

**POSITIVISMO JURÍDICO E TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS: BREVES
APONTAMENTOS SOBRE SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO**

Bruno Makowiecky Salles¹

RESUMO

O presente artigo, partindo de um contexto de crise no paradigma do Positivismo Jurídico, realiza uma breve exposição sobre as teorias Pós-positivistas do Substancialismo e do Procedimentalismo, apresentadas como novas e mais completas teorias sobre o Direito. O objetivo do estudo consiste em fornecer fundamentos teóricos atuais para respostas sobre temas como os limites, as possibilidades e os desafios contemporâneos da Ciência Jurídica.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-positivismo. Substancialismo. Procedimentalismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, partindo de um contexto de crise no paradigma do Positivismo Jurídico, realiza uma breve descrição sobre as teorias Pós-positivistas do Substancialismo e do Procedimentalismo, as quais se apresentam como novas teorias, mais completas, acerca do Direito. O objetivo do estudo consiste em apresentar fundamentos teóricos atuais para problemas como os limites, as possibilidades e os desafios contemporâneos da Ciência Jurídica.

Para desenvolver tal proposta, o artigo inicia com uma abordagem preliminar sobre o Positivismo Jurídico, suas principais características e a crise que atravessa. A seguir, parte-se para a análise de teorias pós-positivistas substancialistas e procedimentalistas, expondo-se o pensamento de importantes autores que se ocupam do assunto, escolhidos estrategicamente pelo destaque de suas obras no cenário mundial. Por fim,

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>.

são levadas a efeito algumas reflexões sobre tais correntes, destacando-se a possibilidade de aproximações entre ambas e vendo-se que a filiação a uma ou outra pode ter em conta aspectos como as características das Constituições e o momento histórico vivenciado.

Em relação à metodologia, cabe o registro de que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo. Na fase de tratamento de dados, empregou-se o método cartesiano. Por fim, a descrição do resultado seguiu a lógica dedutiva. As diversas fases da pesquisa foram auxiliadas com recurso às técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2015).

2 POSITIVISMO JURÍDICO

O Positivismo Jurídico surgiu como uma tentativa de superação da crise de segurança e da escassez de previsibilidade do Direito. O modelo anterior, de natureza jusnaturalista, pressupunha uma ordem universal e atemporal de valores superiores (CÁRCOVA, 2008, p. 195), com fundamentos metafísicos, que deveriam conformar a criação e a aplicação do Direito, remetendo a ideais subjetivos de justiça que instabilizavam as expectativas sociais. Daí a substituição por um modelo puro, estritamente normativo, baseado em códigos com pretensão de completude e dotados de validade em razão de terem sido postos por autoridade (DIMOULIS, 2006, p. 68), os quais deveriam ser aplicados de forma técnica e avaliativa, divorciada da moral, da política e de outras áreas do conhecimento.

A categoria Positivismo Jurídico, nesse quadro, pode ser definida como:

Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do ordenamento jurídico exclusivamente ou prevalentemente por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*). (ZANON JÚNIOR, 2014, p. 229-230).

Em sua formulação inicial, conhecida como Positivismo Exegético ou Paleopositivismo, o pensamento juspositivista, baseado nas doutrinas de autores como Frederich Von Savigny, Frédéric Charles Rau, Jeremy Benthan e John Austin (BOBBIO, 1995, p. 25-122), defendia a noção de que o juiz atuava como mera boca da lei, limitando-se a

pronunciar o Direito codificado em ordenamentos com pretensão de completude, a exemplo do Código de Napoleão. Posteriormente, ocorreu uma gradativa evolução para o Positivismo Normativista, cujos maiores expoentes são Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart, para os quais a influência de valores sobre o juiz no ato de decidir não é propriamente negada. Contudo, compete ao juiz, essencialmente, aplicar as leis positivas e abster-se de eger uma moral subjetiva, só existindo discricionariedade judicial nas situações de ambiguidade ou nas omissões legislativas. Por fim, também o Positivismo Normativista foi sendo aprimorado por outras teorias tidas como Neopositivistas, como o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, para quem o Direito incorpora os princípios e valores constitucionais no instante em que os positiva, mas preserva sua separação em relação ao plano da moral (FERRAJOLI, 2014, p. 802), no sentido de que não há entre ambos uma conexão conceitualmente necessária.

Em quaisquer das concepções positivistas podem ser identificadas, como visto no Conceito Operacional adotado acima, cinco características básicas, ainda que presentes com intensidades variadas. Tais características consistem (ZANON JÚNIOR, 2014, p. 68) na (i) separação, mais ou menos rígida, entre Direito e Moral, (ii) na constituição do Direito, preferencialmente, por normas-regras em preponderância sobre normas-princípios, (iii) na aplicação do Direito por atividade lógica de subsunção, e não por técnicas de ponderação, (iv) na existência de um ordenamento jurídico escalonado, em cujo vértice se encontra uma norma fundamental, seja ela hipotética (KELSEN, 1998, p. 224), factual (HART, 2012, p. 140) ou coincidente com o poder constituinte (BOBBIO, 1995a, p. 58), e (v) na existência de discricionariedade judicial para a resolução, unicamente, dos casos difíceis em que haja ambiguidade ou lacuna.

Contudo, a doutrina vem identificando que essas principais características do Positivismo Jurídico não descrevem, com precisão, o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica (ZANON JÚNIOR, 2014, p. 89-122). Basta referir, por exemplo, a inexistência de uma blindagem do Direito contra a Moral, manifestando-se esta nas fases de positivação e aplicação do Direito. Além disso, a aplicação do Direito por subsunção, com a negação da ponderação ou dos princípios, é uma redução simplista. Ademais, a margem de discricionariedade judicial nos casos difíceis deve ser combatida e não defendida. A partir de críticas como essas e outras, são apresentadas teorias pós-positivistas, notadamente de natureza

substancialista, procedimentalista e pragmatista², com o fim de superar tais insuficiências notórias e contribuir para teorias mais completas sobre o Direito.

No presente artigo serão abordadas teorias substancialistas e procedimentalistas, de acordo com o pensamento de autores escolhidos estrategicamente, cujas obras têm o reconhecimento mundial.

3 TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS: NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO

De acordo com a concepção substancialista, adotada por autores como Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin e Gustavo Zagreblesky, o Poder Judiciário atua regularmente ao garantir a efetividade de princípios e valores constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, devendo concretizar tais conteúdos ao proferir decisões, mesmo contrariando a vontade política infraconstitucional ou eventualmente suprindo omissões ou proteções insuficientes dos demais Poderes. Nota-se aqui, portanto, um resgate de elementos valorativos, ainda que morais ou previstos de forma vaga, dando-se prevalência aos motivos que levam às decisões corretas. A legitimidade dos atos judiciais resulta, assim, dessa conformação material à Constituição. Tais características situam o Poder Judiciário, no modelo substancialista, em um papel de proeminência em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, convertendo-o no que se pode denominar de última trincheira para a concretização de direitos sonegados.

Segundo Luis Roberto Barroso,

No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das decisões políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo. (BARROSO, 2011, p. 114).

² As vertentes substancialista, procedimentalista e pragmatista podem ser citadas como as principais alternativas ao Positivismo Jurídico, apresentando-se como as correntes pós-positivistas mais consagradas, sem prejuízo da possibilidade da existência de outras teorias aqui não aludidas.

A perspectiva procedimentalista segue outra trajetória. Autores como John Hart Ely, Jürgen Habermas e Antoine Garapón veem com reticência a atuação expansiva da jurisdição, opondo-se ao avanço do Direito sobre o domínio da Política³. Para tal corrente o Poder Judiciário deve priorizar a atuação como árbitro ou garantidor das regras do jogo democrático, de forma a remeter a formação da vontade pública a canais deliberativos, a procedimentos discursivos de formação de consensos⁴ e a órgãos de representação popular. A legitimidade da atuação jurisdicional advém, assim, dessa garantia do procedimento democrático. O Poder Judiciário é, antes, um intermediário entre a Constituição e o Poder Legislativo do que um intermediário entre o povo e o Legislador (CANOTILHO, 2012, p. 88). A função central do Estado Democrático de Direito incumbe, primordialmente, ao Poder Legislativo, órgão eleito para representação popular.

Para Mônia Clarissa Hennig Leal:

[...] aqueles que se filiam ao procedimentalismo reservam à jurisdição constitucional um papel – apesar de que, como vimos, também ativo – que se limita ao controle dos procedimentos democráticos, voltados, em suas diferentes variantes, para a conformação dos conteúdos e das decisões constitucionais fundamentais, sem cogitar sobre – e em certo sentido até negando – a possibilidade de vinculação entre os aspectos material e processual. (LEAL, 2007, p. 201).

Cabe, na sequência, aprofundar a exposição de tais correntes.

4 SUBSTANCIALISMO: JURISDIÇÃO COMO INSTÂNCIA DE CONCRETIZAÇÃO DE CONTEÚDOS CONSTITUCIONAIS

Mauro Cappelletti identifica nas sociedades contemporâneas uma tendência à expansão do papel criativo da jurisprudência, tornando-se necessário, a partir daí, superar

³ Tradicionalmente, reconhecia-se a separação entre as províncias da Política e do Direito, isto é, os domínios da vontade e da razão. Embora, no ato da criação, o Direito seja o resultado de um processo constituinte e de batalhas políticas, sempre foi tido como possível e desejável que, após criado, nos atos de aplicação, ele, Direito, fosse apartado das questões e das influências políticas. A respeito, conferir Barroso (2011, p. 426). Essa separação de origem positivista entre Política e Direito, contudo, embora ainda defendida por inúmeros autores, vem sendo questionada com ênfase cada vez mais crescente.

⁴ No ponto, é importante referir que teorias discursivas, como a de Robert Alexy, são, também, teorias procedimentais, uma vez que defendem o constitucionalismo discursivo como meio ou procedimento de formação da vontade racional no Estado Constitucional. Considera-se mais adequado, porém, não as tratar juntamente com as demais ideias procedimentalistas expostas neste artigo, por possuírem características distintas. Sobre o tema: Alexy (2015).

certos obstáculos tradicionais à criação judiciária do Direito, mas preservar as características essenciais da atividade jurisprudencial, naquilo em que se distinguem do processo legislativo. Para o autor, o crescimento da atuação judicial traduz um contrapeso, no sistema de *checks and balances*, do avanço vertiginoso dos “ramos políticos”, configurando um fenômeno complexo “característico da profunda crise do estado e da sociedade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 19). Esse novo espectro torna necessárias teorizações sobre o grau da criatividade judicial, considerados seus modos, limites substanciais e formais e sua aceitabilidade (CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

As causas do crescimento da criatividade jurisdicional, em Cappelletti, são de ordem variada. Entre elas, destaca-se a superação da lógica positivista que reduz o Direito à interpretação da lei, ignorando elementos voluntarísticos de escolha judicial. A transformação do papel do Direito no Estado de *welfare state*, inserindo componentes intervencionistas e promocionais, também atua como concausa, ao pressupor a edição de leis vagas com largas margens para interpretações discricionárias (CAPPELLETTI, 1999, p. 32-41). Outros fatores contributivos residem na crise de representatividade e na lentidão do Parlamento, que, diante do aumento dos encargos de intervenção legislativa, sofre de uma obstrução (*overload*) a torná-lo incapaz de “responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada” (CAPPELLETTI, 1999, p. 43), com isso transferindo parcela de sua atividade a instâncias executivas e judiciárias. São ainda causas a proclamação de um catálogo de direitos fundamentais, nas Constituições e tratados internacionais, a massificação das lides e o aparecimento das ações coletivas para tutela de interesses transindividuais (CAPPELLETTI, 1999, p. 56-68). Todo esse quadro conduz à intensificação do controle da atividade legislativa e executiva pelo Judiciário, cujo aparecimento na condição de “terceiro gigante”, contudo, deve ser visto com reservas, a fim de que sejam evitados abusos e perversões, embora o risco seja inferior em comparação aos demais Poderes (CAPPELLETTI, 1999, p. 49).

Mas a criatividade judiciária não equipara o juiz ao legislador. Segundo o autor, é certo que, “do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito”, isto é, “são *law-making processes*”. Todavia, “diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 74). É essa distinção que deve coordenar

as discussões em torno do ativismo judicial. O juiz possui liberdade decisória no plano material ou substancial, ainda que não absoluta, devendo apoiar a fundamentação na lei e nos precedentes. Contudo, tem de manter estrita passividade no plano processual, decidindo a lide dentro dos limites propostos pelos litigantes, preservando a atitude de imparcialidade e mantendo-se independente a pressões externas (CAPPELLETTI, 1999, p. 74-75). Essas virtudes passivas ou limites processuais distinguem, verdadeiramente, o juiz do legislador, separando o processo jurisdicional daqueles processos de natureza política. Se os juízes agissem de ofício, estivessem envolvidos com os interesses versados na causa ou de alguma forma os representassem, defendendo grupos ou pessoas, aí então estariam a atuar como legisladores (CAPPELLETTI, 1999, p. 77). Daí não se extrai que o juiz, para ser juiz, deva ser passivo substancialmente.

No ponto, o italiano refere que:

As características em tela – as “virtudes passivas” do processo jurisdicional – exibem, certamente, natureza *formal* ou *procedimental-estrutural*. Determinam, assim, não os conteúdos ou a substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de “passividade” do juiz, mas o *modo* como deve se desenvolver a função jurisdicional – ou se se preferir, os contornos essenciais, a estrutura do modo. Mas essa sua natureza formal-procedimental de modo algum diminui-lhe a importância. (CAPPELLETTI, 1999, p. 79).

O pensamento de Cappelletti firma bases, portanto, para uma expansão da criatividade judiciária na concretização de conteúdos normativos, cuja real amplitude, todavia, deve estar condicionada a uma avaliação fenomenológica, voltada para a época contemporânea, contextualizada nas debilidades da realidade específica de cada local e levando em consideração os sistemas da *statutory law* e *judiciary law* (CAPPELLETTI, 1999, p. 117-128). Ainda assim a diferença entre esses sistemas vem sendo objeto de crescente relativização, tornando-se, “certamente, uma *diferença de grau*” de criação do direito que “está desaparecendo e se atenuando” em um “poderoso movimento de recíproco avizinhamo entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento jurídico e do direito jurisprudencial” (CAPPELLETTI, 1999, p. 123-124). A aproximação entre ambos os sistemas é resultado do fortalecimento do Judiciário e sua atividade criativa nas sociedades atuais (CAPPELLETTI, 1999, p. 133).

Para o norte-americano Ronald Dworkin⁵, o ideal de que o Poder Judiciário deve limitar-se a aplicar o Direito criado por outras instituições “não pode ser plenamente concretizado na prática” (DWORKIN, 2011, p. 128), esbarrando em aspectos como a insuficiência das regras jurídicas e a intervenção humana no ato de interpretá-las. Com isso, há teorias que defendem que “os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explicitada”, agindo “como se fossem delegados do Poder Legislativo, promulgando leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema” (DWORKIN, 2011, p. 128-129). Nesse quadro, os casos qualificados como difíceis (*hard cases*), nos quais “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção” (DWORKIN, 2011, p. 131), podem ser decididos de forma apropriada por princípios e políticas, preferencialmente por princípios⁶. Para tanto, devem os juízes atuar, idealmente, de acordo com a figura mítica de Hércules, jurista inventado pelo autor e investido de uma “sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2011, p. 165) para decidir racionalmente, por valores caros à comunidade, com integridade e coerência.

Nas palavras do autor:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legais. (DWORKIN, 2011, 182).

Hércules pauta-se em um complexo método para julgar, clivado em etapas de reflexão sobre o direito aplicável. Dworkin observa que, ao decidir, “Hércules não se baseia em suas próprias convicções” (DWORKIN, 2011, p. 194) e preferências particulares, devendo considerar, também, a solidez ou não de suas crenças e as “tradições morais da

⁵Dworkin escreve no ambiente norte-americano, em que o Direito apresenta ligação com o sistema consuetudinário baseado em precedentes (*common law*), mas as problemáticas tratadas em sua teoria têm aplicação, feitas as devidas adaptações, aos sistemas de Direito codificado (romano-germânicos). Hoje, aliás, há crescente aproximação entre tais sistemas.

⁶O autor define como política (*policy*) “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. Por sua vez, os princípios são os *standards* que devem ser observados não por terem em vista fins econômicos, políticos ou sociais, mas porque representam “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2011, p. 36).

comunidade” (DWORKIN, 2011, p. 196) para buscar, nos princípios sobre os direitos e deveres da pessoas, na estrutura política e na doutrina jurídica, a única resposta correta ou, quando o menos, o melhor julgamento possível para determinado caso. Tem destaque na teoria a preocupação com a noção de Direito em um contexto de integridade e coerência, a exigir que “os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 2007, p. 291). Essa proposta *dworkiana* leva à metáfora do romance em cadeia, em que cada romancista deve escrever sua obra dando continuidade a enredos prévios, havendo uma composição conjunta e evolutiva de conteúdos jurídicos.

A teoria substancialista de Dworkin, apesar disso, sofreu críticas que a adjetivam como “antipluralista” e encorajadora de uma espécie de “neocorporativismo judicial” (CÁRCOVA, 2008, p. 211), havendo quem a interprete como fomentadora de “decisionismos”. Ademais, não seria adequada uma teoria que concebe que o magistrado, fundado nas práticas sociais objetivas e nas instituições vigentes, encontre uma moral social difusa e única para decidir. Esse processo de integração do Direito serviria apenas para reproduzir a ordem vigente (CÁRCOVA, 2008, p. 214), de forma a desconsiderar a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais. Ainda assim, as críticas contracenam com a intenção, presente na obra de Dworkin, de impedir, a partir dos princípios e valores morais, que os juízes decidam com base em espaços de discricionariedade desvinculados de balizas (NEVES, 2014, p. 52). As críticas ainda conflitam com as afirmações do autor no sentido de que a canalização de controvérsias morais para a esfera jurisdicional redistribui o poder político, favorecendo as minorias em face do sistema representativo (LEAL, 2007, p. 172).

Na Itália⁷, também desde uma ótica substancialista, Gustavo Zagrebelsky anota que, nos Estados Democráticos de Direito marcados por sociedades pluralistas com alto grau de relativismo, a soberania deve ser exercida a partir das previsões constitucionais. Porém, não cabe à Constituição “[...] *la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la*

⁷ O sistema jurídico italiano é codificado, de tradição romano-germânica.

misma”⁸ (ZAGREBELSKY, 2003, p. 13). A coexistência de valores heterogêneos em uma sociedade plural torna mister uma dogmática jurídica flexível ou dúctil, que “*pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época*”⁹ (ZAGREBELSKY, 2003, p. 17), fornecendo condições para que a normatização da vida se dê em processo de permanente reconstrução plural.

O autor avança explicando a existência de uma diferenciação, na perspectiva positivista, entre Lei, Direito e Justiça (ZAGREBELSKY, 2003, p. 47). Essa cisão de conceitos repercutiu, em séculos passados, nos papéis clássicos reservados à legislação e à jurisdição. Por conta dela, o Poder Legislativo era visto, até recentemente, como o senhor da Lei, editando-a para que fosse reproduzida de forma fiel pelo Judiciário. Mas tal criação teórica não autoriza concluir que o Legislativo foi, também, o senhor do Direito, conceito mais amplo que congrega princípios constitucionais e componentes jusnaturalistas (ZAGREBELSKY, 2003, p. 116). O autor acrescenta que, atualmente, há um esgotamento do modelo positivista e não se devem verificar, na realidade vigente, relações hierárquicas entre a legislação e a jurisdição (ZAGREBELSKY, 2003, p. 114).

Segundo Zagrebelsky¹⁰:

No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la superveniencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, a concebir todo contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. (ZAGREBELSKY, 2003, p. 125).

A incorporação de princípios e valores pelo Direito implica um câmbio conceitual do ato de interpretar. A jurisprudência deixa de prestar serviços à vontade do legislador, não devendo a utilização de princípios de justiça e valores dinâmicos ser vista

⁸ Tradução livre: “[...] tarefa de estabelecer diretamente um projeto determinado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”.

⁹ Tradução livre: “[...] possa conter os elementos do direito constitucional de nossa época”.

¹⁰ Tradução livre: “Não resulta muito difícil compreender que a dimensão do direito por princípios é a mais idónea para a superveniência de uma sociedade pluralista, cuja característica é o contínuo reequilíbrio através de transações de valores. Prova eloquente disso é a tendência, mais ou menos conscientemente adotada pela maior parte das jurisdições constitucionais, de conceber todo o conteúdo das Constituições (incluídos os direitos fundamentais) como declarações de valores”.

como um gesto subversivo ao Direito (ZAGREBELSKY, 2003, p. 132 e 146). E essa atitude criativa do Poder Judiciário não encontra adversário suficiente na crise da certeza do Direito, uma vez que a ampliação da atividade interpretativa é uma consequência inevitável das sociedades plurais e dos sistemas jurídicos atuais. Seria irrealista apostar em um ordenamento legicêntrico, em que o legislador cria e recicla o Direito no tempo da Sociedade. Essa disritmia entre o tempo da legislação e o tempo da produção do Direito termina, aliás, por transferir a apreciação originária de matérias políticas às salas dos tribunais (ZAGREBELSKY, 2003, p. 146-147).

O cenário vivenciado requer, na visão do italiano, “*una particular actitud espiritual por parte de quién opera jurídicamente*”¹¹ (ZAGREBELSKY, 2003, p. 147), associada ao caráter prático do Direito. A prática da aplicação judicial deve realizar-se na perspectiva da razoabilidade na categorização dos fatos à luz dos princípios jurídicos e na definição das normas aplicáveis. A busca por uma razoabilidade de conjunto, que seja objetiva e não subjetiva do intérprete, faz com que a jurisprudência contribua para a unificação do Direito (ZAGREBELSKY, 2003, p. 148), ou seja, para que a aplicação do Direito não se baseie unicamente na Lei, mas também na Justiça.

Para o autor, a magistratura assume uma posição bifronte no Estado Constitucional, sem paralelo em outras carreiras do funcionalismo, navegando na difícil intempérie de intermediação entre Estado, como Poder Político-Legislativo, e Sociedade, de quem recebe pretensões baseadas em princípios constitucionais. Para exercer uma jurisdição democrática, devem os juízes combinar atitudes de respeito à lei formal e aos direitos constitucionais materiais (ZAGREBELSKY, 2003, p. 149), em um recíproco condicionamento. Aos juízes compete agir como garantidores da complexidade estrutural do Direito Constitucional, isto é, da coexistência dúctil entre Leis, Direito e Justiça. Embora lhes caiba aplicar os valores constitucionais na jurisdição, não são os juízes, também eles, os senhores do Direito, devendo manter abertas as portas para a prerrogativa de o Poder Legislativo atuar politicamente na formação do ordenamento jurídico (ZAGREBELSKY, 2003, p. 153).

¹¹ Tradução livre: “uma particular atitude espiritual por parte de quem opera jurídicamente”.

5 PROCEDIMENTALISMO: JURISDIÇÃO COMO GARANTIA DO CIRCUITO DE FORMAÇÃO DA VONTADE DE ACORDO COM AS REGRAS DO JOGO DEMOCRÁTICO

John Hart Ely escreve tendo como parâmetro a democracia estadunidense e deixa clara, em passagens de sua obra, a contextualização no ambiente da Constituição norte-americana. Para ele referida Constituição não tem como estratégia fixar um conjunto de direitos substanciais sob proteção permanente, mas, essencialmente, assegurar a liberdade e garantir que a maioria não atente de forma discriminatória contra direitos da minoria (ELY, 2010, p. 133-134).

O autor inicia a construção teórica criticando o reducionismo da discussão sobre interpretacionismo e não interpretacionismo¹² (ELY, 2010, p. 03) e propondo uma terceira via, situada em plano intermediário, para lidar com o tema da jurisdição democrática. Para tanto, defende que é impossível ao Poder Judiciário, na aplicação do Direito, aprisionar-se às cláusulas constitucionais, precisando, por vezes, ir além de conceitos abstratos (ELY, 2010, p. 17). Contudo, lembra a necessidade de extrema cautela para que tal atitude não afronte a democracia representativa (ELY, 2010, p. 54).

Nesse sentido afirma que:

Se não for possível desenvolver uma abordagem honesta da aplicação judicial das disposições abertas da Constituição, uma abordagem que não seja irremediavelmente incompatível com o compromisso norte-americano com a democracia representativa, os críticos responsáveis devem considerar seriamente a possibilidade de simplesmente proibir aos tribunais essa atividade. Dado o fracasso óbvio da modalidade dominante de controle por meio do “não interpretacionismo”, foi óbvia a intuição do juiz Black: negar essa autorização ao Judiciário. Mas a modalidade dominante pode ser melhorada – é essa a tarefa de que pretendo incumbir-me no restante do livro. (ELY, 2010, p. 54-55).

¹²O interpretacionismo, esclarece o autor, consiste em uma abordagem positivista do Direito, que o reduz à lei e esvazia a atitude criativa do intérprete, ao qual compete, unicamente, fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas. O não interpretacionismo, por outro lado, aproxima o Direito do jusnaturalismo, admitindo que os tribunais avancem além do conjunto normativo expresso e façam cumprir normas que não estejam claramente previstas na linguagem do documento..

O americano prossegue negando à jurisdição constitucional a possibilidade de, na interpretação de disposições constitucionais abertas, identificar e impor aos poderes políticos valores e princípios substantivos (ELY, 2010, p. 57). Critérios como convicções subjetivas, o direito natural, princípios neutros, a razão, a tradição, supostos consensos e visões sobre o progresso não fornecem parâmetros seguros para a definição de conteúdos legítimos pelo Poder Judiciário (ELY, 2010, p. 58-95). O autor adverte que a “sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão” (ELY, 2010, p. 79). Mesmo nos casos de omissão legislativa, as decisões de especialistas não devem suprir a indecisão parlamentar ou a falta de consensos no Legislativo.

O autor propõe, então, que a jurisdição constitucional assuma a posição de um árbitro do processo de representação política. Ao árbitro incumbe fomentar metas participativas de acesso aos procedimentos e benefícios do sistema representativo (ELY, 2010, p. 99), evitando que tal sistema funcione mal de modo estrutural. O funcionamento distorcido do sistema representativo ocorre quando são obstruídos os canais de mudança política ou quando, mesmo que uma minoria possua direito a voz e voto, os representantes da ala majoritária a põem em desvantagem preconceituosa (ELY, 2010, p. 137). Nessas realidades, a jurisdição atua de modo legítimo ao desobstruir os canais de transformação política, realizando intervenções como a ampliação da liberdade de expressão, a revisão de sistemas viciados de sufrágio e a garantia de transparência do processo legislativo (ELY, 2010, p. 140-179); ou, ainda, facilitando a representação das minorias, por remover as barreiras à influência no processo político, atribuindo-lhes, quando preciso, mais que voz e voto (ELY, 2010, p. 181), para que possam superar discriminações imotivadas causadas por falta de suficiente possibilidade de participação. Em suma: “o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol” (ELY, 2010, p. 136).

Por fim, Ely ainda rebate o argumento segundo o qual, ao restringir-se o controle judicial a questões de participação, subtraindo-lhe a análise dos méritos substantivos das decisões políticas, estar-se-ia abrindo caminho para o surgimento de tragédias antidemocráticas como o Holocausto. Sistemas representativos confiáveis não podem trabalhar tendo como premissa central hipóteses inverossímeis. Para o autor, a sobreposição

de valores constitucionais sobre decisões do processo político só deve preponderar em democracias indignas, *ex ante*, de confiança. Assim é que, “se deixássemos que nosso direito constitucional fosse definido por leis hipotéticas que jamais serão aprovadas, ele se deformaria inevitavelmente”. O “direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança” (ELY, 2010, p. 246).

Na Alemanha¹³, Jurgen Habermas apresenta um conceito procedimental de democracia, conectado à ideia de política deliberativa (HABERMAS, 1997, p. 54-55). Para Habermas, a soberania do povo, em Estados democráticos, deve ocupar não só o poder político formal, mas também espaços públicos não institucionalizados, nos quais afloram reivindicações sociais espontâneas. Esses espaços ou esferas públicas traduzem uma “estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil”, uma “caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco” (HABERMAS, 1997, p. 91), exercendo pressões legítimas sobre a produção legislativa. Assim, a institucionalização da vontade coletiva deve refletir, nas leis, a racionalidade advinda da participação de cidadãos ativos nos canais de discussão política, permitindo que estes, dentro de um sistema de direitos que garanta a participação igualitária no processo democrático¹⁴ (HABERMAS, 1997a, p. 159), atuem ao mesmo tempo como autores e destinatários da legislação. As decisões políticas editadas como resultado desse fortalecimento da cidadania, sob a forma de um agir comunicativo, exibem um coeficiente de legitimidade superior à imposição de decisões pelo Estado, fundadas em valores constitucionais e na adoção de posturas paternalistas de proteção de uma cidadania acomodada¹⁵ (HABERMAS, 1997a, p. 290).

Essas características do procedimentalismo *habermasiano* repercutem no papel atribuído à jurisdição constitucional. A problemática, aqui, está diretamente relacionada

¹³ Na Alemanha prepondera, também, a tradição romano-germânica de direito legislado.

¹⁴ Para o autor, o sistema de direitos que atua como condição de possibilidade para a participação, em igualdade de condições, no processo democrático, pressupõe os direitos: (a) a iguais liberdades subjetivas de ação; (b) à garantia de *status* de membro igual e autônomo da comunidade jurídica; (c) ao acesso aos tribunais; (d) à igual participação na formação da vontade política e do direito legítimo; e (e) a condições de vida garantidas socialmente, tecnologicamente e ecologicamente, para a fruição, em igualdade de chances, dos direitos mencionados acima. Nesse sentido, Habermas (1997a, p. 159).

¹⁵ Segundo ele, “quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade das normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política” (HABERMAS, 1997a, p. 290).

à separação dos Poderes e suas funções no Estado de Direito (HABERMAS, 1997a, p. 91). Segundo o autor, existe uma distinção entre o sistema político-legislativo, no qual as normas jurídicas são justificadas, e o sistema jurídico, incumbido da aplicação das normas jurídicas¹⁶. E a racionalidade do “processo de legislação”, “sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se acha à disposição dos órgãos da aplicação do direito” (HABERMAS, 1997a, p. 298). A esses órgãos de aplicação, isto é, ao sistema jurídico constitucional, compete aplicar o Direito editado nas leis e garantir o adequado funcionamento do processo democrático criativo, no qual se inclui não somente o procedimento legislativo formal, mas também os espaços públicos de debate.

O Poder Judiciário age como uma instância autoritária quando se deixa seduzir pelo ideal de realização de conteúdos materiais prefixados na Constituição, ocupando, de maneira paternalista, o lugar da cidadania ao preencher espaços e assim produzir uma espécie de legislação concorrente (HABERMAS, 1997a, p. 320-321). Daí a crítica, endereçada à concepção metodológica do Tribunal Constitucional alemão (HABERMAS, 1997a, p. 314), nos pontos em que adota a chamada jurisprudência de valores¹⁷. A aplicação legítima do Direito só pode ser atingida, para o autor, assegurando-se “as condições processuais da gênese democrática das leis”, com a preservação do procedimento estabelecido na Constituição, segundo o qual os cidadãos partícipes, “assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida” (HABERMAS, 1997a, p. 326).

Em passagem conhecida, Habermas anota que:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo e automodéstia – não pode ser conduzida in abstracto. Quando se entende a

¹⁶Referida distinção é encontrada, com precisão conceitual, na seguinte obra: Günther (2004). Para tal autor, o discurso de justificação da norma jurídica visa fundamentar a validade e a aceitação da criação legislativa dentro de parâmetros impessoais de universalização, enquanto o discurso de aplicação destina-se a concretizar a incidência da norma em casos concretos.

¹⁷A Jurisprudência de Valores (*Wertungsjurisprudenz*) consiste em matriz metodológica adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, após a Segunda Guerra Mundial, como forma de resgatar elementos conteudísticos, inclusive supraleais do direito natural, a fim de superar o positivismo jurídico estrito. A Jurisprudência de Valores representou um passo adiante em relação ao modelo, até então vigente, da Jurisprudência de Interesses, permitindo o julgamento através de técnicas de ponderação em substituição ao paradigma da subsunção aplicável até aquele momento. As fontes valorativas da teoria são representadas, dentre outros, pelos direitos fundamentais, pelos costumes e pelas instituições da vida política e social. Nesse sentido, Larenz (1997. p. 163-172).

constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexó interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. (HABERMAS, 1997, p. 346-347).

Os aportes acima revelam que, na obra de Habermas, a jurisdição constitucional não age democraticamente ao identificar conteúdos normativos específicos e os impor a partir de valores constitucionais fixos, definidos como prioritários na leitura do Poder Judiciário, senão ao assegurar um procedimento participativo de criação de conteúdos normativos possíveis (HABERMAS, 1997a, p. 325-326). A jurisdição deve proteger o sistema de direitos que assegura o exercício da autonomia pelos cidadãos, gerando uma nação de cidadãos. Isto é: a tarefa jurisdicional não está em revelar uma ordem de valores prefixada na Constituição, mas em descobrir, por um processo de comunicação, os valores fundamentais da ordem constitucional democrática (CANOTILHO, 2012, p. 69), especialmente em uma comunidade que não compartilha princípios, tradições e consensos culturais.

Na França¹⁸, Antoine Garapon também aborda a inflação do sistema jurídico perante o recuo das práticas democráticas. Para o autor, a crise da esfera política (GARAPON, 1998, p. 163-166), a complexidade da vida social, a globalização econômica, a superação do Estado-providência, o poder da imprensa, o desmoronamento psíquico do indivíduo e a insuficiência do modelo normativo tradicional causam uma frustração generalizada com a democracia, atribuindo à justiça um papel simbólico de “refúgio para um ideal democrático desencantado” (GARAPON, 1998, p. 22). Canaliza-se para a justiça, em consequência do descrédito das instituições representativas e da erosão do espírito público, uma esperança ou busca irrefletida pela salvação, transferindo-lhe competências decisórias em setores cada vez mais vastos das expectativas sociais e convolvendo-a em “um espaço de exigibilidade da democracia” (GARAPON, 1998, p. 46). O juiz deixa de atuar em sua função clássica de dizer o direito, isto é, de agir como árbitro das relações jurídicas concretas ou como mediador institucional das relações políticas, para passar, também, a ser “considerado como o árbitro

¹⁸ País também filiado à *civil law*.

dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”, dando a palavra inicial em questões morais complexas no plano da bioética e outras e agindo, ainda, como “o conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública” (GARAPON, 1998, p. 20). Essa migração do político para o jurídico faz com que seja nos métodos da justiça, em substituição ao processo político, que se reconheça uma “ação coletiva justa”, incorporando-se ao ideal democrático vocabulários próprios do sistema jurídico, a exemplo de “imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc.” (GARAPON, 1998, p. 42). A legitimidade das decisões do Estado vem pautar-se, por isso, em uma base procedimental que entroniza as características do sistema jurídico, a significar que “ação coletiva encontra [...] a sua validação mais numa forma processual do que política” (GARAPON, 1998, p. 42). Em uma inesperada inversão de posições, o juiz se apossa do *status* de um “co-legislador permanente” (GARAPON, 1998, p. 38) e a jurisdição vira, “doravante, um modo normal de governo” (GARAPON, 1998, p. 47), que não mais se limita a sancionar os desvios após a iniciativa dos demais Poderes, como legislador negativo (GARAPON, 1998, p. 191), mas figura como espaço ativo de decisões normativas.

O poder inédito conferido aos juízes produz, no pensamento do autor, distorções que não devem ser ignoradas. Entre elas cita-se o risco de um funcionamento aristocrático, populista e midiático da vida democrática, dirigida judicialmente por um elitismo isento de controles e ressentido dos meios adequados para legislar (GARAPON, 1998, p. 60-64). O processo judicial não é a melhor forma de se resolver problemas amplos da sociedade como a imigração, por exemplo (GARAPON, 1998, p. 94). Tem-se, ainda, a possibilidade de conservadorismos judiciais imobilizarem as reformas políticas pretendidas pela maioria (GARAPON, 1998, p. 74). E, em qualquer dessas situações, identifica-se uma atuação indevida dos juízes como novos anjos da democracia, da qual foram despejados os homens políticos, alimentando-se o Judiciário da desconfiança no sistema político para, com isso, concluir o processo de despoltização da democracia (GARAPON, 1998, p. 74-75). Mas a atuação judicial, ao invés disso, para fortalecer a democracia deveria autorizar a vida democrática, conferindo autoridade aos Poderes e legitimando ações no sistema político (GARAPON, 1998, p. 188).

Garapon externa a preocupação segundo a qual:

O excesso do direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear a tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada. De tanto encarar as coisas através do prisma deturpador do direito, corre-se o risco de criminalizar a relação social e de reactivar a velha mecânica sacrificial. A justiça não se pode substituir ao político sem correr o risco de abrir caminho para a tirania das minorias, ou até para uma espécie de crise de identidade. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto a escassez de direito. (GARAPON, 1998, p. 51).

O autor propõe a necessidade de se reavaliar o atual modelo de justiça e as funções do juiz na comunidade política (GARAPON, 1998, p. 198), reaproximando o Direito do componente político-deliberativo. O Poder Judiciário, afinal, “não nos livrará nunca da perturbação de ter que fazer política”, mas deve convidar “a inventar uma nova cultura política” (GARAPON, 1998, p. 283). A calibragem passa por uma justiça que não seja formal e exclusivista, como no Estado-liberal, tampouco terapêutica e redistribuidora, como no Estado-providência, senão simbólica¹⁹, participativa, descentralizada e reintegradora em uma Sociedade de exclusão (GARAPON, 1998, p. 219). Para tanto, é necessário reconhecer ao cidadão “o direito de participar do debate sobre o direito, de ser a própria pessoa autora, directa e indirectamente, do seu próprio direito” (GARAPON, 1998, p. 215), incentivando-se as técnicas dialogadas e participativas de justiça (GARAPON, 1998, p. 226).

Essa nova proposta de justiça “encontra-se menos em valores substanciais comuns do que num método comum, num procedimento” (GARAPON, 1998, p. 240) a ser utilizado, por exemplo, em institutos como a “mediação civil ou penal e a arbitragem comercial” (GARAPON, 1998, p. 242), que tomam de empréstimo a ritualística do debate aplicada à justiça. O próprio critério de justiça “evoluiu para uma forma mais processual” (GARAPON, 1998, p. 252), em que se busca a homologação do consenso em substituição à imposição de “decisões autoritárias vindas do centro” (GARAPON, 1998, p. 256). A revisão do papel da justiça também passa pelo fortalecimento de conselhos comunitários que

¹⁹Embora Garapon não conceitue o que entende por função simbólica, termo que apresenta alguns significados possíveis, leitura contextualizada da obra permite concluir que a função simbólica, aqui, é empregada como maneira de referir-se, em termos ideais, às instituições governamentais, desenvolvendo-se um mundo onírico distinto da realidade objetiva. Sobre o tema, ler Neves (2007, p. 5-54).

permitam o resgate do contato com as populações marginalizadas, alijadas de representação política (GARAPON, 1998, p. 248). O novo lugar pressupõe a inclusão cidadã, relendo-se o jogo de *checks and balances* rumo a um equilíbrio situado “para lá de uma adulação sem comedimento ou de uma suspeita infundada perante o juiz” (GARAPON, 1998, p. 260), ao qual incumbe, sempre, preservar imparcialidade e institucionalizar a ética (GARAPON, 1998, p. 262-274).

A legitimidade democrática do sistema de justiça, de acordo com o autor, está dissociada do procedimento eletivo, que “não é necessariamente o melhor meio de garantir a sua representatividade”, mas do fato de o juiz “querer pela nação”, atualizando a vontade geral. Por isso o juiz pode “ser qualificado como representante” (GARAPON, 1998, p. 277) do povo. E se cada juiz é um representante do povo, cada cidadão é “detentor de uma parte da soberania” (GARAPON, 1998, p. 278) judicial. É democrático, portanto, estimular a participação direta da cidadania nas decisões judiciais, em especial nos casos que não exigem conhecimentos jurídicos sofisticados, como questões de família e na definição de fatos do Tribunal do Júri, e nas causas cujos aspectos técnicos especializados seguem além do campo jurídico. Em tais situações delegar aos cidadãos o desempenho da função simbólica de autoridade, que não se confunde com a missão de dizer o direito técnico, fortalece a representatividade judicial (GARAPON, 1998, p. 279), fazendo da justiça um “lugar de representação” que “ela nunca deveria ter deixado de ser”, um “verdadeiro lugar político de confronto de interesses e deliberação” (GARAPON, 1998, p. 282). O Poder Judiciário, em tal arranjo, deve agir como guardião ou testemunha das promessas democráticas (GARAPON, 1998, p. 288), não como responsável exclusivo por tais promessas. Cabe ao juiz lembrar aos indivíduos e à comunidade política a existência dessas promessas, convocando-os a agir democraticamente, em vez de substituí-los.

6 CONCLUSÃO

Diante da crise dos postulados básicos do Positivismo Jurídico, têm surgido teorias Pós-Positivistas sofisticadas, retratadas no pensamento de inúmeros autores, com a proposição de novas bases para a Ciência Jurídica. Entre essas teorias estão as perspectivas substancialista e procedimentalista.

Para o Substancialismo, compete à jurisdição aplicar os conteúdos constitucionais, fomentando a democracia material a partir de bases principiológicas. Por sua vez, os procedimentalistas atribuem à jurisdição o papel de árbitro ou garantidor das regras do jogo democrático, cabendo-lhe, em vez de definir valores corretos, remeter a formação da vontade pública para canais e procedimentos deliberativos e para os órgãos de representação. No meio desses extremos há, ainda, grande espaço para teorizações possíveis, que em certa medida os aproximem ou conciliem alguns de seus elementos, na tentativa de balizar o campo de atuação da jurisdição em ambientes democráticos.

É fundamental conhecer tais correntes para que se possa, a partir de bases seguras, procurar respostas mais adequadas para os limites, as possibilidades e os desafios contemporâneos da Ciência Jurídica. A reflexão acerca de tais pensamentos, que não são necessariamente antagônicos e possuem pontos suscetíveis de aproximação (LEAL, 2007, p. 201), deve ter em conta, sempre, as características da Constituição de cada país e o momento histórico vivenciado, dado que as leituras sobre o Direito não se podem dissociar da historicidade (CANOTILHO, 2012, p. 25-28).

POSITIVISM AND POST-POSITIVISM: NOTES ABOUT SUBSTANTIALISM AND PROCEDURALISM

Bruno Makowiecky Salles

ABSTRACT

This article, written in a context of crisis in the paradigm of Positivism, exposes some Post-positivism theories as Substancialism and Proceduralism, presented as more complete theories about Law. The objective is to provide theoretical bases for topics such as the limits, possibilities and contemporary challenges of the creation and application of Law.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Substancialism. Proceduralism.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: noções de filosofia do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução de: Il Positivismo Giuridico.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília – UNB, 1995. Tradução de: Teoria dell'ordinamento giuridico.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Tradução de: Giudici Legislatori?

CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Tradução de: Taking Rights Seriously.

_____. **O Império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Law's Empire.

ELY, John Hart. **Democracia de desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: Democracy and distrust: a theory of judicial review.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chokur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Tradução de: Derecho y razón: teoría del garantismo penal.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Tradução de: Le Garden des Promesses.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**.

Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. Tradução de: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität and Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen.

_____. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität and Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette- Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Concept of Law*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Reine Rechtslehre.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de: Methodenlehre Der Rechtswissenschaft.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta:** reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Tradução de: Il Diritto Mitte: legge, dirittii, giustizia.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito.** 2. ed., rev. ampl. Curitiba: Prismas, 2014.