

**A DESVINCULAÇÃO DA TESE DAS FONTES SOCIAIS DO ARGUMENTO DA
SEPARAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO**

***THE UNTYING OF THE SOCIAL FACT THESIS FROM THE SEPARATION
ARGUMENT BETWEEN MORALITY AND ETHICS***

Artigo recebido em 15/09/2017

Revisado em 04/12/2017

Aceito para publicação em 23/02/2018

Orlando Luiz Zanon Junior

Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI,

Com dupla titulação pela Università Degli Studi di Perugia.

Professor do programa de pós-graduação da Univali.

RESUMO: O objetivo do presente texto é discutir a viabilidade de desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre Moral e Direito, conforme a proposta pós-positivista da Teoria Complexa do Direito. A problemática diz respeito ao problema da negação ou da aceitação de alguma das formas da tese das fontes sociais, haja vista isto refletir inexoravelmente nas bases fundamentais da Ciência Jurídica, com impactos consideráveis no cotidiano dos profissionais da área. A conclusão final é no sentido de que a tese das fontes sociais merece ter assegurada a sua independência perante os argumentos da separação, da indiferença ou da mera diferença, haja vista que, no concernente ao âmbito descritivo da Ciência Jurídica, já restou devidamente assimilado (até pelos juspositivistas) a efetiva existência de relações concretas entre moralidade, eticidade e juridicidade e, segundo, na esfera prescritiva, resta inegável que a Ciência Jurídica, precisamente por ser voltada ao estudo das decisões no cenário social, não pode prescindir da discussão quanto a melhor e mais adequada formação de critérios decisórios para cada comunidade específica, porque ali reside o núcleo da sua função social como ramo específico de estudo. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Tese das fontes sociais. Argumento da separação. Moral. Ética. Direito

ABSTRACT: The purpose of this paper is to discuss the possibility of the untying of the

social fact thesis from the separation argument between morality and law, as proposed by the post-positivist theory called Complex Theory of Law. The problem is related to the question of denying or accepting any of the forms of the social sources thesis, given that this inexorably reflects on the fundamental bases of Legal Science, which considerable impacts on the daily life of professionals of this field. The bottom line is that the theory of social sources is independent from the thesis of separation (in all its versions), considering that first there is an agreement that exists, in fact, some kind of relationship between the dimensions of political morality (description of reality), and second, Legal Science is precisely devoted to the study of decisions that are ethically correct (prescription about reality). As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the Cartesian method and the final text was composed in the deductive logic base. In various stages of the research, we used the technics of the category, the operational concept and the literature research.

KEYWORDS: Social fact thesis. Separation argument. Morality. Ethics. Law

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A negação da tese das fontes sociais pelo Jusnaturalismo. 3 As versões exclusiva, inclusiva e diferencial da tese das fontes sociais. 4 A tese das fontes segundo a Teoria Complexa do Direito. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é discutir a viabilidade de desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre Moral e Direito, conforme a proposta pós-positivista da Teoria Complexa do Direito.

A problemática em tela diz respeito ao problema da negação ou da aceitação de alguma das formas da tese das fontes sociais, haja vista isto refletir inexoravelmente nas bases fundamentais da Ciência Jurídica, com impactos consideráveis no cotidiano dos profissionais da área.

O estudo se justifica porque ainda pairam amplas divergências sobre a validade e a abrangência da tese das fontes sociais, as quais geram consequências profundas não apenas para os acadêmicos estudiosos deste tema, mas também sobre aqueles que labutam no sistema jurisdicional. Isto porque, por exemplo, a negação ou aceitação de influxos de moralidade sobre o Direito reflete diretamente na seleção de quais são os critérios legítimos para embasar uma argumentação jurídica, inclusive em sentenças judiciais. Também por isto, o assunto gera

reflexos sobre a questão da natureza e da forma de aplicação de princípios jurídicos, consequentemente afetando a adjudicação judicial de direitos fundamentais, geralmente expostos sob viés principiológico.

Justificada a sua importância nesta quadra da história, a análise da tese das fontes sociais será efetuada de forma bem delimitada, considerando a vasta abrangência do assunto. Logo, o enfoque proposto é reduzido a três pontos específicos do seu histórico de desenvolvimento.

O primeiro destes pontos será objeto do tópico inicial, oportunidade em que serão brevemente apresentados os argumentos pelos quais o paradigma do Jusnaturalismo, na sua formulação clássica, tratou de negar abrangência à tese das fontes sociais, ao propor a existência, também, de postulados jurídicos naturais, ou seja, que não foram criados pela cultura humana. Desde já, ressalta-se que este item inaugural evidentemente não tem o escopo de aprofundar todas as correntes teóricas que, ainda hoje, propõe a reconstrução da ideia de Direito Natural, inclusive porque tal empreitada é insuscetível de discussão em apenas um artigo científico, até em razão de seus limites físicos. Sem embargo, o enfoque é bem delimitado para apenas expor as duas principais formulações clássicas desta corrente de pensamento, consistentes nas proposições naturalística e metafísica, precisamente para demonstrar o motivo que, historicamente, levou ao advento do movimento de oposição juspositivista.

Na sequência, será abordado o segundo aspecto antes mencionado, referente à formulação de como o Juspositivismo clássico construiu a tese das fontes sociais. A exposição é recortada somente nas duas modalidades clássicas desta tese, consistentes nas espécies exclusiva e, depois, inclusiva. Adicionalmente, será exposta uma terceira vertente, que será chamada de meramente diferencial, construída para fazer frente às críticas mais recentes propostas por alguns pós-positivistas. Também aqui é preciso deixar claro, desde o início, ser inviável aprofundar todas as proposições dos diversos defensores do Positivismo Jurídico quanto ao tema em tela, razão pela qual o referente de pesquisa fica delimitado à apresentação das formas sobre as quais já há consenso na academia (exclusiva e inclusiva), com apenas a adição da modalidade diferencial mais recente. Isto porque tal conteúdo é o suficiente para permitir ingressar na discussão do terceiro e último subitem, que expressa a contraposição (ou reconstrução) da tese das fontes sociais sob o viés pós-positivista.

A terceira parte do texto, por derradeiro, trata do referente central do presente artigo científico, ou seja, diz respeito à discussão da proposta teórica de assimilação da tese das fontes sociais pela Teoria Complexa do Direito (TCD). Dentre as vertentes pós-

positivistas de corte substancialista (Dworkin), procedimentalista (Alexy) e pragmatista (Posner), optou-se estrategicamente pela referida proposta teórica diversa, em razão de representar um esforço de conferir maior seriedade científica aos estudos jurídicos, almejando ampliar o seu grau de fidelidade descritiva. Além disto, trata-se de uma teoria que se propõe mais do que juspositivista, não menos, de modo a afastar retrocessos de cunho jusnaturalístico na (re) construção da tese das fontes sociais (ZANON, 2015).

Antes de ingressar na discussão proposta, importa aqui abrir um breve espaço para, desde o início, deixar ressaltado que a opção teórica exposta neste texto é no sentido de conferir *status* científico para os estudos sobre o Direito. Porém, a negação de tal qualidade a este campo de estudo não prejudica a análise aqui proposta, a qual é sustentável ainda que o leitor opte por classificar esta área de estudos como um ramo da filosofia ou mesmo uma teoria carente de algum componente de cientificidade (como, por exemplo, deixar atender ao critério de falseabilidade empírica). Isto porque o conteúdo deste artigo não se perde se o leitor substituir as expressões que referem Ciência Jurídica por outra mais adequada à sua linha de pensamento, a exemplo de Teoria ou Filosofia Jurídica. De qualquer modo, cabe ressaltar que a preferência de se conferir a qualidade de ciência aos estudos jurídicos deriva, dentre outros fatores, da circunstância de se entender altamente recomendável sugerir um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas nesta área específica, de modo a que os juristas ultrapassem discussões superficiais baseadas em slogans arraigados, carentes de embasamento, para buscar justificar suas teses mediante o emprego de ferramentas tecnológicas mais adequadas, mormente mediante a abertura interdisciplinar com a economia, a psicologia, a sociologia e outras áreas afins.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foram composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2011).

2 A NEGAÇÃO DA TESE DAS FONTES SOCIAIS

Nesta primeira parte do trabalho, serão sintetizadas as características das modalidades naturalística e metafísica do Jusnaturalismo, para posteriormente permitir a exposição dos motivos que levaram à construção da teoria das fontes sociais.

Para tanto, inicialmente, cabe conceituar o Jusnaturalismo como o paradigma da

Ciência Jurídica caracterizado por propor a existência de um Direito Natural diverso daquelas ordens de conduta artificialmente criadas pela cultura humana. Adicionalmente, em geral, defende que a ordem jurídica natural é universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelos homens (ATIENZA, 2011, p. 100; BOBBIO, 2006, p. 22-23; e, PECES-BARBA, FERNÁNDEZ, ASÍS, 2000, p. 296-300).

Considerando isto, é possível classificar as propostas jusnaturalistas de acordo com a justificativa para a origem de tal sistema jurídico natural, conforme seja derivado da própria natureza (naturalístico) ou proveniente de um universo ideal (metafísico). Em ambos os casos, é negada a tese das fontes sociais, pois existiria um sistema jurídico proveniente de alguma outra origem, diversa da construção humana artificial.

A primeira tese para justificar a existência de um Direito Natural remonta, historicamente, ao período do surgimento da corrente naturalística da sofística, quando Hípias e Antifonte, no fim do Século V a.c., defenderam a existência de critérios morais e éticos passíveis de serem extraídos da natureza, os quais seriam preponderantes sobre as opções jurídicas definidas pelas autoridades públicas, de modo a inaugurar as primeiras manifestações do paradigma do Jusnaturalismo (REALE, ANTISERI, 2003, p. 81).

Os referidos filósofos são considerados precursores em discutir sobre a diferença entre as leis da natureza (*phýsis*) e as convenções legislativas humanas (*nómos*), estabelecendo a preponderância das primeiras. Com efeito, “o *nómos* é o que é por convenção, por acordo e decisão dos humanos, enquanto *phýsis* é o que é por natureza, por si mesmo, independentemente da decisão ou vontade dos homens” (CHAUÍ, 2002, p. 506).

Neste primeiro momento, os critérios morais e éticos eram entendidos como uma modalidade de Direito Natural, ou seja, de parâmetros de decisão observáveis no mundo físico, razão pela qual justificam a opção pelo título naturalístico, que lhe foi antes atribuído.

Tal proposta foi amplamente criticada pela doutrina jurídica, sob o argumento técnico de que é inviável a extração de orientações de condutas (normas) mediante a observação empírica da natureza. Exemplificativamente, o pós-positivista Ronald Myles Dworkin (2011, p. 418; e, 2005, p. 252) afirmou ser enganosa a ficção de que, ao lado das partículas cuja existência já foi demonstrada pelos físicos (prótons, elétrons, nêutrons etc), seriam passíveis de observação também elementos morais ou éticos na natureza (uma espécie de *morons* ou de *jusnaturons*). Daí que o estudo dos fenômenos naturais pode até permitir a formulação de regras gerais sobre o conhecimento do universo (ressalvada a crítica cética de David Hume neste particular), mas deles não é viável a extração direta de normas jurídicas, porquanto sua formação depende de construção humana.

Contudo, é preciso ressaltar que existe uma outra conformação do paradigma jusnaturalista, que não está calcada na extração de leis mediante observação da natureza, como a proposta anterior, mas sim na concepção metafísica inaugurada pelo gênio platônico.

Notadamente, é amplamente predominante a interpretação filosófica de que Platão, em seus diálogos, teria teorizado a existência de um plano suprassensível (o Hiperurânio), onde residiriam as formas perfeitas, as quais se manifestariam apenas de modo incompleto na dimensão física sensível (PLATÃO, 2006, p. 261-264). Tal dimensão metaempírica não seria passível de captação pelos sentidos, restando acessível apenas mediante o exercício das faculdades mentais pelos filósofos (CHAUÍ, 2002, p. 245-267). De acordo com tal pensamento, o referido pensador grego defendeu que filosofar consiste em buscar a efetiva essência das coisas mediante a dialética, ao invés de se caracterizar pela disputa sofística entre opiniões divergentes pela retórica, pois somente assim se alcançaria a verdade, inclusive como critério para boa decisão política (PLATÃO, 2006, p. 294).

Então, justamente se apoiando em tal construção teórica platônica, uma corrente do Jusnaturalismo defende a existência de um plano metafísico, onde residiriam os postulados morais e éticos para reger a política e a distribuição da justiça, aferíveis apenas mediante o correto exercício da racionalidade. Mais do que isto, tais critérios axiológicos, por repousarem no patamar ideal da perfeição, seriam imutáveis (no tempo e no espaço) e superiores à legislação positiva, pois esta última deriva apenas de convenções humanas.

Contudo, tal segunda versão sobre a origem dos postulados naturais também recebeu duras críticas. Sob o enfoque filosófico, a primeira ordem de críticas foi fundamentada na ideia de que a metafísica sucumbiu ante a tese de que o conhecimento humano é formado na linguagem, como condição de possibilidade também para a formulação de critérios morais e éticos, os quais decorreriam de interpretação calcada na tradição (hermenêutica) (STRECK, 2009, p. 208). E, de outro lado, também sob o prisma científico, a segunda ordem de críticas é no sentido de ser indefensável a tese de que as essências residiriam em um plano suprassensível, acessível somente pela razão, onde poderiam ser encontrados critérios para a vida boa e, também, para a governança política da Sociedade, ante a constatação de que as verdades são construções argumentativas estruturadas em paradigmas (a veracidade é transitória/paradigmática) (KUHN, 2009, p. 13 e 228-234; DEMO, 2008, p. 107; e ZANON, 2015, p. 56-63).

Muito embora inviável aprofundar aqui todas as facetas de ambas as linhas críticas antes mencionadas, resta suficiente que ambas serviram de impulso para o movimento de oposição juspositivista, calcado fortemente na tese das fontes sociais, que defendeu a

inexistência de um Direito Natural e, conseqüentemente, lançou o argumento de que todos os critérios de decisão jurídica são construções artificiais (SANCHÍS, 2010, p. 28).

Antes de prosseguir com tal tema, contudo, cabe abrir um breve espaço para mencionar que o modelo jusnaturalista não foi completamente abandonado, haja vista a existência de pensadores que, mesmo após o advento do paradigma do Positivismo Jurídico, ainda sustentam a viabilidade teórica de um Direito Natural, mediante reconstrução de suas bases de sustentação. Alguns autores, inclusive, procuraram defender alguma modalidade de relação necessária entre princípios morais e a ordem jurídica positiva, que podem ser classificados como jusnaturalistas ou precursores de correntes pós-positivistas, a depender do enfoque. Seguindo a linha de classificação proposta (baseada na fundamentação da origem do Direito Natural), alguns destes autores argumentam a existência de um sistema universal e atemporal baseado em princípios de moralidade amplamente compartilhados ou, ainda, em um conjunto de bens e valores universalmente aceitos pelo gênero humano.

Por exemplo, Lon Luvois Fuller debateu com o juspositivista Herbert Lionel Adolphus Hart, no final da década de 1950, sobre a inviabilidade de justificar a existência de um Direito Natural de origem divina, porém, simultaneamente, defendeu que sua origem remonta a um conjunto de princípios morais inerentes ao sistema positivo (FULLER, 1977).

Mais recente, em obra originalmente publicada no ano de 1980, John Finnis elaborou uma versão mais atual e sofisticada do modelo jusnaturalista, defendendo, em brevíssima síntese, a ideia de que o Direito Natural tem origem no interesse prático geral (comunitário) na satisfação de um conjunto de sete bens universais. O movimento amplo pela satisfação deste conjunto de interesses centrais serviria de ponto inaugural para demonstração de uma relação necessária entre princípios de moralidade e a ordem jurídica positiva, a qual somente adquire força cogente justamente por focar utilidades direcionadas para a satisfação dos referidos bens. Logo, a obra deste autor pode ser considerada um esforço para reabilitação do paradigma do Jusnaturalismo, mediante uma reconstrução teórica voltada a repelir as críticas levantadas em face dos modelos anteriores (FINNIS, 2011).

Ronald Myles Dworkin, por sua vez, é visto por alguns juspositivistas como um defensor do retorno do paradigma do Jusnaturalismo, por adotar a tese de que, grosso modo, cada comunidade compartilha uma série de princípios morais que merecem ser implementados judicialmente, independentemente de sua prévia inserção no sistema positivo (DWORKIN, 2007, p. 271-272). Todavia, há um considerável grupo de pensadores que vê na proposta deste jurista uma alternativa pós-positivista de perfil substancialista, em razão da intenção de afastar explicações de cunho naturalístico ou metafísico para justificar o emprego

dos princípios jurídicos, os quais seriam um outro tipo de critério de julgamento produzido socialmente, diverso da regra jurídica positiva (DWORKIN, 2007, p. 205).

Logo, em síntese deste tópico inicial, é possível concluir que o modelo do Jusnaturalismo, ao menos em sua concepção clássica (de perfis naturalístico ou metafísico), implica a aceitação do argumento de que existe um conjunto de critérios de julgamento, com forte influxo axiológico, chamado de Direito Natural. Consequentemente, os prosélitos desta escola de pensamento negam, ainda que parcialmente, a tese das fontes sociais, ao admitirem que existem parâmetros decisórios distintos daqueles produzidos artificialmente pela cultura humana.

Fixadas estas ideias, está pavimentado o caminho para ingressar na segunda parte deste texto, referente precisamente à proposta juspositivista quanto à aceitação da mencionada tese.

3 AS VERSÕES EXCLUSIVA, INCLUSIVA E DIFERENCIAL DA TESE DAS FONTES SOCIAIS

Esta segunda parte do texto trata do Positivismo Jurídico, que representa uma oposição ao paradigma do Jusnaturalismo, precisamente por desenvolver a tese das fontes sociais. Outrossim, o roteiro passa pela conceituação da tese das fontes sociais e, depois, pela apresentação das duas modalidades clássicas dela, consistentes nas espécies exclusiva e inclusiva. Adicionalmente, será exposta uma terceira vertente mais recente, chamada de meramente diferencial, a qual foi concebida para fazer frente às críticas feitas por alguns pós-positivistas.

A **tese das fontes sociais** (*social fact thesis, social sources of the law* ou *auctoritas, non veritas facit legem*) tem o seu núcleo central na ideia de que os critérios de tomada de decisão são produzidos apenas artificialmente pela cultura humana. Outrossim, de acordo com ela, não existiria um conjunto de parâmetros decisórios universais e atemporais, passíveis de serem extraídos do mundo natural, de um universo metafísico ou de um conjunto de bens de indiscutível importância.

Tal argumento teórico foi levantado como uma resposta ao paradigma do Jusnaturalismo, explicitado no item anterior, notadamente nas suas modalidades naturalística e metafísica. A sua construção ocorreu precisamente no momento histórico de formação do Estado moderno e de ampliação da codificação escrita, que resultaram em considerável abandono do modelo jusnaturalista. Com efeito, de um lado, o Estado reclamou o monopólio

da produção de critérios de julgamento pela via legislativa e, assim, estabeleceu a prevalência das disposições estatais sobre todas as demais fontes jurídicas, inclusive os princípios éticos que informavam o suposto Direito Natural (BOBBIO, 2006, p. 28-29). De outra margem, a expansão dos movimentos de codificação escrita, representados pelo advento do Código Civil de Napoleão, confirmou a prevalência dos enunciados positivados em face dos postulados de cunho jusnaturalista (BOBBIO, 2006, p. 119).

Entre os mais conhecidos colaboradores para o desenvolvimento do Positivismo Jurídico, cabe mencionar, principalmente, Marsílio Maierardini de Pádua (notadamente na obra *Defensor Pacis*) (REALE, ANTISERI, 2011, p. 322-323), Thomas Hobbes (DIMOULIS, 2006, p. 68), Jeremy Bentham (BOBBIO, 2006, p. 91-100), John Austin (BOBBIO, 2006, p. 101-118), Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio. Mais recentemente, os trabalhos de Luigi Ferrajoli, Joseph Raz e Scott Shapiro têm contribuído para a manutenção deste modelo de pensamento, mediante alguns reparos críticos pontuais (correções *ad hoc*).

A partir deles, restou confirmada a ideia de que os estudos jurídicos estavam divididos, em sentido amplo, em duas escolas de pensamento principais, de acordo com a aceitação ou não da tese das fontes sociais. De um lado, estavam os jusnaturalistas que a negavam, ainda que em alguma medida, enquanto, de outro, figuravam os juspositivistas, que a aceitavam, embora com divergências com relações a argumentos acessórios a tal construto teórico.

Nas palavras de Joseph Raz, a tese das fontes sociais significa que “as razões jurídicas são tais que sua existência e seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais” e, outrossim, “demarca a diferença entre aqueles antagonistas notórios, os juspositivistas, que a aceitam, e os jusnaturalistas, que a rejeitam” (RAZ, 2012, p. 283-284).

Outrossim, cabe examinar as duas principais vertentes do Positivismo Jurídico, diferenciadas precisamente em dados correlacionados com a tese das fontes sociais, consistentes nas modalidades exclusiva e inclusiva, consoante classificação mais divulgada pela doutrina.

O **juspositivismo exclusivo** (*exclusive legal positivism*, *hard positivism* ou *nonincorporationism*) adota a tese das fontes sociais de forma mais rígida, ou seja, agregando o argumento acessório da total separação entre o Direito e os princípios morais (e outras formas de postulados de perfil axiológico).

Para Dimitri Dimoulis trata-se de vertente teórica para a qual “a moral não pode

ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo (reconhecimento de sua validade e realização da sua interpretação)”, de modo que, conseqüentemente, “algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, nunca adquirindo os mandamentos morais relevância jurídica” (DIMOULIS, 2006, p. 276).

Outrossim, conforme explica Ronald Dworkin, para esta modalidade juspositivista, “aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral”. (DWORKIN, 2010, p. 266).

Dentre os pensadores clássicos, pode-se classificar Hans Kelsen como vinculado a esta linha de pensamento, porquanto ele entendeu possível separar a legitimidade moral e ética (como o Direito deve ser) da autoridade jurídica (como o Direito efetivamente é). Isto somente lhe pareceu possível porque enquadrava no conceito de Direito apenas o conjunto de preceitos positivos, por entender que só os textos normativos expressos seriam passíveis de constatação e de análise científica. Como decorrência, a sua proposta de Ciência Jurídica pura é voltada apenas à formulação de proposições sobre o teor dos dispositivos legislativos, afastadas as considerações de viés axiológico ou político. Nas suas palavras, a Teoria Pura do Direito procura “representar o Direito tal como ele é, e não como ele dever ser; pergunta pelo Direito real e possível, não pelo direito 'ideal' e 'justo’”, razão pela qual “é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico” (KELSEN, 2006, p. 118).

Isto não significa que ele tenha negado o fato óbvio de que determinados princípios, extraídos da Moral, da política ou dos costumes, pudessem até influenciar o legislador na fase de positivação ou mesmo o juiz no momento de sentenciar, mas, mesmo assim, defendeu que não integravam o Ordenamento Jurídico (composto só por preceitos normativos) e, portanto, não seriam objeto de estudo da Ciência do Direito (KELSEN, 1986. p. 145-156 e p. 148). Daí que sua versão da tese da separação implicava a pureza da Teoria do Direito, pois considerava os preceitos positivos como objeto único e exclusivo deste ramo específico do saber, separado de quaisquer outros eventuais critérios de julgamento (KELSEN, 2006, p. 77). Não seria desarrazoado supor que tal entendimento decorreu de seu pessimismo com relação às opções axiológicas e políticas de grande projeção em sua época (notadamente no período prévio à chamada Segunda Guerra Mundial), a qual recomendou a opção ideológica pela formulação de uma proposição teórica que as eliminasse do âmbito de abrangência da Teoria do Direito (STRECK, 2011, p. 458).

Mais recentemente, Scott Shapiro afirma seguir por esta linha de raciocínio,

embora alguns autores apontem em seus escritos alguns pontos de ligação das decisões jurídicas com a moralidade (SHAPIRO, 2013).

De outra margem, há a versão do **juspositivismo inclusivo** (*inclusive legal positivism*, *soft positivism* ou *incorporationism*), a qual, alternativamente, incorpora o argumento da indiferença à tese das fontes sociais, segundo o qual a moralidade não está necessariamente afastada ou inserida no âmbito do Direito, consubstanciando isto uma questão meramente contingente, a depender do que o texto legal expressa.

Sobre o tema, Rodrigo Tavares explicita que, para esta linha teórica, “a identificação do que é o direito não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais, embora possa circunstancialmente fazê-lo” (TAVARES, 2008, p. 403).

De outro lado, Ronald Dworkin destaca que esta vertente “permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine” (DWORKIN, 2010, p. 266).

Tal linha de pensamento pode ser atribuída, inicialmente, a Herbert Hart, haja vista que propôs um Juspositivismo Brando, justamente por aceitar a influência, ainda que contingente, de padrões morais nas atividades do legislador e dos juízes, de modo a concebê-los como influxos correlacionados com o Direito. Em suas próprias palavras, “existe, em todas as comunidades, uma sobreposição parcial dos conteúdos das obrigações morais e jurídicas, embora as exigências das normas jurídicas sejam mais específicas e cercadas de exceções mais minuciosas que as de suas equivalentes morais” (HART, 2009, p. 221 e 263). Mais do que isto, após as críticas de Dworkin, ele aceitou expressamente a incorporação dos princípios morais na periferia do Ordenamento Jurídico e, conseqüentemente, dentro do campo de estudos da Ciência Jurídica (HART, 2009, p. 339). Logo, de acordo com este autor, Moral e Direito são esferas distintas e separadas, mas que podem sofrer eventuais influências recíprocas, ainda que tal correlação seja meramente eventual, sendo que, acaso presente o influxo em algum aspecto e momento histórico, os princípios morais ingressam nas fronteiras do sistema jurídico, razão pela qual se pode afirmar não se tratar de uma relação necessária, mas apenas contingencial.

Em síntese, estas são as duas modalidades mais comumente referidas quanto à aceitação da tese das fontes sociais pelo juspositivistas, as quais estão basicamente diferenciadas pelos argumentos acessórios da total separação entre juridicidade e moralidade ou, alternativamente, da mera contingência de tal relação (ALEXY, 2008, p. 285-286).

Entretanto, cabe aqui referir uma terceira variante, baseada na construção neopositivista de Luigi Ferrajoli, que visa repelir algumas críticas formuladas por pós-

positivistas quanto aos argumentos acessórios da separação total ou contingencial entre moralidade e juridicidade, incorporados nas duas propostas anteriores.

Esta vertente será aqui chamada de **juspositivismo diferencial**, porquanto adiciona à tese das fontes sociais o argumento acessório de que as ordens jurídica e moral são meramente diferentes, embora não negue a existência de relações fáticas entre elas e, aliás, refere a inclusão positiva de princípios morais no ordenamento.

Com efeito, o mencionado professor italiano acentuou ainda mais a proposta juspositivista branda de Hart, para esclarecer que o constitucionalismo contemporâneo tem como característica marcante, em muito Estados, a incorporação expressa de postulados morais nos Ordenamentos Jurídicos, sob a forma de Princípios Jurídicos, notadamente aqueles que exprimem direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2011, p. 461-462; e, FERRAJOLI, 2014, p. 326-329).

Para explicitar o significado técnico disto, Ferrajoli adotou a clássica distinção entre a natureza nomoestática da Moral (no sentido de que tal ordem social se caracteriza pela força imutável de determinados valores) e a estrutura nomodinâmica do Direito (pois se realiza segundo um movimento formal escalonado) e, a partir daí, acrescenta que valores morais foram (ou vêm sendo) incorporados na dinâmica do sistema jurídico, mediante o esforço dos órgãos oficiais produtores da legislação (FERRAJOLI, 2011, p. 801-804).

Mais precisamente, “o resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídica e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico”, ou seja, trata-se “da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural” (FERRAJOLI, 2014, p. 328).

Mesmo assim, ele defende que tais princípios jurídicos oriundos da Moral, após assimilados expressamente na ordem normativa, passam a se comportar exatamente da mesma forma que Regras Jurídicas, aplicáveis por subsunção (ou seja, afastada a ideia de ponderação), delas se diferenciando apenas pelo estilo de redação do texto normativo respectivo (FERRAJOLI, 2011, p. 532-533).

Daí que, neste novo paradigma que Ferrajoli chama de jusconstitucionalista (ou, segundo a preferência geral da academia, de Garantismo Jurídico), a influência inegável entre as referidas ordens de conduta implica, também, o reflexo de postulados morais dentro do Ordenamento Jurídico, desde que haja a adesão da autoridade formal para admitir tal incorporação (FERRAJOLI, 2012b, p. 27).

Outrossim, a sua configura da tese das fontes sociais não inclui “a negação de

qualquer conexão entre direito e moral, claramente insustentável uma vez que qualquer sistema jurídico exprime ao menos a moral dos seus legisladores”, mas ressalva que a “juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva da sua juridicidade” (FERRAJOLI, 2012a, p. 14).

Ou seja, haveria uma relação não necessária entre Moral e Direito, cujos efeitos concretos no sistema dependeriam apenas de uma espécie de filtragem formal para assimilação de determinados parâmetros axiológicos. Daí que a Ciência Jurídica passaria a estudar também postulados morais, desde que formalmente incorporados no sistema (justamente porque, daí, passariam a ser jurídicos).

Portanto, Ferrajoli agrega apenas duas afirmações elementares à tese das fontes sociais, consistentes tão somente que, primeiro, os preceitos morais não possuem juridicidade, ou seja, não integram o ordenamento jurídico, por melhores que sejam, e, segundo, os dispositivos jurídicos não são necessariamente morais (FERRAJOLI, 2011, p. 15-16). Logo, para ele, no quadro do constitucionalismo atual, a tese das fontes sociais não incorpora os argumentos da separação ou da contingência, que embasam as propostas exclusiva e inclusiva antes apresentadas, pois admite apenas uma mera diferença entre moralidade e juridicidade.

Sem embargo, analisando criteriosamente tais duas afirmações, a tese das fontes sociais passa a incorporar, para o escritor em tela, apenas o argumento de que Moral e Direito se tratam de ordens sociais distintas, cuja correlação não é expressamente negada, de modo que podem se influenciar reciprocamente e, até, passarem a ter o mesmo conteúdo, desde que os postulados morais se submetam à filtragem legislativa formal. Sob esta ótica, há mais um pequeno e sensível abrandamento no argumento adicional da contingência, que acaba reduzido ao que se pode chamar, bem precisamente, de argumento diferencial entre moralidade e juridicidade, pois, ao final e a cabo, apenas indica que são ordens sociais distintas, embora complementares e com influências recíprocas.

Outrossim, não seria incorreto afirmar que tal opção teórica é fundamentada, segundo o próprio entendimento declarado do autor, na necessidade de rigor científico em separar o ponto de vista interno (como o Direito é) do externo avaliativo (como o Direito deveria ser), com a finalidade de afastar a incidência da falácia naturalística apregoada por Hume e, de acordo com a sua intenção ideológica, renegar a possibilidade de alguma forma de objetivismo ético (FERRAJOLI, 2014, p. 199 e 205; e, FERRAJOLI, 2012b, p. 250).

Ultrapassada a exposição das três formas de interpretação da tese das fontes sociais, é possível notar que foi, inicialmente, agregada ao argumento da separação (exclusivismo), depois passou pela adição da alegação teórica da indiferença ou contingência

(modalidade inclusiva) até, finalmente, ser acrescida do reduzido argumento da mera diferença.

Diante disto, não seria por demais ousado afirmar que, gradativamente, os adeptos do Juspositivismo foram assimilando as críticas propostas pelos pós-positivistas, notadamente Ronald Dworkin, no sentido de admitir um estreitamento entre as esferas da Moral e do Direito.

Outrossim, fixadas as principais versões juspositivistas da tese das fontes sociais, cabe ingressar na discussão da abordagem pós-positivista sobre o tema.

4 A TESE DAS FONTES SOCIAIS SEGUNDO A TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

Este terceiro e último item trata do referente central do presente artigo científico, ou seja, diz respeito à discussão quanto à assimilação da tese das fontes sociais de forma independente, conforme proposto pela Teoria Complexa do Direito (TCD).

Inicialmente, cabe assinalar ser possível a conclusão de que tanto os juspositivistas como também os pós-positivistas sérios adotam, embora com diferentes gradações, a tese das fontes sociais, sendo esta a característica que os difere dos jusnaturalistas. Para ambos, não só os postulados jurídicos, mas também os princípios morais e éticos, são produtos da cultura humana e, portanto, passíveis de reconstrução argumentativa ao longo da história, de acordo com a articulação de forças no cenário social (REALE, 1994, p. 80). Logo, a divergência entre eles consiste na formulação do argumento adicional, referente à existência ou não de alguma relação necessária entre moralidade e juridicidade.

Quanto ao ponto de divergência, por exemplo, Robert Alexy defende que considerações de cunho moral somente podem incidir como elementos corretivos do Direito positivo em situações de injustiça extrema, consoante a conhecida Fórmula Radbruch (ALEXY, 2009, p. 48 e 152).

Ronald Dworkin, por sua vez, argumentou pela superação da estrutura binária (*two-system picture*) pela da árvore (*tree structure*), em que uma ordem social é considerada especialização (ou subdivisão) da outra, ou seja, o Direito é um ramo do galho da moralidade política que, por sua vez, brota do tronco maior da Moral (DWORKIN, 2011, p. 405).

Mesmo Richard Posner reconheceu, em determinado momento, a correlação entre as referidas ordens sociais, embora não tenha desenvolvido mais o tema, provavelmente em razão da pouca importância que confere aos estudos de moralidade política (POSNER, 2007,

p. 312).

De outro lado, a Teoria Complexa do Direito, por sua vez, igualmente incorpora a tese das fontes sociais como uma herança juspositivista e, assim, renega a ficção jusnaturalista de que os postulados morais e éticos podem ser extraídos da natureza (versão naturalística), de um universo suprassensível perfeito (vertente metafísica) ou mesmo de um conjunto de bens de inegável interesse universal (como propõe Finnis). No ponto, há aderência ao entendimento de que tanto os critérios jurídicos como também os morais e éticos são criações artificiais. Outrossim, segue o argumento de que “normas morais que regulam uma convivência racional entre sujeitos capazes de fala e de ação não são simplesmente 'descobertas', mas construídas” (HABERMAS, 2003, p. 196-197).

Porém, a referida proposta teórica denega validade aos argumentos acessórios da exclusividade, da indiferença ou contingência e da mera diferença, acrescentados pelos juspositivistas à tese das fontes sociais, na forma descrita no capítulo anterior, com base em duas linhas argumentativas, consoante abaixo exposto.

Primeiro, em razão da necessidade de fidelidade descritiva que merece nortear as pesquisas científicas sobre o fenômeno jurídico, ou seja, acerca da tomada de decisões em Sociedade. Isto porque, no plano fático, efetivamente se verifica a circunstância de que critérios morais e éticos são, reiteradamente, invocados na tomada de decisões, ao lado dos parâmetros positivos. Notadamente, o legislador considera critérios axiológicos na construção dos textos legais mediante positivação e, de modo similar, também os juízes consideram argumentos de cunho valorativo em suas sentenças, de modo a revelar que a relação entre juridicidade e moralidade efetivamente se manifesta no cotidiano do sistema judicial. Mesmo os acadêmicos da área, não raramente, invocam argumentos morais e éticos para justificar suas considerações em seus textos, a exemplo daqueles referentes aos discursos sobre direitos humanos. Outrossim, diante de tal realidade, a proposta teórica em tela parte da ideia de que não há justificativa para negar a existência de algum grau de relação entre Moral e Direito (ZANON, 2015, p. 93-99).

De acordo com Hart, “o direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideais morais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial” (HART, 2009, p. 263).

Também Ferrajoli argumenta que seria um "absurdo" afirmar que o Direito não incorpore princípios e valores morais ou, ainda, que não tenha alguma “relação conceitual

necessária” com a Moral, haja vista que expressa ao menos as opções axiológicas dos legisladores e dos julgadores. Segundo ele, a separação entre moralidade e juridicidade “não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma 'pretensão de justiça'. Esta seria uma tese sem sentido, assim como não haveria sentido negar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”. (FERRAJOLI, 2012b, p. 27).

Considerando que existem tais relações fáticas de influência, elas não podem ser desprezadas pela Ciência Jurídica, cabendo ser examinadas como elementos determinantes nas atividades jurígenas, mormente porque latentes nos textos normativos e nas decisões jurídicas (conceito que abrange as judiciais), as quais, a fim e a cabo, representam o foco de estudo dos juristas. Outrossim, o aspecto descritivo da realidade social acarreta o estudo de tais reflexos, de modo que as investigações jurídicas devem abranger não só os documentos legais e sua interpretação, mas também os influxos de moralidade na produção do Direito.

Sem embargo, como já mencionado na introdução, a TCD representa um esforço de seriedade científica na abordagem do fenômeno de tomada de decisões em Sociedade, razão pela qual tem o encargo de buscar fidelidade descritiva (aspecto empírico das ciências) e resolubilidade prática (âmbito prescritivo dos estudos científicos). Daí que, com relação ao primeiro aspecto, não se pode negar que o fenômeno de deliberação jurídica se manifesta, em suas várias fases (positivação, aplicação judicial etc), com a incorporação de aspectos morais fluidos em sociedade, que merecem ser diagnosticados. E isto, evidentemente, não significa adesão a algum discurso do tipo metafísico, mas sim apenas que efetivamente a Ciência Jurídica não pode olvidar de parcela do fenômeno, só porque é de difícil aferição concreta.

Logo, de acordo com a proposta em tela, cabe ao jurista uma abordagem interdisciplinar para aferição sociológica, psicológica e estatística (para medição de opinião pública) quanto ao uso de argumentos de perfil axiológico pelos legisladores e juízes, dentre outras pessoas encarregadas de tomar decisões.

No tocante à segunda linha argumentativa, esta se refere à esfera prescritiva das ciências, porquanto inegável que a Ciência Jurídica, precisamente por ser voltada ao estudo das decisões no cenário social, não pode prescindir da discussão quanto a melhor e mais adequada formação de critérios decisórios para cada comunidade específica, porque ali reside o núcleo da sua função social como ramo específico de estudo (sua razão de existência).

O sentido finalístico do Direito é disciplinar a tomada de decisões corretas, boas e justas, de acordo com os parâmetros éticos prevalecentes, não sendo admissível qualquer

deliberação, a despeito de seu conteúdo. Daí que a legitimidade ética das decisões merece ser também parte integrante do campo de pesquisas dos juristas, não se justificando que tal tema seja considerado externo à sua atividade, ainda que possua caráter prescritivo (ZANON, 2015, p. 93-99).

Portanto, não há como prevalecer a tese de que isto implica uma confusão entre os âmbitos interno e externo da Ciência, ensejando uma ofensa ao postulado de Hume, na forma como propõe, por exemplo, Ferrajoli. Isto porque, todas as ciências têm um aspecto prescritivo construído argumentativamente, mesmo aquelas que permitem resultados mais exatos, como a Física, quando esta, por exemplo, recomenda que determinados cálculos sejam feitos com certas fórmulas específicas (ora, mesmo suas “exatas” fórmulas matemáticas são passíveis de ser desmentidas e substituídas por outras, como demonstra a história das revoluções científicas). Daí que o lado propositivo é inafastável da faceta descritiva, como a outra face de uma mesma moeda, compondo a respectiva base teórica e, mais do que isto, atendendo à função social de cada ramo do saber. Logo, também a Ciência Jurídica não pode prescindir de sua face prescritiva, como objeto de seu campo de estudo, não se tratando de um aspecto externo de sua área de abrangência (REGLA, 2007, p. 674).

Nessa sequência lógica, não é recomendável que os cientistas jurídicos prescindam do estudo da legitimidade dos critérios de julgamento, sejam quais forem os parâmetros teóricos que serão edificados argumentativamente no modelo paradigmático para tanto, porquanto não podem olvidar de pesquisar a mais adequada solução jurídica para cada tomada de decisão, mormente nas fases de positivação e de aplicação. Em uma linha, o aspecto prescritivo é inafastável da Ciência Jurídica, de modo que uma decisão com qualquer conteúdo não basta, devendo ser incorporada a pretensão de correção da decisão (sua legitimidade ética).

De acordo com ambas as linhas argumentativas, a tese das fontes sociais não merece ser acrescida nem mesmo do argumento juspositivista mais tênue, que estabelece a mera diferença entre moralidade e juridicidade, nos moldes propostos por Luigi Ferrajoli, antes descritos. Isto porque a fórmula do jurista italiano explicita apenas como os postulados éticos são incorporados ao ordenamento jurídico pela atividade do legislador, deixando de antever em sua composição que, mesmo na inércia do ente legiferante, os critérios morais e éticos influenciam todas as pessoas que tomam decisões em Sociedade (inclusive os juízes) também na fase de aplicação, justamente porque os parâmetros éticos são considerados também fontes jurídicas (sociais e artificiais) invocadas na articulação de argumentos que conforma a construção de uma norma jurídica.

O pensador italiano não desconhece isto, mas não reconhece que isto anula a tese da mera diferença, justamente porque os critérios éticos ingressam na atividade decisória em ambos os referidos momentos de produção do Direito (positivação e aplicação), de modo que efetivamente integram o conjunto de parâmetros de decisão (ordenamento jurídico) e, portanto, são sim parte necessária do sistema. Ora, se no momento de tomar uma decisão, todas as pessoas são influenciadas pelos critérios morais e éticos (algo que Ferrajoli admite, como já dito), é logicamente obrigatória a conclusão de que os critérios éticos são padrões de decisão e, mais do que isto, legitimamente aceitos pelos operadores do sistema. A única limitação para aceitação dos critérios éticos é, como bem esclarece a TCD, a circunstância de que os critérios éticos carecem da mesma força que outras fontes jurídicas, a exemplo do texto normativo, o qual não podem contrariar.

Logo, de acordo com a proposta paradigmática pós-positivista em tela, a teoria das fontes sociais é incorporada apenas em seu núcleo central, já antes mencionado, ou seja, para significar apenas que todos os elementos jurídicos são produtos artificiais, incluindo não são os textos normativos, mas também os princípios morais e éticos fluidos no tecido social. Os argumentos juspositivistas adicionais da separação, indiferença/contingência ou mera diferença merecem ser abandonados, porquanto contrariam o aspecto descritivo da ciência (afinal, inegável a relação fática necessária entre os três campos da moralidade política) e, também, são insuficientes ao âmbito prescritivo (as pesquisas dos juristas, afinal, são voltadas também à proposição de critérios decisórios com legitimidade ética).

CONCLUSÃO

O objetivo do presente texto consistiu em discutir a assimilação da tese das fontes sociais de forma independente, conforme proposto pela Teoria Complexa do Direito.

A abordagem foi desenvolvida em três fases distintas e consecutivas.

Na primeira, foram expostas as principais modalidades do Jusnaturalismo, consistentes nas vertentes naturalística e metafísica, as quais prescindem da tese das fontes sociais. Adicionalmente, foram mencionadas as propostas atuais que visam justificar a existência de um Direito Natural, embora originado em outras matrizes.

Na segunda, foram indicados os argumentos adicionais que o Positivismo Jurídico agregou à tese das fontes sociais, em seu movimento de oposição ao modelo teórico

jusnaturalista. Sem embargo, foram expostas as propostas exclusiva (Kelsen, Raz e Shapiro) e inclusiva (Hart e Coleman), as quais são as mais comumente referidas pela doutrina. Adicionalmente, foi apresentada a proposição da mera diferença entre moralidade e juridicidade, que pode ser extraída dos estudos neopositivistas de Luigi Ferrajoli.

Por fim, na terceira parte, foi tratado da forma como a Teoria Complexa do Direito assimilou a tese das fontes sociais, sem o acoplamento com nenhum dos três argumentos juspositivistas referidos no segundo item.

Na oportunidade, foi apresentada a ideia de que tantos os juspositivistas, como também os pós-positivistas de maior expressão no cenário brasileiro, adotam a tese das fontes sociais, sendo esta a peculiaridade que os difere dos jusnaturalistas.

Também foi referido que os adeptos do Positivismo Jurídico, inicialmente, procuraram a purificação científica da Ciência Jurídica e, após, mediante um esforço de assimilação ou refutação das críticas pós-positivistas, foram gradualmente cedendo espaço à aceitação de que haveria alguma relação entre Moral, Ética e Direito, ao ponto de admitirem que tais influxos são inegáveis no plano fático, embora persistam no argumento de que a moralidade e a eticidade não são parâmetros necessariamente integrantes do ordenamento jurídico (esta relação seria contingente, mesmo no cenário do constitucionalismo contemporâneo).

Por fim, foi verificado que, segundo a TCD, a tese das fontes sociais merece ter assegurada a sua independência perante os argumentos da separação, da indiferença/contingência ou da mera diferença, haja vista que, no tocante ao âmbito descritivo da Ciência Jurídica, já restou devidamente assimilado (inclusive pelos juspositivistas) a efetiva existência de relações concretas entre elas e, segundo, na esfera prescritiva, resta inegável que a Ciência Jurídica, precisamente por ser voltada ao estudo das decisões no cenário social, não pode prescindir da discussão quanto a melhor e mais adequada formação de critérios decisórios para cada comunidade específica, porque ali reside um dos aspectos centrais da sua função social como ramo específico de estudo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010.

- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. V. 1. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- DEMO, Pedro. **Saber pensar**. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 405.
- _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.
- _____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- _____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 250.
- _____. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011.
- FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FULLER, Lon L. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 221 e 263.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- _____. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Teoría del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. FERNÁNDEZ, Eusebio. ASÍS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. V. 1. São Paulo: Paulus, 2003.

_____. **História da filosofia**: Patrística e Escolástica. V. 2. 4 ed. São Paulo: Paulus, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa**, Alicante (Espanha), n. 30, p. 665-675, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2010.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: Belknap Press, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Rodrigo. Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese. In DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. (Orgs.) **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 403.

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