

A AUTORIDADE DO DIREITO: PODER E INTERPRETAÇÃO

Lucas Fucci Amato*

RECEBIDO EM:	19.9.2022
APROVADO EM:	17.10.2022

L'AUTORITÀ DEL DIRITTO

- **ASTRATTO:** Questo articolo analizza come la teoria del diritto contemporanea affronti le sfide legate all'incertezza dell'interpretazione giuridica e al conseguente controllo del potere giurisdizionale. Da un lato, si osserva come l'interpretativismo contemporaneo riprenda la matrice giusnaturalista del pensiero giuridico, che considera il diritto esercizio della ragione pratica e incarnazione di un ordine morale non arbitrario, ma basato su una determinata gerarchia e unità di valore. Dall'altro, si rileva la specificità del progetto positivista di considerare il diritto come decisione di una autorità: nato da un movimento storico di positivizzazione dei diritti naturali attraverso le rivoluzioni liberali che conducono a visioni formalistiche dell'interpretazione, il positivismo si oppone al formalismo e sostiene la costruzione di teorie analitiche e realistiche. All'incrocio tra queste due matrici del pensiero giuridico occidentale, si osserva l'emergere oggi di un formalismo giuridico rinnovato e selettivo.
- **PAROLE CHIAVE:** Ermeneutica giuridica; Teoria del diritto; Filosofia del diritto.

* Professor associado no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP, com estágio doutoral na Harvard Law School e estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford. E-mail: lucas.amato@usp.br

· LUCAS FUCCI AMATO

- **RESUMO:** Este artigo pretende mapear como a teoria do direito contemporânea lida com os desafios relacionados à indeterminação da interpretação jurídica e ao consequente controle do poder jurisdicional. De um lado, observa-se quanto o interpretativismo contemporâneo retoma a matriz jusnaturalista do pensamento jurídico, que considera o direito exercício da razão prática e corporificação de uma ordem moral não arbitrária, mas lastreada em certa hierarquia e unidade de valor. De outro, nota-se a especificidade do projeto positivista de observação do direito como decisão da autoridade: nascido a partir de um movimento histórico de positivação dos direitos naturais pelas revoluções liberais que conduz a visões formalistas de interpretação, o positivismo opõe-se ao formalismo e lastreia a construção de teorias analíticas e realistas. Na encruzilhada entre essas duas matrizes do pensamento jurídico ocidental, observa-se a emergência contemporânea de um formalismo jurídico renovado e seletivo.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica jurídica; teoria do direito; filosofia do direito.

LAW'S AUTHORITY: POWER AND INTERPRETATION

- **ABSTRACT:** This article aims to map how contemporary jurisprudence deals with the challenges related to the indeterminacy of legal interpretation and the consequent control of judicial power. On the one hand, it is observed how contemporary interpretativism resumes the jusnaturalist matrix of legal thought, which views law as an exercise of practical reason and as the embodiment of a moral order that is not arbitrary but based on a certain hierarchy and unity of value. On the other hand, the specificity of the positivist project of observing law as an authority decision can be noted: arisen from a historical movement of positivization of natural rights by the liberal revolutions that leads to formalist views of interpretation, positivism opposes formalism and supports the construction of analytical and realistic theories. At the crossroads between these two matrices of Western legal thought, we observe the contemporary emergence of a renewed and selective legal formalism.
- **KEYWORDS:** Legal hermeneutics; jurisprudence; philosophy of law.

1. Introdução

O direito é uma prática e um discurso que procura combinar razão e força, convencimento e coerção. Como na litografia *Drawing hands*, de Escher (1948), o direito muitas vezes externaliza seu paradoxo – sua falta de critérios últimos para definir o lícito e o ilícito – para a política: o direito então é visto como decisão do poder e é, basicamente, identificado ao Estado. A política moderna também se afirma em termos de um Estado de direito, de uma autoridade que centraliza meios de violência, mas legitima seus poderes coativos por referência a um autoconstrangimento: a legalidade.

Em uma ordem simples de interações, os costumes compartilhados definem a reciprocidade e a represália. A vingança, como exercício da autodefesa individual ou em nome da coletividade, bastaria para reforçar as expectativas normativas da comunidade – suas concepções compartilhadas acerca do que é certo ou errado fazer. Com a variabilidade de contextos, situações e pessoas que configuram os conflitos, torna-se necessário dispor de critérios universalizáveis para sustentar uma pretensão mínima de justiça: o tratamento igual de casos iguais, a igualdade de todos perante a lei.

Este artigo se concentra na epistemologia jurídica, analisando como a teoria jurídica contemporânea respondeu ao problema das possibilidades e condições do conhecimento jurídico a partir da afirmação histórica da positividade do direito – isto é, de sua identificação a atos de poder. Se a tradição jusnaturalista afirmava a possibilidade de um conhecimento objetivo de critérios externos (morais) capazes de constranger as decisões de autoridades, o formalismo jurídico clássico cravará a pretensão não apenas de dispor de critérios objetivos, mas de internalizá-los plenamente no próprio direito objetivo, passível então de aplicação direcionada apenas pela lógica formal. À medida que se revela o problema da indeterminação interpretativa do direito – e da consequente arbitrariedade imanente às decisões jurídicas, inclusive puramente burocráticas e judiciais (e não apenas políticas, administrativas ou negociais) –, o positivismo analítico afirma um cisma epistemológico: enquanto as autoridades do direito continuam fazendo uso das clássicas técnicas dogmáticas de interpretação, conciliação e colmatação das normas, combinadas à retórica, a teoria do direito apenas poderia reconhecer a discricionariedade e a ausência de constrangimentos substantivos na interpretação/aplicação do direito. O positivismo assim evidencia o problema da arbitrariedade do poder decisório no direito, mas o coloca para além do alcance descritivo da teoria.

Em resposta a tal cisma, outras teorias jurídicas insistem em uma autodescrição interna às práticas argumentativas das autoridades e dos usuários do direito. Procuram encaminhar praticamente o problema da arbitrariedade do poder decisório, fornecendo critérios de orientação, justificação e crítica das decisões. São teorias da interpretação e argumentação elaboradas a partir do realismo americano, do interpretativismo principiológico ou de certo formalismo contemporâneo.

O objetivo desta investigação bibliográfica é fornecer um mapeamento do campo da teoria do direito a partir do critério das diferentes compreensões sobre as possibilidades de conhecimento do direito e de discurso sobre o direito. Diante da recuperação contemporânea, pela teoria do direito, de uma perspectiva interna de compreensão e orientação do discurso jurídico prático, o problema emergente dessa esquematização genealógica diz respeito à medida em que determinadas teorias podem contribuir, com seus critérios críticos e exigências argumentativas, para inflacionar ou deflacionar os poderes interpretativos das diferentes autoridades jurídicas, privilegiando, assim, determinada arena decisória em detrimento de outras. A hipótese levantada é a de que, mesmo que a teoria do direito rejeite uma posição puramente externa e descritiva, voltada a evidenciar a arbitrariedade dos atos de positivação do direito e adote um enfoque de avaliação, orientação, justificação e crítica das decisões, essas mesmas abordagens internas do direito variam no balanço de poderes que pressupõem ou sugerem: ao se postular a possibilidade de um saber moral objetivo como lastro da decisão judicial, amplia-se o escopo da jurisdição; ao se adotar uma posição mais cética, pluralista ou relativista em termos de valores e interesses, abre-se espaço para uma visão que enfatiza a coordenação, concorrência e interdependência entre arenas decisórias dentro do Estado (separação de poderes) e fora dele (autonomia privada, direito inter, trans e supranacional, pluralismo jurídico etc.).

Para desenvolver o tema das relações entre direito e interpretação, poder, força, autoridade e Estado, este texto seguirá três passos fundamentais, que visam a relacionar as teorias do direito com o problema do poder, não apenas o poder do Estado, mas também a divisão de poderes (entre autoridades legislativas, executivas e judiciais), e a relação que a configuração institucional dos Poderes têm com o debate sobre o grau de constrangimento racional que a interpretação jurídica - lastreada em textos normativos produzidos por decisão de autoridades - é capaz de apresentar. Esse grau é a medida em que podemos diferenciar uma interpretação jurídica/judicial (com pretensões de

justificação racional e objetiva) dos atos de poder pelos quais o direito é politicamente criado na arena legislativa.

Em um primeiro momento, o texto apresenta a visão jusnaturalista do direito como ordem moral; a seguir, descreve o projeto positivista-jurídico, em suas vertentes analítica e realista; finalmente, pontua a contraposição entre o interpretativismo (que retoma contemporaneamente o ideal do direito como ordem moral) e um emergente formalismo jurídico, capaz de levar a sério a positividade do direito, mas também de sensibilizar-se a conflitos de valor detectados na solução de controvérsias dentro da arena jurisdicional, com suas respectivas práticas e exigências argumentativas.

2. O direito como ordem moral imanente: virtude contra arbítrio

As teorias filosóficas e a prática do direito natural antigo, ou clássico, revelam uma tentativa não resolvida de contenção do arbítrio político na determinação do direito. Platão (n' *A república* e sobretudo n' *As leis*) acaba por formular uma concepção idealista do direito natural como padrão absoluto de justiça. No cenário ideal, todos comungariam da plena ideia da justiça e a internalizariam em suas práticas. O direito, enquanto ordem coercitiva, não seria necessário para fazer valer a justiça em uma comunidade política perfeita. Entretanto, na situação prática não ideal, a maioria das pessoas não conseguiria acessar tal realidade inteligível – a ideia de justiça; se cada um fosse desobedecer às ordens das autoridades da cidade a pretexto de essas serem incompatíveis com a justiça, a comunidade recairia em uma situação anárquica. A solução então seria pressupor que as decisões das autoridades terrenas são uma determinação possível da justiça – ou seja, essas autoridades positivam o direito, que já deve contar com uma presunção absoluta de sua correção moral.

Não podemos nos admirar de que tal concepção pareça totalitária aos olhos de pensadores liberais e democráticos modernos, como Popper (1966 [1945]) ou Kelsen (2008 [1985]). A concepção do neoplatônico Agostinho de Hipona, em *A cidade de Deus*, de que as leis postas pelas autoridades reconhecidas em uma comunidade diferenciam-se das ordens de um bando de assaltantes pelo critério da justiça (a justiça das leis e a injustiça das ordens dos criminosos) também pareceu uma explicação problemática aos olhos positivistas contemporâneos: Kelsen (2006 [1960]) procurará distinguir as situações com base na determinação de autoridades competentes e devidos procedimentos

por normas integradas a um sistema; as ordens dessas autoridades seriam então validadas por uma ordem superior, em uma “cadeia de validação”, como diz Raz (1980 [1970]). Já Hart notará que o uso comum da linguagem distingue “ser obrigado” a algo (por exemplo, diante da fala imperativa do assaltante: “passe a carteira!”) e “ter a obrigação” de determinada conduta (e.g., pagar impostos). O critério diferenciador é a existência de um padrão público compartilhado que se usa para avaliar, criticar ou justificar condutas ou decisões – ou seja, a existência de uma regra. E a explicação da juridicidade ou validade das regras jurídicas seguirá – analogamente a Kelsen – pela explicação de como uma regra pode ser reconhecida como parte de um sistema jurídico.

O outro paradigma do direito natural clássico apresentava ainda mais diretamente a ideia do direito como uma “ordem moral imanente” (UNGER, 2017 [2013]), uma racionalidade latente nos costumes e hierarquias coletivas de valor. Em contraste com a concepção idealista da justiça em Platão, Aristóteles fornece o paradigma de uma concepção mais aplicada e operacional da justiça. A arte de “dar a cada um o que lhe cabe” (*suum cuique tribuere*) desdobrar-se-ia, como definiu Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, em corrigir as equivalências entre trocas ou entre danos e indenizações (justiça comutativa, voltada a contratos sinalagmáticos e à reparação de danos) ou em atribuir a cada cidadão uma porção igual dos tributos, honras ou penas (justiça distributiva). É certo que temos aí uma identificação entre direito e justiça e que o direito afirma-se como o resultado de uma deliberação voltada a atribuir a parte justa de algum ônus ou bônus.

Ora, essa fórmula se volta a controlar o arbítrio de algum poder que se negue a efetivar tal repartição equitativa, mas é uma fórmula vazia, se não entendida dentro do contexto de uma sociedade hierárquica, onde o que “cabe” ou “é devido” a cada um é definido pela referência a hierarquias sociais entrincheiradas (LUHMANN, 2004 [1993], p. 218-219). De outro lado, tal prática da justiça se distingue da sociedade moderna em um outro sentido: não havia deveres e direitos (naturais, subjetivos, fundamentais) garantidos de início por uma legislação, contestados em um conflito e reivindicados em juízo. Não havendo a predeterminação de direitos, deveres, poderes e responsabilidades, era o raciocínio equitativo do jurista, no caso concreto, em circunstâncias definidas e para pessoas específicas, que deveria afirmar, apenas como resultado, a solução justa, a repartição correta (VILLEY, 2005 [1968], 2008 [1975]).

A prática jurídica historicamente mais afinada a tal concepção de justiça foi a jurisprudência romana do período clássico (ao redor dos séculos II antes e depois de Cristo). Nessa época, uma camada não profissional de homens eruditos dominava os

costumes da cidade e, de posse do repertório de soluções dadas por seus predecessores a conflitos concretos, exercia uma filtragem e uma destilação daquele saber prático. A virtude da prudência os distinguiu na excelência retórica com que podiam exercer a comparação analógica entre casos anteriores e a controvérsia presente e talhar a justiça no caso concreto.

Tal raciocínio jurídico prudencial, analógico, equitativo e “problemático” (VIEHWEG, 1979 [1953]) se tornou insuficiente com a centralização do poder, que reivindicou uma maior sistematização do direito. Isso ocorreu na Roma Imperial e em vários impérios agrários burocráticos, em que o direito posto por decisão de autoridades (o imperador e sua burocracia patrimonial) passou a fazer frente aos costumes (UNGER, 1979 [1976]). Após a desagregação de poder e o “pluralismo jurídico” medieval (GROSSI, 2014 [1995]), foram os Estados absolutistas europeus que apresentaram novamente o mesmo problema: a sistematização do direito para uma variedade de situações, contextos e pessoas - portanto, a construção de um raciocínio universalista, distinto da *phrónesis* aristotélica.

O movimento de sistematização do direito teve várias vertentes na Europa a partir do ano 1000, como a profissionalização e sistematização do direito canônico e a retomada dos estudos do *Corpus juris civilis* (compilado no século VI d.C.) nas “universidades” medievais (primeiro pelos glosadores, ainda com um raciocínio problemático; depois pelos comentadores, já com pretensões sistematizantes). Daí saiu um *ius commune*, um direito de matriz romana, mas em forma erudita e doutrinária, diferente da prática prudencial do período clássico. Era um direito cosmopolita que, na era anterior à unificação dos Estados nacionais, servia como fonte de orientação nas disputas entre os poderes da igreja cristã romana, dos reis e imperadores e das comunas e feudos.

Tal movimento gerou, porém, uma contradição: ao mesmo tempo em que a centralização do poder gerava uma demanda pela identificação do direito à vontade do soberano, (i) a delimitação das fontes formais de direito (relacionadas aos poderes do Estado e, em seus limites, à autonomia privada), (ii) a abstração dos casos concretos em regras e princípios tipificados e a (iii) elaboração de conceitos e doutrinas acabaram por fornecer um repertório de critérios estritamente jurídicos que passaram a limitar o próprio arbítrio estatal (WEBER, 1978 [1922]). Aí está uma das bases de enfrentamento do absolutismo e do surgimento do Estado liberal ao redor dos séculos XVIII e XIX.

Outra base desse movimento de contenção do poder foram as doutrinas do direito natural racional, primeiro formuladas sob o absolutismo ilustrado, mas que

forneceram a semântica para as revoluções liberais. Os jusracionalistas e contratualistas, como Hobbes, Pufendorf, Locke e Kant produzirão sistemas de deveres e direitos naturais a partir de máximas racionais universalizáveis – como o respeito aos contratos (*pacta sunt servanda*), a reparação de danos (*neminem laedere*) e a garantia da propriedade privada convencional; tais “princípios” formarão um sistema externo (moral) que será internalizado por decisão estatal quando das revoluções liberais (LOSANO, 2008 [1968]): as declarações de direitos e, sobretudo, as codificações de direito privado positivarão os direitos naturais ao mesmo tempo como fundamentos e limites do poder estatal.

3. O direito como vontade do soberano: positivismo jurídico, do formalismo ao antiformalismo (ou ascensão e queda dos limites ao poder interpretativo do juiz)

A codificação do direito levou a um novo balanço de poderes no Estado: contra o poder tradicional da doutrina e dos professores e contra o poder arbitrário do governante, afirmou-se a supremacia parlamentar; contra os costumes e outras ordens jurídicas (e.g., a *lex mercatoria* medieval), afirmou-se a prevalência da lei.

A concepção do direito como vontade do soberano gerou duas grandes reações teóricas: a princípio, teorias formalistas, que buscavam justamente constranger e limitar o papel do intérprete-aplicador do direito por meio de critérios considerados puramente lógicos e técnicos – apolíticos e amorais; depois, a delimitação científica do positivismo jurídico como teoria puramente descritiva do direito.

O formalismo jurídico clássico, em uma caracterização típico-ideal (UNGER, 2004 [1996], 2017 [2013]), diz respeito a uma concepção de interpretação jurídica como operação técnica (apolítica e amoral) (i) que parte de premissas silogísticas evidentes, aplicáveis por inferência lógica estritamente dedutiva, (ii) integrantes de um sistema completo e coerente de dispositivos normativos: (iii) trata-se de regras plenamente determinadas em suas hipóteses de incidência e consequentes normativos, (iv) formuladas em palavras com significado fixo (referência semântica), (v) decorrentes de conceitos e princípios gerais (vi) que revelariam as instituições intrínsecas a tipos sociais indivisíveis (vii) dentro de uma lista exaustiva de formas de organização da sociedade. Daí que de rótulos genéricos, como “devido processo”, “liberdade” ou “propriedade”,

pretendia-se inferir todo um regime com regras específicas, valores privilegiados e doutrinas explicativas de cada ramo do direito.

Vários são os exemplos de teorias formalistas que procuravam afirmar a autoridade do legislador e circunscrever as escolhas do intérprete-aplicador do direito. Por exemplo, na França, o Código Civil de 1804 firmou em seu artigo 4º a proibição da denegação de justiça: o juiz não poderia deixar de decidir a pretexto de silêncio, insuficiência ou obscuridade da lei. Tratava-se na verdade de abolir a prática anterior dos referendos legislativos: no antigo regime, na falta de diretriz clara do legislador, o juiz poderia convocá-lo a se manifestar sobre como deveria ser decidido o caso *sub judice*. Já a vedação do *non liquet* implicava a obrigação de decidir segundo as fontes de direito disponíveis. Ademais, um decreto de Napoleão exigiu que o direito civil fosse ensinado segundo a ordem dos dispositivos do código. Tal situação provocou uma corrente do direito que privilegiava a vontade da lei e do legislador: a interpretação literal dos dispositivos do código e a pesquisa empírica dos trabalhos preparatórios da codificação – daí a ideia de uma “escola da exegese”, identificada por Bonnacase (1933) e hoje posta em dúvida (HESPANHA, 2012; HALPÉRIN, 2017).

Já a vertente germânica do formalismo jurídico oitocentista é identificada à jurisprudência dos conceitos, que se desenvolveu a partir da escola histórica do direito (a qual trabalhava em uma interpretação erudita e sistematizante do direito romano, recepcionado na forma do *usus modernus pandectarum*). Embora opositor da codificação do direito civil (que afinal se realizaria em 1900 com o *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB]), Savigny (1867 [1840]) já fornecia uma concepção sistematizante e conceitualista da interpretação jurídica: em cada conflito, o intérprete teria que identificar a relação jurídica configurada pela incidência de normas positivas que criam direitos e obrigações; em cada relação jurídica, o jurista teria que inferir a instituição social em jogo, remetendo a conceitos estruturantes e situando esses conceitos dentro de uma concepção sistemática da ordem jurídica. Na mesma linha, Jhering (1855 [1852]) distinguia a interpretação elementar do direito (que visa a delimitar o direito aplicável e resolver suas contradições e ambiguidades) da alta jurisprudência, voltada a expor a conexão sistemática dos conceitos.

É verdade que o próprio Jhering (1913 [1877]) renegaria tal visão, passando a expor a necessidade de juízos sobre interesses e valores na determinação do sentido dos enunciados jurídicos; para não recair no grau de abrangência da criação política do direito, esses juízos deveriam ser pontuais, de baixa abstração e sistematicidade. Da

mesma forma que essa jurisprudência dos interesses alemã (HECK, 1948 [1932]), na França, Gény (1917 [1899]) pregará a livre investigação científica do direito.

Da delimitação do formalismo enquanto concepção de restrição da autoridade interpretativa, passemos à definição do positivismo jurídico. O positivismo analítico nasceu sob o signo da crítica ao direito consuetudinário-jurisprudencial, prevalente na Inglaterra. Os positivistas britânicos pregavam contra a *common law* e a favor da codificação, como a que ocorrera na Europa continental. Consideravam que o direito de fonte jurisdicional era arbitrário e imprevisível e que o direito legislado era dotado de maior autoridade e certeza.

O antecedente do positivismo analítico inglês do século XIX é Hobbes (1971 [1681], p. 16), que, no seu *Diálogo entre um filósofo e um estudante do direito comum*, afirmou que “é a autoridade, e não a verdade que faz o direito” (*auctoritas non veritas facit legem*). No século XIX, Bentham formulou o positivismo enquanto uma crítica ao formalismo de seu professor Blackstone, que compilara as leis imemoriais da terra e procurara sistematizar um conjunto de direitos naturais. Tudo isso era arbitrário e sem sentido, julgava Bentham (1987 [1796]), que propôs a seu turno uma “ciência da legislação” fundada em critérios e evidências empíricas; em vez de abstrações metafísicas, como os direitos naturais, caberia ao legislador tomar decisões em vista do princípio da utilidade: maximizar o prazer e minimizar o sofrimento agregado em uma comunidade, considerando igualmente os prazeres e dores de cada indivíduo (BENTHAM, 1823 [1780]).

John Austin (1995 [1832]) tratará nas suas palestras (consolidadas em *O campo da teoria do direito determinado*) da ciência utilitarista da legislação e da formação histórica do Estado, mas enfatizará sobretudo a restrição do campo da teoria geral do direito (*general jurisprudence*) à determinação conceitual dos atributos universais de todo e qualquer sistema jurídico (ou, ao menos, de todo e qualquer direito estatal). Então surge a teoria positivista-analítica do direito. Austin reconhecia que, na Inglaterra, os juízes criavam direito a título de apenas aplicarem os precedentes. Defendia, por isso, a certeza formal dada pela codificação. Na ausência da codificação, Austin buscou construir uma teoria do direito que racionalizasse o poder.

Essa teoria deveria partir de uma definição estritamente jurídico-positiva de conceitos a princípio morais e compartilhados entre o direito e a ética - como norma, direito, dever e responsabilidade. A maneira de excluir juízos morais da determinação científica do direito foi identificar o direito ao Estado e reduzi-lo a fatos evidentes - aquilo

que Anscombe (1958) depois chamaria de “fatos brutos”, por oposição aos “fatos institucionais”, que demandam interpretação. Para se reconhecer uma ordem jurídica, não era necessário pesquisá-la empiricamente, mas bastava constatar fatos evidentes, como a emissão de comandos pelo soberano (o legislativo) e a obediência habitual dos súditos. Os comandos deveriam vir conjugados à sanção: a ameaça de um mal sensível. Por menor que fosse esse mal, teríamos aí, em termos conceituais, uma norma jurídica (a quantidade de males ameaçados era um problema da eficácia do comando, mas não de sua definição). O dever vinha definido como a conduta de evitar a sanção determinada em um comando do soberano.

Com isso, Austin fornece o quadro de uma teoria que identifica direito e Estado - ou, ao menos, uma teoria geral do direito estatal, de todo e qualquer direito estatal. É certo que algumas possibilidades tornam problemática sua explicação: (i) a possibilidade de haver normas jurídicas sem sanção negativa, assim definida como um mal sensível (*e.g.*, normas constitutivas, atributivas de poder ou competência, por exemplo, para a prática de atos negociais); (ii) a possibilidade de outras ordens afirmarem normas que são obedecidas sem a ameaça de uma coerção física (*e.g.*, sanções reputacionais); (iii) a possibilidade de uma série de comandos ser dada e aceita por um grupo qualquer que concentre meios físicos de coerção (*e.g.*, no caso de uma milícia, essa série de comandos, uma vez aceitos, seria uma ordem jurídica?); (iv) além da questão de que o poder soberano do Estado veio a ser autolimitado ou limitado por outras ordens jurídicas (internacionais, supranacionais, transnacionais).

Na trilha do positivismo analítico de Austin, o realismo jurídico americano continuou prevalentemente a identificar o direito ao Estado e ao exercício da coação. Holmes (1920 [1918]) dizia que um direito subjetivo é apenas a hipóstase da profecia de que a coação será exercida contra quem contravier a ordem jurídica. Pound (1942) forneceu uma definição de direito baseada na centralização dos meios coativos pelo Estado. Precursor dos realistas, Hohfeld (1913, 1917) definia as posições jurídicas fundamentais (como as posições correlativas: direito-dever, poder-sujeição, imunidade-impotência ou liberdade-não direito) a partir do apoio que o Estado (por seu aparato jurisdicional e executivo) daria ou não a uma pretensão do sujeito.

Ao lado dessas definições analíticas - como a de Hohfeld -, o realismo jurídico americano caminhou para identificar o direito e o poder de dois outros modos. Primeiramente, pela pesquisa empírica do comportamento judicial - na linha mais literal da sugestão de Holmes (1897), de que o direito se resume a profecias do que as cortes

farão de fato. Nessa medida, a aplicação do direito deixava de ser vista como um ato determinado pela lógica formal e constrangido pelo direito legislado, judicial e doutrinário e passava a ser vista como mero ato de poder. Jerome Frank (2017 [1930]), por exemplo, passou a estudar empiricamente a psicologia judicial.

Em segundo lugar, o desvelamento do poder judicial ocorreu pela revelação da indeterminação da linguagem jurídica: por mais que o juiz aplique direito positivo, com base em um mesmo corpo de direito seria possível justificar soluções contrastantes e até mesmo opostas. Portanto, a decisão jurídica não é constrangida pelos textos normativos dotados de autoridade, mas envolve sempre “escolhas éticas” (COHEN, 1931): um juízo sobre a “política pública” subjacente a uma regra ou a falta de regra para determinado caso (lacuna). Os interesses, valores, princípios e propósitos não seriam determináveis pela pesquisa empírica da vontade dos juizes, administradores ou legisladores, teriam que ser arbitrados pelo intérprete-aplicador. Se o direito envolve esse tipo de escolha não predeterminada pelas normas formalizadas e decisões anteriores (diríamos, as regras provenientes das fontes formais), é melhor que essa escolha valorativa seja exposta e justificada publicamente. Daí a demanda por uma autocontenção e deferência dos juizes aos Poderes políticos (SOLAR CAYÓN, 2002, p. 135-153). Os formalistas, ao negarem que faziam escolhas e afirmarem que apenas concretizavam o significado inexorável das normas aplicáveis, haviam justamente praticado um ativismo judicial antidemocrático (como no famoso caso *Lochner v. New York*, julgado pela Suprema Corte americana em 1905, quando a maioria dos juizes considerou inconstitucional uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal, a inconstitucionalidade fora justificada como decorrência necessária, natural e inerente da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do “devido processo”).

O desenvolvimento da *Teoria pura do direito*, de Kelsen, em suas duas edições, ocorre em meio a forte embate, de um lado, com jusnaturalistas e, de outro, com correntes realistas ou antiformalistas - como o realismo jurídico americano, a sociologia jurídica de Ehrlich, a escola do direito livre de Kantorowicz, a jurisprudência dos interesses de Heck, Jhering e outros, a escola da livre investigação científica do direito de Gény, o pluralismo institucionalista de Hauriou e Romano, o decisionismo de Schmitt etc. Não cabe aqui mapear todas essas vertentes e embates (cf. AMATO, 2022b). Entretanto, cabe ao menos registrar que, a partir do momento em que essas correntes antiformalistas colocaram o problema da indeterminação do direito no processo de sua aplicação para a solução de controvérsias, restou evidente que o formalismo jurídico clássico era

apenas uma espécie de “protopositivismo”: respondia ao processo histórico de positividade do direito e reconhecia a prevalência do direito positivo, especialmente legislado, dentro da concepção liberal de Estado (contra a força dos costumes ou o arbítrio do rei); entretanto, guardava ainda a pretensão jusracionalista de identificar o direito a um sistema axiomático, aplicável por inferência lógico-dedutiva.

O positivismo analítico, especialmente com Kelsen, defenderá o conceito de sistema, ordem ou ordenamento como um construto puramente formal da ciência do direito: a ideia de uma estrutura escalonada de validação, sem maior constrangimento da interpretação substantiva das normas positivas. O direito construído pela ciência pura (a teoria do direito, em contraste com a dogmática impura) pode ser abordado como se fosse uma hierarquia formal de autoridade (com normas superiores definindo as autoridades competentes e os procedimentos devidos e, assim, fornecendo o fundamento de validade das normas inferiores). Não se trata mais de ver o direito em si mesmo, ontologicamente, como um objeto perfeito em suas formas - plenamente determinado no processo de criação e aplicação das normas. Tal determinação plena seria típica de um sistema de direito natural, e não do direito positivo, contingente - e mesmo “arbitrário” em seu conteúdo - em todos os seus atos de criação/aplicação. A certeza científica só pode ser garantida a partir de uma ciência meramente formal de um objeto que é ele mesmo impuro e indeterminado (DE GIORGI, 2017 [1979], p. 80-93).

Assim é que a *Teoria pura do direito*, de Kelsen (sobretudo a segunda edição, de 1960), procura formular um positivismo pós-realista. Por isso, Kelsen não é um formalista jurídico clássico: não sustenta a determinabilidade racional do direito na concretização do conteúdo das normas. Uma norma inferior não é mera dedução do conteúdo mais geral e abstrato de uma norma superior - o que levaria a “um sistema estático”, como queriam os jusracionalistas e os formalistas (KELSEN, 2006 [1960], p. 217-221). O único fundamento que uma norma inferior retira da norma imediatamente superior é um fundamento formal: a definição das autoridades competentes e dos métodos ou procedimentos devidos que devem positivar a norma. Daí que Kelsen apresenta o direito positivo como um sistema dinâmico, que pode ter qualquer conteúdo. Verificada certa eficácia global de uma série de normas em certo domínio espacial, temporal, material e pessoal, pode-se pressupor que existe o direito enquanto ordem social coativa. Suas normas podem ter qualquer conteúdo (conduta humana possível). Sua finalidade é promover uma paz social relativa e, ao aplicar as normas jurídicas, o juiz pode decidir inclusive fora da moldura de possibilidades de sentido daquelas normas.

· LUCAS FUCCI AMATO

Sua decisão será válida, desde que ele seja a autoridade determinada para a produção daquela norma. Sequer existem lacunas no sistema jurídico, diz Kelsen (2005 [1945], p. 213) na *Teoria geral do direito e do Estado*: quando muito o juiz (se for a autoridade competente definida na norma superior) positivará uma norma individual e concreta (a sentença) para a qual não há norma geral e abstrata (lei) correspondente. E a solução de antinomias não se dá por uma questão lógica, mas apenas porque os critérios de prevalência da norma superior, específica ou posterior, são critérios positivados em dadas ordens jurídicas - afirma Kelsen (1991 [1979], p. 125) na *Teoria geral das normas*, obra publicada postumamente¹.

Mas por que então Kelsen se distancia dos realistas, apesar de reconhecer a indeterminação das normas e a eventual arbitrariedade das decisões das autoridades? Porque Kelsen não busca uma definição empírica de como os juízes decidem, nem busca prescrever métodos para ajuizar regras, políticas, finalidades ou valores. Kelsen provê uma ciência normativa do direito, capaz de formular proposições jurídicas a partir de normas que estabeleçam o que deve ser (esquemas interpretativos que apresentam relações de imputação, e não de causalidade); não elabora uma ciência preditiva das decisões que serão tomadas. E para quem quer conhecer o direito como uma estrutura escalonada de normas que se relacionam de maneira apenas formal, para a definição da validade das decisões, basta pressupor ao final da hierarquia a “instituição de um fato produtor de normas”, a formulação lógico-transcendental da norma fundamental (KELSEN, 2006 [1960], p. 219).

De Austin, enfim, Kelsen tomará a identificação do direito ao poder estatal, substituindo a ideia empírica do soberano por esse pressuposto lógico da norma fundamental. Kelsen radicalizará a ideia de que direitos e deveres são meros reflexos da norma jurídica e de que toda norma jurídica institui uma sanção - ainda que seja

1 Vale notar, portanto, como a concepção kelseniana se coloca em contraponto com a tradição jurídica “dogmática” (FERRAZ JR., 1977, 1998 [1980]) ou com o “direito dos juristas” (ENGISCH, 2008 [1956]). Bobbio (2010 [1960]) representa um compromisso entre os dois polos. Ao mesmo tempo que adota a explicação kelseniana da estrutura escalonada do direito, culminando em uma norma fundamental, recupera o conceito de “fontes do direito” (BOBBIO, 2010 [1960], p. 201-230). Entretanto, estranha o conceito kelseniano de sistema como uma hierarquia puramente formal de autoridades (ou de normas que disciplinam os atos de autoridades) e recupera a tradição dogmática da interpretação sistemática para explicar a possibilidade de antinomias e os critérios para sua solução (BOBBIO, 2010 [1960], p. 231-240). A explicação de Bobbio (2010 [1960], p. 215-219) é que uma norma superior, além de determinar os limites formais de um poder (como órgãos e processos só podem positivar uma norma inferior), coloca limites materiais à autoridade decisória (se uma sentença não corresponde à determinação do conteúdo das leis aplicáveis, pode ser declarada inválida). Ora, mas então voltamos a certa concepção “estática” (jusnaturalista) de sistema jurídico, nos termos de Kelsen!

a nulidade de atos de vontade praticados em desacordo com os requisitos da legislação, por exemplo. Dever é a conduta que evita a sanção, direito é um possível reflexo do dever - há deveres aos quais não correspondem direitos, como deveres para com a natureza - e responsabilidade diz respeito à imposição da sanção pelo descumprimento do dever - ou seja, à incidência na conduta descrita no termo antecedente da norma formulada como imperativo condicional.

Em *O conceito de direito*, Hart (2007 [1961]) formulará também um positivismo pós-realista e com influências de Austin. Diante do realismo, Hart (2007 [1961]) acaba concedendo que, em virtude da “textura aberta do direito”, há “zonas de penumbra” das regras em que existe indeterminação de sentido e então o juiz teria que atuar com discricionariedade em sentido forte: legislando intersticialmente, para o caso concreto, elegendo entre finalidades e valores concorrentes. Porém, muitos casos recaem no “núcleo de certeza” das regras, sendo constrangidos pela linguagem dos padrões normativos aplicáveis, o que desautorizaria um completo ceticismo sobre as regras.

Quanto ao modelo de Austin, para Hart (2007 [1961]), esse teria três dificuldades básicas: 1) ordens baseadas em ameaças não dariam conta de impor limitações ao soberano (o legislador austiniano); 2) se o direito se resumir a tais ordens, não haverá como explicar a continuidade do direito apesar da descontinuidade dos soberanos; 3) há normas jurídicas válidas que não instituem sanção (normas atributivas de poderes) - ao contrário de Kelsen, Hart (2007 [1961], p. 34-50) não considera as nulidades uma forma de sanção.

Schauer (2022 [2015]) argumenta que Hart contribuiu para deslocar as ideias de sanção e força enquanto conceitos definidores de toda ordem jurídica. Embora tipicamente falemos de direito referindo-nos a obrigações cujo descumprimento pode provocar a execução coercitiva de sanção, Hart reformulou a definição de direito para eliminar a sanção como atributo essencial dos sistemas jurídicos. O que os define seriam as regras (padrões públicos usados para a justificação de ações e decisões) e, assim, precisaríamos interpretar os comportamentos regrados sob o “aspecto interno” das regras - entendendo como esses padrões são usados, ainda que não os endossemos moralmente (cf. MACCORMICK, 2006 [1978]; MICHELON JR., 2004). Ora, mas, se não pela sanção e pelo poder evidente do Estado (os fatos brutos do comando do soberano e da obediência habitual dos súditos), como identificaríamos quais são as normas jurídicas, as regras primárias (de conduta) e secundárias (de mudança e aplicação do direito)? Apenas por referência a um fato social: uma regra de reconhecimento que não

é ela mesma positivada, mas que é uma convenção entre as autoridades do sistema – basicamente, o costume judicial que identifica os critérios de validade das normas jurídicas. Esse costume é um fato social complexo (GREENAWALT, 1987): pode ser a indicação de critérios presentes na constituição federal, em constituições estaduais e em precedentes judiciais. Em todo o caso, a delimitação do direito é remetida a um fato: uma convenção das autoridades. Se houver uma revolução, por exemplo, haverá uma incerteza passageira entre as autoridades sobre os critérios de validade e quais as fontes formais de direito na nova ordem jurídica. Contudo, uma vez estabilizada tal regra social, ela servirá de parâmetro público para identificação do direito válido. Assim, como argumentou Hart em debate com Fuller (HART, 1983 [1965]; FULLER, 1958, 1969 [1964]; cf. AMATO, 2019), a identificação da ordem jurídica não depende nem da continuidade do soberano (pressuposta pelo imperativismo austiniano), nem do endosso moral da nova autoridade política, ou seja, de sua legitimidade empírica (como tendia a entender Fuller).

A partir da posição hartiana e da crítica de Dworkin (a ser abordada na sequência), desenvolveram-se duas visões sobre a regra de reconhecimento. Para o positivismo inclusivista, é possível conceber um sistema de direito positivo no qual, ao lado das regras validadas pelo *pedigree* (por sua fonte formal, *i.e.*, por serem decisões de autoridades reconhecidas pelo sistema), seria possível contar com critérios morais para a validação das normas: diretrizes morais, desde que substancialmente coerentes com aquela ordem jurídica, seriam incorporadas como normas jurídicas. Hart (2007 [1961]), de certo modo, veio a aderir a tal posição no pós-escrito a *O conceito de direito* (publicado postumamente). Também é a posição de Himma (2002), Waluchow (1994) e Coleman (1998).

Por outro lado, para os positivistas exclusivistas, como Raz (1985, 1999 [1975]), o direito é uma instituição que conceitualmente precisa ser capaz de demandar autoridade legítima. Por isso, apenas decisões das autoridades tornam jurídica uma norma. Se a própria ordem jurídica incorpora conceitos valorativos indeterminados (como os direitos fundamentais), eles são uma delegação a que as autoridades os determinem em suas decisões. Porém, apenas a norma posta por decisão anterior de autoridade reconhecida pelo sistema como competente é norma válida e aplicável. As normas jurídicas são “razões exclusionárias” que exercem uma “preempção” sobre qualquer razão moral de primeira ordem. Apenas o costume judicial ou a decisão anterior de autoridade torna jurídica uma norma moral. Jamais uma avaliação moral é critério para determinação da validade de uma norma jurídica em um sistema de direito positivo.

4. A volta da razão prática: supremacia ou autocontenção do poder jurisdicional?

Sem se preocupar em atacar o monismo jurídico, o interpretativismo trata, porém, de combater a tese da discricionariedade judicial. Pretendendo formular uma teoria do direito voltada à jurisdição, Dworkin (1996a) afirma a concepção de que, na objetividade e racionalidade dos discursos de justificação das decisões jurídicas, encontra-se um controle sobre o arbítrio judicial. Se o poder dos juízes não pode ser contido apenas pela argumentação formal, por referência a normas positivadas e formalizadas enquanto regras claras e precisas em suas hipóteses e consequentes, pode mesmo ser necessário reivindicar uma argumentação moral mais abrangente que confira objetividade aos juízos de valor que sustentam uma decisão judicial. Dado o valor político-moral do tratamento igual, é esperada uma integridade das instituições e práticas estatais; tal integridade se revela na demanda de coerência das decisões das autoridades com valores permanentes da comunidade política, revelados por suas instituições e pressupostos por seu direito.

O debate entre Hart e Dworkin desdobra-se, em certo sentido, como uma controvérsia sobre a justificação da autoridade na imposição do direito. Em um primeiro momento do debate, Dworkin (1967) afirma que o direito não se resume a regras postas por decisão anterior de autoridade reconhecida (com *pedigree* de validade formal) e formalizadas em suas hipóteses e consequentes (de modo que ou a regra se aplica, ou não, funcionando com base no raciocínio de regra e exceção). Isso porque o direito incorporaria também parâmetros que são justificativas subjacentes a suas decisões e que se integram ao sistema por sua coerência substantiva (moral), e não por sua fonte formal. Esses parâmetros, ainda, não seriam sujeitos a exceções listáveis; teriam uma “dimensão de peso”, afirmando precedência relativa em determinado caso, conforme os valores morais substantivos em jogo - igualmente, não seriam suscetíveis a um juízo de invalidade.

Dworkin (1975) afirmar, ainda, que, entre esses padrões normativos, a legislação incorpora políticas e princípios, enquanto os precedentes judiciais só incorporam princípios. O poder jurisdicional só seria legítimo se as decisões que emanar forem justificadas por apelo a regras ou a princípios - padrões deontológicos que afirmam direitos e deveres independentemente de suas consequências; as *policies* seriam apenas declarações gerais de finalidades utilitárias, de objetivos da comunidade, não

definindo direitos individualizáveis. Se cabe ao juiz sempre julgar com base em direitos predefinidos (ao contrário da tese da forte discricionariedade hartiana), é preciso ainda distinguir os direitos fundantes (ancorados na moralidade em geral) dos direitos institucionais, jurídicos e concretos – sustentados pela ordem jurídica e atribuídos individualmente a pessoas determináveis. Apenas um juízo crítico sobre a moralidade política da comunidade (à luz do compromisso moral de tratar todos igualmente) e uma revisão da história institucional (das decisões anteriores tomadas pelas autoridades) podem delimitar tais direitos.

Em um segundo momento, porém, a alternativa dworkiniana ao positivismo afirma-se por meio da tese dos desacordos teóricos, avançada em *O império do direito* (DWORKIN, 1986). Se reduzirmos o direito a um fato social empírico (a convenção das autoridades judiciais sobre os critérios de validade – a regra social de reconhecimento) e procurarmos descrevê-lo sem nos engajarmos em suas controvérsias morais substantivas (como segundo o ponto de vista externo moderado adotado por Hart e que Dworkin critica sob o rótulo de “arquimedianismo”), não seremos capazes de entender os desacordos teóricos: mesmo concordando sobre fatos provados e normas aplicáveis, juízes discordam sobre o que o direito requer em um caso concreto e, apesar desse desacordo, acreditam e argumentam sob o pressuposto de que devem tomar uma decisão segundo o direito, e não fazer escolhas discricionárias.

Duas alusões são interessantes para compreendermos a abordagem interpretativista ao problema da autoridade jurisdicional e à tentativa de nunca reduzir a decisão estatal a um ato de força não justificado – isto é, sem pretensões de uma razão universalizável e objetivamente compartilhável. A primeira alusão é aos estágios da interpretação indicados por Dworkin (1986): discernir os fundamentos de direito e os casos paradigmáticos seria apenas a etapa pré-interpretativa; na fase interpretativa, o juiz teria que indicar o “point” valorativo da prática social que ele está avaliando e, então, teria que testar as justificativas que se ajustam e adequam-se àquela prática, identificando afinal qual é o valor moral à luz da prática social avaliada que pode ser interpretada como o melhor exemplar de seu gênero. Haveria, por fim, um estágio reformador: seria possível rejeitar padrões normativos a princípio identificados como aplicáveis, se esses não fizerem jus à coerência da moralidade sustentada pela comunidade política e pressuposta por seu direito. Claro, tal justificação teria que persuadir como uma interpretação do direito vigente, e não como uma reforma política do direito – e esse é um constrangimento do modelo ao poder de reforma e revisão judicial.

Outra alusão à teoria dworkiniana é exposta em *A justiça de toga*. Dworkin (2006, p. 9-21) diferencia alguns conceitos de direito: (i) um conceito criterial, descritivo, sociológico, interessado em discernir os atributos que diferenciam o direito, enquanto sistema normativo, da moral, da religião ou da política (lembremos que esta foi uma preocupação clássica do positivismo jurídico); (ii) um conceito taxonômico (igualmente afim ao positivismo), que procuraria individualizar e contar os dispositivos (regras, princípios etc.) que comporiam um ordenamento ou sistema; (iii) um conceito aspiracional, que identificaria o direito ao *rule of law*, ao valores de liberdade e segurança; (iv) finalmente, um conceito interpretativo, que posicionaria o direito como uma prática social argumentativa dotada de intencionalidade moral. É sob esse conceito que se poderiam entender os desacordos teóricos.

Esquemáticamente, a aplicação do direito passaria então por algumas etapas: em um primeiro estágio (semântico), seria preciso discernir qual é o conceito de direito que será adotado; adotado o conceito interpretativo, no estágio teórico-jurídico, caberia fornecer uma visão geral sobre o conjunto de valores e compromissos morais institucionalizados por determinada ordem jurídica - exercício que Dworkin (1996b) fez em *A virtude soberana*, no caso da constituição americana; no estágio doutrinário, caberia determinar as condições de verdade das proposições jurídicas e, então, sua avaliação moral pode - e deve, para uma teoria interpretativista - contar entre tais condições de verdade das proposições; finalmente, no estágio judicial, caberia ao juiz determinar o que deve ser decidido tendo em vista as justificativas morais de sua posição institucional-política naquele direito. Ora, no modelo dworkiniano, a definição do que o direito requer leva a uma demanda por justificações morais que perpassem os diversos estágios da interpretação, inclusive justificando os padrões de direitos aplicáveis (normas positivadas, que podem ser rejeitadas) e as responsabilidades do julgador (que também estão sujeitas ao argumento moral).

Dois contrastes podem ser feitos em relação a tal tratamento da autoridade e do poder jurisdicional no modelo interpretativista: de um lado, o contraste com os céticos, na linha dos *critical legal studies* (CLS); de outro, com autores que se pode identificar (AMATO, 2022a, 2022b) como propositores de um formalismo jurídico contemporâneo.

Entre os adeptos dos CLS, houve autores que entenderam que todo o direito é permeado de contradições fundamentais, que geram uma indeterminação radical de sentido. Se temos critérios técnicos para resolvermos conflitos de regras, não dispomos de uma metarrazão justificadora para arbitrar uma colisão entre princípio e

contrapincípios. Por exemplo: são igualmente plausíveis e ancoráveis nas fontes de direito uma leitura mais individualista-egoísta do ramo do direito dos contratos ou uma leitura mais coletivista-altruísta (KENNEDY, 1976). Para escolher entre essas interpretações, não dispomos de critérios racionais universalizáveis – trata-se de uma escolha arbitrária, de um ato de poder ditado pela ideologia da autoridade-intérprete. Tal posição tende a favorecer um ativismo judicial militante.

Outros autores (UNGER, 2004 [1996]; 2017 [2013]) entendem que não há indeterminação radical na interpretação; o que os críticos estavam praticando era uma crítica política aos pressupostos institucionais de um sistema jurídico. Assim, o melhor seria praticar tal crítica em um discurso voltado para a reforma do direito, distinguindo-o do discurso de interpretação do direito em procedimentos de solução de controvérsias. Nesses, bastaria uma deferência aos significados literais de textos autoritativos, corrigida por uma referência pontual, concreta e particularista a contextos, finalidades e valores. Isso porque qualquer juízo abrangente (sistemático e universalizante) sobre os interesses e ideais incorporados no direito tenderia a exponenciar os poderes dos juízes, de um lado e, de outro, revelaria afinal um descasamento (e não uma compatibilidade, como no esquema de interpretação reformadora de Dworkin) entre os ideais e interesses proclamados em um sistema jurídico e as regras que os institucionalizam. Assim, o plano do discurso abrangente sobre moralidade política teria que ser deslocado da esfera jurisdicional e voltar-se à “política do direito” (para usar uma expressão de Kelsen) ou à “ciência da legislação” (ainda que não na linha utilitarista de Bentham). Daí a proposta da análise jurídica como “imaginação institucional” em Unger (2004 [1996]): um exercício de mapeamento das soluções dominantes e desviantes incorporadas nos materiais jurídicos e de crítica imanente, isto é, de crítica das formas institucionais atuais como realizações imperfeitas dos ideais que elas mesmas proclamam.

Dworkin (1986, p. 76-86, 2011) considerou que os críticos céticos adeririam a um ceticismo externo, que busca reduzir disputas morais a fatos empíricos, como ideologia e classe social, ou a um ceticismo interno global, que seria autocontraditório, pois não poderia afirmar nenhuma posição moral. Afirmou ainda que seria possível adotar a posição cética para descrever como o direito é criado – as disputas partidárias de valores e interesses que marcam a legislação e mesmo a jurisprudência –, mas não para justificar como ele deve ser interpretado – a partir de uma visão moral coerente, que imponha construtivamente uma unidade de valor às decisões tomadas como parâmetros normativos aplicáveis.

Já o segundo contraste interessante é aquele entre o interpretativismo e posições que se pode identificar como de um “formalismo jurídico contemporâneo” (AMATO, 2022a, 2022b): embora reconheçam que o direito não é um sistema axiomático, completo e aplicável puramente por dedução, certos autores procuram enfatizar os constrangimentos linguísticos e institucionais que a aplicação jurisdicional do direito impõe à argumentação jurídica. Com isso, esses autores – caso de Schauer (2009) – enfatizam a importância da delimitação do direito diante de outros sistemas normativos, como ética, política ou religião, ponto rejeitado por Dworkin como irrelevante para a definição de um conceito interpretativo de direito.

Assim, Frederick Schauer, por exemplo, reitera que, contextualmente, um sistema jurídico pode adotar presunções em favor do uso de padrões normativos postos por decisões anteriores de autoridades (“positivismo presumido”) e em favor de resultados gerados pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável a um caso, os quais só são superáveis, derrotáveis, excepcionáveis se razões subjacentes – digamos, considerações finalísticas ou principiológicas – forem suficientemente persuasivas na determinação de um outro resultado interpretativo, o que o autor chama de “formalismo presumido” (SCHAUER, 1991, 1988).

Outro exemplo de um “neoformalismo” é Neil MacCormick, autor autorreferido como “pós-positivista” e que conceitua o direito como uma “ordem normativa institucional” (MACCORMICK, 2007). O direito determina razões práticas para orientar e justificar condutas e decisões (por isso é normativo), mas essas razões têm duas limitações relevantes: são uma moldura interpretativa determinada por autoridades específicas (daí o caráter institucional do direito) e são razões que se integram com uma pretensão de consistência lógica e coerência substantiva-moral (daí a ideia de ordem). Entretanto, (i) embora a argumentação jurídica seja um discurso persuasivo (e não demonstrativo), (ii) certas consequências devam ser consideradas no discurso prático de justificação jurídica (como as consequências comportamentais próximas de uma decisão e as implicações jurídicas da decisão para além do caso concreto) e (iii) as regras sejam excepcionáveis por razões morais suficientemente persuasivas (desde que essas sejam universalizáveis como nova regra/exceção, para além do caso concreto), é verdade que têm algum sentido certas concepções canônicas do formalismo, como as ideias de silogismo e dedução. Para MacCormick (2008 [2005]), toda a argumentação das partes e do juiz em um processo poderia ser reconstruída racionalmente em termos de silogismos hipotéticos: claro que há controvérsias quanto à prova dos fatos, à

interpretação da norma aplicável, à relação entre os termos universais da norma e os fatos particulares tomados como seus exemplos, mas, quando formulado, o silogismo se torna aplicável em termos estritamente dedutivos. Há, portanto, uma combinação de racionalidade formal (critérios estritamente jurídicos aplicáveis por inferência lógico-formal) e racionalidade material (pretensões de justificação prática, moral) que torna possível um “império do direito”: um sistema jurídico que não seja mero arbítrio do Poder Executivo, Legislativo ou Judicial, mas que combine as demandas básicas de previsibilidade (segurança) e legitimidade (autoridade).

5. Considerações finais

A relação entre poder e coerção convoca um terceiro termo: a razão. Como âmbito da razão prática, o direito se volta à esfera da liberdade humana, das práticas e instituições que criamos por nossa intenção. O direito reivindica então uma universalizabilidade. Em termos kantianos, o direito compartilha com a moral o imperativo categórico – “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007 [1785], p. 59). Tal imperativo especifica-se enquanto demanda de que o legislador produza apenas aquelas normas com as quais todos os afetados poderiam hipoteticamente concordar. Essas normas tratariam então do “conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, 2003 [1797], p. 76). Enquanto o direito se voltaria à conformidade exterior das condutas com os deveres postos pela legislação (ou à sanção organizada pelo Estado), a ética seria a esfera em que o dever é tomado como móbil da conduta, sob pena de sanções da consciência.

A partir dessas categorias kantianas, podemos delimitar dois entendimentos básicos do direito: uma vertente procurou compreendê-lo enquanto âmbito da razão prática, de um discurso moral especializado e distinguido por sua relação privilegiada com os meios coercitivos (daí a tomada do direito estatal como paradigma de toda ordem jurídica) – aqui é possível localizar tanto a tradição do direito natural quanto as teorias contemporâneas da argumentação jurídica, desenvolvidas a partir de final do século XX. Determinadas teorias, como o interpretativismo, reivindicam a necessidade, durante o próprio processo interpretativo, de avaliação moral das responsabilidades institucionais do intérprete-autoridade e reivindicam um sentido objetivo e universalizável para tal avaliação.

De outro lado, houve teorias que procuraram entender o direito como se fosse um dado do mundo, tratável a partir de pressupostos empíricos evidentes (como a eficácia do poder) e de maneira estritamente lógica: são teorias descritivas da norma e do ordenamento, que procuraram racionalizar os atos de poder enquanto construções de sentido que ganham um significado estritamente jurídico. O positivismo jurídico analítico, em suas vertentes clássicas (desde Austin, no século XIX) e na tradição pós-realista de Kelsen e Hart (durante os anos 1960), representou tal empreitada. Para Kelsen (citado por LOSANO, 2010 [2002], p. 121), quem procurar o que está por trás do direito positivo “encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levante esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder”.

O ceticismo realista e crítico, de um lado, e o formalismo contemporâneo, de outro, fogem, de certo modo, à dicotomia kantiana traçada. Ambos os polos teóricos, apesar de superficialmente se contraporem enquanto vertentes de antiformalismo e formalismo jurídico, respectivamente, convergem no esclarecimento de que o discurso moral abrangente leva à politização do direito, o que deslocaria a pretensão de uma decisão legítima da jurisdição para a legislação; já na ambiência jurisdicional, os juízos práticos teriam que apresentar um caráter mais tópico e problemático, garantindo universalizabilidade dos fundamentos decisórios, mas aderindo com maior deferência a decisões previamente formuladas por autoridades reconhecidas.

REFERÊNCIAS

- AMATO, L. F. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 1, p. 255-285, 2022a.
- AMATO, L. F. Moralidade, legalidade e institucionalização: o debate Hart-Fuller. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, v. 11, n. 1, p. 335-360, 2019.
- AMATO, L. F. *Teoria geral do direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022b.
- ANSCOMBE, G. E. M. On brute facts. *Analysis*, v. 18, n. 3, p. 69-72, 1958.
- AUSTIN, J. *The province of jurisprudence determined*. Edição Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 [1832].
- BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1823 [1780].

· LUCAS FUCCI AMATO

BENTHAM, J. Anarchical fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, J. (ed.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke, and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987 [1796]. p. 46-69.

BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 [1960].

BONNECASE, J. *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente: ses variations et ses traits essentiels I: considérations préliminaires, analyse descriptive des doctrines, leurs classificaitions et leurs représentants*. Bordeaux: Delmas, 1933.

COHEN, F. S. The ethical basis of legal criticism. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 41, n. 2, p. 201-220, 1931.

COLEMAN, J. *Markets, morals, and the law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DE GIORGI, R. *Ciência do direito e legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução Pedro Jimenez Cantisano. Revisão Lucas Fucci Amato. Curitiba: Juruá, 2017 [1979].

DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996b.

DWORKIN, R. Hard cases. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

DWORKIN, R. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996a.

DWORKIN, R. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico moderno*. Tradução J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 [1956].

ESCHER, M. C. *Drawing hands*. Litografia, 1948. Dimensões: 28,2 cm x 33,2 cm. Disponível em: [https://mcescher.com/gallery/back-in-holland/#lightbox\[gallery_image_1\]/31](https://mcescher.com/gallery/back-in-holland/#lightbox[gallery_image_1]/31). Acesso em: 18 nov. 2022.

FERRAZ JR., T. S. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

FERRAZ JR., T. S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998 [1980].

FRANK, J. *Law and the modern mind*. 2. ed. London: Routledge, 2017 [1930].

FULLER, L. L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.

FULLER, L. L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].

- GÉNY, F. Judicial freedom of decision: its necessity and method. In: *Science of legal method: selected essays by various authors*. Tradução Ernest Bruncken e Layton B. Register. Boston: Boston Book Company, 1917 [1899]. p. 1-46.
- GREENAWALT, K. The rule of recognition and the constitution. *Michigan Law Review*, v. 85, n. 4, p. 621-671, 1987.
- GROSSI, P. *A ordem jurídica medieval*. Tradução Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 [1995].
- HALPÉRIN, J.-L. Exégese (escuela). Tradução Andrés Botero. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 48, p. 263-277, 2017.
- HART, H. L. A. Lon L. Fuller: the morality of law. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983 [1965]. p. 343-364.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961].
- HECK, P. The jurisprudence of interests. In: SCHOCH, M. M. (ed.). *The jurisprudence of interests: selected writings of Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder, Hermann Isay*. Cambridge: Harvard University Press, 1948 [1932]. p. 29-48.
- HESPANHA, A. M. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. Tradução Andrés Botero-Bernal. *Forum - Revista del Departamento de Ciencia Política*, n. 3, p. 13-51, 2012.
- HIMMA, K. E. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, J.; SHAPIRO, S. (ed.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.
- HOBBS, T. *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. Edição Joseph Cropsey. Chicago: University of Chicago Press, 1971 [1681].
- HOHFELD, W. N. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 26, n. 8, p. 710-770, 1917.
- HOHFELD, W. N. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.
- HOLMES JR., O. W. Natural law. In: HOLMES JR., O. W. *Collected legal papers*. New York: Harcourt, Brace & Howe, 1920 [1918]. p. 310-316.
- HOLMES JR., O. W. The path of the law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.
- JHERING, R. von. *Law as a means to an end*. Tradução Isaac Husik. Boston: Boston Book Company, 1913 [1877].
- JHERING, R. von. *Lo spirito del diritto romano dei diversi gradi del suo sviluppo*. Tradução Luigi Bellavite. Milano: Pirotta, 1855 [1852].
- KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003 [1797].
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007 [1785].

- KELSEN, H. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1985].
- KELSEN, H. *General theory of norms*. Tradução Michael Hartney. Oxford: Clarendon, 1991 [1979].
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 [1945].
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].
- KENNEDY, D. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 8, p. 1685-1778, 1976.
- LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito I: das origens à escola histórica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 [1968].
- LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito II: o século XX*. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 [2002].
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Tradução Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].
- MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006 [1978].
- MACCORMICK, N. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MACCORMICK, N. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008 [2005].
- MICHELON JR., C. F. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- POPPER, K. R. *The open societies and its enemies II: the spell of Plato*. 5. ed. Princeton: Princeton University Press, 1966 [1945].
- POUND, R. *Social control through law*. New Haven: Yale University Press, 1942.
- RAZ, J. Authority, law and morality. *The Monist*, Oxford, v. 68, n. 3, p. 295-324, 1985.
- RAZ, J. *Practical reason and norms*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999 [1975].
- RAZ, J. *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1980 [1970].
- SAVIGNY, F. C. von. *System of the modern Roman law*. Tradução William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867 [1840]. v. 1.
- SCHAUER, F. *A força do direito*. Tradução André Luiz Freire. Revisão Celso Fernandes Campilongo e Lucas Fucci Amato. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022 [2015].
- SCHAUER, F. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509-548, 1988.
- SCHAUER, F. Institutions and the concept of law: a reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick). In: DEL MAR, M.; BANKOWSKI, Z. (ed.). *Law as institutional normative order*. Farnham: Ashgate, 2009. p. 35-44.

SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 1991.

SOLAR CAYÓN, J. I. *Política y derecho en la era del New Deal: del formalismo al pragmatismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. A história universal do pensamento jurídico. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [2013]. p. 221-282.

UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

UNGER, R. M. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979 [1976].

VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979 [1953].

VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 [1968].

VILLEY, M. *Filosofia do direito: definições e fins do direito 1: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008 [1975].

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.

WEBER, M. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Edição Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978 [1922].