

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; João Martins Bertaso – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-079-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 29 de junho de 2020, mesmo tendo sido realizado integralmente de forma virtual, inaugurando um novo estilo de reflexão.

O Conpedi, como sempre, estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até assuntos extremamente atuais.

No entanto, os membros do GT não deixaram de inovar ao criticar de forma bem contundente, as questões políticas, sociais e de saúde pública, criadas pela Pandemia Global, como se pode constatar nos textos apresentados.

Nesse sentido, foram apresentados 22 textos (com duas ausências), e debatidos, os seguintes assuntos:

1. A FILOSOFIA, O DIREITO E A FILOSOFIA DO DIREITO

A partir de uma abordagem aristotélica as autoras buscam estabelecer uma crítica à abordagem tradicional da Filosofia do Direito de matriz positivista, propondo com suporte em Kant e Gadamer, uma reconciliação com a Justiça como fundamento do Direito.

2. A LIQUIDEZ DA SOCIEDADE ATUAL (O AMOR E SUA ESSÊNCIA)

O texto propõe, com base na análise sociológica de Zygmunt Bauman, uma abordagem dos relacionamentos interpessoais sob a perspectiva de sua fragilidade e fluidez, extremamente atual, sugerindo uma abordagem centrada no fortalecimento desses vínculos sociais.

3. A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DO NAZISMO

O texto propõe uma abordagem do Direito a partir das teorias hermenêuticas e dos direitos fundamentais como uma crítica ao modelo positivista, que aponta ter sido empregado, em

alguma medida no período nazista atribuindo, pelo menos em parte, à influência do pensamento de Carl Schmitt.

4. AS LIBERDADES HUMANAS COMO BASES DO DESENVOLVIMENTO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN

O texto examina o conceito das liberdades substantivas tal como propostas por Amartya Sen, propondo que elas podem ser tomadas como base para a formulação de um modelo de desenvolvimento menos desigual.

Propõe que esse modelo pode estimular e fortalecer os direitos políticos de modo a fortalecer a democracia.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

O autor faz algumas considerações acerca do tema da Justiça, em especial, a partir de uma visão realista com base em Ross, mas também a partir do pensamento de Norberto Bobbio.

Sugere que é possível uma compatibilização entre o Direito e a Justiça por meio do resgate dos valores e de processos sociais correlatos, em especial, o educacional.

6. DEUS, DINHEIRO E DIREITO DA PERSONALIDADE: UMA OUTRA TRINDADE A SER DESMISTIFICADA

O texto adota uma perspectiva marxista para criticar a influência do dinheiro e da personalidade como um fator determinante na formação das relações jurídicas, apresentando-os como deificações.

7. DIREITO E IDEOLOGIA: A CRÍTICA DA DIALÉTICA MATERIALISTA MARXISTA ÀS FILOSOFIAS DA HISTÓRIA

O texto propõe a abordagem marxista da história supondo que possa ser considerada científica, e, ao mesmo tempo rejeitando esse estatuto às teorias concorrentes. Ao mesmo tempo, estabelece que o direito deve ser entendido como mera reprodução das relações econômicas, tais como descritas por seu referencial teórico.

8. DO HOMO FABER AO HUMANISMO INTEGRAL: NEOTOMISMO COMO VEREDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA NO DIREITO

O texto propõe uma abordagem da dignidade humana e da justiça baseada numa perspectiva neotomista entendendo ser adequada e suficiente para reconstruir a partir dessas noções as relações jurídicas e o próprio Direito.

9. DO NEOPOSITIVISMO AO POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY E DE SUA LEITURA DA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

O autor analisa, em essência, a concepção adotada por Alexy ao caracterizar a teoria do Direito de Kelsen.

O cotejo entre ambas as teorias foi feito tomando por eixo as relações entre Direito e Moral e, assim, o conceito de princípios.

O texto sugere a retomada do pensamento kelseniano.

10. ESTADO LAICO DE MAIORIA CRISTÃ: UM ESTADO NOTADAMENTE TEÍSTA

O artigo analisa o significado jurídico do princípio do Estado Laico, sugerindo que esse conceito é compatível com uma definição que engloba uma perspectiva teísta. O pano de fundo é a realidade brasileira.

11. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE E DO DIREITO EM HEGEL

O texto retoma o texto clássico sobre a Filosofia do Direito de Hegel, demonstrando a sua atualidade.

12. HÁ JUSTIÇA ALÉM DA VIRTUDE? AMAYA EM FOCO

O texto expõe o pensamento da filósofa mexicana María Amalia Amaya Navarro propondo que seu pensamento possa ser adotado como um parâmetro de atuação judicial limitado pela ideia aristotélica de virtude.

Quanto ao relacionamento entre os agentes processuais e suas condutas, o texto, porém, aponta a insuficiência da teoria.

13. HOBBS E SCHMITT: UMA LEITURA CRUZADA A PARTIR DA APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS DE LEI FUNDAMENTAL, NOMOS E SOBERANIA COMO MONOPÓLIO DECISÓRIO

O texto sugere que o pensamento de Hobbes e Schmitt apresenta confluências em função, principalmente, da centralização dos exercícios do poder, que, sugere pode ser verificado pela correspondência, em ambos, da noção de prevalência do Estado sobre a o Direito.

14. NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

O texto utiliza uma abordagem positivista de matiz kelseniana, para analisar como o direito ao esquecimento, deve ser reconhecido no atual panorama jurídico no âmbito do direito de personalidade.

Reflete, também acerca dos limites da efetividade desse direito na realidade contemporânea.

15. O DIFERENTE, DIVERGENTE, DESVIANTE NO DIREITO: A RACIONALIDADE DESCENTRADA COMO FORMA DE DESCONTRUIR O ETNOCENTRISMO NO DIREITO

A autora supõe haver uma visão etnocêntrica no direito atual que limita a sua abrangência aos sujeitos que não se integram a um dado modelo padronizado.

A despeito da abordagem antropológica, propõe, que uma alteração da racionalidade jurídica pode ser um caminho para uma incidência subjetivamente plural.

16. O DIREITO ACHADO NA RUA E MEDIAÇÃO: CONVERGÊNCIAS ENTRE ROBERTO LYRA FILHO E LUÍS ALBERTO WARAT

O texto examina ambas as teorias em função de seu caráter antidogmático (ou contradogmático). A partir desse eixo indica possíveis confluências. Pois, os autores foram pioneiros da crítica jurídica no Brasil e se interessam pelo direito dos excluídos.

17. O IMPACTO DO CAPITAL IMPRODUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O texto examina o capital improdutivo do ponto de vista conceitual e, também, sugere impactos no desenvolvimento social.

Em que pese não ficar claro quem são titulares desse tipo de capital (há uma crítica ao sistema financeiro,) sugere que esse entrave tem implicações sobre a concretização dos direitos fundamentais e, assim, enfraquecimento da democracia.

18. O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE MIGUEL REALE

O texto apresenta o pensamento de Reale apontando a importância da sua formulação no pensamento nacional.

O Autor sugere que tal concepção teórica pode ter contribuído para a adequada compreensão da teoria de Kelsen no espaço acadêmico brasileiro. E, ao mesmo tempo, ter diminuído a influência do normativismo.

19. O REFÚGIO POR UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA A PARTIR DE DERRIDA

O artigo procura perscrutar a relação entre justiça e direito, desde o conceito de refúgio jurídico, estudado desde o fenômeno do refúgio. Assim propõe que segundo os conceitos de alteridade e hospitalidade do filósofo Derrida, pode se analisar, se os refugiados são acolhidos a partir de uma ótica da hospitalidade.

20. OS LIMITES REGULAMENTADORES DA PROPAGANDA ELEITORAL NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

O texto propõe que o espaço virtual no âmbito das relações mediadas pela internet possa ser tomado como um sistema autônomo tal como proposto pela teoria dos sistemas de Luhmann.

A partir dessa premissa examina algumas possibilidades normativas decorrentes dessa abordagem sociológica.

21. SEIN, SOLLEN UND RECHT: A ORDEM JURÍDICA E AS NORMAS EM HANS KELSEN E H. L. A. HART

A autora sugere que Hart na sua obra “O conceito de Direito” ao realizar sua crítica ao pensamento de Kelsen não utilizou a concepção mais atual, então existente da Teoria Pura do Direito, de modo que as suas reflexões são imprecisas.

Sugere, assim, que a descrição imperativista que o autor inglês faz de Kelsen é desfocada.

22. SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS: DIFERENÇAS ESQUECIDAS E O SENTIMENTO NO DIREITO A PARTIR DE LUIS ALBERTO WARAT

Neste artigo, analisa-se como encontrar a diferença no Direito a partir do pensamento de Luís Alberto Warat. Faz-se uma menção ao entendimento de igualdade e de exclusão da forma como é compreendido no ordenamento jurídico. Analisa-se o tema da diferença à luz do sentimento, produzindo-se reflexões na perspectiva waratiana.

Por Leonel Severo Rocha, Prof.URI e UNISINOS

João Martins Bertaso, Prof.URI

Jean Carlos Dias - CESUPA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO NEOPOSITIVISMO AO POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY E DE SUA LEITURA DA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

FROM NEOPOSITIVISM TO POSITIVISM: CONSIDERATIONS REGARDING ROBERT ALEXY'S CONCEPT OF LAW AND HIS READING OF KELSEN'S THEORY OF LAW

Lucas Bertolucci Barbosa de Lima ¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo confrontar o conceito de direito de Alexy e o de Kelsen. Para tanto, este trabalho – construído pelo método dedutivo e com o uso de leitura bibliográfica como fonte – foi dividido em três capítulos. No primeiro, será abordado como o positivismo jurídico é recebido pelo “neopositivismo” jurídico de Robert Alexy. No segundo, o direito será confrontado pelas considerações críticas de Pachukanis e Benjamin. No terceiro, far-se-á o confronto entre as teorias jurídicas de Alexy e de Kelsen.

Palavras-chave: Positivismo, Neopositivismo, Robert alexy, Hans kelsen

Abstract/Resumen/Résumé

The present article's aim is to confront Alexy's and Kelsen's concept of law. For this purpose, this work - built by the deductive method and using bibliographic reading as a source - was divided into three chapters. In the first, it will be discussed how legal positivism is received by Robert Alexy's legal “neopositivism”. In the second, the law will be confronted by the critical considerations of Pachukanis and Benjamin. In the third, there will be a confrontation between the legal theories of Alexy and Kelsen.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism, Neopositivism, Robert alexy, Hans kelsen

¹ Mestrando em ciência jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Bolsista da CAPES pelo Programa Demanda Social.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil em 2018 (VIANNA; CARVALHO; BURGOS (Orgs.), 2018) indica que dos autores classificados como “acadêmicos” ou “filosóficos” – isto é, autores “não doutrinários” – o segundo mais citado é Hans Kelsen, que fica atrás apenas de Robert Alexy. Ambas as posições assustam por diferentes motivos. Em primeiro lugar, a tradição de Kelsen realizada por Miguel Reale no Brasil conota o filósofo e jurista austríaco como um autor de regras simplificadas de teoria geral do direito, deixando de lado todo o potencial crítico de sua obra. Em segundo lugar, a preferência de Robert Alexy por parte dos magistrados revela a grande abertura do horizonte de decisões possibilitada pela teoria alexyana, com seu banalizado princípio da proporcionalidade.

Dentro do âmbito do que se pode chamar de “teoria do direito”, Robert Alexy é um autor que se encaixa em uma vertente teórica que busca fundar uma nova espécie de positivismo, explicitamente contrário ao positivismo “tradicional” de Kelsen. A esse novo positivismo Alexy dá o nome de “neopositivismo”. O grande diferencial dele é que, diferentemente do positivismo kelseniano, o neopositivismo não separa “direito” e “moral”, mas fundamenta sua teoria do direito de tal modo que consiga concatenar ambos os conceitos, fazendo jus a uma suposta “justiça”. A inobservância de Alexy das específicas notas de Kelsen a respeito da impossibilidade de separação do direito e da moral na prática, e de sua pretensão de o fazer apenas dentro da ciência jurídica, são um indicativo da falha leitura que Alexy faz de Kelsen.

O presente artigo, escrito a partir de leitura bibliográfica e com o uso do método dedutivo, busca colacionar as duas teorias do direito, com o objetivo, alcançado ao final, de esclarecer os equívocos de Alexy a respeito de Kelsen e de expor como a sistematicidade Teoria Pura do Direito permite tanto ao cientista quanto ao intérprete prático da lei uma fundamentação muito mais lógica e concisa. Desse modo, o primeiro capítulo busca inserir ambos os positivismos na história do positivismo, mostrando em linhas gerais em que contexto se deu o positivismo europeu do século XIX, e, ao contínuo, trazendo o essencial de Alexy a respeito de sua conceituação teórica do direito e de sua visão a respeito do “positivismo”.

O segundo capítulo objetivou confrontar o “positivismo” com teorias não positivistas, especificamente com a teoria do direito marxista de Evguiéni Pachukanis e com a filosofia de Walter Benjamin. Ambos os autores, contemporâneos de Kelsen, reconstróem o direito levando em conta o capitalismo. Pachukanis confronta a gênese do direito contemporâneo com a gênese da troca de mercadorias capitalista, ao passo que Benjamin confronta direito e violência como arquétipos de um mesmo poder.

O último capítulo empreende um retorno à Teoria Pura do Direito de Kelsen, comparando-a com a conceituação de Alexy. O objetivo deste capítulo é confrontar ambos os *corpus* teóricos exatamente nos pontos de divergência – e, em especial, em pontos que Alexy se coloca explicitamente contra Kelsen – de modo a revelar como a recepção em larga escala de Alexy no direito brasileiro só pode ser contemporânea a uma recepção igualmente fraca de Kelsen por parte de Alexy.

2. O POSITIVISMO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO NEOPOSITIVISMO

A ascensão do positivismo, no século XIX, se deu em meio à contrarrevolução conservadora, que buscou estabelecer, já ao final da Revolução Francesa, um direito estável, cuja manutenção se centra cada vez mais na constituição do Estado. O constitucionalismo como sistematizador do direito positivo passa a ser o tópico central dos estudos jurídicos, e o direito constitucional aparece como uma disciplina de direito. Nesse processo, o sistema normativo é progressivamente separado do estado de coisas que ordena, e o direito positivo trata-se cada vez mais de um sistema normativo abstraído do estado da situação. É essa formalização ideológica do direito que vige no início do século XX, momento em que Kelsen publica sua doutrina a respeito de uma teoria pura do direito, e que busca sistematizar o direito formal imperante em sua época.

Uma tendência que acompanha o direito positivo em toda sua história, no entanto, é a manutenção de um forte poder excepcional por parte dos Estados. A exceção sempre se fez necessária, como forma de reajustar esse direito cada vez mais cristalizado e monótono, cada vez mais “estável”, às diferentes demandas econômicas. Portanto, se, por um lado, o constitucionalismo acompanha o aparecimento da democracia parlamentar como principal regime estatal na Europa pós-revolucionária, esse parlamentarismo ascendente se dá ao lado de fortes chefes do poder executivo, que podiam, a qualquer momento, dar início a um estado de sítio. No pós-Primeira Guerra, em um contexto de forte crise econômica mundial, aos presidentes eram conferidos plenos poderes, isto é, poderes excepcionais para gerir os Estados, de modo a adequar os respectivos ordenamentos às necessidades econômicas.

Ao final do século XX, contudo, o estágio do constitucionalismo já não é o mesmo de então. O Estado, e a exceção jurídica que o acompanha, são sistematicamente submetidos a uma economia global indomável, um capital financeiro que requer cada vez mais a adequação dos governos estatais para que possa se reproduzir. Implicação direta dessa submissão é a separação da constituição – isto é, do ordenamento normativo positivo – do Estado. Adentrando os Estados

a um regime de pura anarquia submissa ao capital mundial, o direito positivo, enquanto conjunto de normas universais e abstratas, passa a ser protegido pelo poder judiciário, e há uma guinada teórico-jurídica em direção às teorias da decisão, uma preocupação constante com o modo como os juízes interpretam e decidem. O grande problema é que essa perspectiva “jurisdicional” do constitucionalismo não dá conta da latente crise em torno do Estado e da constituição, e apenas vela o problema sob o manto do decisionismo salvífico.

Entre os teóricos do constitucionalismo jurisdicional está Robert Alexy, jurista alemão. O objetivo de Alexy é estabelecer uma teoria da decisão a partir dos princípios, de modo a garantir uma certa segurança jurídica em torno das interpretações do direito. E, paralela à sua teoria da interpretação jurídica, há algumas considerações de Alexy a respeito da validade do direito, considerações estas que se tomou como ponto de partida para esta investigação. Se, por um lado, Alexy toma como nó central de sua teorização a relação entre direito e moral, por outro lado percebe-se que o jurista alemão coloca as relações entre direito e economia e direito e política em segundo plano, e arrisca, em razão disso, decair em um certo moralismo jurídico.

“O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral.” (ALEXY, 2009, p. 3) é a primeira frase de um livro de Robert Alexy, em que ele busca resolver o problema do conceito e da validade do direito. Enquanto as teorias positivistas, segundo o autor, defendem a tese da separação entre direito e moral, as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação (ou da não separação)¹. Alexy, de modo a organizar à sua maneira a conceituação do direito, e com o escopo de permitir uma definição mais específica do que é o positivismo do século XX, propõe uma separação de duas perspectivas para se visualizar a relação entre moral e direito: a *perspectiva do observador* e a *perspectiva do participante* (HART, 2009)². A primeira diz respeito a um observador de fora de um dado direito, a segunda diz respeito a um participante de um dado direito.

Da perspectiva do observador, “integra o direito aquilo que os tribunais e as autoridades fazem apoiando-se no enunciado de normas que, de acordo com os critérios de validade do sistema jurídico vigente em questão, são estabelecidas conforme o ordenamento” (ALEXY, 2009, p. 36). Alexy percebe, neste ponto, um limiar que separa um ordenamento jurídico

1 Como exemplos de argumentos não positivistas, Alexy traz duas decisões judiciais. A primeira, de 1968, em que o Tribunal Constitucional Federal alemão decide, incidentalmente, pela *nulidade desde a origem* da lei nazista que retirava a cidadania de judeus emigrados, pois esta lei infringe princípios fundamentais da justiça. A segunda, de 1973, em que o Supremo Tribunal de Justiça alemão *cria direito ao decidir contra legem*, em um caso que permitiu, quando lei geral proibia, indenização em dinheiro por danos imateriais.

2 Neste livro, Hart propõe, para se analisar a natureza de uma obrigação jurídica, a separação entre um *ponto de vista externo* e um *ponto de vista interno*, ou seja, aquele que vê o cumprimento ou não da obrigação de fora, e aquele que o vê de dentro de um dado sistema jurídico.

daquilo que não é um ordenamento, uma condição mínima, que ele chama de *pretensão à correção*. Esta pretensão nada mais é que a pretensão de legitimação de uma dada ordem violentamente posta, com a afirmação descritiva de que as práticas desta ordem são corretas com base em algum fundamento. Desse modo, o *observador percebe que não há conexão necessária entre direito e moral*, ou seja, que a existência de um direito está condicionada tão somente à *pretensão à correção* de determinado direito, e não à explícita correção por meio da moral.

A perspectiva do participante, assim como a do observador, percebe que todo direito existente possui necessariamente uma pretensão à correção, ou seja, que um sistema jurídico que não contivesse uma pretensão à correção seria desclassificado como direito. Da mesma forma, e este é o diferencial das perspectivas, nota o participante que os sistemas jurídicos que formulam esta pretensão, mas não a satisfazem – apesar de não deixarem de ser sistemas jurídicos – seriam defeituosos. Segundo o teórico alemão, os juspositivistas, para se aterem ao *argumento da correção*, do qual não é possível fugir, poderiam fazer uso de dois argumentos diferentes: o *argumento dos princípios* e o *argumento da injustiça*.

O *argumento dos princípios* consiste na percepção de que existem aberturas no direito, e na constatação de “que o juiz também está vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral” (ALEXY, 2009, p. 84). Ele é, portanto, um argumento restrito à teoria da interpretação jurídica judicial, e se sustenta por três teses: a *tese da incorporação*, a *tese da moral* e a *tese da correção*.

A *tese da incorporação* afirma que todo sistema jurídico com um mínimo de desenvolvimento contém princípios. Os princípios configuram uma relação qualquer entre direito e moral, de forma que toda ponderação é uma ponderação de princípios, e, em razão disso, não uma ponderação apenas moral, mas também jurídica. A *tese da moral* diz que existe uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer. Todo princípio está relacionado a uma moral qualquer, de modo que, inversamente, toda decisão moral, independente da moral em questão, é uma decisão jurídica por levar em consideração um conjunto de princípios. A *tese da correção* afirma que os princípios configuram não só uma conexão necessária entre direito e moral, mas uma conexão necessária entre o direito e a moral correta.

O *argumento da injustiça* consiste na constatação de que apenas uma situação de *extrema injustiça*, na qual nem a pretensão à correção estivesse presente, poderia desclassificar o direito como ordenamento jurídico; qualquer injustiça meramente defectiva, resultante da inobservância do direito abstrato, apenas desqualifica o direito. Alexy defende que o critério

para essa desclassificação em razão da extrema injustiça depende da moral, pois apenas a moral seria capaz de barrar a extrema injustiça do direito. Seu fundamento principal concentra-se no que ele chama de *tese fraca da vinculação*, que consiste na relação não-desclassificatória entre direito e moral (ou seja, a vinculação acima mencionada) que impede a moral de desclassificar o direito, *a menos que este ultrapasse o limiar de injustiça*.

Em primeiro lugar, a teoria fraca da vinculação, que encontra expressão, por exemplo, na fórmula de Radbruch, não fundamenta, abaixo do limiar da injustiça extrema, o risco de uma legitimação acrítica, uma vez que, nesse caso, uma contradição entre direito e moral não elimina o caráter jurídico. Em segundo lugar, não existirá, pelo menos acima desse limiar, o risco de uma legitimação acrítica se as exigências morais mínimas que marcam o limiar forem suscetíveis de uma fundamentação racional. (ALEXY, 2009, p. 59)

Dessa forma, é necessário que haja uma fundamentação racional – e que esta fundamentação seja moral – de um limiar de injustiça, que funcionaria como um umbral do conceito de direito, eliminando dele tudo aquilo que o atravessa. Antes da passagem desse umbral, ou seja, em questões que não tangenciam a extrema injustiça, a relação ou não-relação entre moral e direito apenas altera a qualidade deste, *mas não seu conceito*.

Frente ao problema do relativismo, que propõe que a determinação do que seria uma *injustiça extrema* seria muito relativa e subjetiva ao se fazer uso da moral, o autor reconhece que, apesar disso, por meio do direito posto, não é possível combater uma tal injustiça, a moral se faz necessária. Em resumo, de acordo com a teoria de Robert Alexy, a moral é *necessária* para a fundamentação racional do limiar do direito (para a determinação da (des)classificação), e a moral é *contingente*, embora preferível, para a fundamentação racional dos critérios de justiça dentro do direito justo (para a determinação da qualificação).

A teoria de Alexy a respeito do conceito de direito apresenta algumas lacunas e indeterminações que revelam, paradigmaticamente, o decaimento de parte dos estudos a respeito do constitucionalismo em um moralismo a respeito do justo. A pressuposta ignorância do positivismo frente à moral desvinculam, segundo a concepção de Alexy, o direito da justiça, o que impediria a separação do extremamente injusto das teorias do direito. Não se deveria levar em consideração, por sua vez, a hipótese de que o direito, tal como ele é, independeria de correção moral ou de um mínimo de justiça?

3. CONTRAPONTO NÃO POSITIVISTAS AO POSITIVISMO JURÍDICO: BENJAMIN E PACHUKANIS

A proposta da vinculação do direito a uma moral correta perde de vista, muitas vezes, o caráter constitutivamente violento do direito. Duas construções teóricas a respeito dessa temática podem auxiliar tal investigação: a de Walter Benjamin e a de Evguiéni Pachukanis. Ambos os autores – o primeiro, um filósofo alemão da época da República de Weimar, o segundo, um jurista russo da época da Revolução Bolchevique.

Benjamin, em seu texto *Sobre a crítica da violência (Zur kritik der Gewalt)* (BENJAMIN, 2013), analisa o caráter propriamente violento do direito a partir da separação doutrinária entre poder constituinte e poder constituído. De acordo com um entendimento popularizado no constitucionalismo do século XIX, e que tem Sieyés como seu expoente, o direito encontra seu princípio fundacional em um poder constituinte do povo, de modo que o povo seria o soberano detentor da potência de criar um Estado. Como a concepção de Estado, a partir do século XIX, acompanha uma tendência positivista, o poder a ser constituído pelo povo traduz-se em uma constituição positivada, e a ideia de “Estado” passa a se indeterminar com a ideia de “constituição”. A constituição é realizada a partir de uma assembleia representativa, mas o fundamento jurídico para a sua realização é o poder constituinte do povo, que legitima o ato de positivação da constituição.

Esse processo de ascensão do positivismo, no entanto, esconde uma característica ainda mais fundamental a respeito do direito, qual seja, sua íntima relação com a relação de troca de mercadorias. Se, por um lado, o direito tomado de uma perspectiva positivista entende a norma como a unidade axiomática do direito, de modo que tudo dela deriva, Pachukanis busca mostrar, em seu *Teoria geral do direito e marxismo* (PACHUKANIS, 2017a; 2017b), que essa acepção desconsidera o caráter derivado da norma. A norma, ou o “direito objetivo”, seriam derivados da relação jurídica, ou do “direito subjetivo”. O ponto de partida do jurista russo para tal proposição é a crítica da economia política marxista. O direito positivo do século XIX tem, como principais pilares dogmáticos, o estabelecimento da igualdade jurídica e da igual liberdade de todos os sujeitos de direito. Essa crescente malha da igualdade e da liberdade jurídicas dos sujeitos de direito, contudo, são concomitantes à universalização da relação de troca de mercadorias capitalista.

Em determinado momento do decorrer histórico, as relações de troca de mercadorias na Europa, que devêm principalmente do recém-instaurado mercantilismo global, passam a incluir uma nova mercadoria dentro de seu campo: o trabalho. O trabalho passa a ser separado de seu portador, passa a ser sua propriedade, de modo que é sub-repticiamente transformado em mercadoria. E esse processo de aumento da mercantilização do trabalho, em detrimento da mercantilização do escravo ou do servo, acompanha um aumento da igualdade formal entre os

portadores de mercadoria. Para que a compra e venda do trabalho possa se dar, não basta a redução do trabalhador a mercadoria, mas é necessário, cada vez mais, que exista uma igualdade de condições jurídicas entre o portador e o adquirente da mercadoria trabalho. A estabilização e manutenção dessa condição de igualdade jurídica, por sua vez, formaliza-se no direito positivo, de modo que, segundo Pachukanis, o processo de positivação e constitucionalização do direito derivam da relação de troca de mercadorias.

Esse processo de ascensão do positivismo e da igualdade entre os sujeitos do direito tem ao seu lado, além disso, a mudança no paradigma jurídico-ideológico da soberania estatal. O Estado passa à condição de Estado-nação, em cujo quadro o povo, agora “nação”, passa a ser o portador da soberania e, também, da constituição. O fundamento das constituições positivas e, conseqüentemente, dos Estados democráticos, concentra-se cada vez mais no povo. E, já durante a Revolução Francesa, desponta a doutrina do poder constituinte, isto é, do poder de realizar a constituição, como aquele poder próprio do Terceiro Estado – formado pelo “povo”, isto é, pelos não nobres, pelos burgueses e trabalhadores.

Essa passagem para o capitalismo, por sua vez, não se deu pacificamente e por mera conveniência jurídica. A elevação do trabalho ao estatuto de mercadoria acompanhou um violento processo de cercamento de terras, de separação e expulsão de camponeses de seus terrenos, de modo a não deixar-lhes outra alternativa senão o livre trabalho, ou seja, a venda do próprio trabalho como mercadoria aos desapossadores. Nesse ínterim, Walter Benjamin entende que a separação doutrinária entre “poder constituinte” e “poder constituído” acompanha a formação de um mito.

Não existe uma separação entre a violência que põe o direito e aquela que o mantém. Direito e violência estão em relação de continuidade, de modo que, para que o caráter violento do direito possa evanescer, é preciso que um mito possa tomar seu lugar. A própria ideia de um “poder constituinte”, portanto, e de sua separação do direito enquanto “poder constituído”, Benjamin nomeará de “poder mítico”.

O direito enquanto “poder mítico” torna possível a expropriação cada vez mais agressiva do trabalho pelo capital. Sendo possível legitimar o direito positivo, da máxima liberdade e igualdade, a partir do mito do poder constituinte e da soberania popular, toda expropriação do trabalho e conseqüente reprodução social da desigualdade mantêm-se desatreladas do ordenamento jurídico e do campo da política, como conseqüências sociais que se dão em razão de contingências da ordem econômica. O caráter constitutivamente violento direito, tal qual abordado por Benjamin e por Pachukanis, reinscreve a necessidade de se vincular o direito a uma moral correta.

Se a proposta trazida por Alexy estiver correta, o único critério necessário para se atravessar a máxima injustiça é a legitimação do direito, sua mitificação frente à violência que o põe. Não há moral correta para o direito, senão aquela que torna possível o uso agressivo da força por meio dos mais diversos dispositivos, uma moral propriamente capitalista. É evidente que, segundo tal argumentação, Alexy chamaria de “justo” a todo direito em funcionamento, isto é, a toda violência mítica, de modo que o pressuposto para a justiça seria tão somente o direito, e todo debate dentro do direito se reduziria ao debate moral a respeito do “mais” ou “menos” justo. O “poder mítico”, posto em evidência por Benjamin, é, portanto, a partir do “argumento da injustiça”, inevitavelmente endossado pela pressuposição moral de Alexy.

4. CONTRAPONTO POSITIVISTA AO POSITIVISMO JURÍDICO: RETORNO A KELSEN

É contrapondo-se, porém, a um outro pensador que o neopositivismo de Robert Alexy tem lugar. Seu conceito de direito nasce da pretensão de outros teóricos de se separar direito e moral; o ponto máximo dessa separação está na teoria pura do direito de Hans Kelsen. Segundo o entendimento de Alexy, o puro formalismo de Kelsen ignoraria os problemas de justiça moral concernentes ao direito, posto que sua teoria pura partilharia de uma visão lógica das normas de direito.

O filósofo do direito e jurista Hans Kelsen, nascido no antigo Império Austro-Húngaro, em 1881, foi um dos pilares do chamado juspositivismo. Produziu grande parte de seus escritos na primeira metade do século XX, sendo o livro *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, de 1934 (reeditado em 1960), não só seu livro mais conhecido, mas um dos livros mais importantes para os estudos do direito e da filosofia do direito no decorrer de todo o século, acolhido por alguns e rejeitado por outros. Não à toa, em seu prefácio à primeira edição, Kelsen diz – em comentário àqueles que já dialogavam com sua teoria pura desde antes da publicação do livro – que “não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar, ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados especiais” (KELSEN, 2009, p. X). Já na abertura de seu livro, o autor explica em que consiste seu título, “Teoria Pura do Direito”.

Ela é (1) uma *teoria geral* do direito positivo que, apesar de não se preocupar em interpretar normas, fornece uma teoria da interpretação em seu último capítulo. Além disso, ela é (2) *ciência jurídica*, e não política, de modo que se propõe a responder à questão “o que é e como é o Direito?”, sem se preocupar como ele deve ser (segundo alguma moral), nem como

ele deve ser feito (segundo alguma decisão política). Por fim, ela é (3) *pura*, pois quer separar a ciência jurídica de tudo o que não se possa determinar como Direito.

Como é possível falar que determinado ato, de determinado indivíduo, é um ato jurídico? A significação jurídica de um determinado ato não pode ser apreendida através dos sentidos, pois não é algo que imediatamente se apresenta de dado fenômeno. Um indivíduo que realiza algum ato, que o põe, relaciona a este um determinado sentido, que manifesta aos outros. “Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim” (KELSEN, 2009, p. 3). O que dá a este ato significação jurídica, o que faz com que ganhe um sentido objetivo jurídico, é a existência de uma norma que o convalide como tal, uma norma que disponha sobre esse ato, e que torne possível uma interpretação normativa sobre ele.

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. [...] Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. (KELSEN, 2009, p. 5)

Nessa lógica, em que um ato de vontade pode prescrever uma conduta, existe uma separação radical para Kelsen. Entre o querer daquele que ordena um ato, e o dever daquele que age, se encontra um outro elemento, e esse elemento é a norma. Em primeiro lugar, cumpre destacar preliminarmente que “norma”, para Kelsen, possui um sentido amplo, abarcando não apenas as normas jurídicas como também as normas morais; ambas constituem o dever-ser. Além disso, “norma” no sentido jurídico não se reduz à “Lei”, mas engloba todo o espectro criativo do direito – leis gerais, leis locais, decisões judiciais, decisões executivas, decisões parlamentares, a Constituição etc. –, desde haja uma norma autorizativa para tais criações. O ato de vontade só ordena na medida em que produz norma, na medida em que é um ato normativo. E, como visto, o que autoriza um ato de vontade do ser a produzir uma norma é outra norma. O ato de vontade e a norma que o autoriza e que lhe constitui o sentido objetivo se encontram em registros diversos, pois, “a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (KELSEN, 2009, p. 6). Por estar o ato de vontade autorizado por uma norma, não há que se falar que a norma criada a partir dele é um dever-ser que advém diretamente do ser. Uma lei tributária, por exemplo, criada pelo ato de vontade de alguns parlamentares, é jurídica, pois o processo legislativo dos referidos parlamentares é algo já positivado, normatizado. (KELSEN, 2009, p. 8)

Segundo o *argumento dos princípios*, Alexy quer colocar um problema e propõe uma hipótese de solução. O problema é que o juiz está vinculado ao âmbito de abertura do direito e que, em razão disso, existe uma inevitável conexão entre direito e moral, e a hipótese de solução é a de que os princípios e a ponderação de princípios são dispositivos que regulam essa relação da melhor forma possível. Kelsen, por outro lado, não é um hermeneuta, e nem está preocupado com a teoria da interpretação do direito, apesar de propor uma em sua teoria. Sua preocupação determinante é estabelecer uma teoria pura do direito, ou seja, uma teoria geral para a ciência jurídica, que, organizando os elementos do direito da forma mais genérica possível, possibilite o estudo jurídico científico.

No entanto, dentro de seu sistema científico, os parâmetros de como se dá a convergência ou a divergência entre direito e moral no momento da decisão judicial estão categoricamente estabelecidos. Duas noções de sua teorização merecem ser destacadas: a de *normas não-autônomas* e a de *moldura*. O jurista austríaco afirma que uma norma é autônoma quando ela possui uma sanção, e que as *normas não-autônomas* são aquelas que não sancionam, ou que não são coativas. As normas não-autônomas dependem de uma norma autônoma (coativa) para serem aplicadas. Apesar de Kelsen não listar, entre os exemplos de normas não-autônomas, os princípios, é evidente que eles entrariam neste grupo, não sendo algo excluído de seu sistema. Enquanto auxiliares normativos de normas coativas, os princípios, que são “otimizadores”, podem inscrever-se na teoria pura.

A *moldura* diz respeito à noção legalista de que toda norma individual (dentre elas, a decisão judicial) está prefixada em uma moldura técnica e exaustiva de leis como a única decisão possível. Contra essa concepção, Kelsen reconhece que diferentes sistemas jurídicos podem determinar de formas diversas qual deve ser a conduta de um juiz frente a uma determinada demanda: alguns possibilitando mais discricionariedade, outros fechando mais as possibilidades de decisão. O ponto é que toda e qualquer norma individual não é predeterminada pela moldura, mas determina, sempre retroativamente, a própria moldura.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido objetivo a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, 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 – na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar – 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 de uma moldura da norma geral. (KELSEN, 2009, p. 390-391)

Todo ato de vontade, apesar de ocorrer no registro do ser, possui, desde que vise a conduta de outrem, um sentido subjetivo de dever-ser. Para que o ato em questão seja normativo, porém, seu sentido subjetivo de dever-ser deve ser endossado por alguma outra norma; só então terá sentido objetivo de dever-ser. E em relação a esta norma, Kelsen aponta que “um *mínimo de eficácia* [...] é a condição da sua vigência” (KELSEN, 2009, p. 12, grifo nosso).

De acordo com o *argumento da injustiça*, Alexy traz um limar – o de *extrema injustiça* – a partir do qual determinado ordenamento jurídico deixa de ser Direito. Ou seja, a partir de um critério de validade, mudar-se-ia o conceito de Direito, de modo que o conceito de Direito estaria vinculado sempre a um mínimo de justiça – que significa nada menos que o Direito estaria sempre minimamente vinculado a uma certa moral, caso contrário, deixaria de ser direito. Novamente, dois pontos se fazem importantes no sistema kelseniano: a *relação entre direito e moral* e a *norma fundamental*.

Apesar do intento de Kelsen de separar, dentro de sua ciência pura, o Direito da Moral, ele não desconhece a influência desta na criação daquele. Da mesma forma que o Direito, enquanto processo de normatização, contém o direito positivo, a Moral, enquanto processo de normatização, contém a moral positiva, ou o critério de Justiça. E assim como o Direito é um conjunto normativo do dever-ser, a Moral também o é, de modo que a moral positiva influencia no ato de vontade de todos os indivíduos a ela sujeitos. Em razão disso, é inevitável que o direito positivo contenha elementos da moral positiva, ou, em outras palavras, que essa exerça influência direta no momento de criação normativa. O erro é afirmar que existe uma relação *necessária* entre o Direito e a Moral, o Direito e uma Moral *absoluta*; tal tese é expressamente rejeitada na *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2009, p. 78). Sugerir a existência de um vínculo necessário entre ambos é afirmar não apenas que o Direito não existe sem a Moral, quer dizer, que o Direito é parte da Moral, mas, principalmente, que o Direito não existe sem a moral correta, ou seja, pressupor que existe uma determinada moral absoluta que seja o critério de justiça para o direito positivo, e que toda norma jurídica que a contrarie não é norma. (KELSEN, 2009, p. 72)

Se se parte, por outro lado, de uma concepção relativista de moral, entendendo que não existe uma moral absoluta, a afirmação de que existe uma relação necessária entre Direito e Moral passa a significar que existe uma relação necessária entre o Direito e *uma certa* moral, uma moral entre outras, que seria a correta. A *necessidade* de tal relação é, então, posta à prova, pois arbitrário seria, de uma perspectiva científica pura do direito, afirmar que só é Direito o

que coaduna com uma determinada moral, com um determinado critério de Justiça. Por essa razão, essa vinculação é absurda, de forma que, o que se pode afirmar é a existência, isto sim, de uma correlação contingente entre Direito e Moral, uma influência possível da moral positiva, ou seja, de *uma moral*, no processo de normatização jurídica; mas este mesmo ato normativo pode estar sujeito a *qualquer outra moral*.

Uma das diferenças entre o Direito e a Moral é, portanto, o modo de criação de cada uma. Enquanto a norma moral é vagarosamente incrustada nos hábitos no decorrer da história, e age espontaneamente, a norma jurídica depende, para a sua criação, da observância de uma outra norma jurídica. A segunda diferença diz respeito a forma de cada norma, pois enquanto a norma moral possui sanções de ordem moral, constrange a partir da coerção psicológica e social, a norma jurídica possui sanções de ordem jurídicas, ou seja, coativas, sanções que fazem uso da força.

Levando em conta essa separação, Kelsen estabelece um limite jurídico para a sua teoria, criando uma ficção normativa para fundamentar a eficácia do ordenamento. Entende ele que as normas obedecem uma certa hierarquia, de modo que as normas individuais se fundamentam em normas gerais, e estas se fundamentam na Constituição. Constituição, para Kelsen, possui um sentido estritamente normativo, seja ela escrita ou consuetudinária. O problema se encontra no momento seguinte: o que fundamenta uma Constituição? Da mesma forma que Schmitt entende que a única destruição constitucional se dá com a troca do detentor do poder constituinte, Kelsen entende que, conquanto não haja uma ruptura, um intervalo revolucionário, a Constituição pode se fundamentar na Constituição anterior, e assim sucessivamente, até se atingir a primeira Constituição histórica.

E o que fundamentaria a primeira Constituição histórica, ou a primeira Constituição revolucionária “pós-ruptura”? Não existe uma única resposta para esta questão, mas a resposta mais genérica, e a única possível para um sistema normativo puro, privado da influência de outros campos do saber, é a de que a ordem jurídica sustentada por esta Constituição sob análise é eficaz, ou seja, de que os órgãos e sujeitos dessa ordem conduzem-se, de um modo geral, segundo as normas dessa ordem. E a eficácia, de acordo com o jurista austríaco, é resultado de uma pressuposição implícita de que esta primeira Constituição histórica, e as normas emitidas sob seu fundamento, são juridicamente obrigatórias. Em outras palavras, existe uma norma implícita que deve ser pressuposta para que determinado ordenamento seja obrigatório e, portanto, eficaz. Kelsen nomeia esta norma de *norma fundamental (Grundnorm)*, uma norma não positiva, no sentido jurídico, mas hipotética, uma pressuposição feita no pensamento

jurídico (KELSEN, 2009, p. 50-51; 2001, p. 213-221). Alexy não parece ter entendido muito bem a conceituação de Kelsen; ou, se o fez, pôs-se a refutá-la de maneira cínica.

Segundo Alexy, a norma fundamental kelseniana não conseguiria dar conta da passagem do ser para o dever-ser, já que ela ainda requereria um fundamento. Para que houvesse a interpretação de um ordenamento eficaz como um ordenamento jurídico válido, uma outra norma – de caráter “extrajurídico” – teria de “explicar” por que tal ordenamento eficaz é tomado como jurídico. E isso a *Grundnorm* kelseniana não faz. “Mas por que precisamos interpretar um ordenamento coativo eficaz em termos globais como ordenamento jurídico? Uma referência à norma fundamental não basta como fundamentação” (ALEXY, p. 136).

Isso recai em outro argumento similar de Alexy segundo o qual o *dever* contido na norma fundamental de Kelsen não pode ser uma norma pensada, posto que acompanha um querer, já que essa norma “pensada” daria um sentido “jurídico” para um ato de vontade de uma autoridade. Dessa contradição entre querer e dever – que se traduz na confusão entre ser e dever-ser – Alexy infere que a tese da *Grundnorm* como ficção não seria capaz de resolvê-la. Alexy ignora o caráter propriamente assimétrico contido no conceito de *Grundnorm* de Kelsen. Ao tratá-la como uma norma cuja pressuposição hipotética não resolve as aporias entre ser e dever-ser, Alexy não faz jus ao fato de que é exatamente nesses termos – de uma hipótese pressuposta – que Kelsen elimina as possíveis contradições entre ser e dever-ser de sua teoria.

Alexy almeja estender a sua lógica proposicional para a *Grundnorm*, já que não aceita a obscuridade lógica da passagem da eficácia para a validade do direito. Se a norma fundamental se estabelece entre estes dois momentos *lógicos*, seria necessário que ela própria obedecesse a essa mesma lógica. Seu objetivo é, pois, demonstrar os critérios necessários para que a norma fundamental de Kelsen seja possível dentro da lógica jurídica – e este é o paradoxo do qual não consegue sair. Kelsen sabia muito bem que para sair do labirinto da fundamentação lógica, é necessário um pressuposto assimétrico que se ponha como pano de fundo contra os demais elementos. Sem essa circunscrição lógica, a fundamentação é, evidentemente, infinita, já que pode – no caso das teorias jurídicas – recair do direito para qualquer outra área do espírito humano.

A argumentação alexyana de que o direito deve fazer jus ao princípio da correção e da injustiça, consolidada em sua tentativa de inserir estes elementos no conceito formal e privado de conteúdo da norma fundamental, perde de vista o principal argumento de Kelsen. Não é que a norma fundamental não resolva os problemas entre moral e direito, mas sim que ela opera como um pressuposto, ao cientista do direito, de que determinado ordenamento eficaz é válido ou, em outros termos, ela é a consolidação de uma ficção a partir da qual o analista jurídico

toma certa moral vigente como direito. É a norma fundamental pressuposta, enquanto ficção para o dever-ser, que permite à ciência jurídica apreender a eficácia de dado ordenamento não como pressuposto, mas como *condição*, de sua existência. A eficácia não teria, portanto, nenhuma relação de continuidade em relação à validade, tendo em vista que ambas permanecem em diferentes registros – ser e dever-ser – de modo que é possível ao cientista do direito circunscrever seu âmbito de análise normativa separando fundamentalmente o dever-ser jurídico de suas condições fáticas.

Na separação do juridicamente normativo e da sua obediência, Kelsen lida com a relação entre o jurídico e o não jurídico da forma mais radical dentro do âmbito do positivismo, posto que evita fundamentar o Direito a partir de qualquer outra coisa senão o simples fato de que ele existe, isto é, Kelsen fundamenta o Direito a partir de sua própria validade – validade esta que é condicionada pela eficácia, mas que não a pressupõe, já que o ordenamento jurídico é, para a teoria pura do direito, um todo normativo fechado em si mesmo.

Ao sustentar o argumento da injustiça e a defesa da moral, por meio da interpretação dos princípios, como forma de analisar o direito, Alexy, com sua pretensão de manter tudo logicamente equitativo e concatenado, hipostasia o próprio direito “válido” como moral correta. Do absolutamente simétrico decorre, inevitavelmente, o elemento assimétrico. É nesse sentido que, analogamente ao que Benjamin descreve como uma violência mítica que se indetermina na forma de direito, a hipostasiação de Alexy nada mais faz que recair nesse poder mítico, endossando interpretações jurídicas as mais diversas sob seus fundamentos. É isso o que se vê atualmente no direito brasileiro, em um momento em que o “princípio da proporcionalidade” de Alexy é largamente utilizado como fundamentação de decisões judiciais, independentemente de sua “correta” observância. Por outro lado, a hipostasiação do direito é o principal problema que engendra a solução de Kelsen, de modo que o mito denunciado por Benjamin é contornado, em sua ciência jurídica pura, pela norma fundamental hipotética pressuposta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho se propôs a passar por autores diversos – em especial, Kelsen e Alexy – para tratar da problemática teórica envolvendo o positivismo normativo tradicional e o neopositivismo. Apesar de muito incluído nas pautas da filosofia do direito contemporâneas, o neopositivismo e o neoconstitucionalismo deixam de lado outros positivismos, em especial o positivismo fundador de toda teoria geral do direito do século XX, o kelseniano. Faz-se necessário abrir novamente a discussão sobre suas semelhanças e diferenças, a fim de mostrar

a verdadeira amplitude da teoria pura do direito e a crosta legalista ideológica que a recobre. É de se ressaltar novamente que as hipóteses aqui defendidas são apenas provisórias, e não possuem ambição exaustiva.

No primeiro capítulo, abordamos brevemente a história do positivismo e de como este é tratado pelo neopositivismo de Alexy. O positivismo do século XIX acompanha o crescimento do constitucionalismo e, ao final do século XX, a situação global da relação entre constitucionalismo e poder estatal – observada por Kelsen, em sua época – foi completamente alterada pelos deslocamentos políticos e econômicos do pós- Segunda Guerra. Neste quadro se insere o conceito de neopositivismo de Roberto Alexy e suas principais características. Além de ser uma filosofia que preza pela dinâmica social e sua relação com o jurídico, também traz uma interpretação normativa que distingue regras de princípios, elevando este a um patamar de maior relevância.

No capítulo seguinte, foram trazidos Pachukanis e Benjamin como contrapontos não jurídicos ao positivismo. A partir deles, é possível conservar uma visão pragmática a respeito das consequências práticas da relação entre moral e direito, e de como aquela se expressa neste a todo momento.

No último capítulo propusemos a hipótese de um retorno ao positivismo kelseniano. A teoria de Kelsen, por seu caráter genérico, permite uma mobilidade maior para a criação filosófica. Em razão disso, talvez seja interessante ao neopositivismo e ao neoconstitucionalismo retornar a Kelsen. O neopositivismo, enquanto restringe o conceito de direito à moralidade, poderia, ao separar o direito da moral, tratar esta a partir das mais diversas filosofias éticas, para, em seguida, propor não uma limitação ao conceito do direito, mas um novo direito (este sim, neopositivista).

As conclusões passíveis de serem inferidas deste trabalho são bastante limitadas, mas pontuais. O que se objetivou foi tão somente a exposição da fraca recepção de Kelsen por Alexy, e de como essa recepção se insere em uma conceituação do direito cientificamente instável, com muitos conceitos abertos e muitas conclusões ilógicas. As provocações contidas aqui não buscam minimizar toda a teoria de Alexy, já que o autor alemão é mais conhecido e mais utilizado como um filósofo da interpretação jurídica. Esta vertente tem seus méritos e se serve de suas categorias com um fim específico – e, por essa razão, merece uma investigação própria. O que reputamos importante destacar é o *locus* jurídico em que se inserem as construções alexyianas, e como sua percepção científica do direito deve ser levada em conta de modo a se poder sopesar a abrangência que merecem suas categorias morais e quais são, especificamente, suas limitações.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo*. Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- VIANNA, L.W.; CARVALHO, M. A. R.; BURGOS, M. B. (Orgs.). *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: AMB, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.
- BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. 2. ed. Traduzido por João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- BENJAMIN, Walter; LÖWY, Michel. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. 1. ed. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das teses de Benjamin por Jeanne-Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MATOS, Andytyas S. M. C. (Coord.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. ed. especial. Curitiba: Juruá, 2012.
- PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017a.
- PACHUKANIS, Evgueni. *Teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Coordenação Marcus Orione, tradução Lucas Simone, prefácio de Marcos Bilharinho Naves. 1. ed. São Paulo: Sundermann, 2017b.