumentando o risco de fechar canais democráticos de deliberação e o custo das decisões e de eventuais erros interpretativos.³⁷³

Sob o prisma estritamente procedimentalista, Hart Ely cria uma teoria direcionada ao direito americano ao propor a restrição do controle de constitucionalidade à preservação dos canais democráticos, partindo do princípio de que os legisladores falam pelos valores do povo, sem haver contradição entre o liberalismo político e o conservadorismo judicial.³⁷⁴

O procedimentalismo de Hart Ely não adere ao conservadorismo filosófico de Bickel. Este analisava a legitimidade do exercício do poder político pela verificação do consentimento da comunidade política, por considerar a estabilidade como um valor primordial, como meio e como fim. Bickel, então, entendia que a Suprema Corte é moralmente obrigada a obedecer à Constituição escrita e a agir prudentemente com o uso da razão pública, de maneira a reafirmar princípios públicos, em vez de negá-los. Nesse sentido, a Corte não poderia impor uma resposta sábia e prudente, independentemente de a decisão política atacada ser ruim.³⁷⁵

Por sua vez, Hirschl analisa o problema da conciliação democrática em constituições contemporâneas. O autor percebe um senso comum sobre a relação entre o ativismo judicial³⁷⁶ e a positivação constitucional de um catálogo de direitos substanciais, que permite o exercício da jurisdição constitucional para além de questões procedimentais, um dos motivos que fundamenta a sua conclusão a respeito do novo constitucionalismo como uma transferência de *accountability* política dos legisladores aos juízes.³⁷⁷

Independentemente da classificação da democracia brasileira (se substantiva, procedimental, deliberativa, participativa etc.), um diálogo entre Poderes informado pelos valores da racionalidade e da imparcialidade (típicos das democracias deliberativas) pode dar maior legitimidade política ao Poder Judiciário e afastar a transferência de responsabilidade política supracitada.³⁷⁸

Não digo, com isso, que os magistrados devem ser passivos perante a Constituição e os demais Poderes, muito menos que devem aceitar interpretações desarrazoadas. A valorização do papel

³⁷³ *Ibid.*, p. 9-21.

³⁷⁴ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 68.

³⁷⁵ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 15-30.

³⁷⁶ O ativismo judicial corresponde à atuação judicial de maneira a invadir funções institucionais típicas dos demais Poderes. Não uso o termo, então, de forma pejorativa ou com juízo de valor negativo. LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 64-66.

³⁷⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007. p. 51.

³⁷⁸ BEÇAK, Rubens. **Democracia - Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014. cap. 4.5.

constitucional dos agentes políticos não endossa a escolha política do legislador, mas reconhece a tolerabilidade de uma interpretação divergentes daquela que seria adotada pelo Judiciário.³⁷⁹

O procedimentalismo reconhece a normatividade das decisões sociais de agentes legitimados pelo voto. A eleição majoritária não decorre de uma ética exclusivamente agregadora, como criticado por Dworkin em preocupação com os direitos das minorias.³⁸⁰ Na verdade, o princípio majoritário acolhe a moralidade interna da democracia por meio da consideração de todo sujeito de direito como uma pessoa moralmente capaz e igual aos demais participantes da comunidade política,³⁸¹ raciocínio aplicado também nas decisões tomadas em grandes assembleias representativas.³⁸²

Obviamente, o princípio majoritário não diz que a maioria sempre está certa. Da mesma forma, também não significa que está sempre errada ao tratar dos direitos das minorias.³⁸³ Aliás, a própria proteção dos direitos das minorias é feita com base em preceitos constitucionais positivados pelo princípio majoritário, como bem percebeu Hart Ely:

Ninguém sugere que olhemos ao “direito natural” ou à “tradição” para assegurar que a vontade da maioria está sendo efetivada; tais referências são, em vez disso, calculadas para proteger minorias do exercício descontrolado da vontade da maioria. Agora pense de novo sobre o consenso como uma fonte possível e a mensagem virá clara: não faz sentido empregar os juízos de valor da maioria como o veículo para a proteção de minorias dos juízos de valor da maioria.³⁸⁴

Além do mais, a discussão a respeito da tutela das minorias deve considerar a sobreposição de interesses dos mais variados grupos sociais, pois minorias podem formar majorias.³⁸⁵

No campo da normatividade do direito, Waldron defende a deferência a leis a respeito das quais discordamos (ainda que falhem no teste da autoridade de Raz) em virtude da aprovação por uma entidade democraticamente responsável (*accountable*)³⁸⁶ – que seria a fonte da autoridade do direito.

A tese da justificação normal de Raz afirma que o modo normal de se estabelecer autoridade sobre alguém envolve a demonstração de que o sujeito à autoridade provavelmente atenderá às razões a ele aplicáveis (além das diretivas da autoridade) de maneira melhor se houver a aceitação, como

³⁷⁹ BICKEL, *op cit.*, p. 129.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011. p. 383-384.

³⁸¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 281.

³⁸² WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 28-29.

³⁸³ *Ibid.*, p. 13.

³⁸⁴ Tradução livre: “No one suggests that we look to “natural law” or “tradition” to ensure that the majority’s will is in fact being worked; such references are instead calculated to protect minorities from the unchecked exercise of the majority’s will. Now think again about consensus as a possible source, and the message will come clear: it makes no sense to employ the value judgments of the majority as the vehicle for protecting minorities from the value judgments of the majority”. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 69.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 153.

³⁸⁶ WALDRON, 1999, p. 85-86.

vinculantes, das diretivas da suposta autoridade, no lugar de tentar seguir diretamente as mencionadas razões a ele aplicadas.³⁸⁷

Nas palavras de Waldron, o direito em Raz tem a pretensão de ser autoritativo (ainda que não o seja) por ter a capacidade de ser autoritativo,³⁸⁸ de forma a permitir o reconhecimento do direito como uma alternativa à descoberta por si próprio da conduta a ser adotada à luz das normas jurídicas³⁸⁹. Assim, é possível conhecer o conteúdo dos pronunciamentos autoritativos sem se confundir com o mérito da questão referida pela autoridade.³⁹⁰

Waldron critica a tese da justificativa normal da autoridade por estabelecer uma conexão muito estreita entre o instituto da autoridade e a pessoa que exerce a autoridade e, consequentemente, obstar que a autoridade seja sistêmica, ao veicular a ideia subjacente de que o autor da diretiva tem (ou teria tido) uma visão superior à da pessoa sujeita à autoridade.³⁹¹ Portanto, a concepção de autoridade de Raz não seria apropriada para a tomada de decisões em meio às circunstâncias da política.

Finnis sustenta que há apenas duas formas de tomada de decisão entre alternativas de coordenação de ações para o bem comum ou o propósito comum de um grupo: autoridade ou unanimidade – sendo esta forma inviável em comunidades complexas. O fato de a vida política de uma comunidade ser aberta, sem soluções definitivas para as finalidades públicas e problemas de coordenação,³⁹² leva a razoabilidade prática a considerar, como princípio, o exercício da autoridade por alguém que consiga efetivamente definir os problemas de coordenação.³⁹³

Ainda sobre a autoridade, Finnis entende que as consequências normativas deste instituto decorrem de um princípio normativo que considera a autoridade como um bem (pois é exigida para a realização do bem comum).³⁹⁴

De acordo com Finnis, o problema da autoridade de uma comunidade sobre si própria (como a democracia) pode significar a inexistência de autoridade ou, com base em uma ficção jurídica ou ideológica, estar relacionada à localização da autoridade, a exemplo do direito de participação nas decisões de determinada comunidade por seus próprios membros – ainda que o ato propriamente dito de autoridade seja posterior à deliberação popular.³⁹⁵

³⁸⁷ RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 53.

³⁸⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 95.

³⁸⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 96.

³⁹⁰ RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 51.

³⁹¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 130-131.

³⁹² FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 242.

³⁹³ *Ibid.*, p. 246.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 248.

O princípio majoritário consegue lidar com o problema da escala de milhões de pessoas que impossibilita a decisão por unanimidade. Assim, garante-se a participação de cada pessoa com o voto de igual valor e consideração, ainda que de maneira diversa às noções de indivíduo para indivíduo da filosofia moral e prática.³⁹⁶

Na decisão por maioria, não há necessidade de fingir ou forçar um consenso (por não o considerar como um imperativo moral ou valioso por si só). Evita-se, portanto, as tentações perigosas de ignorar a existência de uma visão contrária ou de não a tratar como digna de nota na deliberação por rotulá-la como ignorante, preconceituosa, egoísta ou baseada numa contemplação insuficiente da realidade moral³⁹⁷. Isso não significa dizer que o método majoritário é a única maneira de se decidir justamente e/ou com igual respeito e consideração às pessoas.³⁹⁸ O princípio majoritário também não exige a adoção de um posicionamento metaético relativista, como esclarecido por Waldron:

O respeito tem a ver com como tratamos as crenças uns dos outros sobre justiça em circunstâncias em que nenhuma delas é autocertificável, não como tratamos a verdade sobre a justiça em si (que, apesar de tudo, nunca aparece na política *in propria persona*, mas apenas – se é que aparece – na forma de uma crença controversa de alguém). Nem é apenas uma questão de falibilidade, embora, é claro, qualquer pessoa que tenha uma visão sobre justiça deve pensar que é possível que esteja enganada e não deve agir de maneira que mostre que pensa que essa possibilidade pode ser ignorada. É antes que, independentemente do estado da minha confiança sobre a correção da minha própria visão, devo entender que a política existe, nas palavras de Arendt, porque “não o homem, mas os homens habitam a terra e formam um mundo entre eles” – não uma pessoa, mas pessoas – que a minha não é a única mente trabalhando no problema diante de nós, que há um número de inteligências distintas, e que não é inesperado, não é antinatural, não é irracional pensar que pessoas razoáveis difeririam.³⁹⁹

A respeito das críticas da irrelevância do valor individual do voto, Waldron relembra o princípio de que o que interessa a todos deve ser decidido por todos, razão pela qual, diante de um problema social de toda a comunidade política, a atribuição de maior peso ao voto de uma pessoa só poderia ser feita às custas da diminuição do valor das visões das demais pessoas igualmente afetadas pelo problema e pela solução a ser adotada.⁴⁰⁰

³⁹⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 110.

³⁹⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 111.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 114-115.

³⁹⁹ Tradução livre: “Respect has to do with how we treat each other’s beliefs about justice in circumstances where none of them is self-certifying, not how we treat the truth about justice itself (which, after all, never appears in politics in *propria persona*, but only – if at all – in the form of somebody’s controversial belief). Nor is it just a point about fallibility, though of course anyone who holds a view about justice must think it possible he is mistaken and must not act in a way that shows he thinks that possibility can be ignored. It is rather that, whatever the state of my confidence about the correctness of my own view, I must understand that politics exists, in Arendt’s words, because ‘not man but men inhabit the earth and form a world between them’ – not one person but people – that mine is not the only mind working on the problem in front of us, that there are a number of distinct intelligences, and that it is not unexpected, not unnatural, not irrational to think that reasonable people would differ.”. *Ibid.*, p. 111-112.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 114.

Essa justificativa moral acentua a distinção entre existência e normatividade do direito, de maneira que um sistema jurídico extrai a sua normatividade de sua performance democrática – sem precluir deliberações morais das circunstâncias da política.

Sem prejuízo do princípio majoritário, o procedimentalismo é compatível com o modelo consensual de democracia, consistente na negociação e compromisso para que o governo seja para o maior número de pessoas⁴⁰¹ e na correlação com melhor bem-estar social.⁴⁰²

A adoção de uma teoria democrática procedimentalista não implica a desconsideração dos direitos substantivos positivados numa democracia, afinal, nem sequer valeria a pena lutar por uma Constituição que não garanta liberdades básicas. Pelo contrário, a discussão teórica é sobre como preservar tais direitos sem desvalorizar os próprios preceitos democráticos.⁴⁰³

4.3 Democracia substancial e neoconstitucionalismo

Inicialmente, traçarei um panorama geral a respeito das características comuns nas teorias que compõem o movimento neoconstitucionalista, partindo da premissa que não corresponde a uma única concepção do direito (assim como o positivismo ou o jusnaturalismo) – a fim de usar as suas ideias centrais como um parâmetro para o substancialismo. Para tanto, selecionei autores brasileiros que tratam sobre o tema, não havendo necessidade de aprofundamento em virtude da grande difusão das ideias do neoconstitucionalismo no Brasil, incluindo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em artigo crítico, Ávila descreve o neoconstitucionalismo como um movimento plurívoco de fortalecimento da teorização e aplicação do direito constitucional baseado, entre outros fundamentos, na leitura axiológica do direito, na maior valorização dos princípios como normas jurídicas (e o conseqüente uso da ponderação) e na supremacia constitucional (que permitiria o protagonismo judicial).⁴⁰⁴

Segundo José Afonso da Silva, a supremacia constitucional “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.⁴⁰⁵

Essa posição de proeminência da Constituição decorre de sua rigidez, visto que o estabelecimento de um processo de emenda constitucional mais complexo e rigoroso do que o

⁴⁰¹ . LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 20-21.

⁴⁰² *Ibid.*, cap. 16.

⁴⁰³ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 100.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009. p. 1-16.

⁴⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47

processo legislativo ordinário implica um escalonamento hierárquico de espécies normativas que não existiria caso os procedimentos fossem iguais.⁴⁰⁶

A percepção de Jorge Miranda é nesse sentido:

A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos, ou que possa ser afetada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.⁴⁰⁷

Consequentemente, a supremacia constitucional visa manter a estabilidade social e tem o controle de constitucionalidade como a sua garantia máxima⁴⁰⁸ – motivo pelo qual é utilizada como fundamento para as posições substancialistas.

Daniel Sarmento também verifica a pluralidade dos posicionamentos neoconstitucionalistas com os quais não concorda em sua totalidade, embora defenda a aproximação do direito com a justiça e a moralidade crítica; sem que isso equivalha ao jusnaturalismo e à desvalorização do papel das regras jurídicas e da subsunção no ordenamento jurídico.⁴⁰⁹

Além de defender os novos marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, Barroso sustenta que esse movimento levou à superação do formalismo jurídico e ao advento de uma cultura jurídica pós-positivista, em especial a superação entre a separação entre a moral e o direito, que passou a se aproximar da filosofia moral e a buscar legitimidade política.⁴¹⁰

Por sua vez, Möller identifica a democracia não puramente majoritária como um argumento central para o neoconstitucionalismo, composto pelas características principais da valorização dos princípios, da abertura semântica das normas, da aproximação com a moral e da supremacia constitucional – possibilitando o entendimento do neoconstitucionalismo como um movimento teórico ou ideológico.⁴¹¹

Todavia, falar que a democracia não é puramente majoritária acaba, por via transversa, reconhecendo que a democracia é inegavelmente majoritária – tanto que se busca a relativização do método majoritário de decisão em favor de outros bens jurídicos fundamentais (positivados pela própria maioria).

⁴⁰⁶ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 94-96.

⁴⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 257

⁴⁰⁸ CUNHA JR., *op cit.*, p. 97.

⁴⁰⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 9, p. 95-133, 2009.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015. p. 28-29.

⁴¹¹ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-44.

Apesar de entender que os princípios têm origem moral, Möller afirma que a norma de reconhecimento hartiana que os caracteriza como jurídicos, de forma que são normas positivadas ou não, mas de grande importância axiológica.⁴¹²

Mais especificadamente quanto à relação entre a moral e o direito, sustenta que o positivismo inclusivo de Hart não prejudica a separação entre a moral e o direito, além de concordar com a ausência de condicionamento necessário do conteúdo jurídico pela moral, sem prejuízo da reaproximação entre os sistemas normativos por meio da positivação de normas morais.⁴¹³

Nesse contexto, com base nos mais diversos argumentos, as correntes neoconstitucionalistas invariavelmente apresentam críticas ao positivismo jurídico, sobretudo quanto à relação entre a moral e o direito e as consequências interpretativas disso.

Essas posições neoconstitucionalistas e substancialistas geralmente implicam uma maior relevância política do Poder Judiciário, onerado com o papel de promover a concretização dos direitos fundamentais mesmo diante de desacordos nos órgãos eleitos e representativos, como argumentado notoriamente por Barroso:

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática.⁴¹⁴

Essa vertente teórica parte da premissa de que o Poder Judiciário tem a capacidade institucional de aferir a verdadeira vontade popular e a melhor solução moral e jurídica para uma comunidade complexa e marcada por desacordos morais persistentes.

Hart Ely criticava essa previsão dos valores futuros pelos juízes, justamente por negar autonomia moral às pessoas que, nesse momento, acreditam nas visões superadas judicialmente⁴¹⁵ e veem o esvaziamento paulatino do valor individual de seus votos por agentes políticos que não têm a contrapartida da *accountability* dos representantes eleitos.

⁴¹² MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 240.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 93-97.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015. p. 42.

⁴¹⁵ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 69.

As posturas substancialistas correm o risco de confundir o protagonismo/progressismo judicial como um critério de verdade dos problemas morais da política – e não a própria deliberação democrática –, assim como pode prejudicar a interpretação, por agentes morais livres, do projeto político inacabado da Constituição.

Sem embargo disso, o recorte deste trabalho não inclui o estudo de casos de ativismo judicial, quer seja em razão do enfoque filosófico da pesquisa, quer seja em razão da conotação geralmente negativa atribuída a essa problemática, o que poderia levar a uma confusão da crítica a respeito do da postura institucional com o mérito da questão posta ao judiciário.

Além disso, o grande catálogo de direitos fundamentais da Constituição brasileira dá margem interpretativa para decisões menos deferentes ao Poder Legislativo, bem como há farta bibliografia nacional sobre o tema do ativismo judicial.

Diante disso, busco discutir, no plano normativo (moral), os posicionamentos teóricos mais apropriados para se compreender a democracia brasileira.

5 OS VALORES DEMOCRÁTICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ALIADO AO PROCEDIMENTALISMO

Inicialmente, reitero que o positivismo (anglófono) foi gestado com ideais democráticos, sem proscrever a normatividade teórica⁴¹⁶ ou a existência da verdade, apesar de ser originalmente associado ao posicionamento metaético do ceticismo interno.⁴¹⁷

Não obstante Shapiro tenha buscado demonstrar a viabilidade de um positivismo descritivo, entendo que a sua teoria abrange o seu uso sob a perspectiva normativa – o que levou, inclusive, às críticas que entenderam que, na realidade, sua teoria seria normativa, como já mencionado.

Deixo claro, então, que o posicionamento normativo aqui defendido não depende da verdade do positivismo descritivo. Na realidade, a junção da teoria democrática com a teoria do direito como planejamento extrapola o quanto construído por Shapiro – que extrapolou a teoria de Bratman, mas o aprofundamento das divergências excede o recorte do presente trabalho.

Inclusive, a teoria de Bratman envolve uma dimensão descritiva do agir humano e uma dimensão normativa da racionalidade prática – sobre quais seriam as normas que consideram uma ação como racional.⁴¹⁸

Guardadas as devidas proporções, entendo ser possível (e desejável) essa combinação no âmbito filosofia do direito, qual seja a adoção do positivismo descritivo com uma justificativa moral da teoria defendida e com uma teoria normativa do direito democrático – no caso, uma teoria que se preocupe com o papel das qualidades majoritária e procedimental da democracia no florescimento da autonomia moral dos cidadãos.

Embora eu discorde de sua conclusão (principalmente da classificação de Shapiro como positivista conceitual), Hershovitz entende que a teoria de Shapiro é melhor compreendida como normativa:

O problema com o argumento de Shapiro é que ele tem a espécie errada de premissa para a conclusão que ele visa. Um argumento que se baseia na afirmação de que o direito tem um objetivo fundamental é mais apto a estabelecer o positivismo como uma condição de sucesso para o direito do que como uma verdade necessária sobre ele. Em vez de garantir que o conteúdo da lei é determinado por fatos sociais, o argumento de Shapiro nos dá razão para pensar que devemos organizar nosso direito de modo que seu conteúdo seja determinado por fatos sociais. Esse é um tipo de positivismo, mas é normativo, não conceitual. Isso pressupõe

⁴¹⁶ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 246.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 261.

⁴¹⁸ BRATMAN, Michael E. **Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together**. New York: Oxford University Press, 2014. p. 17.

que é possível que fatos morais desempenhem um papel na determinação do conteúdo da lei. Mas essa é uma possibilidade que Shapiro busca excluir, não uma que ele quer endossar.⁴¹⁹

Por sua vez, Picceli critica a teoria de Shapiro por não explicitar um pano de fundo moral de sua teoria do direito, entendendo, ainda, que propósito moral do planejamento é uma justificativa moral do direito, falhando em ser um positivismo meramente descritivo também por tentar submeter o papel da moral no direito a uma racionalidade que não lhe é própria.⁴²⁰

Contudo, há diferença entre a função do direito (qualidade necessária do direito) e a sua justificativa moral (que inclui a avaliação do propósito do direito), de maneira que o reconhecimento da conexão necessária entre o direito e a moral não obsta o estudo do direito sob o prisma meramente descritivo, como defendido anteriormente.

Essa diferenciação viabiliza a existência de uma teoria geral que seja compatível e explique todas as manifestações sociais do direito, sem que haja uma avaliação moral direta que exceda a descrição, não obstante exista uma valoração indireta pela eleição do material a ser estudado e das qualidades do direito sob enfoque.⁴²¹

Nesse contexto, também se viabiliza a compreensão da dimensão moral da teoria normativa do direito, que é apenas mais um posicionamento entre as mais diversas teorias da justiça, o que enfatiza a necessidade de colocarmos o desacordo como um aspecto central das filosofias moral, do direito e da política.

Diante desse desacordo atávico dos seres humanos que vivem em sociedade, uma teoria moralmente desejável deve reconhecer a distinção entre o fato social do direito dos fatos morais, de forma a permitir e respeitar opiniões a respeito de ambas as espécies de fatos, sob pena de prejuízo à autonomia moral. Assim como a democracia, o positivismo jurídico admite a liberdade de expressão sobre o que é e sobre o que deve ser.

A adoção de teoria anglófona não implica, por si só, incompatibilidade com o direito brasileiro (fundado primordialmente no *civil law*), considerando que não se trata de uma teoria do direito americano, mas de uma teoria geral do direito.

⁴¹⁹ Tradução livre: “The problem with Shapiro’s argument is that it has the wrong sort of premise for the conclusion he aims at. An argument that rests on the claim that law has a fundamental aim is more apt to establish positivism as a success condition for law than as a necessary truth about it. Instead of guaranteeing that the content of the law is determined by social facts, Shapiro’s argument gives us reason to think that we should arrange our law so that its content is determined by social facts. That is a kind of positivism, but it is normative, not conceptual. It presupposes that it is possible for moral facts to play a part in determining the content of the law. But that is a possibility that Shapiro aims to rule out, not one that he wants to endorse”. HERSHOVITZ, Scott. The Model of Plans and the Prospects for Positivism. *Ethics*, v. 125, p. 152–181, 2014. p. 163.

⁴²⁰ PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 31-32.

⁴²¹ DICKSON, Julie. **Elucidating law**, Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 139.

A teoria de Shapiro consegue ser classificada como uma teoria geral ao conceber a prática jurídica como um conjunto de ações intencionais coletivas de diferentes grupos, conseguindo explicar tanto atos gerais e abstratos quanto atos concretos e singulares, bem como a organização dos atos e dos agentes em grupos de diferentes níveis – como feito pelas instituições brasileiras, cada qual com competências e distribuição de confiança estabelecidas pelos planos.⁴²²

Isto é, o ponto vital da teoria é a filosofia da ação, e não o *common law*. O direito como planejamento não tem como requisitos ou pressupostos teóricos elementos inerentes à experiência jurídica anglo-saxã, de maneira que a referência à fundação americana serve apenas como argumento anedótico para facilitar a compreensão da economia de confiança – até porque faz mais sentido utilizar um exemplo a respeito do qual os leitores estão familiarizados.

De qualquer sorte, a leitura de teorias estrangeiras leva à percepção de problemas e soluções compartilhados pelo Brasil, porém não devidamente analisados pela doutrina local. Por exemplo, Rui Barbosa defendia a importação do modelo de controle de constitucionalidade americano.⁴²³ A doutrina do *stare decisis*⁴²⁴ chamou atenção para a insegurança jurídica, não obstante a escolha do legislador tenha sido a positivação de precedentes formalmente vinculantes, interpretáveis por subsunção.⁴²⁵

Contudo, a solução brasileira não obsta, por si só, o desenvolvimento e a aplicação de precedentes persuasivos, formados por provimentos jurisdicionais não previstos no Código de Processo Civil. Independentemente da positivação do princípio da igualdade formal, a força gravitacional do precedente não deriva apenas da linguagem, como na lei, ainda que o precedente tenha uma forma canônica de palavras que delimite o seu sentido.⁴²⁶

Sem prejuízo do recorte do trabalho, a utilidade dos posicionamentos deste trabalho pode ser percebida por meio de uma breve referência ao julgamento do RE 635659 em 27/06/2024, que

⁴²² PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 107, p. 43-98, 2013. p. 87.

⁴²³ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004. p. 40-42.

⁴²⁴ ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 310.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 293-302.

⁴²⁶ Tradução livre: “A força gravitacional do precedente não pode ser compreendida por qualquer teoria que considere a força total do precedente como a sua força de promulgação, igualmente a uma peça legislativa. Mas a inadequação dessa abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por apelo, não à sabedoria de instituir promulgações, entretanto à justiça do tratamento igual a casos semelhantes. Um precedente é o relatório de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, como uma parte de história política, providencia alguma razão para decidir outros casos de modo similar no futuro.”. Texto original: “The gravitational force of precedent cannot be captured by any theory that takes the full force of precedent to be its enactment force as a piece of legislation. But the inadequacy of that approach suggests a superior theory. The gravitational force of a precedent may be explained by appeal, not to the wisdom of enforcing enactments, but to the fairness of treating like cases alike. A precedent is the report of an earlier political decision; the very fact of that decision, as a piece of political history, provides some reason for deciding other cases in a similar way in the future.” DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 111-113.

resultou na fixação da tese do tema nº 506 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, abaixo transcrita:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.⁴²⁷

Independentemente da concordância quanto ao mérito da inconstitucionalidade em si, a pretensão maximalista da tese deixa claro que não se decidiu com base na lógica binária do legislador negativo no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; e mesmo os votos concorrentes divergiam quanto às escolhas de política criminal.

Essa decisão manipulativa da declaração de inconstitucionalidade⁴²⁸ entrou nas minúcias das consequências procedimentais de execução da tese, estabelecendo a participação do Poder Judiciário na regulação de política criminal e na condução do processo aparentemente administrativo; mas sem restringir rigorosamente a atuação policial, em virtude dos parâmetros vagos de atuação e da presunção relativa de (a)tipicidade da conduta.

⁴²⁷ BRASIL, República Federativa do, Tema nº 506 da repercussão geral.

⁴²⁸ “As decisões manipulativas caracterizam-se por um elevado grau de criatividade judicial, que as torna atípicas. São também denominadas de decisões intermédias, porquando ficam a meio caminho entre decisões de mera procedência ou de mera improcedência do pedido (total ou parcial). O órgão que as profere não atua como mero legislador negativo, mas como legislador positivo, criando ou restringindo direitos de maneira importante”. FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 43.

De maneira diversa, uma mera declaração de inconstitucionalidade reduziria os custos da decisão e promoveria os debates, nas instituições adequadas, das medidas políticas apropriadas para a execução (ou superação legislativa) do julgado, sem obstar ulterior necessidade de diálogo com o Poder Judiciário.

Além do mais, não é possível extrair, nem mesmo por indução, uma concepção clara da teoria democrática adotada nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. O modelo deliberativo adotado contribui para essa dificuldade, tendo em vista que a decisão é tomada de modo *seriatim*, com publicação de votos dissidentes e concorrentes,⁴²⁹ ainda que a votação seja unânime no dispositivo.⁴³⁰

Não há necessidade de proferimento de uma decisão unificada e consistente,⁴³¹ de modo que a tradução da deliberação colegiada numa decisão do órgão não é a mera soma de opiniões, mas a busca da autoria institucional da decisão,⁴³² mesmo diante do desafio provocado pela lógica agregativa.⁴³³

À luz dos requisitos e moralidade básica da democracia, a aplicação da teoria interpretativa de Shapiro à realidade brasileira facilita a compreensão do procedimentalismo, considerando que a maior deferência à distribuição de confiança entre os Poderes feita pela Constituição promove valores democráticos.

Esses posicionamentos normativos chamam atenção para a substituição, pelo Judiciário, da perspectiva moral legislada, e para o consequente impacto negativo na autonomia moral e ao exercício da cidadania.

Isto, porque a postura substancialista dos magistrados absorve a confiança constitucionalmente atribuída às demais instituições para o saneamento das deficiências morais nas circunstâncias da política, com prejuízo à liberdade de expressão e à deliberação popular ao tratar vozes divergentes como moralmente erradas, sem que se tenha adotado o procedimento equânime e justo do princípio majoritário.

Ou seja, a ausência de distinção entre direito e moral como pressuposto teórico pode confundir uma decisão tomada devido à necessidade de uma solução coletiva como a resposta moralmente correta – o que se torna mais problemático no âmbito do processo judicial, carente de representatividade adequada.

⁴²⁹ GORZONI, Paula *et al.* **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65.

⁴³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013. p. 568.

⁴³¹ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (ed.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 334-335.

⁴³² MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (eds.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV; Saraiva, 2011. p. 353.

⁴³³ KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, p. 89-104, 2014. p. 92.

Desta forma, o substrato teórico aqui defendido facilita a criação de um ambiente de tolerância favorável à deliberação democrática (e à existência de desacordos morais), com respeito aos direitos individuais e à autonomia moral do cidadão – sem implicar em quietismo político. Não me refiro à tolerância com uma conotação condescendente ou julgadora, no sentido de tolerar algo errado, mas, sim, no sentido de respeitar e não interferir no exercício da autonomia moral, especialmente em práticas não lesivas, como a manifestação da consciência e crença.⁴³⁴

Enquanto o positivismo descritivo é meta-eticamente neutro, o positivismo normativo se posiciona moralmente e avalia o uso da moralidade nas decisões jurídicas em face da necessidade de respeito aos desacordos morais numa sociedade complexa e diversa.⁴³⁵

Sob a perspectiva normativa, o positivismo jurídico anglófono se desenvolveu como uma crítica ao *common law*, a fim de permitir a crítica moral do direito e afastar o quietismo político⁴³⁶, considerando que essa postura passiva decorrer da crença positiva a respeito da existência de uma lei (ou seja, de um posicionamento normativo).⁴³⁷

Apesar de reconhecer que uma sociedade com atitude cética perante a moralidade do direito é mais capaz de alcançar a justiça substantiva, entende que essa atitude é compatível com um vasto espectro de posicionamentos políticos,⁴³⁸ desde que, como mencionado, não consista numa crença na bondade da lei apenas por ser lei.

Outrossim, ainda que não seja verdadeira descritivamente (como um fato sobre o direito), a separação entre a moral e o direito fornece uma condição favorável à formação de uma cultura alerta (e não quietista) e respeitosa quanto à existência de desacordos morais numa sociedade complexa e diversa.

Além disso, a tese da separação facilita o entendimento da democracia como um procedimento justo de resolução dos problemas morais e de coordenação em larga escala, sem prejudicar os direitos substanciais necessários para a realização disso sem prejudicar a moralidade interna desse processo social – cujo principal fórum atual é o Poder Legislativo, sem embargo do constante diálogo com o Judiciário.

Além disso, a tese da separação, ao destacar o papel da autonomia moral para a normatividade do direito, harmoniza-se com a compreensão da democracia como um procedimento adequado de coordenação em larga escala em meio a desacordos morais, sem prejuízo aos direitos substanciais necessários para a justiça material.

⁴³⁴ WALDRON, Jeremy. Toleration: Is There a Paradox? In: **Public law & legal theory research paper no. 12-75**, New York: NYU School of Law, 2012. p. 16-18.

⁴³⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 166-167.

⁴³⁶ MURPHY, Liam. The Political Question of the Concept of Law. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 387-388.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 394.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 398.

Por fim, reitero que o procedimentalismo e a tese da separação (sob o viés normativo) têm moralidades internas e se fundamentam em valores morais decorrentes da própria natureza da democracia – que não é só procedimento, muito menos só substância.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, analisei a relação entre a democracia e o positivismo jurídico, com o objetivo de esclarecer a compatibilidade entre os temas e as vantagens morais de se adotar o positivismo jurídico em sua faceta normativa.

O segundo capítulo foi dedicado à introdução da teoria geral do direito e de seus problemas fundamentais, com foco nas respostas e teses do positivismo jurídico, a fim de fixar as bases teóricas para a compreensão da teoria de Shapiro, como a insuficiência de teorias centradas na sanção, a conexão necessária entre a moral e o direito, a tese das fontes sociais do direito e a tese da diferença prática do direito.

Essas bases teóricas da teoria de Shapiro correspondem ao delineamento do positivismo anglófono, cujos rumos foram direcionados pelo debate entre Hart e Dworkin a respeito da natureza do direito. Então, o segundo capítulo justifica a adoção de determinadas vertentes do positivismo anglófono, como o reconhecimento da inexistência de vocabulário amoral, a exclusividade das teses sociais e a identificação das funções epistêmicas das normas jurídicas.

Além disso, fiz contraposição ao positivismo continental e às teorias jusnaturalistas, nas quais incluo os neoconstitucionalismos, de maneira a defender que o direito só pode fazer diferença prática se adotada a teoria das fontes sociais, sob pena de se ignorar as funções epistêmicas das normas jurídicas e de reabrir a deliberação moral decorrente da natureza social do direito.

No terceiro capítulo, apresentei brevemente o pano de fundo teórico da teoria de Shapiro, qual seja a filosofia da ação de Bratman, que verifica a insuficiência do binômio desejos e crenças para a compreensão da racionalidade humana, que só pode ser devidamente explicada por meio do desenvolvimento das intenções direcionadas para o futuro – aspecto central para o planejamento, atividade inerente à racionalidade limitada da humanidade.

Após essa apresentação, introduzi o direito como planejamento, que considera o direito como uma atividade de planejamento social que busca sanar as deficiências morais de uma comunidade política por meio do compartilhamento massivo de planos.

Também apresentei as suas teses e respostas para os problemas fundamentais do direito, fundadas na racionalidade prática do planejamento, bem como a teoria da interpretação com base na economia da confiança – essencial para a compreensão das diferentes margens de liberdade concedidas aos agentes públicos pelos planos sociais estabelecidos pelo direito.

Por sua vez, o quarto capítulo foi reservado à definição básica de democracia e de seus requisitos, à abordagem breve da metaética e à contraposição entre as noções procedimentalistas e substancialistas da democracia, assim como os seus respectivos impactos na inevitável atuação política do Poder Judiciário.

Tendo em vista que o núcleo da democracia é procedimental (sem prejuízo à materialização dos valores substanciais necessários a seu funcionamento), defendi o procedimentalismo como uma teoria adequada para a preservação do núcleo da democracia e sobretudo da autonomia moral dos cidadãos. Para tanto, precisei reforçar a moralidade do princípio majoritário, que não se baseia numa ética meramente agregativa, mas, sim, de garantia de igual valor do voto e da autonomia moral de cada cidadão eleitor.

Por fim, busquei demonstrar a compatibilidade entre o positivismo jurídico e a democracia, à luz do direito como planejamento e do procedimentalismo democrático. Em síntese, verifiquei que essas teorias fornecem um substrato teórico harmônico para a preservação das competências constitucionais dos Poderes da República e, por conseguinte, para o favorecimento de um ambiente democrático de respeito à autonomia moral dos cidadãos e contrário ao quietismo político, liberando os canais de deliberação democrática pelas vias ordinárias e representativas; sem a absorção indevida da confiança das demais instituições democráticas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 9–30, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALLEN, Danielle S. **Justice by means of democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 2023.
- AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. [s.l.]: Barakaldo Books, 2020.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**: with an introduction by H. L. A. Hart. Indianapolis; Cambridge: Hackett Publishing Company, 1954.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 17, p. 1-19, 2009.
- BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015.
- BEÇAK, Rubens. **Democracia - Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BENTO, Milani M. **Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo**: postulados e diferenças. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Edipro, 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.953.607/SC**. Terceira Seção. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/09/2022.
- BRATMAN, Michael E. **Intention, Plans and Practical Reason**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1987.
- BRATMAN, Michael E. **Shared Agency**: A Planning Theory of Acting Together. New York: Oxford University Press, 2014.

CATÃO, Adrualdo de Lima, **Teoria do fato jurídico**: Uma abordagem lógica da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2013.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Frases sem texto: a utilização de precedentes a partir de ementas. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de (org.). **Texto e contexto no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2020.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript**: Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLLINI, Stephan. Introdução: interpretação terminável e interminável. *In*: ECO, Umberto (ed.). **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CROCKER, Thomas P. Concepts in Law: Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legality. **Tulsa Law Review**, v. 47, p. 205-217, 2011.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DAHL, Robert. **On Democracy**. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 2015.

DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DICKSON, Julie. **Elucidating law**, Oxford: Oxford University Press, 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DWORKIN, Ronald, **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, [s.d.].

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**, Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 1986.

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

ECO, Umberto. Interpretação e história. *In*: ECO, Umberto (ed.). **Interpretação e Superinterpretação**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart and the Semantic Sting. *In*: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript**: Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Jacobellis v. Ohio**, 378 U.S. 184 (1964). Washington D.C, 22 de junho de 1964.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. **Law and Public Choice: A Critical Introduction**. Chicago and London: University of Chicago Press, 1991.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e Fundamentação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Almeida, 2020.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

GORZONI, Paula *et al.* **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **The French Civil Code**. London; New York: Routledge, 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Seattle: Amazon-Classics, 2017.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. with post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAWKING, Stephen. **A brief history of time**. 10. ed. New York: Bantam Books, 2011.

HERÓDOTO. **Histórias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

HERSHOVITZ, Scott. The Model of Plans and the Prospects for Positivism. **Ethics**, v. 125, p. 152–181, 2014.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Seattle: Amazon Classics, 2019.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Oxford: Clarendon Press, 1739.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.
- KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, p. 89-104, 2014.
- KRELL, Andreas J. Superação da divisão rígida entre as dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito através da ressignificação dos valores, **Rechtd. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, v. 13, p. 211–226, 2021.
- LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (eds.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV; Saraiva, 2011.
- MILLER, Alexander. **Filosofia da linguagem**. São Paulo: Paulus, 2010.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.
- MURPHY, Liam. The Political Question of the Concept of Law. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- NEIVA, Horácio. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 65, p. 261-284, 2014.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 313–325, 2009.
- NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

OBER, Josiah. **Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OBER, Josiah, **The Greeks and the rational: the discovery of practical reason**. Oakland: University of California Press, 2022.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. *In: Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*, Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERRY, Stephen R. Hart's Methodological Positivism. *In: COLEMAN, Jules (org.). Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PICCELLI, Eric. **O Positivismo dos Planos: Introdução Crítica ao Pensamento de Scott Shapiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

PIRIE, Fernanda. **The Rule of Laws: A 4000-year Quest to Order the World**. London: Profile Books, 2021.

PLATÃO. **A República (ou da Justiça)**. São Paulo: Edipro, 2020 (e-book).

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 107, p. 43-98, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law. **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 1-17, 2003.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph, **Practical Reason and Norms**, Oxford: Oxford University Press, 1975.

RAZ, Joseph, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. London: Hart Publishing, 2007.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **The Roots of Normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *In*: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROSANVALLON, Pierre. La democracia del siglo xxi. **Nueva Sociedad**, v. 269, p. 148-162, 2017.

RUSSELL, Bertrand. **The History of Western Philosophy**. New York: Touchstone Books, 1967.

RUSSELL, Bertrand. **Why I am not a Christian And other essays on religion and related subjects**. London; New York: Routledge Classics, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 9, p. 95-133, 2009.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**. New edition. Princeton: Princeton University Press, 2018.

SCHAUER, Frederick. Lawness. **Washington University Law Review**, v. 95, p. 1135–1148, ano.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. Massively Shared Agency. *In*: **Rational and Social Agency: The Philosophy of Michael Bratman**. New York: Oxford University Press, 2014.

SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SHAPIRO, Scott J.; PLUNKETT, David. Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry, **Ethics**, v. 127, n. 4, 2017.

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. *In*: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 55–60, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SHAPIRO, Scott J. What is the Internal Point of View? **Fordham Law Review**, v. 75, p. 1157–1170, 2006.

STAVROPOULOS, Nicos. Hart's Semantics. *In*: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1999.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: The Final Edition**. New York: Penguin Books, 2021.

TORMIN, Mateus Matos. Uma crítica à defesa do positivismo feita por Scott J. Shapiro: resta alternativa ao positivismo jurídico? **Humanidades em diálogo**, v. VIII, p. 175–187, 2015.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo Introdutório - O Lugar e Alguns dos Principais Temas da Primeira Edição da Teoria Pura do Direito no Contexto Geral da Obra de Kelsen. *In*: KELSEN, Hans (ed.), **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 53–58 (Kindle).

TRIVISONNO, Estudo Introdutório - O Lugar e Alguns dos Principais Temas da Primeira Edição da Teoria Pura do Direito no Contexto Geral da Obra de Kelsen.

TUCK, Richard. **Hobbes: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do Positivismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. *In*: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (ed.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013.

VERMEULE, Adrian. **Common Good Constitutionalism**. Cambridge: Polity Press, 2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (org.), **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. Planning for Legality. **Michigan Law Review**, v. 109, p. 883-902, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **Georgia Law Review**, v. 43:1, p. 3-61, 2008.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Toleration: Is There a Paradox? *In*: **Public law & legal theory research paper no. 12-75**, New York: NYU School of Law, 2012.

ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.