

POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO CONSTITUCIONAL: UM DEBATE NO SEIO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Professor Adjunto de Direito Constitucional e Filosofia do Direito no Departamento de Direito da mesma Instituição, Professor Titular e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC e advogado em Florianópolis. E-mail: matheus-felipedecastro@gmail.com

SAMYRA HAYDÉE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

Doutora em Direito pela PUC/SP, Mestre e Graduada em Direito pela UFSC, Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNITOLEDO/Araçatuba.

Resumo

O presente artigo, partindo do referencial teórico da filosofia da práxis, busca discutir as relações tensas entre o poder e a justiça na efetivação dos direitos fundamentais, realizando um confronto entre as concepções teóricas de Hans Kelsen e Robert Alexy. Nesse sentido, são comparados os pensamentos desses dois autores, ressaltando o papel central que o poder possui na concepção jurídica do primeiro, em contraponto com a teoria da justiça que anima as concepções jurídicas do segundo. Discute-se como essa tensão que aparece no confronto teórico dos dois autores na verdade é um momento inafastável do real, constituindo antes uma convivência dialética que precisa ser observada e decifrada na concretude da aplicação do direito. Conclui-se com a busca da separação daquilo que é real daquilo que é ideológico nesse debate, buscando aprofundar o debate em torno dos direitos fundamentais como núcleo estruturante da moderna teoria do direito.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais; Poder; Justiça; Filosofia da Práxis; Interpretação; Aplicação do Direito.

Abstract

This article, based on the theoretical framework of the philosophy of praxis, is to discuss the strained relations between power and justice in the enforcement of fundamental

rights, making a comparison between the theoretical concepts of Hans Kelsen and Robert Alexy. In this sense, are compared the thoughts of these two authors, emphasizing the central role that power has the legal conception of the first as opposed to the theory of justice that animates the legal conceptions of the second. We discuss how this tension that appears in the theoretical confrontation of the two authors is actually a moment of real, but constitutes a dialectical interaction which must be observed and deciphered in the concrete application of the law. It concludes with the search of separation from what is real from what is in this ideological debate, seeking to deepen the debate on fundamental rights as the core of modern structural theory of law.

Key words

Fundamental Rights; Power; Justice; Philosophy of Praxis; Interpretation; Application of Law.

1. Introdução

A antiga questão do relacionamento tenso entre o poder e a justiça no interior do direito ainda não foi resolvida. E, ao que parece, jamais o será a contento. A cada novo paradigma jusfilosófico que se sucede, a confusão em torno desta temática parece se ampliar, indicando uma convivência estável entre o desejo de realização do justo e a efetivação da vontade do poder, uma tensão paralítica ou dialética, como quer o referencial teórico da filosofia da práxis.

Ora, nesse sentido, o debate acerca da assunção dos direitos fundamentais ao posto de núcleo fundante do ordenamento jurídico constitucionalizado vem merecendo um aprofundamento em torno da questão da *dogmática* desses direitos, entendida, aqui, resritivamente como *método* de interpretação/aplicação do direito à realidade, aquilo que muitos identificaram, no passado, como o processo por excelência de “subsunção dos fatos à norma”, ou seja, a busca de um sentido de verdade oculto na “essência” dos textos legais.

Há muito que a dogmática foi proclamada como “único” método essencialmente jurídico, isolando os juristas numa espécie de *Lebensraum*, que vem sendo cada vez mais questionado pela teoria crítica como um isolamento orientado a cumprir certas funções numa ordem social, política e econômica determinada, além de que reduziria, sobremaneira, as possibilidades de um estudo do direito para além do método dogmático que, obviamente, predispõe resultados desejáveis pelo *establishment*, fechando outras possibilidades existentes no trânsito da vida social.

E o que a dogmática teria a ver com a discussão jusfilosófica da relação tensa entre o poder e a justiça no interior do direito? Ora, enquanto *método* de interpretação/aplicação

do direito aos fatos sociais, a questão específica da *interpretação dogmática do direito* é de ser destacada, eis que aquele método exige do jurista uma forma de atuação internamente coerente com a sua lógica, permitindo uma interpretação/aplicação do direito primeiramente *previsível* e, em segundo, cumpridora das *funções* do direito perante a sociedade.

E é exatamente por meio desse tipo de interpretação que o jurista tradicional pensa fazer “ciência” e cumprir uma “relevante” função social “pacificadora” dos conflitos sociais, quando não estaria mais que reproduzindo o “senso comum teórico dos juristas”, uma espécie de crença na cientificidade (e imprescindibilidade) da técnica de controle social por eles operada e que, em última instância, possibilitaria aos operadores do direito a execução da vontade do poder ocultada pelo sentimento ideológico de cumprimento do sentido do justo.

A transição do direito privado (civilismo) para o direito público (constitucionalismo) como eixo legitimador do poder de Estado, o que corresponde no fundo à transição tardia do Estado (neo)liberal para um novo tipo de Estado intervencionista, agora com o Judiciário assumindo papel de tutoria constitucional inclusive das políticas públicas, vem colocando cada vez mais este problema, abrindo por demais o leque interpretativo do direito e colocando novos desafios antes não observados pela chamada “ciência jurídica”, eis que se transitou de formas estritamente regulamentadas (normas estritamente especificadas), para formas principiológicas, com baixíssimo grau de normatividade imediata, o que permite ao Estado-juiz o exercício do poder a partir de formas aparentemente mais flexíveis que outrora.

Nesse passo, o presente artigo, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* (teoria dialética do Direito = método da concreção) e adotando uma metodologia *indutiva*, buscará realizar uma reflexão crítica sobre as relações tensas que a justiça e o poder mantém no interior da interpretação/aplicação dos direitos fundamentais pelo Estado-juiz, objetivando verificar as articulações que subjazem ao discurso asséptico da ciência jurídica, tanto do passado como do presente, especificamente em sua abordagem dos direitos fundamentais como *novel* ideologia legitimadora da atuação estatal, num quadro de profunda *defasagem* entre o que é declarado (discurso oficial dos direitos fundamentais) e aquilo que é empiricamente observável na prática social da atuação do Estado e dos juristas.

2. A Interpretação/Aplicação do Direito e o Método Dogmático

O esgotamento do positivismo *jusprivatista* como discurso de legitimação científica do direito, exigiu o desenvolvimento de novas formas, pretensamente “pós-positivistas” de legitimação do ordenamento jurídico posto pelo Estado, que transitaram para o direito público, o direito constitucional e os direitos fundamentais, ganhando em força social,

pela natureza pretensamente “democrática”¹ do seu discurso, mas perdendo em termos de força normativa, na medida em que permitiu uma interpretação mais aberta do sentido das normas e da sua aplicação à sociedade.

Mas, por outro lado, vem permitindo à teoria crítica do direito descortinar aspectos que antes permaneciam ocultados pela assepsia do discurso técnico-jurídico e que levavam muitos juristas e pesquisadores sociais bem intencionados a constatar, errônea e perplexamente, uma absoluta separação ou descolamento entre a teoria e a prática do que era declarado pelo direito e o que era por intermédio dele praticado.

Lentamente e após as confissões realizadas pela teoria funcionalista do direito, inspiradas na teoria geral dos sistemas, de Luhmann, acabou ficando claro que o tal descolamento entre a teoria e a prática do direito simplesmente não existia². Percebeu-se que antes de separados, estavam unidos, com a *teoria* do direito cumprindo certas funções legitimadoras da *prática* do direito, sendo antes facetas do mesmo fenômeno contraditório, numa relação entre o que é *real* e o que é *ideológico*, entre aquilo que *acontece* e aquilo que é *dito* sobre o que acontece (discurso).

Ora, o método *técnico-jurídico* ou *lógico-abstrato*, compor-se-ia de um procedimento indutivo-dedutivo³, onde caberia ao jurista, em primeiro lugar, *conhecer* o direito positivo (cognição formal da lei), organizando mentalmente os conceitos mais elementares, partindo-se então para a indução do *sistema*, entendido como a formulação das leis gerais que organizam o ordenamento jurídico (teoria *geral* do direito). Enfim, partiria o jurista para o momento propriamente dedutivo, de subsunção dos fatos às normas, ou aplicação do sistema jurídico aos casos concretos. Enfim e como uma fase pós-jurídica (uma fase não propriamente jurídica, mas *política*), caberia ao jurista criticar o sistema, entendida a crítica não como um ataque aos fundamentos ou às funções que o direito cumpriria na sociedade, mas como oferta de proposições para o aperfeiçoamento do sistema de controle social, como um todo.

Fica claro que, perante esse método, não haveria espaço algum para que o jurista questionasse aquilo que estava colocado antes da lei, os seus fundamentos econômicos,

1 Afirma-se que esse discurso seria “pretensamente” democrático na medida em que ele vem se revelando uma técnica de atuação estatal onde o povo, detentor do poder soberano, não aparece ou aparece de forma meramente discursiva para legitimação da atuação de uma casta da burocracia estatal que atuaria de modo a realizar o “desejo” da constituição.

2 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980, pp. 97 e seguinte: “A função do procedimento (jurídico) é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos”. Em sua *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121, define o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”, exercendo, portanto, uma função determinada no sistema social, o que demonstra a total improcedência das teses sobre uma possível separação entre um direito teórico “bom” ou “puro” e uma prática jurídica “má” ou “deturpada”.

3 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço e sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

políticos e sociais, eis que a lei seria, para ele, um dado posto, um ponto de partida, que somente poderia ser questionado por outras “ciências” não jurídicas, como a política e a sociologia, sempre rebaixadas a uma condição secundária, eis que o direito ocuparia a posição de “ciência oficial de Estado”, somente aceitando as conclusões das outras disciplinas que porventura concordassem com o seu ponto de vista.

O fundamento último do direito, o *poder*, que na percepção de Bobbio seria o ponto em comum dos estudos do jurista e do cientista político⁴, deveria ser analisado em termos maniqueístas de preeminência, para o primeiro, do direito sobre o poder e, para o segundo, de preeminência do poder sobre o direito, numa discussão que, de tão escolástica, se assemelharia àquela outra e velha, sobre as origens dos ovos e das galinhas e que há muito foi resolvida pela teoria da evolução das espécies, de Darwin.

No entanto, embora o método lógico-abstrato tenha sido concebido como solução para o problema da cientificidade do direito, uma tentativa de conceder ao direito uma precisão quase matemática, o problema da interpretação jurídica e da sua aplicação aos casos concretos jamais conseguiu ser explicada nesses termos, eis que por mais estritamente regulamentada se encontrasse uma situação jurídica, a textura aberta (jamais admitida) dos conceitos jurídicos sempre permitiu ao Estado, representado por seus juízes, a possibilidade de manobrar decisões de forma absolutamente discricionária, tornando o ideal de segurança jurídica apenas uma promessa jamais cumprida pelo sistema, ou seja, não mais que um discurso de legitimação do poder.

Ora, para além do discurso dogmático, sempre se admitiu que o direito, por mais estritamente regulamentados que possam ser as situações que normatiza, admite uma grande margem de discricionariedade em sua interpretação no momento de sua aplicação

4 BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 194: “O conceito principal que os estudos jurídicos e políticos têm em comum é, em primeiro lugar, o conceito de poder”. Em sua *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1999, enfrentando a questão tormentosa da natureza extrajurídica da sanção jurídica, Bobbio acaba por enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria do direito, argumentando num sentido que acaba por revelar a verdadeira natureza da norma fundamental que sustenta todo o Ordenamento Jurídico: “Ora, aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força” (p. 25). “Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico” (p. 49). “Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro [...] A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental” (p. 59). E, enfim: “E como pode um mero fato produzir direito? A pergunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas” (p. 176). Ora, esse poder tão grande a que se refere Bobbio é, segundo ele, a Revolução, um fato político fundamental que estabelece o poder que dá sustentação de validade a todo o Ordenamento Jurídico, a verdadeira essência oculta da *Grundnorm* kelseniana.

pelo Estado-juiz. Kelsen foi muito preciso quando apontou essa discricionariedade na aplicação do direito, na medida em que os conceitos fixados na lei seriam meras formas legais, carentes de uma complementação que somente se pode operar no momento da transição entre aquilo que hoje chamamos de *programa da norma* e a realização do *âmbito da norma*.

Para o autor da *Teoria Pura do Direito*, o texto normativo colocaria somente uma “moldura”, dentro da qual uma decisão poderia ser considerada “legal” ou válida, admitindo-se a possibilidade, destarte, de *várias decisões corretas em direito*, perante fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo. Ora, o sentido verbal da norma não é unívoco, colocando o órgão julgador diante de uma infinidade de significações possíveis, todas elas *legítimas*:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁵

Kelsen diferenciava substancialmente o trabalho do *cientista do direito*, o sujeito encarregado da interpretação da ordem jurídica (trabalho de identificação das múltiplas possibilidades, mesmo que politicamente indesejáveis⁶, que se colocam dentro daquela moldura) e que deveria se pautar pela neutralidade científica naquela identificação, da atividade do *aplicador do direito*, ou seja, do sujeito que tem por função criar direito judicial a partir do direito legislado. Para este, a escolha de uma ou outra dessas significações, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, não passaria de um ato de *vontade* que, segundo Kelsen, teria natureza *política* e não jurídica, como se poderia imaginar, num primeiro momento:

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 251.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.⁷

Kelsen esclarecia que todos os métodos de interpretação elaborados conduziram sempre a vários resultados *possíveis*, nunca a um resultado que fosse o *único* correto. A pretensão de neutralidade advogada por ele se dirigia somente e tão-somente ao mister exercido pelo cientista do direito, que teria por função aquela identificação dos resultados (*significados*) possíveis atribuíveis ao texto normativo, sendo que a atividade do juiz seria o momento eminentemente político da *escolha* (ato de *vontade*), da melhor decisão, dentre outras, aplicável ao caso concreto:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.⁸

Através deste ato de *vontade*, decisão de natureza *política*, se distinguiria a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pelo cientista do direito. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria sempre *autêntica*. Ela cria Direito e na base da criação do direito está sempre o *poder*, a questão política por excelência:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 249.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Idem, *ibidem*.

por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.⁹

Concordamos com Kelsen quando ele admite a natureza eminentemente política da aplicação do direito pelo Estado-juiz, no método dogmático. No entanto, cremos, com Oscar Correias, que Kelsen optou, politicamente, por uma despoliticização da *ciência do direito* (da atividade do cientista do direito, não do aplicador do direito), mediante a desideologização dos cientistas do direito¹⁰, que a nosso ver, seria absolutamente impossível de ser atingida, mas que à sua época e diante do paradigma cientificista vigente e da “filosofia da consciência” no qual o jusfilósofo estava impregnado, seria impossível a ele admitir¹¹.

No entanto, não se pode negar que a *Teoria Pura do Direito* é uma obra de teoria política e que, portanto, o seu objeto mediato (em última instância) é o poder e não o direito em-si, o que vem sendo historicamente negligenciado pelos estudiosos do direito¹², que se negam a perceber que a razão para Kelsen ter fundado uma teoria pura do direito não consistia em justificar todo o poder, mas, pelo contrário, despojar de toda “justificação científica” a qualquer poder¹³.

No entanto, embora o maior representante do positivismo jurídico não o admitisse, tornou-se corrente, no discurso que compõe o senso comum teórico dos juristas¹⁴, o tratamento dessa relação tensa entre o pretensamente *objetivo* (a lei, objeto do conhecimento) e o *subjetivo* (o jurista, o sujeito cognoscente), a partir da absoluta separação das instâncias, sem qualquer admissão de interpenetração de uma esfera na outra. O *sujeito* do conhecimento, dotado de *racionalidade*, teria a capacidade de desvendar o sentido encoberto pelas normas, numa tarefa quase religiosa de desvendamento do sentido oculto dos textos. Daí os velhos jargões jurídicos da “vontade da lei”, do “sentido das normas”, os quais poderiam ser descobertos pelo jurista mediante um procedimento meramente técnico e neutro de avaliação do direito positivo.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 251.

10 CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: UNAM, 1989, p. 08 e seguinte: “La Teoría ‘pura’ no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica [...] Lo que estos kelsenistas ocultam es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen”.

11 Na medida em que o cientista do direito interpreta o texto normativo, também ele, como o aplicador do direito, atribui significados novos aos textos normativos, conforme seu momento histórico e toda a sua carga cultural, política, social, ideológica, psicológica, etc., criando também ele novas interpretações possíveis e realizando um papel político, de ampliação da moldura do possível em direito.

12 BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Op. cit., p. 167: “Por mais que Kelsen tenha reiterado o caráter científico da Teoria Pura do Direito e rechaçado toda interpretação ideológica, não se pode renunciar completamente a tentar captar o sentido de sua construção e de entender o porquê de certas teses por meio de suas opções políticas”. E arremata: “Não me resulta que o problema do poder na Teoria Pura do Direito tenha sido objeto de atenção especial por parte dos diversos estudiosos do pensamento kelseniano” (p. 142).

13 CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Op. cit., p. 28.

14 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 57 e ss.

De qualquer forma, pode-se concluir que, na filosofia política de Kelsen, representante maior do positivismo jurídico, se admitia: a) a natureza política do ordenamento jurídico, eis que fundado num poder constituinte originário, que como bem demonstra Bobbio, é uma questão de fato, não de direito, embora tenha tentado submeter, teoricamente, todo esse poder ao controle do próprio direito; b) a natureza política da atividade do aplicador do direito, encarregado da interpretação autêntica do ordenamento jurídico, fundada num ato discricionário de *vontade*, ou seja, de *escolha* diante das múltiplas opções que a moldura jurídica possibilita ao julgador; c) a irredutibilidade do ato de *decidir* a uma mera operação lógico-formal, eis que no ato de escolher uma das múltiplas opções que a moldura jurídica disponibiliza, incidiriam opções pessoais do julgador, acima de qualquer neutralidade, impossível nesta instância¹⁵.

3. A Interpretação Jurídica na Teoria dos Direitos Fundamentais

A obra que mais tem merecido atenção dos juristas brasileiros nos últimos tempos é a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, sendo que diversos dos seus pressupostos teóricos (natureza dos direitos fundamentais como princípios, princípios como mandamentos de otimização, localização de regras e princípios no quadro maior da normatividade, necessidade de *ponderação* entre mandados de otimização na análise do caso concreto, etc.), já foram absorvidos pelo discurso jurídico constitucional pátrio.

Alexy parte do pressuposto de que sua obra estaria colocada nos marcos da superação do positivismo jurídico, permitindo a construção de pressupostos de análise jurídica mais adaptados ao moderno Estado democrático de Direito. O pressuposto filosófico para sua afirmação de superação do positivismo jurídico está centrado, conforme ele mesmo explica, na abertura que os Direitos Fundamentais teriam realizado do sistema jurídico ao sistema moral¹⁶, eis que os princípios que conformariam uma ordem constitucional poderiam ser identificados a *valores*, ou seja, a pressupostos de ordem *axiológica*: “princípios e valores são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica”¹⁷.

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit., p. 249: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29.

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 561.

Feita essa distinção inicial entre valores (nível do *bom* e do *desejável*) e princípios (nível normativo, do *dever-ser*), Alexy parte para a identificação entre ambos na Constituição alemã, pelo menos a partir da interpretação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, daria aos seus dispositivos, na medida em que os valores escolhidos na Constituição se expressariam por intermédio de normas, portanto, com caráter de *dever-ser*:

Ainda que o Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto de que os “direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos”, ou seja de que eles são “direitos de defesa do cidadão contra o Estado”, ele acrescenta, na mesma decisão, que igualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores.¹⁸

Essa “ordem objetiva de valores” expressa pela Constituição levaria a uma inevitável *hierarquia de valores*, no âmbito da qual o Poder Judiciário deveria atuar, mediante *sopesamentos*, ou seja, definições sobre quais valores deveriam prevalecer em cada caso concreto. Com isso Alexy dá razão a Kelsen de que o ordenamento jurídico seria uma moldura de decisões possíveis, rejeitando a tese de Dworkin da possibilidade de uma única decisão correta em direito¹⁹.

Mas, por outro lado, Alexy constata uma segunda ordem de problemas ligados a interpretação dos direitos fundamentais: além da necessidade de uma ponderação quanto à hierarquização de valores que deveriam prevalecer nos casos concretos, os direitos fundamentais seriam as estruturas jurídicas de menor densidade regulatória no Ordenamento Jurídico, em virtude da “abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais”²⁰, ou seja, da “ausência de conteúdos inequívocos” que permitiriam “conceitos maleáveis” ou até mesmo “fórmulas vazias” que admitiriam qualquer interpretação.

Alexy admite, no entanto, que a textura aberta dos direitos fundamentais não seria, por si só, uma explicação suficiente para a intensidade de controvérsias que esses direitos provocam na sociedade e perante o *Bundesverfassungsgericht*: “mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria”²¹. Ocorre que numa sociedade plural, marcada pela divisão em classes, segmentos e outros grupos de interesse, esse amplo consenso seria impossível: “mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado,

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 154.

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 571-573.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 26.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, *ibidem*.

estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais”²².

Ora, os direitos fundamentais regulam de uma forma extremamente lacônica questões bastante controversas acerca da constituição do Estado e da organização da sociedade, o que pode ser percebido quando se abordam conceitos de direitos fundamentais como a *dignidade*, a *liberdade*, a *igualdade* e a *democracia*, dentre outras formas vazias, carentes de conteúdo concreto sem que se recorra previamente a pré-compreensões políticas e ideológicas dos seus intérpretes: “Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas”²³.

Dessa forma, percebe-se que o grave problema que se colocaria para a efetivação dos direitos fundamentais a partir do próprio Estado (por meio de um Tribunal) seria *genético*, na medida em que a própria textura aberta dos direitos fundamentais (necessidade de recorrência à ciência política e à ideologia para complementação de seus conteúdos) e a possibilidade de colisão desses princípios no caso concreto, que demandaria uma *escolha de vontade* sobre a hierarquização de valores que deveriam prevalecer sobre outros, estaria indiciando uma tensão parálitica, um *lócus de ruptura*, onde aquilo que é torna-se o seu contrário para poder se revelar, emergir como algo definido no real, aquilo a que Giorgio Agamben se referia em seu *Estado de Exceção* como: “Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome política”²⁴, o que necessariamente passa por uma interpretação desconstrutiva da aura mística que envolve a obediência à lei, como queria Derrida: “Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico”²⁵.

Mas antes de adentrar na questão específica do sopesamento como método de interpretação proposto por aquele autor, há que considerar que o positivismo jurídico não foi superado na obra de Alexy, embora ele rejeite uma separação rígida entre direito e moral: essa admissão não é suficiente para afastar o positivismo jurídico. Ele não se caracteriza somente pela enunciação pura dos enunciados formulados pela ciência do direito, livres de influências de ordem moral, política, econômica ou sociológica. O positivismo jurídico se caracteriza, sobretudo, pela utilização de um método específico que se tornou, na

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, *ibidem*.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 27.

24 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133.

25 DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 26.

história do Direito no século XX, o *único* aceito pela comunidade jurídica internacional, tornando-se verdadeiro paradigma²⁶ de produção do senso comum teórico dos juristas.

A dogmática jurídica, marcada pela utilização incontestada do método lógico-abstracto ou técnico-jurídico parece ser o elemento principal de caracterização do positivismo jurídico, para além da admissão de que o direito não seria uma instância isolada (avalo-rativa) da totalidade social. E, nesse sentido, Alexy em momento algum nega a aplicação deste método em sua obra. Ao contrário, como em qualquer obra tradicional, o método dogmático (que constitui apenas uma das formas possíveis de se pensar o fenômeno jurídico) é confundido com a própria ciência do direito, num procedimento de superposição entre o que é a *espécie* e o que é o *gênero*.

Ora, despiendo afirmar que a ciência não pode ser confundida com um dos métodos que pode adotar em determinado momento histórico. A ciência é muito mais ampla que os métodos que surgem para fazê-la avançar. O método técnico-jurídico surge e se desenvolve principalmente a partir do século XIX, primeiramente com Savigny e depois com Ihering²⁷, consolidando-se no século XX e acaba por engolir a própria ciência do direito, na medida em que acaba se tornando o único método *aceito* pela comunidade jurídica tradicional. Não é incomum que os manuais de Direito façam afirmações do tipo: “a ciência do direito é a dogmática jurídica”, demonstrando absoluta confusão entre ciência e método, uma profunda absorção do segundo sobre o primeiro.

Alexy sustenta a correção desse método, propondo-se, inclusive, a construir uma dogmática dos direitos fundamentais que teria por função estabelecer parâmetros de racionalidade para a definição das decisões judiciais, eis que, como acima foi exposto, a Constituição Alemã teria realizado uma abertura dos seus princípios a uma ordem objetiva de valores, que precisariam ser sopesados em cada caso concreto, tornando o sistema mais instável, ou seja, menos seguro:

Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática [...]. É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência do direito” em sentido estrito e próprio [...]. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que

26 Utilizamos aqui o termo paradigma científico na acepção de KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, pp. 29 e 45, ou seja, entendida a ciência como um conjunto de pressupostos teórico-práticos aceitos ou consensuados pela comunidade científica como tal, até a sua superação por novo paradigma científico, com exclusão seletiva de outras hipóteses igualmente factíveis como sendo “sérias” ou dignas de atenção “oficial”.

27 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*. Op. cit., p. 45.

foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado.²⁸

Pela citação se vê que Alexy não só não nega o método lógico-abstrato, como afirma, textualmente, que ele seria o único método estritamente jurídico, bem como que sua teoria dos direitos fundamentais seria a tentativa dogmática de estabelecer parâmetros racionais para que os magistrados alemães pudessem sopesar (*decidir*) valores nos casos concretos a eles submetidos, num procedimento de apropriação da teoria da justiça (axiologia) pela decisão judicial²⁹.

Ora, o método adotado é determinante do tipo de ciência que se faz. O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo uma atividade *reprodutiva* do direito (*dedução* das normas gerais que sustentam o sistema de poder aos casos individuais), eis que explicitaria por meios puramente lógico-racionais o conteúdo das normas jurídicas previamente dadas aos casos particulares, configurando a interpretação/aplicação do direito como a tarefa principal do Estado-juiz³⁰.

É evidente que esse método oculta a própria natureza política da atividade do jurista prático, na medida em que faz parecer que a atividade de aplicação da lei seria apenas uma dedução lógica a partir do sistema legal e dentro dos quadrantes da moldura de possibilidades que o direito coloca (como se o julgador fosse um autômato que não participa daquilo que *faz*). É isso, mas não é só isso, na medida em que dentro da moldura de possibilidades, o juiz deveria, como acima exposto, *decidir*, ou seja, realizar uma *escolha*, a partir da sua *vontade*, do valor que deveria prevalecer no caso concreto, o que não configura uma operação jurídica estrito senso, mas uma operação típica da política:

A interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.³¹

O sopesamento, enquanto método de aplicação do direito ao caso concreto, encontrar-se-ia dentro desse paradigma metodológico. Verifica-se que ele, como procedimento

28 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 32-36.

29 Aqui, faço uma diferenciação: na medida em que o cientista do direito resolve absorver uma teoria de justiça no conteúdo da norma, como o faz Alexy na Alemanha e Miguel Reale no Brasil, com sua teoria tridimensional do direito, há uma apropriação do axiológico pelo dentológico, justificando uma pretensa natureza de justiça ínsita à norma jurídica: todo direito seria justo por ser direito! No caso do aplicador do direito, a decisão, de natureza política, é que se apropria do dentológico, escolhendo uma das suas direções possíveis. Logo, no mister do aplicador do direito, o que haveria seria uma apropriação da política sobre a axiologia, num procedimento ideológico de justificação da decisão como sábia, justa e boa.

30 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.

31 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Op. cit., p. 237.

de interpretação que se coloca nos quadrantes do método dogmático, participaria ativamente da reprodução do direito nos marcos do positivismo jurídico, do qual não se libertaria por admitir a abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Na realidade, perante este marco teórico, não parece ser o sistema moral que avança sobre o sistema jurídico, mas, ao contrário, parece ser o sistema jurídico que se apropria do sistema moral como forma de se (re)legitimar, “juspositivando” a moral e os valores de uma sociedade marcada pela hegemonia de um modo de produção político, social e econômico determinado e impondo esses valores a todos os integrantes da sociedade, para além de qualquer pluralismo social realmente existente.

O grave problema, que já havia sido apontado por Habermas, é que a abertura do sistema jurídico ao sistema moral, longe de democratizar o direito, pode torná-lo autoritário, na medida em que *valores* não são comungados por todos os membros do corpo social numa sociedade dividida em classes, segmentos, grupos de interesses, etc. O direito, pela sua estrutura deontológica, expõe aquilo que deve-ser, relativamente independente de valores sociais pré-concebidos, como expunha Habermas:

Princípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica.³²

A assim chamada *textura aberta das normas de direitos fundamentais* não seria, assim, um problema novo, mas um velho problema enfrentado por toda a ciência do direito e que parece ampliar as margens do poder discricionário de decidir, ocultando ainda mais o seu sentido político nos Estados de Direito atuais, mas tornando evidente, por outro lado, que o direito, enquanto instrumento ideológico de legitimação do poder de Estado encontra-se numa encruzilhada do qual não pode sair sem que admita explicitamente a sua realidade. Talvez a ciência do direito esteja se debatendo há anos no sentido errado: talvez a questão não seja buscar eliminar essa possibilidade discricionária, mas admiti-la em seu significado e natureza reais.

Então, poder-se-ia questionar: qual a vantagem do sopesamento de Alexy sobre a hermenêutica jus-positivista tradicional? Avança rumo a uma diminuição da margem política de manobra que o julgador possui no momento de aplicação da lei (questão da moldura, de Kelsen), otimizando a segurança jurídica? É legítimo que imponha valores aos cidadãos, a despeito de impor normas de dever-ser (mandamentos, proibições e permissões), escolhidas por intermédio de procedimentos minimamente democráticos, dentro dos limites dos Estados realmente existentes na atualidade?

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 01. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 259.

O sopesamento de valores de Alexy não resolve o problema da discricionariedade na aplicação da lei, nem pretende passar de uma teoria formal do direito para uma teoria material, que admitisse a possibilidade de uma solução correta em direito, como o fez Dworkin. Ora, a questão principal não estaria mais centrada na admissão, como o faz Kelsen, da natureza política da aplicação da lei pelo órgão julgador, diante das várias possibilidades que a moldura da lei disponibiliza à sua vontade? Será que o sopesamento não estaria realizando uma mistificação do processo de aplicação da norma que nem Kelsen admitiu realizar³³?

Por outro lado, ao mistificar o sopesamento como um processo de escolha de valores que deveriam preponderar no caso concreto, superpondo o caráter axiológico dos valores sobre o caráter deontológico das normas de direito, não estaria Alexy apenas ampliando as margens de escolha (discricionariedade) do órgão julgador, ou seja, suas opções políticas, agora disfarçadas de opções jurídico-constitucionais, o que teria o condão de aumentar ainda mais a insegurança do sistema de decisões?

Enfim, seriam os magistrados os órgãos políticos adequados para impor valores ao conjunto social, se bem se sabe que uma decisão, longe de ser um procedimento meramente lógico-racional de dedução do sistema no caso concreto, é antes uma atribuição de significantes pessoais, realizada por uma pessoa que não foi escolhida democraticamente para impor valores a sociedade? São perguntas que permanecem sem resposta na obra de Alexy, porque longe de superar o positivismo jurídico, ele permanece em seus quadrantes, apropriando-se da moral (ou seja, juridicizando-a, o que significa no fim torna-la direito positivo por meio dos princípios) para legitimar a aplicação do direito em certo sentido que seria dotado das qualidades da justiça e de bondade:

A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls, que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre a liberdade e a igualdade.³⁴

33 Kelsen admitia explicitamente que a neutralidade científica somente poderia ser alcançada pelo cientista do direito, não pelo aplicador do direito, que realizaria tarefa política, de escolha da solução a aplicar ao caso concreto, dentro das múltiplas possibilidades colocadas pela moldura do direito.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 544.

A tensão se tornaria máxima, na medida em que a pretensão de eficácia imediata dos direitos fundamentais (assim *axiologicamente* concebidos) às relações privadas ou marcadas pela horizontalidade deixaria de ser apenas a imposição de um dever-ser ao conjunto social (uma forma *mínima* de comportamento e convivência em sociedade), para passar a ser uma forma *orgânica* de pensar e agir em conformidade com um valor *oficial* de Estado, manifestado por intermédio do Poder Judiciário, num Estado pós-legislativo e pós-executivo: “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito”³⁵.

4. Conclusões

Kelsen concebeu o direito como um sistema meramente formal de normas de dever-ser, na base das quais se encontra um poder constituinte originário. Na base deste sistema, estaria a *Grundnorm* que Bobbio, perspicazmente, identificou com a Revolução, um poder de fato que estabelece o direito válido numa época histórica, embora jamais Kelsen tenha podido admitir o caráter não jurídico desse poder. Dessa forma, a teoria *apolítica* de Kelsen representaria uma opção política por um sistema jurídico onde se estabelecem as regras do jogo, sem grandes ilusões quanto à sua capacidade de impor *um* (dos possíveis) conceito (s) de justiça em uma sociedade plural. Kelsen é claro ao rejeitar qualquer critério de justiça como fundamento do ordenamento jurídico, pelo menos no sistema da Teoria Pura do Direito.

Ora, a ideologia jurídica tenta operar processos de superposição do direito (terreno do deontológico) sobre a justiça (terreno do axiológico), com isso fazendo crer que *todo* o direito do Estado seria justo: “A função da ideologia consiste em fazer com que o *legal apareça para os homens como legítimo*, isto é, como justo e bom” (Marilena Chauí). Daí que as teorias da justiça acabem por ocultar o caráter real do direito em sua relação genética com o poder. Ora, na medida em que Kelsen identifica direito e Estado, politiza a discussão porque admite que no centro nevrálgico do ordenamento jurídico se encontra o poder, eliminando dele qualquer ilusão de justiça, escancarando, como dizia Bobbio, que *o direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos*.

O mesmo não acontece na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que ao estabelecer um sistema jurídico fundado sobre a concepção de princípios que cristalizam valores, acabaria por admitir a imposição de valores dominantes na lei a toda a sociedade, embora essa mesma sociedade seja plural e dotada ela mesma de uma multiplicidade de concepções diferenciadas sobre o conteúdo do justo.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Idem, *ibidem*.

Ora, em última instância, a concepção formal de Kelsen não nega o caráter de classe do Estado, nem tenta impor qualquer valor material de uma classe sobre a outra: limita-se a estabelecer as regras do jogo. Na medida em que Alexy admite um sistema de valores consagrado na Constituição e que poderia ser imposto (*cobrado*) a todos os cidadãos em suas relações privadas, este autor admitiria o aprofundamento do sistema de dominação ao se homogeneizar valores perante toda a sociedade.

Se os valores que se expressam no direito de uma época são os valores daqueles que possuem o poder de estabelecer a lei, eis que, embora as constituições modernas, como a brasileira, declarem uma pretensa soberania popular que se expressaria por intermédio dos instrumentos da democracia representativa, isso parece mais uma petição de princípios do que uma realidade efetiva, não seria um aprofundamento autoritário a imposição de valores ao conjunto social plural, ainda mais que se sabe que também os valores sociais que se embatem possuem profunda natureza assimétrica? Uma teoria *material* do direito e da constituição não seria somente do interesse daqueles que possuem efetivamente o poder de impor os seus valores aos demais membros da sociedade?

Nesse sentido e nos marcos do atual regime político e jurídico dominante nas sociedades ocidentais, a opção por uma *teoria formal* ou *material* do direito passa por uma autocompreensão do papel que o intérprete exerce no mundo em que se reproduz, e dos compromissos que ele assume perante essa realidade, configurando uma evidente escolha política que marcará o desenvolvimento de toda a sua concepção sobre o direito, o Estado e a sociedade. Para o jurista comprometido com a mudança, com a transformação das estruturas sociais, somente faz sentido uma teoria do direito e da constituição que conceba o direito como instrumento de definição dos procedimentos e limites das regras do jogo, dentro das quais se pode operar a disputa pelo poder social.

Concebido como moldura formal dentro da qual uma sociedade plural, porque marcada pela diferença de interesses, pode se manifestar sem ser absorvida pelos valores daqueles que podem impor seus valores, concebe-se um regime minimamente democrático, uma verdadeira *arena de disputa*. E, nesse particular aspecto, para além de qualquer ilusão sobre uma improvável neutralidade do jurista diante da realidade, o direito deve ser concebido como um espaço de *terra arrasada*, ou seja, o mais livre possível de ideologias oficiais.

Aquele espaço onde a ideologia da dominação é reduzida ao mínimo indispensável para a sua própria existência, mas dentro do qual qualquer concepção pode encontrar espaço para a disputa, embora se saiba que as decisões que encontram consistência são aquelas que se fundamentam nas relações reais de poder.

Ora, daí que os Estados de Direito do pós-guerra, em geral, tenham instituído tribunais constitucionais com a finalidade de fazer prevalecer, dentro da grande moldura de

possibilidades que o direito positivo estabelece as decisões possíveis que se sustentem nos fatores reais de poder, filtrando aquelas que, embora legítimas perante o Ordenamento Jurídico, não interessam oficialmente, como é explicitamente admitido por Alexy, quando afirma que, no terreno dos direitos fundamentais seria de se esperar uma luta de idéias sem fim e quase sem limites, acrescentando que se não é isso que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

5. Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: escorço e sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997, p. 91.
- CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: UNAM, 1989.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 01. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 02. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 181.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980.
- _____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MELO, Tarso de. *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.