

DIREITO E MORAL: DOIS ELEMENTOS (IN)SEPARÁVEIS

LEI Y MORAL: DOS ELEMENTOS (IN)SEPARABLES

Danielle Mariel Heil¹
Ornella Cristine Amaya²

RESUMO: Este artigo objetiva destacar os dois modelos de teorias que historicamente dominaram a Ciência Jurídica, ou seja, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, sendo apresentados características e diferenças de cada um. São abordados os problemas clássicos da filosofia do Direito, tais como: o problema das fontes do Direito e o mais polêmico dos temas desde a antiguidade até os dias atuais, que é a relação entre o Direito e a Moral. Na parte final, abordar-se-á sobre a decadência de ambos os modelos: a crise do jusnaturalismo, tendo sido colocado completamente fora de uso pela ampliação e aperfeiçoamento do Direito positivo e, em especial, a posterior decadência do positivismo jurídico, pós-Segunda Guerra Mundial, e o reconhecimento de novas fontes, além de o texto legal, a reger os ordenamentos jurídicos. O estudo teve como objetivo geral realizar, por meio de pesquisa bibliográfica, investigação acerca da necessidade do desenvolvimento de um novo paradigma, que vá além de o positivismo jurídico tradicional, e que melhor se adapte à pós-modernidade e às transformações sociais, para propor soluções para o novo cenário jurídico, sem filiação a nenhuma das correntes tradicionais.

Palavras-Chave: ciência jurídica; jusnaturalismo; positivismo; moral; fontes jurídicas.

RESUMEN: *Este artículo tiene como objetivo resaltar los dos modelos de teorías que históricamente dominaron la Ciencia Jurídica, es decir, el derecho natural y el positivismo jurídico, presentando características y diferencias de cada uno. Se abordan problemas clásicos de la filosofía del Derecho, tales como: el problema de las fuentes del Derecho y el tema más controvertido desde la antigüedad hasta nuestros días, que es la relación entre Derecho y Moral. En la parte final, abordaremos la decadencia de ambos modelos: la crisis del derecho natural, que ha quedado completamente en desuso por la expansión y mejora del derecho positivo, y en particular la posterior decadencia del positivismo*

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Advogada, com atuação junto a Prefeitura Municipal de Brusque-SC. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal, em Direito Constitucional, e em Direito Ambiental. Mestre em Ciências Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com dupla titulação pela Universidade de Alicante/Espanha (MADAS). Professora no Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. E-mail: danielle.heil@brusque.sc.gov.br.

² Doutoranda (Bolsista PROSUC/CAPES) e Mestre (2018) pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali (CAPES - Conceito 6). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2008). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Anhangüera - UNIDERP (2011). Advogada. E-mail: ornella.amaya@edu.univali.br.

jurídico, después de la Segunda Guerra Mundial. Copa del Mundo, y el reconocimiento de nuevas fuentes, además del texto legal, que rigen los ordenamientos jurídicos. El estudio tuvo como objetivo realizar, a través de la investigación bibliográfica, una investigación sobre la necesidad de desarrollar un nuevo paradigma, que vaya más allá del positivismo jurídico tradicional, y que se adapte mejor a la posmodernidad y las transformaciones sociales, en el sentido de proponer soluciones para las nuevas escenarios legal, sin afiliación a ninguna de las corrientes tradicionales.

PALABRAS-CLAVE: ciencias jurídicas; jusnaturalismo; positivismo; moral; fuentes legales.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o Direito é uma Ciência Jurídica, social, axiológica e normativa. No século XIX, o Positivismo Jurídico surge como nova teoria do Direito, trazendo uma sensação maior de segurança jurídica, previsibilidade, em razão da queda teórica do Jusnaturalismo.

O século XX foi um período de intensas transformações e redefinições para o Positivismo Jurídico, tendo sido alvo de muitas críticas, contudo, ainda se observa intensamente no dia a dia forense uma postura positivista, especialmente, de fundo exegético, o que demonstra que a prática jurídica brasileira mantém um viés formalista e teórico forte.

O presente estudo visa analisar os dois modelos que historicamente regeram a Ciência Jurídica, ou seja, o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico, sendo apresentados características e diferenças de cada um deles.

Na primeira parte aborda-se a definição e contexto histórico sobre o Jusnaturalismo, e na sequência, sobre o Positivismo Jurídico e a crise vivenciada por tal teoria jurídica.

Por fim, será delineado acerca da relação entre Direito e Moral, à luz de uma análise jurídica contemporânea, sem filiação a nenhuma corrente tradicional positivista ou pós-positivista.

Em outras palavras, o que se pretende por meio deste artigo, é demonstrar que ambos os modelos de teoria da Ciência Jurídica estão defasados, e que é necessário se buscar uma nova perspectiva para o Direito, que vá além de tais modelos, e que possa otimizar o que cada teoria tem de melhor, sem olvidar os demais campos do saber e conciliando elementos axiológicos.

Os objetivos específicos são: a) identificar e compreender acerca do Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico, apresentando definição, características e diferenciando ambos os modelos; b) revelar sobre a crise do Jusnaturalismo e a consolidação do Positivismo Jurídico no fim do século XIX; c) apresentar o entendimento de filósofos sobre a conexão entre Direito e Moral; d) descrever sobre a decadência do modelo do Positivismo Jurídico e a necessidade do surgimento de um novo paradigma para a Ciência Jurídica.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: (como) o modelo do Positivismo Jurídico, ampla e em larga escala utilizado no Brasil por

operadores do Direito, estaria condizente com as transformações sociais e jurídicas dos dias atuais, em especial, com relação à percepção da separação entre Direito e Moral?

Para o equacionamento do problema, levanta-se a seguinte hipótese: o Direito é mutável e o Positivismo Jurídico, que atingiu seu ápice no fim do século XIX, nos dias do hoje, é uma teoria em decadência. No tocante à justiça, a atitude positivista é de um ceticismo extremo, tendo-se omitido em relação a valores essenciais de qualquer sociedade contemporânea, e seu enfoque apenas se voltou para a lei, independentemente de seu conteúdo.

Para fins deste artigo, buscaram-se autores, tais como: Norberto Bobbio, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Orlando Luiz Zanon Júnior, Bruno Torrano, entre outros, que apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo.

2 JUSNATURALISMO

Considerando a filosofia jurídica contemporânea e as transformações dos paradigmas³ da Ciência Jurídica⁴, a presente pesquisa busca esclarecer o atual panorama da teoria da decisão judicial e verificar se a Moral é, de fato, critério e fonte legítima para ser utilizada em decisões judiciais.

Há muito tempo, juristas brasileiros e estrangeiros têm construído teorias do Direito, valendo-se de ideais acerca de concepções de justiça e sobre direitos, existindo diversas correntes e pensamentos hoje a depender da forma com que o indivíduo considere suas ideias fundamentadas no entendimento jurídico (marxismo, liberalismo, pragmatismo, realismo jurídico, Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico, pós-positivismo etc.)

Desse modo, o presente artigo tem a pretensão de esclarecer alguns pontos sobre a temática, buscando enquadrar as teorias e teses jusnaturalistas e positivistas, no intuito de contribuir para uma melhor compreensão acerca da teoria do Direito, sem, contudo, apresentar explicitamente uma nova teoria formal do Direito.

Antes de caracterizar e definir o Jusnaturalismo, vale esclarecer que cada uma das teorias mencionadas neste trabalho integraram um período específico da história da teoria da Ciência Jurídica⁵ em nível mundial, e todas guardam seu mérito para construção de um Direito mais estável e justo.

Em um primeiro momento, apresenta-se um breve registro histórico do Jusnaturalismo, e o seu desenvolvimento com o passar do tempo, e na sequência, será apresentado sobre o surgimento do Positivismo Jurídico, como alternativa ao Jusnaturalismo de cunho iluminista.

³ “[...] paradigma é o que os membros de uma comunidade científica compartilham, tal como suposições teóricas gerais, leis, proposições e técnicas, bem como instrumentos de aplicação dessas leis e proposições”. (CRUZ, 2009, p. 5).

⁴ “[...] atividade cognitiva, explicativa e preditiva da realidade, efetuada com base em metodologia (métodos e técnicas) racional, para fins de sistematizar, disseminar, controlar, rever e conferir segurança à produção dos conhecimentos Moral, ético e jurídico, dentro dos quadros de um determinado Paradigma.” (ZANON JUNIOR, 2015, p. 227).

⁵ Por teoria da Ciência Jurídica é possível compreender, nas palavras de Bobbio, como um: “[...] estudo dos procedimentos intelectuais empregados pelos juristas para verificar, interpretar, integrar, conciliar as regras de um sistema jurídico”. (BOBBIO, 2016, p. 67).

Para Bobbio (2016, p. 159), o Direito Natural, ou Jusnaturalismo, pode ser definido da seguinte forma: “[...] o direito natural é o produto das relações de coexistência dos indivíduos fora do Estado e tem por destinatários, portanto, além de o legislador, também os indivíduos.” superioridade do direito natural sobre o positivo; por positivismo jurídico, a teoria da exclusividade do direito positivo. O jusnaturalismo é dualista, o positivismo jurídico, monista” (2016, p. 56).

Assim, o Jusnaturalismo, perdurou durante o período clássico da Grécia antiga e fora perpetuado pelo Direito Romano por meio, especialmente, de Cícero, que identificava a origem do Direito Natural na Natureza, que, por sua vez, era regido por leis universais, imutáveis e eternas (FERRAZ, 2009, p. 34).

Com isso, a razão divina passa a ser a fonte e a origem de toda a ordem natural, de onde emanam as leis naturais e a base do Jusnaturalismo.

Contudo, nas palavras de Freitas (2013, p. 33), o Jusnaturalismo ainda não cessou sua evolução, transformando-se, posteriormente, para um viés teológico⁶, em que “[...] as escrituras sagradas evidenciavam a vontade de Deus e, por meio delas, seria possível constatar a existência de um Direito Natural criado pelo próprio Deus, sendo, portanto, um direito eterno, universal, imutável, infalível [...]”, e que, assim, na percepção do autor, seria superior ao Direito Positivo.

A principal característica do Jusnaturalismo que se pode constatar de tal período, consiste na existência de uma ordem jurídica universalmente válida e superior àquela produzida pelo Estado, ou seja, nesse modelo se acreditava que o Direito natural seria anterior e hierarquicamente mais elevado do que a legislação.

O filósofo Kant (KANT, 2005), como um exemplo de defensor jusnaturalista, formula o conceito dos imperativos categóricos, de modo que todo homem deve agir de tal modo que sua ação possa ser convertida em uma lei universal, conforme a essência humana e de acordo com o agir do homem racional.

Nesse sentido, Freitas (2013, p. 33) descreve a distinção realizada por Kant entre Direito e Moral “[...] enquanto o agir moral será próprio da razão humana, expressão da liberdade e da autonomia e, portanto, corresponderá a uma ação interna e subjetiva, o agir conforme o Direito será compreendido de modo objetivo e, portanto, por meio de uma força externa: a coação e o receio de se submeter a uma sanção.”

Contudo, o modelo do Jusnaturalismo mostrou-se equivocado em virtude de asseverar que os direitos naturais são superiores e independem de prévia positivação. Com isso, surge a crise paradigmática, com pensamento do predomíniada regra positiva, tendo como estudiosos Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, entre outros.

Com a obra – *The Concept of Law*, publicada em 1961, foi Herbert Hart, afastando-se das concepções de John Austin e Jeremy Bentham, então professor de Teoria do Direito em Oxford, que se propôs a revisitar a teoria

⁶ “O jusnaturalismo não termina em sua visão cosmológica, ao contrário, continua sua trajetória ao longo da Idade Média, período em que se desenvolve sua segunda fase: o jusnaturalismo teológico.” (FREITAS, 2013, p. 29).

tradicional do Positivismo Jurídico (ALMEIDA, 2012, p. 6472).

Diante disso, o Positivismo Jurídico surge como alternativa ao Jusnaturalismo e consolida-se ao longo do século XIX, sob a inspiração da cientificidade.

3 POSITIVISMO JURÍDICO

De acordo com a síntese histórica exposta no tópico anterior, é possível observar que o Jusnaturalismo não se revelou suficiente para regular a vida em sociedade, decorrendo daí, a necessidade imperiosa de um Direito codificado.

O Positivismo Jurídico nega e ignora o Jusnaturalismo, adotando uma teoria objetiva e científica, e para tanto, sustenta a separação radical entre Direito e Moral, para que então possam ser alcançados os ideais de certeza, segurança, ordem e previsibilidade que a sociedade moderna almeja.

Kant, citado por Bobbio (2016, p. 200), sustenta que o estado de natureza é um estado temporário e provisório, “[...] enquanto o direito positivo é peremptório, e esse estado de natureza não é suficiente para regular toda a sociedade, isso exatamente porque as leis naturais, sozinhas, não têm condições de garantir aos homens em sociedade a segurança de sua existência.”

Para Barroso (2007), portanto, “[...] o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX”.

Desse modo, com o passar do tempo, e tendo o Direito natural sido colocado completamente fora de uso pela ampliação e aperfeiçoamento do Positivismo Jurídico, somente por intermédio do Estado, ou seja, um poder soberano, seria possível regular as condutas humanas e garantir a vida do homem em sociedade.

O Positivismo Jurídico surge para assegurar mais objetividade e racionalidade à Ciência Jurídica e, o Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação por intermédio do Estado, por meio da edição das leis. O Positivismo Jurídico tem seu nascedouro no decorrer do século XIX, em especial, na França, Alemanha e Inglaterra, tendo se firmado ao longo do século X, e ainda se faz presente atualmente, especialmente no Brasil (FREITAS, 2013, p. 53).

Na Europa, por exemplo, após a II Guerra Mundial (1939-1945), parte dos juristas e filósofos, optaram pelo Positivismo Jurídico⁷.

Segundo Barroso (2007, p. 22) é nesse contexto que surge o Positivismo Jurídico, em uma análise comparativa ao Jusnaturalismo:

[...] 1) por valer apenas em alguns lugares, ao contrário deste, válido em toda parte; 2) por ser mutável, enquanto este é imutável no tempo; 3) por ter fontes distintas deste; 4) por ser conhecido “através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”, em contrapartida a este, que é conhecido por meio da razão; 5) em seu objeto, os comportamentos são por si mesmos indiferentes, “assumem uma certa qualificação apenas

⁷“A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico [...] A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.” (BOBBIO, 2006, p. 15).

porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo”, enquanto neste os comportamentos são bons ou maus em si mesmos; e, por último, 6) o critério da valoração das ações: aquele estabelece aquilo que é útil, enquanto este, aquilo que é bom.

Nesse sentido, afirma Dimoulis (2006, p. 66) acerca do Positivismo Jurídico: “[...] é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito”.

Para Dworkin (2007, p. XII), “O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a ideia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica.”

Na visão de Torrano (2019, p. 89), para o pensamento positivista mais rigoroso “[...] o mérito moral de uma norma não é critério necessário, nem suficiente, para que se conclua pela sua validade jurídica; e a validade jurídica de uma norma não é critério necessário, nem suficiente, para que se conclua pelo seu mérito moral.”

De igual forma, Bobbio (2016, p. 214), de forma sintetizada preceitua, “[...] o direito natural não é direito da mesma maneira que o positivo, porque falta o atributo da eficácia; o direito natural não consegue alcançar a finalidade que é atribuída aos sistemas jurídicos positivos, porque não garante nem a paz, nem a segurança [...]”.

Ademais, Zanon Júnior (2019, p. 72) apresenta as cinco principais características do Positivismo Jurídico, que consistem na separação entre Direito e Moral; formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou preponderantemente por regras positivadas; construção de um sistema jurídico escalonado pelo critério de validade formal; aplicação do direito posto mediante subsunção e, por fim, a discricionariedade judicial dos chamados *hard cases*.

Superado o Jusnaturalismo, “[...] o caminho para a codificação estava, indelevelmente, aberto e o positivismo jurídico exegético⁸ foi marcado exatamente pelo processo de sistematização e codificação do Direito” (FREITAS, 2013, p. 44), assumindo o Positivismo Jurídico uma postura científica e mais racional, passando a identificar com o Direito exclusivamente as normas emanadas pelo próprio Direito, ou seja, aquelas advindas do Estado soberano.

Na percepção de Zanon Júnior (2015, p. 126), “O Positivismo Jurídico foi historicamente concebido justamente para vencer esta dificuldade decorrente da corrente do Jusnaturalismo, ao fixar que há um corpo de textos positivos, produzidos em conformidade com um pacto social prévio, que serve de parâmetro.”

Por essa razão, tal teoria do Direito acabou sendo amplamente aceita pela comunidade jurídica, por ter priorizado a segurança jurídica, uma vez que para o Positivismo Jurídico, todo o Direito estaria ou viria a ser positivado e aquilo que não estivesse codificado por meio das leis não seria Direito.

Assim, as normas naturais, de origem cosmológica (jusnaturalismo

⁸ A Escola da Exegese, foi um movimento que visava impor o apego restrito ao texto e à interpretação gramatical, a máxima - “juiz boca da lei”, bem reproduz o movimento desse período, que cerceava a atuação criativa dos juízes em nome de uma interpretação objetiva e neutra.

clássico), teológica (jusnaturalismo medieval) ou antropológica, baseadas em valores morais ou religiosos, mitologia, e que seriam eternas e universais, deixam se ser reconhecidas e aceitas como legítimas normas jurídicas pelo Positivismo Jurídico (FREITAS, 2013, p. 46).

Desse modo, os positivistas passam a reconhecer uma única fonte legítima do Direito, qual seja o Estado (por meio das leis), e ao assumirem tal postura objetiva e científica, acreditam que a aplicação do Direito positivista⁹ ocorre de uma forma objetiva e neutra, sem qualquer arbitrariedade.

Portanto, a primeira solução positivista para negar e afastar as teses jusnaturalistas foi redefinir as fontes do Direito (FREITAS, 2013, p. 42).

4 A MORAL COMO FONTE JURÍDICA I (LEGÍTIMA)

Importa destacar nesse ponto da pesquisa que de fato o reconhecimento da relevância do Direito não pode se confundir com a proposição de que as normas jurídicas, para serem efetivamente válidas, devem ser moralmente boas. E o contrário também serve, nem tudo que é legal, é Moral.

No entanto, é possível admitir que o Direito, como adverte Torrano (2019, p.105), possui algum valor Moral:

[...] na condição de sistema de normas autoritativas, possui algum valor moral para a sociedade, por se tratar de uma ferramenta que otimiza a convivência dos indivíduos quando formas não jurídicas de regulação, coordenação e monitoração de condutas – como improvisação, ordem espontânea, acordos privados, agrupamentos sociais não jurídicos, etc. – mostram-se demasiadamente custosas ou ineficientes diante de situações de conflito e de dúvidas insuperáveis sobre direitos, obrigações, propriedade, legitimidade do poder público, níveis de tributação, etc.

De igual forma, Hart (2009, p. 12) preceitua que, “[...] Pensamos e falamos de justiça, de harmonia com o direito e, todavia, também de justiça ou injustiça das leis [...] o direito é mais bem compreendido como um ramo da moral ou da justiça e de que a respectiva congruência com os princípios da moral e da justiça [...]”.

Importante destacar a definição de fonte jurídica, que nas palavras de Zanon Júnior (2015, p. 160), “[...] são aqueles argumentos teóricos admitidos pelo Direito como legítimos para tomada de decisões em uma Sociedade específica.”

Na sequência, analisa-se de forma breve e sintetizada, o pensamento de alguns filósofos contemporâneos acerca do reconhecimento ou não da Moral como fonte jurídica do Direito, a depender das teorias que cada um sustenta (positivista, pós positivista etc.)

Em 1951, Friedrich Karl von Savigny¹⁰ sustentou a ideia da lei como a

⁹ Para a elaboração e construção do método positivista, os positivistas se utilizaram do silogismo e do formalismo, ligados ao aspecto semântico dos textos normativos

¹⁰ Savigny era membro da Escola da Exegese, porém, há autores citados neste artigo, como Orlando Zanon Júnior, que consideram o referido jurista como membro da Escola Historicista Germânica. (SAVIGNY, 2001, p.1).

única fonte jurídica legítima, considerando a Ciência Jurídica como uma verdadeira ciência da lei, tendo o juiz a função de aplicador da lei ao caso concreto, não restando qualquer margem para criatividade ou interpretação do julgador “[...] não é a arbitrariedade do juiz a que toma a decisão, mas a própria lei. O juiz apenas reconhece as normas e as aplica no caso particular [...] a única ação e a única tarefa do juiz é uma interpretação puramente lógica (2001, p. 03-04).”

Já com relação a Rudolf von Jhering, inicialmente, quanto ao uso da Moral como fonte do Direito, o referido jurista não menciona de forma específica em sua obra, porém, aborda o Direito de maneira objetiva, a se presumir que não há espaço para nenhuma teoria Moral ou de subjetividade.

Na sequência, após escrever a obra “O fim no Direito”, o referido autor passou a considerar o Estado como a única fonte legítima do Direito e afirma “[...] mecanizar, matematizar e reduzir o campo de abrangência do Direito” (STAACK, 2020, p. 19-20).

Outro filósofo que merece destaque é Hans Kelsen (2011, p. 67), autor da obra “Teoria Pura do Direito”, que é para ele “[...] uma teoria que se orienta apenas para o conhecimento do direito, excluindo, contudo, deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico.”

Portanto, na visão do aludido autor, a Moral é irreconciliável com o Direito “[...] de maneira alguma, seja como ideia de justiça (ideologia) seja com cunho subjetivo pode a Moral ser considerada fonte legítima do Direito” (STAACK, 2020, p. 38).

O positivista Kelsen, tinha como verdade fundamental, retirar todos os elementos que considerava estranho ao Direito, construindo, assim, uma proposta estritamente positivista da Ciência Jurídica, diferentemente da adotada por Ronald Dworkin, que será abordado no decorrer deste tópico.

No entanto, ainda sobre Kelsen, nas palavras de Torrano (2019, p. 186):

[...] apesar da negação de algum tipo de moral objetiva, Kelsen, além de esclarecer a possibilidade de o magistrado realizar juízos de valor ‘sociais’, declara expressamente que o fato de julgamentos morais serem subjetivos não significa que cada indivíduo tem seu próprio sistema de valores, reconhecendo que o código moral de cada sujeito decorre necessariamente das relações comunitárias imediatas em que se insere [...].

Por outro lado, Lionel Adolphus Hart¹¹, em sua teoria (muito embora considerada uma teoria do Positivismo Jurídico), sustenta que a legislação não é a única fonte do Direito, mas igualmente os costumes, as decisões judiciais-precedentes, princípios e, inclusive, o autor defende que a conexão do Direito com a Moral é necessária e essencial para a sobrevivência do ser humano.

Em sentido semelhante, Robert Alexy¹², utilizando-se da fórmula de

¹¹ Segundo o autor, a Moral adentra no Direito: “[...] quer de forma abrupta e confessada, através da legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial” (HART, 2009, p. 220).

¹² “[...] as normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto” (ALEXY, 2009, p. 48).

Radbruch¹³, aponta acerca da fusão entre Moral e Direito, quando ocorrer injustiça extrema, e nesses casos específicos, a Moral pode ser atestada como fonte legítima do Direito, segundo o autor, desde que baseada em critérios objetivos e com fundamentação racional (STAACK, 2020, p. 60).

O problema do Positivismo Jurídico é discutido, na maioria das vezes, como problema de uma conexão classificadora entre Direito e Moral, pois “[...] a partir da perspectiva de um observador não é possível apoiar a tese da vinculação de Radbruch numa conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral” (ALEXY, 2009, p. 37).

Alexy (2009, p. 56) sustenta que o Positivismo Jurídico com sua rígida separação entre Direito e Moral, favorece uma postura crítica perante o Direito, por isso rejeita o pensamento de somente um ordenamento social moral é efetivamente de Direito.

Ademais, conclui que os princípios¹⁴ levariam a uma conexão necessária entre Direito e Moral “[...] princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre direito e a moral correta” (ALEXY, 2009, p. 94).

Abboud (2013, p. 182) igualmente preceitua que para o aludido autor, a Moral serviria como um parâmetro de correção do Direito, até mesmo no caso da existência de algum tipo de lacuna ou até mesmo em casos de evidente injustiça, o discurso Moral poderia corrigir o discurso jurídico.

Segundo Staack (2020, p. 63) “[...] é possível apurar a legitimidade da Moral como fonte do Direito para Alexy, já que, segundo ele, os princípios são meios de efetivação da devida vinculação do Direito com a Moral.”

Nesse mesmo contexto, Streck (2009, p. 172), para quem a Moral e o Direito existem em uma relação de complementaridade, ainda que tal autor considere a Moral como fonte jurídica ilegítima, enfatiza que foram os princípios que foram responsáveis pela retomada da Moral como elemento do Direito.

Para Zanon Júnior (2015, p. 136), que traça uma nova proposição de paradigma para a Ciência Jurídica, para resolver problemas do Positivismo Jurídico, define a Moral como “[...] a escala de valores de cada pessoa, votada ao direcionamento daquilo que é certo ou errado (justo ou injusto), de acordo com seu conhecimento adquirido, de modo a orientar as suas deliberações.”

Para o referido autor, há uma necessária relação fática entre Direito e Moral. Segundo ele, nos discursos jurídicos, surgem argumentos éticos e empíricos, além de argumentos meramente de Direito, pois: “[...] é insustentável a crença de uma total neutralidade axiológica, de modo a revelar a inegável inter-relação entre Direito e Moral, tanto na fase de positivação, como também na etapa de interpretação e aplicação” (ZANON, 2015, p. 95-136).

¹³ “Ressalte-se que segundo a fórmula de Radbruch, não afirma que uma norma perde seu caráter jurídico por ser injusta, pois o caráter jurídico só se perde se a injustiça atingir um 'grau insustentável' (ALEXY, 2009, p. 48).

¹⁴ Para Dworkin, o termo “princípio” indica “[...] o conjunto de padrões que não são regras, tais como princípios, políticas e outros tipos de padrões. A diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada [...] Um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se dos seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária” (DWORKIN, 2007, p. 39-41).

Desse modo, segundo Zanon Júnior (2015, p. 101), “[...] a tomada de Decisões Jurídicas não é um processo no qual ingressa apenas o Texto Normativo, mas também diversas outras modalidades de argumentos, de cunho princípio lógico, moral, econômico, social, tecnológico, psicológico, dentre incontáveis outros”.

No entanto, apesar de reconhecer essa conexão existente entre Direito e Moral, o citado autor assevera que a Moral não está incluída entre as Fontes Jurídicas porque sua legitimidade está limitada aos aspectos delimitados pela Ética¹⁵.

Por fim conclui: “[...] Moral, Ética e Direito estão intrinsecamente interligados, numa confluência inseparável, não só pela gradação histórica de passagem de um para o outro, ao longo do processo civilizatório, mas também pelas características complementares entre si” (ZANON, 2015, p. 144).

Também Leslie Green, citado por Almeida (2012), entende que há uma relação necessária entre Direito e Moral, e refuta a tese da separação com os seguintes argumentos: “[...] necessariamente, o Direito regula objetos da moralidade; necessariamente, o Direito faz reivindicações morais sobre o seu conteúdo; necessariamente, o Direito tem aptidão para a justiça; necessariamente, há riscos morais contra os quais o Direito não tem vacina.”

Contudo, o filósofo que merece maior destaque nesta pesquisa é Ronald Dworkin¹⁶, que propôs uma teoria holística e mais adequada à realidade atual, superando o Positivismo Jurídico tradicional, incluindo ideais de justiça e equidade e consagrando a relação entre ética, Moral e o Direito.

Além disso, na percepção de Staack (2020, p. 44), o aludido filósofo “[...] é responsável por uma mudança do pensamento jurídico contemporâneo já que propôs uma teoria que vai além dos pilares do Positivismo Jurídico com o objetivo de enaltecer novos padrões da decisão.”

Assim sendo, a teoria dworkiana não sustenta uma separação radical entre Direito e Moral, pelo contrário, tais elementos passam a ser compreendidos como ordens complementares e interdependentes.

O entendimento do referido autor, não se confunde com a possibilidade de o juiz decidir de forma arbitrária e discricionária, dando ao Direito uma interpretação solipsista baseada nas suas crenças pessoais e valores individuais. Pelo contrário, Dworkin rejeita qualquer possibilidade de aplicação e/ou decisão discricionária.

Para Kozicki (2012, p. 28), a filosofia jurídica de Dworkin ressalta o caráter interpretativo da prática jurídica e sua teoria se opõe ao Positivismo Jurídico:

A teoria dworkiniana assume não somente uma postura hermenêutica, mas uma postura hermenêutica-crítica em relação ao direito. Nesse sentido, a sua teoria do direito é uma teoria normativa, pautada no ponto de vista interno ou do participante. Dworkin tem constantemente levantado que o

¹⁵ Para o autor, ética é o “[...] conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento” (ZANON, 2015, p. 178).

¹⁶ Para Dworkin, o Direito é parte da Moral Política “[...] o direito é um ramo, uma subdivisão, da Moral política” (DWORKIN, 2011, p. 411-414).

direito não pode ser separado da política e da moral, e que, como resultado, a natureza controvertida da interpretação jurídica não pode ser evitada. Para ele, a natureza da argumentação jurídica se baseia na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes.

Conforme o exposto, boa parte dos filósofos contemporâneos reconhece a importância da Moral na seara do Direito, contudo, a consideram como fonte ilegítima para ser aplicada no sistema jurídico, e nesse diapasão, Barroso (2003, p. 335) alerta: “[...] a busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentos”.

Com essas bases, é possível vislumbrar que a interpretação, bem como a aplicação do Direito é regida por uma influência Moral e que, assim, uma adequada aplicação do Direito (ou da justiça, melhor dizendo) é aquela em que o operador do Direito se utiliza de uma interpretação Moral, porém, com argumentos racionais, com base em práticas sociais existentes em determinada comunidade.

5 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA PERSPECTIVA PARA O DIREITO

Insta registrar inicialmente, que o Positivismo Jurídico não foi totalmente um grande equívoco, uma vez que apresentou significativas contribuições, em especial, as limitações impostas pelos textos positivos.

Contudo, é preciso admitir a decadência do modelo, em face da emergência de outras fontes jurídicas além de o texto legislativo, o que já se percebe em diversos filósofos e juristas contemporâneos, dentre eles, como já citado, Dworkin, Bobbio etc.

O Positivismo Jurídico tradicional passa a não ser mais suficientemente capaz de explicar a realidade de uma sociedade plural e de um Direito que é gradativamente reformulado e modernizado, tampouco, capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente, as mais complexas ou difíceis (*hard cases*).

Para Dworkin, citado por Torrano (2019, p. 191), “[...] o Positivismo Jurídico é uma teoria que deve ser abandonada por causa de sua insuperável fragilidade explicativa e normativa.”

Na mesma linha de raciocínio, Zanon (2015, p. 121) assevera que embora o Positivismo Jurídico representasse um avanço com relação ao Jusnaturalismo, “[...] os seus elementos basilares se encontram atualmente em desuso ou sob severas críticas, franqueando a ilação de que se desvela a crise do modelo.”

De igual forma, Pérez Luño (2012, p. 66) ressalta que nos últimos anos, houve um distanciamento da tese subsuncionista, ou seja, da teoria do positivismo jurídico.

Assim, os positivistas jurídicos estavam errados porque existe uma relação permanente entre Direito e a Moral, tanto é que, agora, novos modelos e teorias vêm se firmando, nas cadeiras jurídicas, sendo classificadas como pós-positivistas.

Diante de tudo isso, e em tempos de “crise existencial” do Positivismo Jurídico, o que se almeja, é uma nova perspectiva para o Direito e para os cidadãos e jurisdicionados.

Assim, segundo Nader (2003, p. 377):

O positivismo jurídico, que atingiu o seu apogeu no início de nosso século, é hoje uma teoria em franca decadência. Surgiu em um período crítico da história do Direito Natural, durou enquanto foi novidade e entrou em declínio quando ficou conhecido em toda a sua extensão e conseqüências. Com a ótica das ciências da natureza, ao limitar o seu campo de observação e análise aos fatos concretos, o positivismo reduziu o significado humano. O ente complexo, que é o homem, foi abordado como prodígio da Física, sujeito ao princípio da causalidade. Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um ideal emocional, acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omitiu em relação aos valores.

É necessário que se proponha uma dinâmica reflexiva, holística e de interpretação jurídica, lembrando a herança do Positivismo Jurídico, pois representou um grande legado em face da matriz teórica dos jusnaturalistas, porém, sem se prender às suas amarras, como descreve Zanon (2015, p. 124):

[...] Positivismo Jurídico teve o mérito de superar tal ficção, ao consolidar que as Fontes Jurídicas são efetivamente uma produção cultural da Sociedade, encerrando a possibilidade de se discutir a manutenção (ou ressuscitação) da fantasia metafísica dos jusnaturalistas quanto à viabilidade de captação intelectual de direitos naturais que estariam supostamente flutuando no espaço para serem descobertos [...]

Não se trata de retornar aos ideais do modelo jusnaturalista, como muitos até tentaram, conforme enfatiza Bobbio (2016, p. 38): “Como primeiro remédio para a proclamada crise do direito, foi invocada, sobretudo por parte dos juristas católicos, a volta do direito natural [...]”, no entanto, houve o renascimento do Jusnaturalismo com a queda dos regimes totalitários na Europa (regime liberal que foi tomada por uma ditadura), sendo invocado com força nas últimas décadas, mesmo depois de anos de domínio do Positivismo Jurídico, o que evidenciou a crise do “Direito” e do modelo até então utilizado.

A crise perdurou durante muitos anos, e a polêmica permanece até os dias atuais, continuando o Positivismo Jurídico a ser alvo de muitos ataques e críticas por juristas e operadores do Direito por todo o mundo, em especial, aqueles que buscam o reconhecimento de uma maior liberdade do intérprete e do poder criativo dos juizes, pois é notório que a atividade do magistrado não é meramente mecânica e de reprodução automática.

Contudo, a grande preocupação gira em torno da possibilidade de tal “margem para criatividade” possibilitar a discricionariedades e resultar na prática

do denominado ativismo judicial¹⁷. Fala-se hoje, em uma “terceira via” teórica, não confundível nem com o Jusnaturalismo tradicional, nem com o Positivismo Jurídico. Na percepção de Torrano (2019, p. 67), e outros juristas, “[...] as críticas lançadas por Dworkin formam um caminho teórico intermediário entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.”

A denominada “terceira via” não sustenta uma Moral suprema, absoluta e universal, a condicionar sempre a validade jurídica:

Ao contrário, a validade jurídica estaria vinculada a pressupostos filosóficos da “prioridade do ente” e da conclusão de que “só é um significado válido (autenticamente jurídico) aquele em que o ente imbuído de uma significação moral – a qual consubstancia sua identidade – se reconheça, isto é, em que se verifique refletida a parametrização normativa (=significação moral) que haja interiorizado e que o ente é enquanto tal (TORRANO, 2019, p. 67).

É preciso haver uma reconstrução acerca da relação entre Direito e Moral, para serem compreendidas como elementos interdependentes e complementares e não conflitantes entre si, sem, contudo, incorrer a um retorno ao Jusnaturalismo, conforme entendimento de Dworkin (2003, p. 03-04), o qual não concebe a Moral como uma ordem metafísica.

No mesmo sentido, aposta Freitas (2013, p. 138-139), “[...] a intercomunicação permanente entre Direito e Moral (a política, inclusive) é condição inafastável, uma vez que o entendimento, o conhecimento, não se dá fora da linguagem e, assim, fora de um contexto histórico.”

Para o aludido autor, o próprio Direito e a própria Moral são elementos linguísticos demarcados pela cultura, valores, crenças, história, compondo o mundo da vida de cada ser humanos (FREITAS, 2013, p. 138-139).

Os magistrados, nos dias de hoje, não atuam mais tão somente por via de silogismos, e como destaca Pérez Luño (2012, p. 105), citando Dworkin, “[...] a tarefa de julgar não consiste na mera aplicação do direito positivo, mas sim na busca da sentença justa.” Desse modo, para citados autores, os julgadores não devem limitar sua função na mera identificação das normas aplicáveis a cada processo (método subsuntivo).

Frisa-se que assegurar um novo paradigma para o Direito não é desvincular a decisão judicial de sua fundamentação racional, pelo contrário, o fundamento prático racional é essencial para garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Contudo, considerando a sociedade contemporânea e global deste século

¹⁷ “[...] o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político [...]” (STRECK; TASSINARI; LEPPER; 2015, p. 51-61, p. 56). Por sua vez, Ramos designa de ativismo: “[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, é dizer, invadindo a esfera de deliberações públicas antes reservadas ao Legislativo e o Executivo” (RAMOS, 2010, p. 129).

XXI, que é extremamente acelerada e está sofrendo constantes transformações, e diante da necessidade da Ciência Jurídica acompanhar e se adaptar às transformações, objetivando a não violação de Direitos Humanos e que as decisões judiciais cumpram igualmente com a sua função social, é necessário a abertura de um caminho para a conexão entre Direito e Moral, como se observa nas palavras de Bobbio: “O direito é algo demasiado complexo e mutável [...] os estudos de Edouard Lambert sobre o direito consuetudinário e sobre o direito judiciário serviam para chamar a atenção para um direito de origem não legislativa [...]” (BOBBIO, 2011, p. 122).

Assim, deixando de lado o rigor e certo radicalismo excessivo do Positivismo Jurídico, não é mais possível ser sustentada a tese da total separação entre Direito e Moral, na medida em que o primeiro tem como missão determinar quais as decisões são possíveis de serem tomadas para a vida em sociedade, e, conseqüentemente, implicando elementos axiológicos, uma vez que a aplicação isolada das regras positivadas não permite a construção de respostas adequadas aos casos que vêm se apresentando perante o Poder Judiciário nos dias atuais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se o presente estudo abordando sobre os dois modelos que regeram a Ciência Jurídica, o Jusnaturalismo e o Positivismo Jurídico, apresentando definições, contexto histórico e a crise vivenciada inicialmente pelos jusnaturalistas.

Foi possível constatar que o modelo do Jusnaturalismo foi o mais duradouro, pois compreendido desde o período da chamada antiguidade clássica até a consolidação do Positivismo Jurídico.

Na sequência, restou evidenciado acerca da superação do Jusnaturalismo, em razão de que a sua principal característica consistia em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida e superior àquela produzida pelo Estado.

Contudo, de todo o exposto, verificou-se que com o passar do tempo, o Jusnaturalismo foi sendo preterido em razão do uso da ampliação e aperfeiçoamento do Positivismo Jurídico, pois os filósofos e juristas perceberam que somente por intermédio do Estado é que seria possível regular as condutas humanas e garantir a vida do homem em sociedade.

Com a consolidação do Positivismo Jurídico no fim do século XIX, instituiu-se o processo de sistematização e codificação do Direito, e através desse novo modelo, duas de suas características essenciais consistem na separação entre Direito e Moral, bem como o reconhecimento de apenas uma única fonte legítima no ordenamento jurídico: as leis.

Contudo, restou demonstrado acerca da decadência do modelo do Positivismo Jurídico, em face da emergência de outras fontes jurídicas além do textolegislativo, por exemplo, juízos valorativos, como é o caso da Moral, que está inegavelmente inserida dentro do contexto das sociedades contemporâneas.

Com isso, percebeu-se, com o advento da Segunda Guerra Mundial, um período propício para um movimento de “retorno” aos ideais do Jusnaturalismo,

em razão da decadência do modelo do Positivismo Jurídico no século XX.

Desse modo, conclui-se que ambos os modelos encontram-se defasados (Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico), e que um novo paradigma para a Ciência Jurídica se faz necessário, em razão da diversidade de valores que surgem diante das sociedades complexas, como é a brasileira, por exemplo.

Por fim, na última parte do artigo foi apresentado um dos pontos mais relevantes do estudo, que apresentou que a reflexão sobre a fusão entre Direito e Moral nos sistemas jurídicos merece cautela, e que o Positivismo Jurídico tradicional, ou seja, a aplicação isolada das regras positivadas não permitiu a resolução adequada de muitos dos casos, tendo os juízes e demais operadores do Direito que se socorrerem de outras fontes jurídicas, igualmente legítimas, como os princípios, os costumes e exigências morais mínimas suscetíveis de critérios objetivos e fundamentação racional, por exemplo, o componente nuclear dos Direitos Humanos.

Portanto, restou confirmada a hipótese inicialmente proposta: o Positivismo Jurídico, que atingiu seu ápice no fim do século XIX, nos dias do hoje, é uma teoria em plena decadência, pois, com relação à justiça, a atitude positivista é de um ceticismo extremo, tendo o referido modelo se omitido em relação a valores essenciais de qualquer sociedade contemporânea, e seu enfoque apenas se voltou para a lei, independentemente de seu conteúdo.

Assim, os positivistas jurídicos estavam errados porque existe sim uma relação permanente com entre Direito e a Moral, tanto é, que agora novos modelos e teorias vêm se firmando, nas cadeiras jurídicas, sendo classificadas como pós-positivistas.

Com isso, o que se almeja é uma nova perspectiva para o Direito, para os cidadãos e, principalmente, para os jurisdicionados. Uma percepção holística e axiológica do Direito, que contemple a Moral, com fundamentação racional, e que não se confunda com as teorias já existentes, que inclusive já está sendo denominada pela doutrina como “terceira via”.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista O. Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto de Direito brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa**. Ano 1, n. 11, 2012, p. 6472. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: **BOLETIM de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 22. jan. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 122. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico Na Modernidade**: O Conceito de Paradigma é Aplicável ao Direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XII. Título original: Taking rights seriously.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da Teoria à Crítica**: Princípio da Proporcionalidade. Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Uma proposta de superação do**

paradigma JP – jusnaturalismo/positivismo jurídico e de inserção do direito no paradigma pragmático da linguagem / Hudson Couto Ferreira de Freitas. Belo Horizonte, 2013, p.33. Disponível em:http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasHCF_1.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte- Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

HART, H. L. A. **O Conceito de direito**. Tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12. Título original: The concept of law.

HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Raízes Jurídicas**. Curitiba, vol. 9, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KOZICKI, Katya. **Levando a Justiça a Sério**. Interpretação do Direito e Responsabilidade Judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. C. Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, A. G.; HEIL, M. Danielle. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. ANIMA: **Revista Eletrônica do**

Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016.

STAACK, André Luiz. **A emoção como critério de decisão judicial.** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei.** Entre Positivismo Jurídico, Pós-ositivismo e Pragmatismo. E. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito.** 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015.