

A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO POR MEIO DO PLURALISMO JURÍDICO

THE OVERCOMING OF DICHOTOMY BETWEEN NATURAL LAW AND POSITIVE LAW BY THE LEGAL PLURALISM

Emetério Silva de Oliveira Neto¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a superação da dicotomia entre direito positivo e direito natural por meio do pluralismo jurídico, o que leva a consideração do Direito como uma *esfera do total*. Nesse sentido, traça algumas delimitações preliminares sobre o conceito de Direito. Em seguida, analisa o direito natural a par das diversas correntes de pensamento que desnudam o fenômeno, as quais constituem o que se chama de jusnaturalismo, e estuda o direito positivo ou juspositivismo sob o pálio das teorias que lhe dão sustentáculo. Posteriormente, investiga as regras e os princípios, diferenciando tais espécies normativas e incursionando pela atividade jurisdicional no manejo dessas categorias. O pluralismo jurídico não é visto apenas sob a perspectiva de Carlos Wolkmer, que apregoa um pluralismo de cunho participativo, ou pela ótica da pluralidade de ordenamentos jurídicos de Norberto Bobbio, mas fundamentalmente como condição à superação da referida dicotomia, onde essa superação envolve a dialética do Direito com a moral, de modo que se afigura possível ao Direito abarcar, além das regras e das leis, os princípios e a moral, ou seja, a dimensão axiológica que o torna justo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Positivo; Direito Natural; Norma Regra e Norma Princípio; Pluralismo Jurídico.

¹ Advogado; Bacharel em Direito e Especialista em Direito Penal e Criminologia, ambos pela Universidade Regional do Cariri (URCA); Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Ex-Procurador Geral Adjunto do Município de Icó – Ceará; Autor do Livro *Ministério Público Brasileiro e sua Intervenção no Processo Civil Moderno*.

ABSTRACT

This article aims to analyze the overcome of dichotomy between positive law and natural law through legal pluralism, which leads to consideration of the Law as a sphere of total. In this sense, traces some preliminary delimitations of the concept of law. Then analyzes the natural law under the various currents of thought that lay bare the phenomenon, which constitute what is called of jusnaturalism, and examines the positive law or juspositivismo under the theories that give it sustenance. Subsequently, investigates the rules and principles, differentiating such normative species, and dabbling by jurisdictional activity in the management of these categories. Legal pluralism is not only seen from the perspective of Carlos Wolkmer that emphasize an pluralism of participatory nature, or from the perspective of the plurality of legal systems of Norberto Bobbio, but fundamentally as a condition to the overcoming of dichotomy, that involves the dialectic between law and moral, being the Law able to encompass, beyond the rules, the principles and the moral, in other words, the axiological dimension that makes it fair.

KEYWORDS: Positive Law; Natural Law; Norm Rule and Norm Principle; Legal Pluralism.

1 INTRODUÇÃO

Em qualquer discussão que se faça sobre o Direito², não importam o lugar, o momento e nem o meio em que travada, o direito natural e o direito positivo sempre figurarão como temas corriqueiros³ e os debates empolgantes, até ásperos. Conforme lembra Robert Alexy (2011, p. 3), tais questões datam de mais de dois mil anos⁴.

² À luz da concepção tridimensional do direito (fato, valor e norma) realçada pela ideia de justiça, Miguel Reale tira a seguinte noção ética do fenômeno: “direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo as pessoas como fonte de todos os valores” (Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; 10ª tir., 2011, p. 67). Sobre a tridimensionalidade, afirma Arnaldo Vasconcelos que o Direito é incompleto, e a fim de que se configure sua completude, há de acrescentar-se-lhe os valores do justo e do legítimo (Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28).

³ Segundo Paulo Nader, há duas tendências filosóficas fundamentais do Direito, sendo uma de índole espiritualista, “que situa o valor justiça como elemento essencial e preeminente, além de proclamar a existência do chamado Direito Natural”, e a outra de natureza positiva, “que valoriza apenas os dados

Observa-se, ainda, que em alguns casos o primeiro é considerado melhor frente ao segundo, por razões as mais diversas, sendo a principal o fato de conter valores de justiça, e em outras circunstâncias, visto que, em tese, proporciona um maior grau de segurança aos cidadãos, o segundo é tido como superior ao primeiro.

Há quem sustente⁵ peremptoriamente que o direito positivo tem a finalidade de reduzir aos códigos e leis o direito natural, já outros (VASCONCELOS, 2006, p. 26) asseveram que o direito natural, por conter valores universais e eternos, é insuscetível de positivação, porém reflete apenas mediatamente no direito positivo⁶, de modo que o debate se alarga, requerendo, nesse diapasão, uma análise cuidadosa e isenta de paixões.

O direito natural seria o direito ideal, não vazado em codificações, mas presente em todos os tempos e por todas as gerações, cabendo aos homens reverenciá-lo, pois é eterno e imutável. Estaria, pois, ligado ao sentimento de justiça e a moralidade, caracterizando-se por conter princípios gerais de direito (REALE, 1984, p. 3). Trata-se de visão assaz idealista e abstrata, contudo bastante defendida⁷.

O direito positivo, de seu turno, e por outro lado, configuraria o direito codificado, e destarte o possibilitador da segurança no seio da sociedade. Dele adviria o princípio da legalidade, sendo passível de asseguarção pelo Estado, através de seus órgãos e agentes. Caracterizar-se-ia, portanto, fundamentalmente pela sua aptidão em assegurar a paz social. Referido conceito também é aceito sem maiores problemas.

Nesse conspecto, exsurge problema corriqueiro, que é o equívoco segundo o qual o direito natural e apenas ele exara princípios ou valores ao passo que o direito positivo e apenas ele é composto de regras, de modo a se ter por inviável, ao entender

fornecidos pela experiência (...) admitindo por Direito apenas o institucionalizado pelo Estado” (Cf. NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2003, p. 39-40).

⁴ Para Santiago Nino, “a velha polêmica entre jusnaturalismo e o positivismo jurídico gira em torno da relação entre direito e moral”, onde o jusnaturalismo afirma haver conexão e o juspositivismo nega com veemência tal conexão (Cf. NINO, Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19).

⁵ As normas, diz o teólogo e professor de direito Glauco Barreira, devem ser inferidas dos primeiros princípios, ou seja, do Direito Natural, pelo que as determinações pertencem exclusivamente ao Direito Positivo, porém jamais podem contrariar o Direito Natural (Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. São Paulo: Editora Mandamentos, 2006, p. 224). Registre-se, porém, que tal argumento não é o de uma mera redução aos códigos, mas uma necessidade de refletir, o que é diferente, a despeito de ter alguma ligação.

⁶ Paulo Nader, militando a favor do jusnaturalismo, chega a dizer que “abandonar a idéia do Direito Natural é manifestação mais grave ainda porque tal renúncia corresponde à tese de que não há, para o Estado, qualquer limite na sua tarefa de legislar, sendo-lhe franqueadas todas as formas de totalitarismo” (Cf. *op. cit.*, p. 172).

⁷ Acerbas críticas a essa ideia de direito natural, contudo, são observadas em: BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 47.

dessa corrente tradicional de pensamento⁸, um sistema positivado de conteúdo principiológico, numa absoluta e inaceitável dissociação e excludência recíproca entre tais realidades, o que implica inapelável separação entre Direito e Moral.

Nada obstante, é certo que o Direito é uno⁹ e abarca as realidades do mundo vivido, pelo que não pode prescindir da axiologia. Não sem razão, é entendido como o “mais engenhoso esquema que a humanidade até hoje concebeu para viabilizar o absolutamente necessário estado de sociedade” (AYRES BRITTO, 2012, p. 39).

Com isso nasce a ideia de pluralismo jurídico enquanto vetor que assegura ao Direito uma dimensão de totalidade, lhe conferindo, destarte, as condições necessárias para resolver os problemas da vida humana em sociedade, portanto para garantir a paz social.

Pensando nessa realidade, bem como nas implicações de ordem prática que o tema vertente traz, porquanto, como diz Paulo Bonavides, *Direito é vida*, o presente trabalho busca abordar, aos olhos do pluralismo jurídico, os aspectos mais relevantes do jusnaturalismo e do juspositivismo, no afã de defender a possibilidade de superação dessa dicotomia tradicional, através de uma dialética¹⁰ superadora, e em prol de uma visão mais completa e *atualizadora* do Direito.

2 POR UMA DEFINIÇÃO PRÉVIA DO DIREITO

Para Herbert Hart (2009, p. 1-5), a peculiaridade do Direito, diferentemente das outras ciências, reside no fato de que, na busca de sua definição, muitos conceitos e respostas que lhes são dados, ainda que essencialmente não façam parte dele, não estão isentas de discussões, que ocorrem exatamente por ser o Direito assunto de ordem prática relevante. A confusão, assim, é potencializada em face da ausência de critérios delimitativos claros e os reflexos dessa problemática são sentidos no pulsar das relações intersubjetivas.

⁸ Cf. Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, *passim*.

⁹ Com percuciência Tobias Barreto pontificou que o direito é um todo orgânico, de forma que “as diferentes divisões a que ele se presta, não desmancham a harmonia do sistema. São resultados da análise, que entretanto ainda esperam a síntese ulterior” (Cf. BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 44).

¹⁰ Importa transcrever o seguinte relanço de Lyra Filho: “somente uma nova teoria realmente dialética do Direito evita a queda numa das pontas da antítese (teses radicalmente opostas) entre direito positivo e direito natural” (Cf. LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. 16ª impr. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 26). Cf. REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. 1. ed. 2ª tir (2012). São Paulo: Saraiva, 1984, *passim*.

Em H. Hart (2009, p. 9-17), encontram-se claras três ordens de dificuldades para a compreensão do Direito, a saber: 1ª estabelecer-se diferença entre a ordem jurídica (ou o direito) das ordens sustentadas por ameaças; 2ª o fato de o direito ser compreendido em termos de moral ou de justiça, sendo a justiça a ideia que o une a moral; 3ª a ideia de que um sistema jurídico consiste inteiramente, ou mesmo principalmente, de normas.

Segundo Hart (2009, p. 19), outrossim, não há como se definir o Direito pelo critério *per genus et differentiam*, normalmente utilizado na definição de seres e objetos, uma vez que a ciência do direito não possui categoria geral, familiar e bem conhecida, assim como não é completamente satisfatório o critério relacionado às normas de comportamento, uma vez que são nebulosos os limites do conceito de norma.

O caminho, diz Hart (2009, p. 22), é compreender as semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral como tipos de fenômenos sociais. Conclui-se, pois, que entender o Direito é entender e relacionar, onde for possível, as categorias da coação, da moral e da norma (direito-coação; direito-moral; direito-norma).

Talvez o problema esteja em que o Direito seja insuficiente, ou seja, por encontrar-se na total dependência de alguma substância na qual possa existir, não existindo *por si e em si*, mas apenas de modo “parasitário”, cumprindo, pois, na vida humana, uma função adjetiva, pois Direito não é a conduta humana, “mas o modo de ser (direito ou torto) desta conduta” (VASCONCELOS, 2006, p. 21).

No entanto, há o outro lado da moeda, que é o Direito Natural¹¹, de modo que “o Direito existente por si mesmo, vê-se claramente, não é o direito positivo, mas aquele que o antecede e que funciona como critério axiológico, como modelo de suas normas” (VASCONCELOS, 2006, p. 26).

De seu turno, Hans Kelsen (2012, p. 33) utiliza outro pressuposto para a conceituação do direito, que é a linguagem¹², a qual tem o condão de levar ao significado da palavra Direito. Kelsen não vê problema em assim proceder, pois para ele todos os povos em todas as épocas usam o termo “Direito” para designar ordem de

¹¹ Aqui avulta clara a condição de superioridade do direito natural em relação ao direito positivo, donde concluir-se que não há insuficiência do Direito em si, mas apenas do direito positivo, posicionando-se o autor claramente em favor da corrente jusnaturalista.

¹² As principais correntes filosóficas contemporâneas que pregam a reviravolta linguística vêm a sustentar que nada existe sem linguagem, sendo a linguagem elemento central, portanto constitutiva do conhecimento (Cf. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, *passim*).

conduta humana, é dizer, Direito é palavra que sempre designará o mesmo objeto, aqui e alhures.

Com efeito, Kelsen (2012, p. 35-36) difere de Hart, ainda, no sentido de atribuir imediatamente ao Direito a característica da coatividade, o que não significa dizer, conforme o próprio Kelsen, “que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar coação física”.

Para Kelsen (2012, p. 37 e 50), portanto, Direito é uma ordem social coativa e é, também, um dever-ser que, por ser obrigatório, adquire objetividade. Para o naturalismo, defendido por R. Dworkin (2010, p. 165), diferentemente, o Direito pode ser formado por princípios da moral política. Dworkin, pois, por forma alguma admitia a separação e a distinção entre Direito e moral, uma vez que conforme entendia estão inexoravelmente em interconexão.

Com o escopo de compreender e conceituar o Direito, Miguel Reale (2011, p. 60) parte da esplêndida definição de Dante, para quem “o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”.

Com isso cria a sua concepção tridimensional, segundo a qual “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 2011, p. 67).

Escrevendo sobre o direito qual compreendido pela tradição romana, porém, Michel Villey (2007, p. 67) critica o fato de àquela época os jurisconsultos romanos reduzirem o direito às regras jurídicas, uma vez que estas apenas o descrevem e, o que é mais importante, de forma incompleta, de modo que o direito, acerta Villey, “é algo que lhes preexiste (*jus quod est*), objeto de pesquisa permanente e de discussão dialética com a qual jamais coincidirão nossas fórmulas”.

Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 24) fala da polidimensionalidade do direito, traduzida nas suas várias dimensões e na impossibilidade de existência de fatos puros, sendo esta realidade, qual evidenciou Herman Heller, o grande erro da teoria de Hans Kelsen que, procurando abstrair e purificar o fenômeno, paradoxalmente criou *teoria jurídica sem Direito e teoria estatal sem Estado*.

Para Vasconcelos, assim, a compreensão do Direito, como obra humana, apenas se dá através das dimensões axiológicas do jurídico, do justo e do legítimo¹³, sendo o Direito uma compartição de liberdades.

O certo, porém, é que não há *Direito puro* no sentido de desapegado dos valores. Noutra viés, o Direito necessita de confiabilidade e segurança. Assim, é mais apropriado considerá-lo como um “sistema aberto,” apto a ser alimentado também por elementos diversos do texto escrito, eis que imediatamente advenientes do evoluir histórico e social.

3 O DIREITO NATURAL

O jusnaturalismo, que estuda o Direito Natural, pode ser dividido em várias correntes filosóficas, existentes em diversos locais e épocas, como, *verbi gratia*, Egito Antigo, Grécia Antiga, Idade Média e Iluminismo. Na contemporaneidade também se distinguem diversas correntes jusnaturalistas, ao que se verá.

Observa-se ao longo desses períodos a ocorrência de algumas mudanças, mas que se deram tão-somente quanto à fonte ou o centro do Direito Natural vertido nas teorias ou esquemas conceituais, passando de Deus (razão divina) para o homem (racionalismo), do místico para o humanístico. A ideia fulcral, que é a justiça, bem como a universalidade¹⁴ e intocabilidade de seus princípios morais, no entanto, permanecem indelévels.

Alf Ross (2000, p. 313), reputado jurista dinamarquês e um dos autores do realismo jurídico escandinavo, movimento vinculado ao positivismo lógico, malgrado fosse crítico da doutrina do jusnaturalismo, afirmou que a filosofia do Direito Natural guarda a justiça como ideia específica do Direito, onde *ipso facto* a justiça está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção.

Com efeito, a passagem da razão divina para a humana como fonte ou sustentáculo do Direito Natural é muito bem ilustrada por Raimundo Bezerra Falcão,

¹³ Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, *passim*.

¹⁴ Para Norberto Bobbio a universalidade é um dos critérios que distingue o direito natural do direito positivo (Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22).

quando em obra recentemente publicada¹⁵ divide as fases jusnaturalistas em antiga (antiguidade e Idade Média) e moderna.

Para o autor em lanço o primeiro momento é marcado pela crença em leis divinas¹⁶, onde o direito natural manteve a função de fundamento do direito positivo (objetivismo), ao passo que no segundo momento, que é de cunho subjetivista, o ser humano deixa de ser passivo receptor de tais normas, adquirindo o direito natural “o caráter de norma humana, posta pela autonomia e atividade do sujeito, livre dos pressupostos objetivos que até então o haviam timbrado” (2014, p. 173-177).

Digno de retrato é o pensamento do pranteado Tobias Barreto (2001, p. 44-47), para quem não existe um direito natural – no sentido de uma entidade formada por um complexo de preceitos *a priori*, descobertos e impostos pela razão –, por si só, com o fito de regular conduta, mas uma lei natural do direito, uma vez que o Direito é produto ou criação humana, assim como a indústria, a arte e a língua. Assim, diz o autor sergipano, o direito natural é histórico, sendo mais apropriado se falar em lei natural do direito.

Nessa esteira, as palavras de Tobias Barreto¹⁷ que se seguem revelam a acidez com que tratava o direito natural tantas vezes evocado como valor supremo e eterno:

Ainda haver quem tome a sério a concepção metafísica de um direito absoluto, independente do homem; ainda haver quem tome a sério os chamados eternos princípios do justo, do moral, do bom, do belo, outros muitos adjetivos substantivados, que faziam as despesas da ciência dos nossos avós é realmente um espetáculo lastimável. (2001, p. 50).

Com efeito, na Idade Média, sob a égide da patrística ou da escolástica, a corrente jusnaturalista, conforme já visualizado, apresentava um direito natural de conteúdo teológico, cujos fundamentos eram a vontade divina, (HELENA DINIZ, 2006, p. 36).

Dizia-se, outrossim, que o direito natural correspondia ao que chamavam de primeiros princípios, a saber, aos deveres morais dos homens para consigo mesmos, para com os outros homens e para com Deus, onde a ordem consistia em buscar-se o

¹⁵ Cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁶ O professor da Universidade Federal do Ceará, Glauco Barreira Magalhães Filho, diz que “o mundo natural e o homem, entretanto, estão sujeitos a leis e, logo, a Deus, em quem tudo tem a sua medida e harmonia”. Em sua obra, tem trabalhado a possibilidade de um direito natural calcado em leis divinas, com Deus no centro do Direito, o que seria uma espécie de restauração dos valores clássicos ao Direito (Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. São Paulo: Editora Mandamentos, 2006).

¹⁷ Questionando a existência do direito natural, o autor afirma que ao conhecedor do direito civil dá-se o nome de civilista, ao do direito criminal, criminalista, e assim sucessivamente. E quanto ao sábio do direito natural, que nome se dá? (*In: op. cit.*, p. 54).

bem e evitar-se ao máximo o mal (HELENA DINIZ, 2006, p. 37). Esses princípios assomariam autoevidentes, universais e permanentes (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 220).

Nessa perspectiva, forçoso é concluir, na esteira de Kant, que qualquer norma que venha a ser legislada seguramente afigura-se como derivação do direito natural, que é os primeiros e universais princípios, e existe independentemente de legislação, obrigando, portanto, *aprioristicamente*.

Nada obstante, nem sempre o direito natural foi reconhecido pelos teóricos como tendo caráter absoluto, no sentido de pertencer à natureza humana, mormente se as vistas se voltarem para o jurista alemão Rodulf Stammler (1856-1938), que criou a teoria do direito natural de conteúdo variável (*Naturrecht mit wechselnden Inhalte*).

Segundo Maria Helena Diniz, Stammler sustentou,

Que o direito natural não pode ser visto como um sistema orgânico de preceitos concretos, validos com caráter absoluto para qualquer povo, tempo e lugar, mas apenas como um critério diretor, que plasme as figuras jurídicas, de acordo com as circunstâncias sociais, ou espaço-temporais, com a tradição histórica (...). Há uma só idéia de justiça (direito natural de conteúdo variável) e inúmeros direitos justos. (2006, p. 44).

Afastando-se das amarras do positivismo, e em manifesta defesa de um Direito de cunho emancipador (e plural), portanto próximo ao que hodiernamente se chama de Direito Natural, Roberto Lyra Filho (2007, p. 10) exarou a seguinte sentença lapidar que bem calha ao propósito deste tópico:

O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas. (...). Diríamos até que, se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade.

Na contramão da evolução até aqui analisada, a restauração do Direito Natural tendo como fonte leis eternas e imutáveis (origem divina) é defendida atualmente por algumas correntes doutrinárias mais conservadoras. É o que se observa do seguinte excerto do professor Glauco Barreira:

A lei eterna, fonte do Direito Natural, é o princípio diretivo presente na razão divina, e, portanto, universal e eterno, pelo qual a Sabedoria Altíssima conduz a totalidade do universo para o fim supremo da criação. As criaturas participam da lei eterna segundo o grau de sua perfeição na escala dos seres. (2006, p. 218).

O autor ainda elenca a possibilidade de interconexão entre razão humana e razão divina, porquanto o Direito Natural, “do ponto de vista objetivo, é um sistema de

valores evidenciados na razão humana na medida em que ela participa da razão divina” (2006, p. 225).

O direito natural, assim, seria composto de princípios orientados por elevada carga moral. Segundo Dworkin, há hipóteses em que os princípios morais devem ser aplicados em detrimento do direito posto (“overturning”). Escolhe-se o melhor direito, o que Dworkin chama de teoria moral.

Em relação às correntes contemporâneas do jusnaturalismo, Santiago Nino (2010, p. 33-34) fala do jusnaturalismo racionalista, que teve origem no movimento iluminista dos séculos XVII e XVIII, e segundo o qual o direito natural não deriva dos mandados de Deus, mas da natureza ou estrutura da razão humana, bem como escreve sobre outras correntes, como a historicista, que pretende inferir normas universalmente válidas a partir do desenvolvimento da história humana e a difundida no século XX na Alemanha, e que se fundamenta na natureza das coisas, no sentido de que “certos aspectos da realidade possuem força normativa e constituem uma fonte de direito à qual o direito positivo deve se adequar”.

Quanto à relação entre os direitos do homem e a filosofia jusnaturalista Norberto Bobbio (2004, p. 35) é claro em dizer que,

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais (...).

O jusnaturalismo, pois, em suma, se caracteriza, em linhas gerais, através de quaisquer de suas correntes, por defender o Direito Natural, ou seja, a existência de leis superiores e o Direito como produto de ideias¹⁸, de tal modo que sempre busca um ideal de justiça e tem como principais pressupostos os valores morais (conteúdo axiológico) e a presença de leis naturais, não escritas, imanentes ao indivíduo. Enfim, estuda a realidade como ela deveria ser.

4 O POSITIVISMO JURÍDICO

A filosofia positivista indiscutivelmente não é ciência recente. Sobremais, tal qual o jusnaturalismo, é dividida pela doutrina em correntes. Citam-se, sem embargo da

¹⁸ Em defesa da ambivalência do Direito Natural, no sentido de Ele também compor-se de conclusões práticas, Glauco Barreira afirma: “em sentido mais abrangente, ou seja, mais sociológico do que casuístico, pode-se dizer que as conclusões são adaptações das exigências de justiça contidas nos princípios às necessidades locais de uma sociedade situada no tempo e no espaço. Assim, as conclusões são uma síntese de razão e experiência; não são uma mera dedução matemática dos primeiros princípios, mas um direcionamento deles para problemas históricos específicos” (*In: op. cit.*, p. 220).

existência de outras, três, a saber: o positivismo legalista, o positivismo historicista ou sociologista e o positivismo psicologista (LYRA FILHO, 2007, p. 30-37).

A legalista volta-se para a lei, que é superior a qualquer outra espécie normativa. A historicista cuida de normas jurídicas não escritas, anteriores a lei, e a sua variante sociológica apresenta-se como um historicismo generalizado, onde se generalizam os costumes, sob o domínio de uma classe. A psicologista, de último, trata o direito como um fenômeno, ou seja, como ele é em si mesmo. Em todas essas variantes, o ponto de chegada é o mesmo ponto de partida: a lei e o Estado (LYRA FILHO, 2007, p. 36).

O positivismo na maior parte das vezes apresenta-se diametralmente oposto ou em rota de colisão ao Direito Natural, como se tais realidades fossem, de natureza, irreconciliáveis, sendo esse um sério problema. Conforme anota Paulo Nader (2003, p. 175),

De um lado os adeptos da filosofia positiva se limitam a ordem do ser, do ordenamento jurídico, e emitem juízos de realidade; de outro, os idealistas que, sem desprezar o sistema de legalidade, refletem na instância ética sobre a ordem suprapositiva e elaboram juízos de valor.

Importante característica impregnada ao positivismo é que o pensamento positivista nega a finalidade do direito, no sentido de que este não é ordenado ao atingimento de fins. Tal radicalismo, contudo, é questionado por Gustav Radbruch, que, utilizando a “metáfora da mesa”, demonstra ser impossível qualquer criação humana destituída de finalidade¹⁹, até porque, pontua, o que de fato caracteriza uma mesa não é ela possuir quatro pernas ou ter esse ou aquele formato, mas sim a finalidade a que ela serve.

Hebert Hart, influente filósofo do direito na modernidade e precursor do desenvolvimento de uma sofisticada teoria sobre o positivismo jurídico²⁰ nos lindes da filosofia analítica²¹, protagonizou grandes celeumas com Ronald Dworkin, que é, por muitos, considerado como arauto do Direito Natural. Tais discussões ajudaram sobremodo à melhor compreensão do Direito e de suas consequências.

¹⁹ No mesmo sentido, Glauco Barreira leciona que “o homem, como tudo que pertence à natureza, tem uma causa final (última) e não apenas uma causa eficiente (mecânica, imediata). Todas as coisas têm o seu *telos* (fim), para o qual se encaminham...” (Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. São Paulo: Editora Mandamentos, 2006, p. 205).

²⁰ Com efeito, H. Hart reconhece ser um **positivista** (Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 317).

²¹ Dizer que a base filosófica de Hart é analítica significa reconhecer a importância da linguagem para a constituição do direito positivo.

Ainda que se afirme, corretamente, que Hart foi um grande defensor do juspositivismo, é inegável que o mesmo não descurou de reconhecer a influência da moral no Direito. O que negou, e isso avulta muito claro em sua obra, foi a obrigação moral de se obedecer a lei, bem como a necessidade do direito se conformar à moral ou à justiça.

Não sem razão, após ter sido injustamente acusado por Dworkin, asseverou sem detença que,

Não se pode negar, em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas (...) por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. (2007, p. 239).

Na linha do positivismo, Hart (2009, p. 10) entendia que dizer que “uma lei injusta não é uma lei soa tão exagerado e paradoxal, ou mesmo falso, quanto a declaração de que as leis criadas pelo legislativo não são leis, ou o direito constitucional não é direito”.

Com efeito, Hans Kelsen (2000, p. 625), inobstante defensor do positivismo e autor da teoria pura do direito, não foi de todo contrário ao jusnaturalismo, muito embora aceitasse a existência do Direito Natural apenas como um mínimo transcendental, em conformidade com a lógica metafísica de Kant.

Para os positivistas em geral a definição do direito positivo não deve incluir elementos morais, ou seja, defende-se a separação radical entre o direito e a moral, eis que, insistem, não existe “conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser” (ALEXY, 2011, p. 3).

Assim é que o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como valor, o definindo como coação e o dotando de comando de imperatividade (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

Mais recentemente, contudo, tem se falado de um positivismo aberto à moralidade, que seria uma espécie de linha intermediária de positivismo, onde estão o *positivismo incorporacionista* de Coleman, o *positivismo inclusivo* de Waluchow, o *positivismo ético* de Peces-Barba, o *positivismo crítico* de Ferrajoli e o *constitucionalismo positivista* de Prieto Sanchís (VALE, 2007, p. 73-74).

Falando sobre o positivismo como ciência da legislação positiva, Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 33) assevera que a ideia expressada por tal fórmula pressupõe a

concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa, de modo que “su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley”, o que leva, por conseguinte, a uma atividade judicial de pura e simples busca da vontade do legislador. O juiz, aqui, seria “a boca da lei”.

O juspositivismo, pois, em suma, se caracteriza, em linhas gerais, através de quaisquer de suas correntes²², por defender o direito positivado, ou seja, a existência de leis postas, como produto da ação humana, daí ser empírico-cultural, tendo como pressupostos o próprio ordenamento jurídico-positivo e a presença de leis formais, escritas. Enfim, estuda a realidade tal qual ela é.

5 O DIREITO COMO: NORMA-REGRA E NORMA-PRINCÍPIO

Num ponto acordam autores como Virgílio Afonso da Silva, Humberto B. Ávila, Marcelo Neves, Paulo Bonavides, J. J. Canotilho, R. Alexy e R. Dworkin, a saber: regras e princípios²³ são realidades diferentes²⁴. A controvérsia reside quanto às características (alguns convergem entre si, outros divergem visceralmente) e as classificações que referidos autores, dentre outros de igual nomeada, em maior ou menor medida, atribuem a tais espécies normativas²⁵. A norma-princípio, ressalte-se, é dotada de valor e com isso aproxima o Direito do jusnaturalismo.

Nesse sentido, a maior crítica que R. Dworkin, por exemplo, fez a Hebert Hart (2009, p.334-339), conforme já visto, é a de que, segundo entendia, este superestimou o positivismo jurídico, reduzindo o Direito à regra de tudo ou nada, com desprezo dos princípios jurídicos, ou seja, da justiça.

²² Para R. Dworkin, com a percuciência que lhe era costumeira, o esqueleto do positivismo é sempre o mesmo, só a carne é que “é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a reorganizar os ossos”. As diferentes versões diferem apenas quanto à origem de cada regra, que é o que ele chama de teste fundamental de *pedigree* para aferir se determinada norma é ou não uma regra (Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 29).

²³ Para Paulo Bonavides a ideia de princípio deriva da linguagem da geometria e designa verdades primeiras (Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 255).

²⁴ Pequena ressalva encontra-se na recente obra publicada por Eros Roberto Grau, onde o autor advoga que os princípios seriam espécie do gênero regra (Cf. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104).

²⁵ Segundo R. Alexy, os princípios, assim como as regras, podem ser formulados a partir das expressões deontológicas básicas (dever, permitir e proibir), pois são “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” (Cf. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87).

Com efeito, Hart (2009, p. 335-339) reconhece que de fato abordou a questão dos princípios apenas superficialmente, porém deixa claro, em sua defesa, que admite a existência dos princípios e que a diferença destes para as regras é uma questão de grau, pois os princípios seriam divididos em graus e que não ocorreria com as regras.

Virgílio Afonso, que não vê a diferença como sendo de grau, segue *in totum* a linha de pensamento de R. Alexy (2012, p. 87), para quem a diferença pode ser efetuada pelo critério da generalidade, pelo qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”²⁶.

De acordo com Alexy (2012, p. 90-91), o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios radica-se em que estes são mandados de otimização²⁷, pois “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. De modo que, para R. Alexy, em síntese, a diferenciação entre regras e princípios é uma diferenciação qualitativa e não uma diferenciação de grau²⁸.

R. Dworkin (2010, p. 39) firma que, dado um fato concreto, ou uma regra é válida e incide sobre ele, ou é inválida e, dessarte, não incide²⁹, de forma que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (*an all or nothing*). Dworkin (2010, p. 42-43), outrossim, aponta outra distinção existente entre regras e princípios, e nesse ponto conflui aos pensamentos de Alexy e de Virgílio Afonso, pois segundo pontua “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”, ao passo que as regras não são depositárias dessa dimensão, uma vez que “são *funcionalmente* importantes ou desimportantes”.

²⁶ Para R. Alexy separar regras de princípios é de suma importância, pois “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (*op. cit.*, p. 85).

²⁷ Tal ocorre porque são caracterizados “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (Cf. R. Alexy, *idem*, p. 90).

²⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 170, onde reafirma a tese sustentada por Dworkin de que a diferença entre regras e princípios não é uma distinção em graus.

²⁹ Para R. Dworkin, por exemplo, se a regra estabelece que um testamento deve ser assinado por três testemunhas e se “a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas” (Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40).

Para Dworkin, portanto, na análise do caso concreto, quando do intercruzamento³⁰ de princípios, seguramente um princípio terá maior peso³¹ que o outro e deste modo será aplicado para a resolução do problema sem anulação do preterido, que em outra situação poderá sem problemas ser evocado e utilizado, ao passo que quando tal se dá com regras, não se está a falar do mesmo sistema de regras, mas de que uma, por importar mais que a outra, suplanta esta outra³².

De modo que o conflito entre as regras se daria no plano abstrato, resolvendo-se pelo critério da validade das normas, e o entre princípios³³ no plano concreto, resolvendo-se pela técnica da ponderação ou sopesamento (ÁVILA, 2013, p. 57).

Nesse trilhar, afirma Virgílio Afonso (2003, p. 626) que “tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico”.

Contudo, há uma alternativa à referida tese, segundo a qual a diferença entre regras e princípios é de grau (generalidade, abstração ou fundamentalidade) e não de peso (*dimension of weight*), e essa alternativa, segundo o professor Virgílio, é defendida, dentre outros, por Humberto B. Ávila. Adrian Sgarbi (2007, p. 241), autor de importante obra na qual versa sobre o tema, igualmente, abraça essa tese.

Analisando referida distinção classificatória, Virgílio Afonso (2003, p. 630) afirma que costuma-se ensinar, mormente no Brasil, que os princípios são as normas mais fundamentais do sistema e as regras a concretização desses princípios, tendo as regras caráter meramente instrumental (Canotilho, José Afonso, Jorge Miranda e Luiz R. Barroso).

³⁰ R. Alexy, em sua obra, esclarece que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras” e prossegue em que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”, ao passo que diante de uma colisão entre princípios, “o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido, um dos princípios deve ceder” (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 92-93).

³¹ O que não deixa de ser uma análise acerca da sua maior importância frente o(s) outro(s).

³² Reconhece Dworkin, contudo, que “às vezes regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma” (Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 44).

³³ Sobre a necessidade de convivência e harmonia entre os princípios, Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 14-17.

O autor esclarece que o problema não está nas propostas em si, mas sim na interpretação que às mesmas se dá, pois por vezes uma proposta é defendida sob o fundamento da outra.

Para a proposta de Alexy, afirma Virgílio³⁴, o princípio nada diz com fundamentalidade, podendo ou não ser um mandamento nuclear do sistema. Diverso é o entendimento de Ávila, o qual é no Brasil o capitaneador da proposta segundo a qual a diferença entre regras e princípios reside em que estes possuem elevado grau de abstração comparativamente àquelas, de maneira que as regras igualmente aos princípios passam por processos interpretativos, não havendo que se falar em “tudo ou nada” para elas³⁵.

Com efeito, as obrigações trazidas pelas regras não podem ser tidas como absolutas, uma vez que são passíveis de superação por razões contrárias, que a própria regra superada ou outra existente no ordenamento não previu (ÁVILA, 2013, p. 50). É o que ocorreu, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu por não punir um indivíduo acusado de estupro de vulnerável quando, ao analisar as circunstâncias do caso concreto, decidiu, a partir de conexões axiológicas, pela inexistência do delito, excluindo, pois, a absolutização da uma regra por razões a ela contrárias e a ela sobrepostas (ÁVILA, 2013, p. 49).

De fato Humberto Ávila é autor que pensa diferentemente, chegando mesmo a criticar os critérios de distinção entre regras e princípios estabelecidos por Alexy. Diz Ávila (2013, p. 57) que “não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”.

O que Ávila sustenta é que o conflito entre regras, assim como o conflito entre princípios, pode, em algumas situações, ser resolvido no plano concreto aplicando-se a técnica do sopesamento³⁶.

³⁴ O autor deixa sobremais claro que “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro* e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição” (*op. cit.*, p. 6-9). Diferente é o entendimento de F. Müller, para quem “a estrutura material do âmbito normativo transcreve, entre outras coisas, também o valor a ser concretizado” (Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann et al. São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 2008, p. 248).

³⁵ Contudo, esse posicionamento é criticado uma vez que sendo a norma diferente do texto normativo, o que se interpreta não é a norma, mas sim o texto, sendo a norma o resultado da interpretação dada ao texto. O resultado da interpretação pode ser uma regra ou um princípio. Sendo uma regra, ela se aplica de imediato. Sendo princípios, todavia, antes da aplicação há o processo, que lhe é exclusivo, do sopesamento, cujo objetivo é evitar possíveis colisões (Virgílio, *op. cit.*, p. 632-634).

³⁶ Após dar alguns exemplos reveladores de casos concretos onde há efetivo sopesamento entre regras e não exclusão de uma delas ou mesmo aplicação de cláusula de exceção, Humberto Ávila conclui dizendo

Refutando os argumentos contrários ao seu pensamento, Ávila (2013, p. 60-61) avalia que as exceções atribuídas às regras são semelhantes à dimensão de peso dos princípios, no que é criticado por Virgílio (2003, p. 638). Adrian Sgarbi (2007, p. 243), ao discorrer sobre as correntes da distinção forte e da distinção fraca entre princípios e regras, afirma que os signatários da separação fraca admitem que as regras também são passíveis de ponderação quando aplicadas.

Sobre a ponderação entre princípios, Eros R. Grau (2013, p. 23) afirma que esta técnica muitas vezes gera incerteza e insegurança jurídica. Ávila (2013, p. 64) não se conforma ao entendimento de que apenas os princípios são ponderados, onde afirma que “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”.

Nesse ponto, contudo, procede a observação de Virgílio (2003, p. 632-634), mormente quando afirma que em algum ponto de seu pensamento Ávila desconsidera a distinção entre texto e norma³⁷, pois de fato o texto é o que é interpretado e dessa interpretação é que resulta a norma.

E, com efeito, a inexistência de critério de diferenciação entre texto e norma³⁸ por parte de Ávila (2013, p. 65) parece ficar clara quando afirma que,

A dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância.

F. Müller (2008, p. 196), criador da teoria estruturante do direito, a propósito, muito apropriadamente assevera que,

O direito não se apóia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística. O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal.

Evidencia Marcelo Neves (2013, p. 178-179) que “a rigor, os textos em si (significantes) ainda não constituem direito, cuja formação depende das normas

que “o modo de aplicação das regras, portanto, não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e de argumentos” (*op. cit.*, p. 59).

³⁷ Registre-se, porém, que em nota de rodapé Virgílio deixa claro que Ávila ignora a distinção entre texto e norma apenas no que diz com a sua aplicação para a distinção entre regras e princípios (*op. cit.*, vide nota de rodapé n.º 35, p. 633).

³⁸ Ensina Canotilho que o texto da norma é o sinal linguístico, ao passo que a norma é o que se revela ou designa (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1218).

vinculantes que lhes são atribuídas na relação entre instância de produção institucional e instância de sua construção hermenêutica”.

Adrian Sgarbi (2007, p. 226) afirma que “os teóricos do direito estabelecem, dentro do plano normativo, uma distinção, hoje muito debatida, entre normas (ou normas-regra) e princípios (normas-princípio)”. De plano percebe-se que o autor confunde os conceitos de norma, regra e princípio³⁹. H. Hart (2009, p. 335-337), de seu turno, também analisa normas como sendo as regras e os princípios como não pertencentes à categoria das normas.

Em J. J. G. Canotilho (2003, p. 1255), cuja visão se assemelha a de Alexy, tem-se que regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção” e princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”.

Para Eros Grau (2013, p. 22), cujo pensamento é próximo ao de H. Ávila, “princípio é um tipo de regra de direito” e “a afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice”.

A recente visão de Grau (2013, p. 104-105), portanto, é a de que regra é gênero, do qual princípios (implícitos e explícitos) e regras *stricto sensu* são espécies, de onde resulta que “os princípios são espécie do gênero regra” e os “critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores”, no que é acompanhado por Ávila (2013, p. 72), máxime quando este afirma que “diante das circunstâncias do caso concreto, qualquer norma termina por assumir uma formulação hipotética. Toda norma seria uma regra”.

Diferentemente, Paulo Bonavides (2006, p. 288) sustenta que, “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

A partir da teoria estruturante do direito, F. Müller estabelece peculiar distinção entre regras e princípios. Para Müller, não há que se falar em sopesamento como método de aplicação do direito, uma vez que a norma é resultado do confronto com os fatos (VIRGÍLIO, 2003, p. 626). A norma jurídica de Müller, que surge apenas

³⁹ Inobstante, mais a frente, acentua que “o discurso jurídico atual tem apresentado convergência no sentido de serem os princípios normas, mas normas que apresentam certas peculiaridades caso confrontadas com as normas que não são princípios” (Cf. Adrian Sgarbi, *op. cit.*, p. 227).

no final do processo de concretização, pois, não se submete à ponderação (NEVES, 2013, p. 186).

Defensor do pluralismo jurídico e do direito dúctil, portanto adaptável às múltiplas e cambiantes situações da vida em sociedade, Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 17) fala da pluralidade de princípios – como resultado da passagem do Estado de Direito legislativo para o Estado constitucional – e da necessária concordância prática entre eles quando da resolução dos conflitos, onde avulta clarividente que o Direito não é feito unicamente de regras ou de leis.

Para este trabalho, no qual se defende um pluralismo jurídico que leva a consideração do Direito como uma teoria ou esfera da totalidade, a tese de Humberto Ávila calha com perfeição, uma vez que este autor trabalha o Direito, assim como Zagrebelszy, sob a perspectiva da ductilidade, desenvolvendo a categoria dos postulados normativos como *motes* orientadores de aplicação das regras e dos princípios, o tornando maleável para o trato das questões sociais relevantes.

6 O PLURALISMO JURÍDICO

Pluralismo é termo substantivo que designa pluralidade; o que não é único; diversidade; várias ideias; ou várias formas de pensar uma mesma ideia. Sendo jurídico, significa, de um lado, a admissão de pluralidade de sistemas (jurídicos, morais, religiosos, etc.) e, do outro, uma visão polarizada e aberta do Direito, tudo em meio a uma ordem Estatal delimitada.

Diferentemente do monismo jurídico, pelo qual Direito, Lei e Estado são uma só e a mesma coisa e onde há apenas um sistema aceitável no interior de uma ordem jurídica, confundindo-se governo e poder (em excesso), sendo propínquo ao totalitarismo, o pluralismo jurídico admite a existência de vários sistemas ou instituições, sendo o direito variado, pois as suas fontes também o são.

Com efeito, o professor Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 244) faz acerba crítica ao monismo jurídico, que conforme visto reduz o Direito à lei, afirmando que este, diferentemente do pluralismo jurídico, “subtrai-se a possibilidade de apresentar uma verdadeira teoria da justiça e da legitimidade”.

Sobre o monismo jurídico, diz Vasconcelos (2000, p. 243) que o “monismo implica a doutrina do primado da lei em sua forma mais ortodoxa”, pois sua doutrina identifica o Direito com *Direito positivo estatal*, o que leva a redução do Direito ao Estado, qual o fez Hans Kelsen.

Para Vasconcelos (2000, p. 244) o pluralismo jurídico, ao contrário, cerca-se de características superiores, pois nele “o Direito não se identifica com o Estado; existe Direito sem Estado e até mesmo Direito positivo equivalente a Direito estatal, podendo aquele, circunstancialmente, situar-se em oposição a este. Abre-se, assim, a perspectiva da justiça e da legitimidade”.

Hans Kelsen (2012, p. 352), que pregou a ligação entre Estado e Direito, afigura-se como forte nome defensor do monismo jurídico. De modo que Kelsen pugna pela superação do dualismo Estado e Direito, advogando que

Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coercitiva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no fato de o conhecimento hipostasiar a unidade (...), por ele mesmo constituída, do seu objeto.

Assim, Kelsen (2012, p. 353) afirma que a necessária identificação do Estado com o Direito, ou seja, o reconhecimento de que o Estado é uma ordem jurídica, é o pressuposto da verdadeira ciência jurídica, pois “todo Estado é uma ordem jurídica”.

Em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen, no mesmo caminho, desenvolve importante argumento que conduz a defesa do monismo jurídico, criticando, destarte, o pluralismo jurídico.

Para Kelsen (2000, p. 263), pois, o monismo é inevitável e significa identificar Estado e Direito, onde esclarece que “como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de Estado é a sua ordem jurídica”.

De acordo com Brian Tamanaha (2008, p. 390), o pluralismo jurídico começou a merecer a atenção dentro da academia na década de 1970, e nesse contexto referia-se principalmente à incorporação ou reconhecimento de normas do direito consuetudinário dentro da lei estadual. Para o autor, no final dos anos 80 o pluralismo jurídico passou a ser o centro dos estudos, sendo tema central à reconceituação da relação lei/sociedade e o conceito chave de uma visão pós-moderna do Direito, de modo que sua popularidade tem se espalhado, penetrando na ciência política e na filosofia legal, dentre outras⁴⁰.

Norberto Bobbio identifica o pluralismo jurídico com a pluralidade de ordenamentos, como também pela diversidade de sistemas. Para Bobbio (1995, p. 162) o monismo jurídico teria uma ideia universalista, no sentido de que existiria um só

⁴⁰ Com efeito, o autor também defende o pluralismo em termos de ordem jurídica internacional, admitindo a coexistência de ordenamentos jurídicos no plano internacional.

ordenamento jurídico, sendo este universal, ao passo que o pluralismo jurídico, diversamente, admitiria ordenamentos jurídicos diversos.

Com base nessas ideias, Bobbio (1995, p. 162) admite que o pluralismo jurídico percorreu duas fases distintas. A primeira, de caráter estatalista, porquanto há “não apenas um, mas muitos ordenamentos jurídicos, porque há muitas nações, que tendem a exprimir cada uma num ordenamento unitário a sua personalidade”. Há, aqui, como que uma fragmentação do direito universal em direito particulares.

A segunda fase é chamada por Bobbio (1995, p. 163) de institucional, e nela o pluralismo jurídico

Significa não somente que há muitos ordenamentos jurídicos (mas todos do mesmo tipo), em contraposição ao Direito universal, mas que há ordenamentos jurídicos de muitos e vários tipos. Chamamo-lo de institucional porque a sua tese principal é a de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo social organizado.

Carlos Wolkmer assume uma postura de cunho militante, no sentido de entender um pluralismo jurídico que de forma engajada leve em conta os fatores sociais e políticos, não se confundindo (o pluralismo) com a mera pluralidade de ordenamentos jurídicos. Nesta senda, o autor fala de um “novo” tipo de pluralismo, de características participativas.

Segundo afirma o autor, “trata-se da compreensão do pluralismo como marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído e como expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa histórico-social” (2001, p. 170).

Para o professor catarinense, que também encara o monismo jurídico sob outro ângulo,

Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de monismo, a formulação teórica e doutrinária do pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. (2001, p. 172).

Em postura inovadora, defende Wolkmer (2001, p. 219) que o pluralismo jurídico há de ser designado como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades, materiais e culturais”.

Vistos os conceitos fundamentais, forçoso é concluir, a esta altura da pesquisa, que o pluralismo jurídico é aqui defendido como *conditio sine qua non* à consideração do Direito como uma dimensão do total, ou seja, como a esfera que abarca

todas as [mais relevantes] multicircunstâncias do mundo vivido (*jurisdicizando-as ou sendo por elas jurisdicizado*), caindo por terra, destarte, a tese segundo a qual é direito unicamente o que está escrito, assim como a que diz que o direito é composto apenas de princípios imutáveis e universais.

7 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA

Vê-se, portanto, que não há mais como subsistir a vetusta dicotomia⁴¹ entre direito natural, de um lado, e direito positivo, do outro, como se se tratassem de realidades antagônicas e incapazes do coexistirem; como se o Direito, ou fosse o positivado, ou fosse o natural, sendo um melhor ou superior que o outro. É incabível negar os princípios e a moral como elementos constitutivos do Direito, até porque direito e moral estão no mesmo campo, que é o da ética.

Como diz o professor Glauco Barreira (2006, p. 223), “o direito positivo, tendo por fundamento o direito natural, é um instrumento de reformas sociais orientadas para a Justiça, mas não sem luta, quer seja esta para a afirmação de direitos humanos, quer para a sua correta interpretação”.

Com o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, o leque de direitos foi ampliado, o que levou a positivação nos Estatutos Fundamentais de valores morais, que são os direitos fundamentais⁴². Assim, pode e deve haver coexistência entre as regras e os princípios, ou seja, entre o direito positivo e o direito natural, como consequência da positivação de princípios de justiça material.

Durante muito tempo os princípios foram relegados à condição de inferioridade, com juridicidade praticamente nula. Esse quadro, contudo, tem mudado nos últimos tempos. É o que diz Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 93) na seguinte passagem:

El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho.

⁴¹ Sobre a existência dessa controvérsia, a qual é neste trabalho considerada infértil e, portanto, desnecessária, inclusive superada, H. Hart já falava no século passado (Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 240).

⁴² Segundo Luiz Roberto Barroso, houve, a partir da Constituição de 1988, o que chama de “constitucionalização abrangente de direitos”, a qual, aliada a maior conscientização por parte da população e a ampliação do leque de legitimados para propor ADIN’s, levou, nos últimos tempos, a u’a exacerbada judicialização do Direito (Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB: n. 4, jan.-fev, 2009, *passim*).

É indubitável que a experiência jurídica ocorre pela dialética, com abertura para a complementaridade entre as espécies normativas, onde nessa seara a atividade do julgador é de acentuada importância, não cabendo se falar, pois, em mútua exclusão das formas através das quais nasce o fenômeno jurídico, muito embora ainda se discuta e se defenda refratariamente a existência de correntes antagônicas, uma em prol da lei e das regras, e a outra em favor da moral e dos princípios, quando a unidade é que deveria prevalecer.

Nesse sentido, as inolvidáveis e proféticas lições de Miguel Reale, posto que subministradas no longínquo ano de 1979, vazadas nos seguintes termos:

Por tais motivos penso que é somente mediante uma dialética aberta, tal como a dialética de complementaridade – a qual não incide no erro de identificar contrários e contraditórios – que nos será possível compreender a experiência jurídica em toda a sua amplitude, levando em conta, numa correlação essencial, o que nela se apresenta como experiência espontânea e como experiência reflexa, compondo-se os modelos do direito com a vida mesma do direito. (1984, p. 57).

Com acurada sensibilidade e no mesmo trilhar, Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 231) observa que o Direito positivo não é completo, uma vez que participa concomitantemente do mundo da natureza e do mundo da cultura, pertence à esfera física e à esfera dos valores absolutos, está entre o ser e o dever-ser⁴³.

Em Dworkin (1982, p. 167-168), o naturalismo avulta como uma teoria fundamental, a qual orienta o juiz para a resolução, de maneira criativa, dos casos concretos que lhe são submetidos, nos mesmos moldes, por exemplo, de um grupo de romancistas responsável por escrever uma novela. Mas sustenta uma criatividade com limites, pois os casos preteritamente julgados (*going on as before*) impõem limites ou cadeias às decisões criativas do julgador, ainda que este julgue orientado pelo direito natural e com fulcro no direito positivo.

Outra questão não menos importante, que se coloca, é a de se o direito positivo impõe limites ao direito natural ou se este pode ser invocado, *isoladamente do direito positivo*, pelo juiz ao resolver um caso concreto. O neoconstitucionalismo (ou pós-

⁴³ E prossegue o autor, para quem imperatividade e coatividade são, em verdade, pseudocaracterísticas da norma jurídica, em que: “o resultado é que a norma de Direito positivo, por si, não obriga a coisa nenhuma. Não adianta querer torná-la auto-suficiente pela força do imperativo ou pela ameaça da coatividade, as quais carecem das virtudes do sentimento jurídico. A norma obriga, não simplesmente porque é válida, mas porque contém valor. Obriga por ser justa e por ser legítima. A razão última da obrigatoriedade da norma jurídica não é de caráter científico, porém de caráter filosófico. Não provém de dentro do Direito positivo, como pretendem os positivistas, mas de fora dela (Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 231).

positivismo, na esteira de Alexy, Dworkin e Zagrebelsky), consoante se espera, pode resolver a problemática aventada.

Nessa toada, os preceitos normativos que assumem a estrutura de princípios e valores são dotados de ambivalência, de vez que ou são de natureza essencialmente moral ou admitem ao intérprete o recurso à moral para definir seus significados, conteúdos e alcances, sem o desprezo da lei e das regras.

Com efeito, que fez o Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da ADI 4277 e da ADPF 132, ao dar interpretação legitimadora ao artigo 1.723 do Código Civil, para usar as palavras da Min. Carmen Lúcia, senão admitir a coexistência entre o direito positivo e os valores morais imanentes ao momento social vertente, e assim autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva), gerando-se no seio do ordenamento jurídico pátrio uma nova entidade familiar originariamente não prevista pelo legislador constituinte?

Nesse diapasão, escreve Santiago Nino (2010, p. 18) que há várias teses que sustentam a associação entre o direito e a moral, como a de que os juízes devem se negar a aplicar normas jurídicas que contradizem radicalmente princípios morais ou de justiça fundamentais e, qual o fez o STF na mencionada decisão, a que sustenta devam os juízes recorrer a normas e princípios morais para solucionar questões que não estejam claramente resolvidas pelas normas jurídicas.

Tal realidade demonstra haver perfeita conexão entre o sistema normativo jurídico e o sistema normativo moral, sendo o Direito, a partir da teoria da totalidade, a esfera conglobante.

Para Dworkin, o direito natural é composto de princípios, subjacentes à lei (direito positivo), os quais não dependem de positividade. Abrem-se, pois, nesse conspecto, as portas ao julgador para inserir em seu *decisum* argumentos e fundamentos *extra legem*, sem que haja qualquer afronta ao Direito, dê que conformes à moral.

Em caso de lacuna, o direito natural tem o condão de integrar a ordem jurídica normativa, hipótese jamais admitida por Hans Kelsen. Segundo Brain Bix (2010, p. 223), Dworkin argumenta de modo a autorizar os juízes a decidirem os casos concretos tornando a Lei (escrita) mais coerente, preferindo interpretações que façam a lei como um produto da visão moral.

Convém ressaltar, por esse trilhar, que Dworkin⁴⁴ sustenta a tese da integridade, através da qual afasta a tese positivista da separação entre Direito e moral, vindo a adotar um conceito de moralidade da qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver, sobretudo, os casos difíceis.

Conforme Dworkin, o direito natural é formado por princípios que são valores morais. A oposição existente entre direito positivo e direito natural gravitaria no fato de ser o primeiro uma ordem estatal escrita e coativamente imposta (Kelsen), não podendo ser suplantado por voluntarismo do julgador, ao passo que o último (direito natural) pode fazer parte da ordem imposta, mas não necessariamente o fará, havendo a possibilidade de ser aplicado ainda que contrarie o direito posto (Dworkin).

Qualquer dificuldade que se apresente tem sido paulatinamente sanada a partir da positivação dos direitos fundamentais, bem como pela maior liberdade de interpretação dos direitos conferida ao julgador. Propugna-se por uma aplicação mais elástica da equidade, pela qual os rigores da lei, mormente a ignominiosa, são feridos e a justiça do caso concreto é exaltada.

Contudo, a ingente atividade do legislador no sentido de revogar dispositivos legais e positivar princípios morais socialmente aceitos, mas com aqueles discordantes, afigura-se como uma possível solução para o impasse⁴⁵. A despeito dessa válvula de escape, percebe-se em Dworkin a manifesta possibilidade de coexistência entre os direitos natural e positivo, sendo essa, sobremais, uma realidade hodiernamente.

8 CONCLUSÕES

Com efeito, afigura-se inegável a importância do direito positivo, das leis e das regras. Até porque, conforme diz Humberto Ávila (2013, p. 122), as regras “devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade”.

Nesse sentido, o trabalho buscou realçar a necessidade de interação entre o direito positivo e os valores morais, entre as regras e os princípios, entre a lei e o poder criativo do julgador, o qual, ao decidir os casos que se lhe são apresentados, não pode prescindir da dimensão axiológica do Direito.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. United States of American: Harvard University Press, 1986, *passim*.

⁴⁵ Em tal hipótese estar-se-á ante a positivação dos valores morais, o que é de todo possível e até desejável.

Como bem afirma Paulo Bonavides (2008, p. 219), o Estado de Direito é Estado de Justiça e não meramente um sistema de leis, uma vez que as leis podem ser injustas e, por igual, severas de mais ou opressoras, de modo que o Estado justo é o feito conforme à lei e à Constituição, à legalidade e à constitucionalidade, pelo que “o Direito é justo porque é legítimo” e “só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima”.

De tal forma que não é mais cabível, sob qualquer hipótese, confundir Direito com lei ou com Estado ou, em última análise, reduzi-lo aos princípios. Com isso, perde sentido a antiga dicotomia existente entre direito positivo e direito natural, pois o Direito, em sua totalidade, qual visto e defendido ao longo do estudo, se faz sentir através de uma dialética superadora, que envolva e não exclua tais realidades.

De acordo com Carlos Wolkmer (2001, p. 304), o pluralismo jurídico pode servir como estratégia de uso alternativo do Direito, “operacionalizada por magistrados no exercício da função judicial e de inegável expansão no meio de produção, interpretação e aplicação jurisprudencial”.

Para além dessa perspectiva de pluralismo jurídico desenvolvida por Wolkmer, que como visto se mostra patentemente contrária ao Direito enquanto instrumento de dominação, ou seja, tendo como fonte exclusiva o Estado, abrindo espaço para fontes normativas não estatais ou alternativas igualmente legítimas, daí ser plural, mas sem, contudo, desprezá-la, já que relevante, o presente trabalho buscou abrir novos canais ao estudo do pluralismo, o analisando, portanto, sob o viés de que serve como instrumento fomentador da superação da ideia de Direito como sinônimo de lei formal, possibilitando o advento do *Estado Constitucional de Direito* e deste modo gerando a positivação de valores, sem embargo de facultar ao julgador o poder de julgar fundamentado em princípios morais não necessariamente positivados, porém reinantes em um dado momento histórico no seio da sociedade.

Apreende-se em Bobbio (2006, p. 171), a propósito, que o poder judiciário não é uma fonte principal do direito, o que não impede o juiz de pronunciar decisões pautadas pela equidade⁴⁶, portanto em um juízo que não aplica normas positivadas. No juízo de equidade, aqui defendido para algumas situações, o magistrado decide

⁴⁶ Escreve Bobbio que no juízo de equidade “a fonte formal do direito é o juiz, que explica o seu poder normativo mediante sentenças dispositivas, entendendo-se por este termo as sentenças que determinam autonomamente uma relação jurídica particular, que resolvem discricionariamente um conflito de interesses, que dispõem a disciplina jurídica para o caso concreto com uma solução particular não baseada numa norma preexistente geral” (Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 175).

aplicando normas de direito natural (BOBBIO, 2006, p. 172), o que não significa que deva subverter a lei.

Apenas no pluralismo as portas para a convivência entre o direito positivo e os valores morais são abertas e nessa perspectiva não se cogita de superioridade de um face ao outro, pois estão, reitere-se, em constante complementaridade.

Restou demonstrado, com forte nos ensinamentos de Gustavo Zagrebelsky, que a positivação de valores ou direitos fundamentais provocou a força normativa das constituições. É o que se chama de neoconstitucionalismo, que também pode ser entendido como uma das facetas do pluralismo jurídico, uma vez que não apenas a lei tem normatividade, mas também as disposições constitucionais (princípios e valores morais), sendo o sistema, portanto, plural e não uno.

Conforme Zagrebelsky (2011, p. 34), grande nome do pós-positivismo moderno, “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.

Portanto, o pluralismo jurídico nasce não apenas do consenso e da possibilidade de um direito alternativo, de fontes paraestatais, mas também da dialética entre o direito posto e o sentimento de justiça que impera nas consciências dos cidadãos e que muito se aproxima – se é que não se identifica – do Direito Natural, resultando dessa dialética o Direito como *esfera do total*.

9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Conceito e validade do direito**. 1. ed., 2ª tir. São Paulo: Editora WMF, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB: n. 4, jan.-fev, 2009.

BIX, Brian. **Natural Law Theory**. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria C. C. L. dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos N. Coutinho. Nova ed. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Law's empire**. United States of American: Harvard University Press, 1986.

_____. **Natural law revisited**. University of Florida Law Review, 1982, v. XXXIV, n. 2.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITER, Brian. **Why Legal Positivism (Again)?**. In: **Public Law and Legal Theory Working Paper**. N.º 442. Chicago: September 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. 16ª impr. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. São Paulo: Editora Mandamentos, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann et al. São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NINO, Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; 10ª tir., 2011.

_____. **Direito natural/direito positivo**. 1. ed. 2ª tir (2012). São Paulo: Saraiva, 1984.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito (Primeiras lições)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n.º 1, 2003.

TAMANAH, Brian. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. *Sidney Law Review*. 30(375), 2008, p. 375-411.

VALE, André Rufino do. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 09 – jan./jun. 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.