

DAS CRÍTICAS E DOS PRECONCEITOS AO POSITIVISMO JURÍDICO

*Roberto Denis MACHADO**

RESUMO

O Positivismo Jurídico reúne sob seu signo uma série de correntes de pensamento que se caracterizam por negar a existência de um Direito suprapositivo, historicamente chamado de Direito Natural. Desde seu surgimento, ao romper uma tradição de domínio do jusnaturalismo no pensamento jusfilosófico, o positivismo já se viu alvo de duras críticas. E, embora tenha tido certo predomínio no virada do Séc. XIX para o XX, vem experimentando críticas pesadas desde o fim da segunda grande guerra.. Este artigo visa uma análise detida destas críticas, de modo a mostrar que, de fato, a maioria delas deriva de visões preconceituosas e de um desconhecimento do que sejam as teorias positivistas e o que delas se infere no universo das teorias jurídicas.

PALAVRAS CHAVE: Positivismo Jurídico. Relativismo. Direito Natural. Nazismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As Acusações Levianas; 3. As Críticas por Atribuição; 4.As Críticas por Redução Conceitual; 5. As Críticas Propriamente Ditas;6. Conclusão.

* Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFMG.

1. Introdução

Mencionar o positivismo jurídico já traz uma dificuldade imediata, diante da constatação de que há vários positivismos, que é responder a pergunta de SEBASTIÁN URBINA: “Qual Positivismo?”¹ Não referirá este trabalho a uma doutrina jurídica específica. Para representar o pensamento positivista, sem a pretensão de estudá-lo numa totalidade, adota-se a definição de NORBERTO BOBBIO, para quem o positivismo jurídico, *latu sensu*, pode ser definido como “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.²

Tomando-se este conceito lato, com a negação do direito natural e da metafísica, poder-se-ia incluir até mesmo os realismos americano e escandinavo.

Na doutrina, encontram-se referências a vários positivismos, escolas e autores. A título de exemplo citam-se: positivismo legalista³, positivismo científico⁴, positivismo sociológico⁵, positivismo crítico⁶, positivismo jurídico empírico⁷, positivismo jurídico-lógico⁸, positivismo conceitual⁹, o positivismo estadista de CARRÉ DE MALBERG¹⁰, o

¹ URBINA, Sebastián. *Which Positivism?* Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie. Stuttgart: Franz Steiner, n° 3, 301-317, vol. 80, 1994.

² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p.26.

³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 524.

⁴ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito. Os Meios do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 315.

⁵ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 18.

⁶ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p.351.

⁷ KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried.(org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 170.

⁸ KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried.(org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 178.

⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de Um Milênio*. 3ªed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2003. p. 8.

¹⁰ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005. p.226.

positivismo institucionalista de OTA WEINBERG¹¹, o positivismo legal racionalista de WINDCHEID¹².

Esta diversidade se deve ao fato de que a partir da derrocada do positivismo legalista ortodoxo, abriu-se caminho para o desenvolvimento de novas teorias que, embora não tenham abandonado uma concepção positivista do Direito, buscaram identificar e ultrapassar questões importantes da Ciência e da Filosofia do Direito.

Nesta linha evolutiva do pensamento positivista encontram-se quatro dos mais proeminentes pensadores da história do Direito: RUDOLF STAMMLER, GUSTAV RADBRUCH, HANS Kelsen e HERBERT L. HART. Das obras destes quatro jusfilósofos é possível extrair uma síntese do pensamento positivista e perceber uma evolução nas idéias que este representa.

E, como não poderia deixar de ser, esta evolução não pára por aí. Autores como NEIL McCORMICK, JOSEPH RAZ, JULES COLEMAN, JEREMY WALDRON, P. M. S. HACKER e NORBERT HOESTER, entre outros, continuam a pensar o Direito, filiados a uma concepção positivista, buscando um inesgotável aprimoramento, não uma inatingível perfeição.

Assim, a história do positivismo jurídico, embora recente, é por demais prolífica e pautada por diversos momentos de revisão, possibilitados pelo caráter evolutivo adquirido após um primeiro momento de insucesso, e conviveu com várias escolas do pensamento jurídico e atravessou períodos históricos conturbados.

Neste período, foram muitas as correntes que recorreram ao positivismo como sustentação teórica, dando em troca substratos fático-sociais que viriam a contribuir com a evolução e a solidificação do positivismo jurídico como teoria jusfilosófica.

Os vários positivismos são, portanto, ou representados por tendências marcantes de um dado momento histórico ou pelas teorias propostas por jusfilósofos positivistas. Este capítulo versa sobre as

¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 109.

¹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 34.

idéias que são sustentáculo e ponto de intercessão dos diversos positivismos, ou seja, que formam a base do positivismo jurídico.

As idéias aqui colocadas, portanto, procuram representar a opinião dos positivistas em geral, mas certamente não são jamais unanimidades entre eles, pois, como assevera JEAN-LOUIS BERGEL, “a heterogeneidade das doutrinas positivistas torna aleatória a busca de um critério geral do positivismo”.¹³

Reitera-se a opção por assumir um critério amplo de associação, considerando a negação da metafísica e conseqüente assunção de uma postura científica em relação ao Direito como suficientes para caracterizar um pensador ou uma escola como parte do que se chama Positivismo Jurídico.

Para sustentar esta postura bastante genérica, várias teses são possíveis e de fato fazem parte da variedade de doutrinas positivistas. Por isso, alerta NOBERT HOESTER, “que se tratam de teses que não só são diferentes como também são logicamente independentes umas das outras”.¹⁴ Em outras palavras, a adoção de qualquer das teses aqui referidas não implica na aceitação das demais.

Levantar críticas feitas ao Positivismo Jurídico, no entanto, já não é uma tarefa tão árdua, já que em suas várias formas, esta corrente, qualquer pensador ou teoria que nela se enquadre, foi severamente criticada, especialmente na segunda metade do século XX, tornando-se “quase de bom tom rechaçar e até mesmo condenar o positivismo jurídico”.¹⁵

No entanto, estas críticas extrapolaram a barreira do razoável, deixaram o campo teórico e chegaram, em alguns casos, a serem até mesmo ataques pessoais. Afirmações como a de PAULO FERREIRA DA CUNHA, para quem o positivismo é a “filosofia dos que negam a filosofia, decerto por ser fruto racional do não exercício crítico da

¹³ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 15.

¹⁴ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 9.

¹⁵ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.9.

razão”,¹⁶ possuem um efeito pirotécnico irrisório, que não extrapolam a primeira leitura e demonstram a arrogância absolutista comum aos antipositivistas.

Para NORBERT HOERSTER, “este rechaço ao positivismo jurídico é incompreensível e se baseia primordialmente em mal entendidos e preconceitos”.¹⁷ Portanto, não tão simples quanto levantar as críticas é reconhecer aquelas que merecem crédito e serviram de substrato para reavaliação e evolução do positivismo jurídico.

Infelizmente, não se pode deixar pelo menos de mencionar esses ataques, no intuito de os diferenciar das críticas pertinentes e competentes que sempre devem ser feitas por serem mola mestra na evolução de qualquer teoria em qualquer ramo do conhecimento. Para tal finalidade, sugere-se a divisão das críticas ao positivismo jurídico em quatro grupos: as acusações levianas, as críticas por atribuição, as críticas por redução conceitual e as críticas propriamente ditas.

2. As Acusações Levianas

Após as barbaridades ocorridas na primeira metade do século XX, com duas guerras mundiais, resultado dos regimes fascista e nazista, as ideologias e os sistemas políticos, que têm íntima ligação com o Direito, sofreram duras críticas e passaram por um processo e reformulação.

No campo do Direito, em meio a este momento delicado, que deixou cicatrizes eternas, com as paixões a flor da pele, RADBRUCH publica um artigo sobre a justiça, muito mais um libelo á liberdade que um texto acadêmico. Mas foi o suficiente para surgir o mito, já mencionado, de sua conversão ao jusnaturalismo. Assim, na esteira destes acontecimentos, o Positivismo foi o escolhido para bode expiatório.

¹⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de Direito: Introdução à Filosofia e Metodologia Jurídica*. Porto: Resjurídica, 1988. p. 27.

¹⁷ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.9.

O positivismo jurídico foi considerado sustentáculo ideológico dos regimes totalitários no campo do Direito, e mesmo causa de seu surgimento e consolidação.

Justifica-se esta posição com base na postura positivista em definir o Direito pela forma. Assim, as normas ditadas pelos regimes totalitários, por mais injustas que fossem, são consideradas Direito à luz do positivismo. Isto, de fato é verdade. No entanto, há de se ter em conta que o positivismo, dada a sua postura cientificista, não diz que o Direito **deve ser** definido pela forma. O caminho é inverso. Explica-se: é da observação de como o Direito funciona em diversos Estados e situações, inclusive em estados totalitários já que os regimes nazista e fascista não foram os primeiros e infelizmente também não os últimos deste tipo, que se tira a conclusão que o Direito se define, de fato, pela forma.

Esta linha de raciocínio é simplória, precária e, nas palavras da ANGEL LATORRE, “ingênua”,¹⁸ e está associada à “velha acusação de amoralidade que é freqüente fazer-se ao positivismo”¹⁹ e que, por sua vez, decorre da postura relativista comumente encontrada entre os positivistas, seja este relativismo filosófico, moral ou axiológico. E é exatamente na contraposição entre relativismo e absolutismo que KELSEN se opõe a este tipo de acusação e aponta na direção oposta.

KELSEN afirma que existe uma certa afinidade entre a teoria política e outras partes da filosofia, como, por exemplo, a teoria do conhecimento (epistemologia) e a teoria dos valores (axiologia). Segundo ele, enquanto o principal problema da teoria política é a relação entre o sujeito e o objeto de dominação, o principal problema da epistemologia é a relação entre o sujeito e o objeto de conhecimento.

Afirma KELSEN que o processo de dominação não é tão diferente do processo de conhecimento, por meio do qual o sujeito, ao instaurar alguma ordem no caos das percepções sensoriais, tenta dominar o seu objeto. E também não está muito longe do processo de avaliação, através do qual o sujeito declara que um objeto é bom ou mau, colocando, assim, o mesmo em julgamento.

¹⁸ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 153.

¹⁹ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. p.153.

É na esfera da epistemologia e da axiologia que reside o antagonismo entre o absolutismo e o relativismo filosófico, e esse antagonismo parece ser em muitos aspectos análogo à oposição basilar entre a autocracia e a democracia, que representam respectivamente o absolutismo e o relativismo no domínio da política. KELSEN busca mostrar que a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto que a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico.

O absolutismo filosófico é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, que existe independentemente do conhecimento humano. Por conseguinte, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões às quais se restringe o conhecimento humano. Por outro lado, o relativismo filosófico defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. Admitir a existência absoluta corresponde a possibilidade da verdade absoluta e valores absolutos. Trata-se de uma realidade *a priori*, que prescinde da experiência. Isto é negado pelo relativismo filosófico, que só admite verdade relativa e valores relativos.

O absoluto implica necessariamente a perfeição. Para KELSEN, a existência absoluta é análoga à autoridade absoluta enquanto fontes de valores absolutos. Na realidade, a existência absoluta é idêntica à autoridade absoluta enquanto fonte de valores absolutos. A personificação do absoluto, sua apresentação como onipotente e absolutamente justo criador do universo, cuja vontade é a lei da natureza e do homem, é a consequência inevitável do absolutismo filosófico.

O relativismo filosófico, por sua vez, insiste em uma clara separação entre realidade e valor e faz uma distinção entre proposições sobre a realidade e juízos de valor genuínos que, em última instância, não são baseados em um conhecimento racional da realidade, mas nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos e temores do homem. Dessa forma, não se pode estabelecer valores absolutos, mas apenas relativos. KELSEN observa que “uma filosofia relativista é

decididamente empirista e racionalista e, em decorrência disso, tem franca inclinação ao ceticismo”²⁰.

Supor um absolutismo filosófico, atinente a uma existência absoluta que independe do conhecimento humano, implica concluir que a função do conhecimento é tão-somente refletir os objetos que existem em si mesmos.

Diferentemente, a epistemologia relativista interpreta o processo de conhecimento como criação de seu objeto. Assim, o homem, sujeito do processo cognitivo, é o criador de seu mundo, um mundo constituído em e por seu conhecimento. A liberdade do sujeito cognoscente é um pré-requisito da teoria relativista do conhecimento. Todavia, isto não quer dizer que o processo de conhecimento possua um caráter arbitrário, haja vista que há leis que governam tal processo. Essas normas, porém, se originam na mente humana, criadas pelo próprio sujeito do conhecimento, no uso de sua liberdade inerente.

A liberdade do sujeito cognoscente não é incompatível com a igualdade de todos os outros sujeitos, certo de que é livre sobre as leis do conhecimento racional. O sujeito do conhecimento é livre apenas em um sentido relativo, e não em um sentido absoluto.

Segundo KELSEN, entretanto, do ponto de vista do absolutismo filosófico a igualdade dos sujeitos não é essencial. Aliás, é a sua desigualdade fundamental em relação com o ser absoluto e supremo.

Na política, absolutismo significa uma forma de governo em que todo o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, cuja vontade é a lei. O absolutismo político constitui uma total ausência de liberdade individual para os governados. Ele é sinônimo de despotismo, ditadura, autocracia. Seu oposto é a democracia, baseada nos princípios de liberdade e igualdade. KELSEN afirma que “A relação entre o objeto de conhecimento, o absoluto, e o sujeito do conhecimento, o indivíduo humano, é bastante similar à relação entre um governo absoluto e os seus súditos”²¹. O poder ilimitado do

²⁰ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 165.

²¹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 350.

governo absoluto não sofre a influência dos súditos, que são obrigados a obedecer a leis as quais não participaram de sua criação.

O absolutismo político apresenta a inequívoca tendência de usar o absolutismo filosófico como instrumento ideológico. KELSEN conclui que “assim como a autocracia é o absolutismo político, e o absolutismo político tem seu paralelo no absolutismo filosófico, a democracia é o relativismo político, e tem sua contraparte no relativismo filosófico”.²²

Para KELSEN, a tese da relatividade dos valores é a única compatível com a Democracia, onde cada um deve respeitar a opinião política dos demais, pois todos são livres e iguais perante a lei. De outra forma, a democracia se transformaria na ditadura da maioria, onde “alguns ditariam como todos deveriam viver”.²³

Buscando reforçar o seu argumento, KELSEN toma “como analogia mais ou menos superficial entre a democracia e o relativismo o fato de que os princípios fundamentais da liberdade e da igualdade são características de ambas, de que o indivíduo é politicamente livre na medida em que participa da criação da ordem social a que está sujeito, assim como o sujeito cognoscente – segundo a epistemologia relativista – é autônomo no processo de cognição; e que a igualdade política dos indivíduos corresponde à igualdade dos sujeitos do conhecimento”.²⁴

Desta forma, relacionando o relativismo com o positivismo e o absolutismo com o jusnaturalismo, vê-se que, se há uma corrente que tem, por seu embasamento teórico, uma tendência - frisa-se bem a palavra **tendência** – ao totalitarismo, esta é o jusnaturalismo. Aqueles que crêem na verdade absoluta e num conceito de justiça universalmente aceita têm a tendência de as impor, com o agravante de terem certeza de estarem fazendo um bem.

²² KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 353.

²³ HART, Herbert L. A. *Immorality and Treason*. In: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 83-88. p. 88.

²⁴ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 353.

Opinião semelhante é partilhada por ARTHUR KAUFMANN, para quem o jusnaturalismo, por sua incapacidade de determinar um conteúdo para o sistema suprapositivo que propõe e por pressupor a existência de verdades e valores absolutos, “acaba por conduzir à incerteza do Direito e à arbitrariedade”.²⁵ Afirma ainda o mesmo autor que “a identidade entre Direito e Moral é afirmada pela maioria das doutrinas de Direito Natural e, não por acaso, pelas ditaduras contemporâneas”.²⁶

Nesta linha lembra HERBERT L. A. HART que, no período nazi, a Alemanha presenciou condenações criminais sem que houvesse um fato típico e execuções sumárias de membros do próprio exército alemão, sob a alegação de que qualquer fato merece punição “de acordo com os fundamentos da lei penal e o sentimento do povo”.²⁷

Inclusive, juristas alemães, ligados ao regime nacional-socialista, como CARL SCHMITT, defendiam um novo conceito de Direito, baseado na ideologia nazi, e que “suspende e supera o dilaceramento positivista”,²⁸ dando ao Estado a liberdade necessária para proceder uma aplicação do Direito no sentido de uma “configuração da realidade correspondente ao espírito alemão”.²⁹ E o verdadeiro Direito é este que emana do sentimento do povo alemão, sendo que o “resto não é Direito, mas um tecido de normas positivas coercitivas”.³⁰ Assim, SCHMITT reconhece Hitler como “o juiz supremo do povo” e afirma

²⁵ KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried.(org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 41.

²⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p.318.

²⁷ HART, Herbert L. A. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 12.

²⁸ SCHMITT, Carl. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215.

²⁹ SCHMITT, Carl. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215-216.

³⁰ SCHMITT, Carl. *O Führer Protege o Direito*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 222.

que “ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema”.³¹ É de se registrar que os artigos de CARL SCHMITT aqui citados foram escritos em 1933 e 1934, durante a vigência do regime nazista.

Embora, como se demonstrou, uma postura absolutista, comum ao jusnaturalismo, tenha levado alguns autores a nomearem a ideologia jurídica do nacional-socialismo como sendo o Direito Natural étnico, não se concorda também com esta afirmativa.

O que ocorre de fato é que os regimes totalitários não possuem ideologia, eles usam de quaisquer ideologias que lhes interessem, no momento que lhes aprouver, de maneira a se servirem delas. Na lição de ELZA MARIA MIRANDA AFONSO, “o problema do autoritarismo não está, definitivamente, na crença em valores absolutos ou na crença em valores relativos, mas no desrespeito ao valor da pessoa, na prepotência, na arrogância e no abuso de poder”.³²

Assim, infelizmente, sabe-se que “sempre haverá juristas que sirvam a tirania, como sempre haverá médicos, engenheiros ou filósofos que o façam. Tal atitude depende das convicções do jurista como cidadão ou da sua força de carácter, e não de se proclamar ou não positivista”.³³

3. As Críticas por Atribuição

O que se chama aqui de Críticas por Atribuição pode ser explicado com o uso de uma expressão popular: colocar palavras na boca. Significa dizer que os anti-positivistas atribuem aos positivistas determinadas teses e então as criticam. Percebeu, com razão, NORBERT HOERSTER, que teses “reiteradamente imputadas aos jusposi-

³¹ SCHMITT, Carl. *O Führer Protege o Direito*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 221.

³² AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Direito e os Valores: Reflexões Inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen*. *Revista do CAAP*. ano IV. n. 8. Nova fase. Belo Horizonte: CAAP/Faculdade de Direito da UFMG, 1999, pp. 15-62. p. 56.

³³ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. p.153-154.

tivistas por seus adversários, nunca foram sustentadas pelos próprios juspositivistas”.³⁴

Essas atribuições podem ser feitas de pelo menos duas maneiras, a invenção e a distorção. No primeiro caso, é criada uma teoria a ser atribuída ao positivismo, no segundo teses, expressões ou palavras usadas pelos positivistas tem seu sentido alterado totalmente. Muitas vezes as duas coisas andam juntas e da distorção acaba nascendo uma tese atribuída ao positivismo. Como exemplo clássico pode-se citar a distorção da expressão de KELSEN, Teoria Pura do Direito. Resta claro que o adjetivo pura se refere ao substantivo teoria e não ao substantivo Direito. No entanto, ainda há aqueles que se referem ao “Direito Puro”,³⁵ a partir daí atribuindo a KELSEN uma tentativa de purificação do Direito.

NORBERT HOERSTER identifica três teses comumente atribuídas ao positivismo jurídico: a tese da lei, segundo a qual o conceito de Direito tem que ser definido segundo o conceito de lei; a tese da subsunção, segundo a qual a aplicação do Direito pode se dar em qualquer caso pelo uso direto de um método lógico simples; e a tese da legalidade, segundo a qual as normas jurídicas devem ser obedecidas em quaisquer circunstâncias.³⁶

Quanto à tese da lei, a partir da negação do Direito Natural, ou seja, da existência de um sistema jurídico suprapositivo, e da adoção de um conceito de Direito que prescindia do seu conteúdo, os antipositivistas identificam no positivismo a idéia de que o Direito se resume à lei. Isto não é verdade. O conceito de Direito Positivo alcança mais do que a lei em sentido formal, como a norma oriunda do poder legislativo. Fazem parte do sistema jurídico os princípios gerais de Direito³⁷, a jurisprudência, o direito consuetudinário, a sentença e os contratos.

³⁴ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.10.

³⁵ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 235.

³⁶ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.11.

³⁷ Sobre o assunto ver: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Princípios de Direito e outros Estudos*. Belo Horizonte: RTM, 1997.

A tese da subsunção não teve nenhuma aceitação no seio das teorias positivistas. Esta tese, que nega ao juiz um papel criador, reduzindo-o quase a um autômato, foi defendida nos primórdios da teoria da divisão de poderes e não foi abraçada por nenhum teórico do positivismo.³⁸

Na tese da legalidade, ou da obrigatoriedade, residem talvez as maiores críticas ao positivismo jurídico. Partindo da conceituação positivista do Direito, baseada na forma, da identificação ou estreita vinculação entre Direito e Estado, da doutrina da separação entre Direito e moral, concluem os críticos do positivismo que, para o positivista, as normas jurídicas devem ser obedecidas em quaisquer circunstâncias.³⁹ Esta tese tampouco tem adeptos entre os positivistas, podendo-se citar, por exemplo, KELSEN e HART, como dois juspositivistas que tem clara postura contrária a esta tese.⁴⁰

4. As Críticas por Redução Conceitual

Esta pode ser considerada uma modalidade de crítica por atribuição, que se caracteriza pelo estabelecimento de um conceito estrito e estreito de positivismo jurídico que justifique a atribuição a esta corrente de várias idéias que por ela nunca foi defendida. É muitas vezes fruto de uma confusão histórica, onde os críticos misturam escolas, como a escola da exegese e a escola da codificação, consideradas antecessores históricos do positivismo, com o positivismo em si, surgido e afirmado como teoria jusfilosófica bem depois e com posturas bem diferentes em relação a seus predecessores.

³⁸ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.13. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000. p. 86.

³⁹ FULLER, Lon L. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.). *Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism*. 6ªed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 76-90.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 67 e segs. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201 e segs.

Um exemplo deste tipo de crítica encontra-se no jusfilósofo belga CHAIM PERELMAN. O conceito de positivismo jurídico por ele perfilado se pauta por três características: o Direito como expressão de poder do Estado, a ausência de referência à justiça e a limitação total do poder do juiz.⁴¹

Com efeito, MANUEL ATIENZA classifica o conceito de positivismo adotado por PERELMAN como “pouco claro e insustentável” pois talvez possam ser aplicadas a escolas do século XIX, mas “são manifestamente falsas referidas ao positivismo jurídico atual”.⁴²

5. *As Críticas Propriamente Ditas*

A principal crítica ao positivismo jurídico se refere à “abordagem avalorativa do Direito”.⁴³ Estas críticas podem ser reunidas e referidas a duas posturas básicas, estas sim sustentáculos das teorias positivistas em geral: a tese da neutralidade, segundo a qual o conceito de Direito deve ser estabelecido prescindindo seu conteúdo; e a tese do subjetivismo, segundo a qual os critérios do Direito reto são de natureza subjetiva.⁴⁴

Para HOERSTER, a tese da neutralidade é a tese central do positivismo jurídico, sendo aceita por todos os positivistas, o que não acontece com a tese do subjetivismo.⁴⁵ Ambas têm íntima relação, mas são independentes e autônomas entre si, sendo, portanto, possível que se aceite a tese da neutralidade sem que se aceite a tese do subjetivismo.

A neutralidade decorre da constatação de que em uma mesma sociedade convivem diversas ordens normativas - morais, religiosas,

⁴¹ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 91 e segs.

⁴² ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000. p. 85.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135 e segs.

⁴⁴ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.11.

⁴⁵ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.16.

sociais - com princípios de conduta diversos e baseados em fundamentos de diferentes origens. Em relação a estas ordens cada pessoa tem a opção de escolha entre qualquer uma delas e até a opção de escolha nenhuma. No entanto, em relação ao Direito esta opção não existe. As normas jurídicas são imperativas a todos, independente das escolhas feitas em outros campos.

Entre as diversas ordens citadas, algumas são majoritárias em relação às outras, exercendo aquelas maior influência nos destinos da sociedade. Esta influência pode ser notada também em relação ao Direito, que naturalmente terá normas cujo conteúdo corresponde a uma tendência predominante ou o corresponda a pontos comuns às diversas ordens conviventes. A predominância varia sobremaneira de sociedade para sociedade, de Estado para Estado. Assim, o ordenamento jurídico de um determinado Estado pode conter normas cujo conteúdo seja considerado injusto aos olhos de cidadãos de outros Estados.

Eis porque o conceito de Direito deve ser estabelecido sem referência a seu conteúdo, pois se assim se fizesse cada povo poderia, em última análise, considerar verdadeiro Direito, apenas o seu próprio. “O conceito de Direito não impõe nenhuma limitação àquilo que pode ser ordenado ou proibido pelo Direito. O conteúdo do Direito depende exclusivamente da respectiva ordem jurídica concreta”.⁴⁶ Portanto, qualquer norma posta de acordo com as regras formais estabelecidas pelo Estado, em geral pela constituição, é Direito vigente independente do seu conteúdo.

Outro aspecto a ser considerado é o respeito às minorias. Um ordenamento jurídico que se submetesse à ordem moral dominante teria, provavelmente, a tendência de oprimir as minorias. Ademais, sabe-se que, no regime democrático especialmente, a história registra uma alternância de poder, também perceptível com alternância de predomínio de idéias e ordens morais. Isto sem contar as alterações temporais, geralmente percebidas de geração para geração. Esta complexidade tem que ser acompanhada pelo Direito. Esta aí uma grande

⁴⁶ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.20.

dificuldade do Direito: estar em dia com a dinâmica de uma sociedade complexa e pluralista. Desta forma, “um conceito de Direito materialmente neutro, que não está reduzido a nenhum tipo de valorações, toma mais em conta os fenômenos que tem que descrever, do que um conceito de Direito mais estreito do ponto de vista do conteúdo”.⁴⁷

Os exemplos mais citados de Direito injusto foram o Direito nazista e o Direito sul-africano do *apartheid*. Duas considerações aqui merecem ser feitas: a primeira é a de que, ao considerar estas normas como Direito, o positivismo não está concordando com o seu conteúdo, sendo perfeitamente possível que se “qualifiquem as normas cujo conteúdo se pareçam inaceitáveis como injustas, imorais, infundadas ou ilegítimas, e mesmo se puguem resistência a elas”,⁴⁸ o que não se pode é negar o caráter jurídico delas; em segundo lugar deve-se frisar que, a não ser em casos extremos como estes, é de muita dificuldade que se faça uma análise valorativa do conteúdo de uma norma com base em uma idéia de justiça.

Na observação de um sistema jurídico de uma sociedade em padrão de normalidade, a análise de normas comuns reguladoras da convivência humana ou que prescrevam a organização do Estado dificilmente levará a um consenso sobre seu caráter justo ou injusto, mesmo porque das inúmeras possibilidades de interpretação e aplicação que se apresentem, caso a caso, se poderá conduzir a resultados tanto de um lado como de outro. E mesmo no mesmo caso e em interpretações semelhantes, o resultado pode parecer justo para uns e injusto para outros, sendo todos perfeitamente fundamentáveis perante o Direito.

A outra crítica comum ao positivismo jurídico, como já mencionado, é a adoção da tese da separação entre Direito e Moral. Usa-se o termo separação mas melhor seria usar o termo subordinação.

Direito e moral são, assim como a religião, sistemas normativos que convivem no seio das sociedades humanas. Assim são considerados por imporem condutas aos indivíduos. Em tempos idos,

⁴⁷ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.20.

⁴⁸ HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p.23.

em sociedades antigas, os três sistemas se confundiam, especialmente o Direito e a religião. De fato, os primeiros sistemas jurídicos conhecidos derivaram de textos sagrados. E nestas sociedades de caráter fortemente religioso, a moral religiosa era a própria moral.

Com o desenvolvimento das sociedades, o aparecimento do Estado moderno e, posteriormente, a laicização do Estado, o Direito se desvinculou da religião, passando a constituir um sistema normativo com fontes próprias. Da mesma forma, a moral deixa de ser a moral religiosa e passa a ser moral social. Aqui já se faz uma distinção básica entre o Direito e os outros sistemas normativos: enquanto em um Estado há um único sistema jurídico, convivem diversos sistemas religiosos e diversos sistemas morais.

Se a separação entre Direito e religião restou incontroversa, o mesmo não acontece em relação à separação entre Direito e moral. Esta questão é mesmo um dos pontos fundamentais da dicotomia entre jusnaturalismo, onde prevalece a tese da identidade entre Direito e moral, e juspositivismo, onde prevalece a tese da separação entre Direito e moral. De fato, como bem aponta ARTHUR KAUFMANN, “a relação entre Direito e Moral é uma das questões mais controvertidas da Filosofia do Direito”.⁴⁹

A tese da separação foi defendida com vigor pelos utilitaristas ingleses, JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN,⁵⁰ e, na Europa continental, por KANT, TOMASIUUS e FICHTE.⁵¹

Dentro deste contexto, muitas foram as teorias a propor critérios de distinção entre o Direito e a moral. ALEXANDRE GROPPALI aponta quatro critérios, distinguindo o Direito da moral pela sua positividade, bilateralidade, exterioridade e coercibilidade.⁵² KAUFFMAN acrescenta

⁴⁹ KAUFMANN, Arthur. *Derecho, Moral e Historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 47.

⁵⁰ HART, Herbert L. A. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37. p. 17.

⁵¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 318.

⁵² GROPPALI, Alexandre. *Filosofia do Direito*. Campinas: LZN Editora, 2003. Parte Terceira, Cap. I e II, p. 159 e segs.

a estes quatro, a diferenciação pelo objeto e pela fundamentação autônoma da moral e heterônoma do Direito.⁵³ RADBRUCH faz uma análise breve mas profunda do tema, concentrando-se na questões da exterioridade-interioridade e da autonomia-heteronomia.⁵⁴

Todos estes critérios, a par de serem isoladamente insuficientes para sustentar a separação do Direito com a moral, em conjunto levaram à aceitação majoritária da tese da separação. No entanto, vê-se que esta antiga questão servia apenas de cortina de fumaça ao problema real entre Direito e moral, que não se refere à separação ou identidade, mas à autonomia ou subordinação do Direito à moral.

Com a superação das idéias clássicas de Direito Natural, pretendeu-se a substituição desta pela regra moral,⁵⁵ afirmando uma subordinação do Direito à moral e fazendo desta critério de fundamentação daquele. É uma tentativa de, como a Fênix, fazer o Direito Natural ressurgir das cinzas.

Não há negar-se haver entre Direito e moral uma relação estreita. Esta relação, no entanto, não se caracteriza por uma via de mão única, seja como quer RÃO, no sentido de uma profunda influência das normas morais sobre as normas jurídicas,⁵⁶ ou como prega MICHEL FOUCAULT, para quem as práticas jurídicas determinam a evolução das práticas sociais.⁵⁷ A relação entre Direito e moral é uma relação recíproca, uma relação de interinfluência e não de subordinação de parte a parte.

Pode-se dizer que esta é, em síntese, a tese positivista a respeito da relação entre Direito e moral, defendida, dentre outros, por KELSEN⁵⁸

⁵³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 318 e segs.

⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1997. p. 97. e segs.

⁵⁵ RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

⁵⁶ RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

⁵⁷ FOULCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Roberto Denis Machado

e HART⁵⁹. As razões pelas quais não se admite a subordinação do Direito à moral, de modo geral, derivam de uma postura relativista que tem como pressuposto a não aceitação da existência de uma verdade única, universal e absoluta, de valores universais e absolutos.

Como já dito, em um mesmo Estado convivem vários sistemas morais, ao passo que há um só sistema jurídico. Se este deve ser justificado com base em valores morais, de que moral, dentre as várias, se extrairiam os critérios desta justificação? Com certeza, de uma moral dominante. E desta forma, o Direito seria instrumento desta dominação, e não instrumento de garantias gerais estendidas a todos os membros de uma sociedade. Tal situação não coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Fala-se, no entanto, que desta gama de sistemas morais, o Direito pode retirar um mínimo comum que o fundamente. Contra esta posição argumenta KELSEN dizendo que “em vista da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais”.⁶⁰ E a relatividade dos valores morais não apresenta variações apenas espaço-temporais, pois “até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si”.⁶¹

Assim, os positivistas em geral, defendem a autonomia do Direito em relação à moral, reconhecendo que há relação entre eles, mas não aceitando nem a tese da identidade nem a tese da subordina-

p. 68-78. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 28-29.

⁵⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201-228. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DWORKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72.

Roberto Denis Machado

ção. E, por ter como principais argumentos⁶² a pluralidade de sistemas morais e a impossibilidade de determinar um conteúdo axiológico comum a todos eles, o positivismo tem sido apontado como uma corrente que estuda o Direito avalorativamente.

O positivismo jurídico surge com uma intenção de dar ao estudo do Direito um caráter científico mais acentuado. Isto significou a utilização de métodos oriundos das ciências naturais no campo da jurisprudência. Como estas ciências excluem do seu campo os juízos de valor, aqueles que significam uma “tomada de posição frente á realidade”, e se concentram nos juízos de fato, aqueles que denotam uma “tomada de conhecimento da realidade”, assim procedeu o positivismo em seus primórdios.⁶³

No entanto, é preciso ressaltar que a separação entre Direito e moral e a neutralidade axiológica, oriundas da postura científica adotada pelo positivismo, não eximem o jurista de um posicionamento ético. “Esta posição objetiva perante o sistema legal não significa necessariamente que ao jurista sejam indiferentes as motivações éticas ou juízos de valor sobre as leis, nem que pratique um relativismo moral. O jurista pode e deve realizar a crítica do Direito positivo, e esforçar-se por promover a sua reforma quando a considere oportuna”.⁶⁴

É de responsabilidade de todo profissional do Direito, em especial daquele que sobre este se debruça numa atitude científica, fazer sua crítica na busca constante de um aprimoramento, seja qual for o seu posicionamento jusfilosófico. O cientista do Direito, no entanto, deve fazê-lo sem perder de vista o objeto da sua ciência, ou seja, o Direito tal qual se apresenta naquela realidade, em dado momento e espaço. Ao estudar objetivamente o Direito, o jurista deve sempre ter em mente a aproximação deste corpo normativo com os padrões éticos mais elevados. “As doutrinas positivistas não o escusarão dessa

⁶² HART, Herbert L. A. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37. p. 37.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

⁶⁴ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. p.152.

responsabilidade moral; pelo contrário, entendidas em profundidade, tornarão mais lúcida sua necessidade”.⁶⁵

6. Conclusão

O erro dos críticos do positivismo está em acreditar impossível que se considere um componente axiológico relacionado ao Direito se adotada uma postura relativista, subjetiva e neutra em relação aos valores. Por este ponto de vista, não se pode defender que o Direito seja como na definição de RADBRUCH, “uma realidade relativa a valores”,⁶⁶ valores universais e absolutos, de validade certa em qualquer tempo e espaço, mas sim uma realidade relativa a determinados valores.

Ora, aceitar a idéia de que valores são relativos e adotar uma postura neutra em relação a eles, não significa ausência de valores. Ao crer no subjetivismo da noção de Direito reto, não se desprezam os valores, pelo contrário, respeitam-se os valores do diferente, do alheio, do outro, daquele que é seu semelhante, mas que jamais será o mesmo para todos, pois essa diversidade é inerente à própria existência humana. Como bem disse WITTGENSTEIN, “as infinitas variações da vida são essenciais à nossa vida”.⁶⁷ Desta forma, a atitude do positivista é uma atitude de profundo respeito à vida e à pessoa humana.

⁶⁵ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. p.154.

⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1997. pág. 86.

⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Cultura e Valor*. Lisboa: Edições 70, 2000. pág. 109.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Direito e os Valores: Reflexões Inspiradas em Franz Brentano, Max Scheler e Hans Kelsen*. Revista do CAAP. ano IV. n. 8. Nova fase. Belo Horizonte: CAAP/Faculdade de Direito da UFMG, 1999, pp. 15-62.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

COLEMAN, Jules. *Negative and Positive Positivism*. In: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.). *Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism*. 6ªed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 95-107.

COMTE, Auguste. *Discurso Sobre o Espírito Positivo*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de Direito: Introdução à Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Porto: Resjurídica, 1988.

FOULCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ªed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FULLER, Lon L. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. IN: FAINBERG, Joel. COLEMAN, Jules (orgs.). *Philosophy of Law: The Challenge of Legal Positivism*. 6ªed. Phoenix: Wadsworth Thomson Learning, 2000. p. 76-90.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen*. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Roberto Denis Machado

GROPALLI, Alexandre. *Filosofia do Direito*. Campinas: LZN Editora, 2003.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

_____. *Immorality and Treason*. IN: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 83-88.

_____. *Positivism and Separation Between Law and Morals*. IN: DOWRKIN, Ronald. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 17-37. p. 37.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de Um Milênio*. 3ª ed. Mem Martins: Publicações Europa América, 2003.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried.(org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *Derecho, Moral e Historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2002.

McCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio – Henrique. *Jusnaturalismo y Positivismo Jurídico en la Italia Moderna*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1997.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

_____. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1980.

ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHMITT, Carl. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *O Führer Protege o Direito*. IN: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Roberto Denis Machado

STAMMLER, Rudolf. *La Génesis Del Derecho*. Madrid: Espasa-Galpe, 1936.

URBINA, Sebastián. *Which Positivism?* Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie. Stuttgart: Franz Steiner, nº 3, 301-317, vol. 80, 1994.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Princípios de Direito e outros Estudos*. Belo Horizonte: RTM, 1997.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. _____ . *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. 411-433.

WEINBERGER, Ota. *Luhmann's Approach to Ethics, Jurisprudence, and Legal Sociology*. Archiv Für Rechts und Sozialphilosophie. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, nº 4, 543-552, vol. 82, 1996.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Cultura e Valor*. Lisboa: Edições 70, 2000.