



## As correntes formalistas e antiformalistas do Direito: o caso do positivismo analítico normativista de Hans Kelsen

*André Henrique Ferreira Vicente<sup>1</sup>*

### Como Citar:

VICENTE, André Henrique Ferreira. As correntes formalistas e antiformalistas do Direito: o caso do positivismo analítico normativista de Hans Kelsen. Revista Sociedade Científica, vol. 9, n. 1, p. 960-992, 2026.

<https://doi.org/10.61411/rsc2026131219>

DOI: 10.61411/rsc2026131219

### Área do conhecimento:

Ciências Sociais Aplicadas

### Sub-área:

Direito; Filosofia do Direito

### Palavras-chave:

Antiformalismo; Positivismo Jurídico.

Publicado: 24 de abril de 2026.

### Resumo

O presente trabalho pretende analisar as correntes formalistas e antiformalistas do direito e averiguar se Hans Kelsen pertencente à escola do positivismo analítico normativista e muitas vezes tido como um formalista pode ser considerado um formalista jurídico clássico. Para tanto, no item 1. As correntes formalistas e antiformalistas do direito, busca-se relatar as concepções de escolas de pensamento que se contrapõem. O subitem 1.1 apresenta as correntes formalistas do direito: do jusracionismo e do formalismo doutrinário. No subitem 1.2 o movimento dos antiformalistas e a crítica ao formalismo: escola da livre investigação científica do direito, do direito social e do institucionalismo pluralista na França; jurisprudência dos interesses e escola do direito livre na Alemanha; o positivismo jurídico analítico na Inglaterra, e do realismo jurídico nos Estados Unidos. No item 2. Positivismo jurídico e formalismo jurídico, abordar aspectos básicos daquela escola do pensamento jurídico e algumas acepções do formalismo jurídico. Por fim no item 3. O positivismo jurídico de Hans Kelsen se ocupar de uma das mais importantes teorias entre as concepções do positivismo jurídico desde meados do século XX até os dias atuais e sua eventual relação ao fenômeno do formalismo jurídico.

## The formalist and anti-formalist currents of Law: the case of Hans Kelsen's normative analytical positivism.

### Abstract

The present study aims to analyze the formalist and anti-formalist currents of law and to examine whether Hans Kelsen, who belongs to the school of normative analytical positivism and is often regarded as a formalist, can in fact be considered a classical legal

<sup>1</sup>Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), São Paulo-SP, Brasil. Email: <>



formalist. To this end, in Section 1, “The formalist and anti-formalist currents of law,” the conceptions of opposing schools of thought are outlined. Subsection 1.1 presents the formalist currents of law, including natural law rationalism and doctrinal formalism. Subsection 1.2 addresses the anti-formalist movement and the critique of formalism: the school of free scientific research of law, social law, and pluralist institutionalism in France; the jurisprudence of interests and the free law school in Germany; analytical legal positivism in England; and legal realism in the United States. Section 2, “Legal positivism and legal formalism,” discusses the basic aspects of that school of legal thought and some meanings attributed to legal formalism. Finally, Section 3, “The legal positivism of Hans Kelsen,” examines one of the most important theories within legal positivism from the mid-twentieth century to the present day, as well as its possible relationship with the phenomenon of legal formalism. Observação: O 2º ou 3º Resumo em outro idioma são opcionais, pois o Resumo e a versão do artigo em html podem ser traduzidos para diferentes idiomas.

**Keywords:** Formalism; Anti-formalism; Legal Positivism.

## 1. Introdução

As duas grandes teorias jurídicas presentes ao longo da história são: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico ou juspositivismo. O jusnaturalismo representa a doutrina que defende a existência de um direito natural anterior e superior ao direito positivo. É a corrente de pensamento que considera o direito natural *de per se*, caracterizado como direito da natureza, que decorre da natureza, seja com base em leis divinas ou por meio de leis naturais.

Ideias do direito natural percorreram desde Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna até o período atual, hoje com menor intensidade em razão do prevaecimento da doutrina (escola) do positivismo jurídico. O positivismo jurídico defende haver



apenas o direito positivo, isto é, o direito posto, positivado em leis; separa o direito da moral, estuda o direito afastando-o de influências estritamente não jurídicas.

Algumas questões defendidas por pensadores jusnaturalistas, entre os séculos XVIII e XIX, como por exemplo, a autoridade do legislador e a certeza racional das regras a serem interpretadas pelo aplicador do direito posto, foram responsáveis para que a essas escolas de pensamento em torno do direito natural, fosse-lhes atribuído o caráter denominado de formalismo jurídico.

Deste modo, o aspecto de formalismo jurídico foi conferido às escolas conhecidas como formalistas do direito. Entre as escolas jurídicas formalistas do direito, temos a escola jusracionalista e a do formalismo doutrinário. A escola jusracionalista utilizando o método matemático, pretendia deduzir um direito racional, fundado em princípios racionais e correspondeu a uma parte do período jusnaturalista. Já o formalismo doutrinário do século XIX, compreendeu dois grandes movimentos. Na Alemanha a jurisprudência dos conceitos, e na França a “Escola de Exegese”.

Por outro lado, ainda no fim do século XIX e início do século XX, como contraponto àquelas escolas apontadas acima, surgem as correntes antiformalistas do Direito. Na Alemanha, a jurisprudência dos interesses e a escola do direito livre; no Reino Unido, o positivismo analítico; na França, o direito social e o pluralismo institucionalista e nos Estados Unidos, o realismo jurídico.

No início do século XX as ideias formalistas do direito começam a ser criticadas. O advento de novas doutrinas jurídicas configura um cenário de disputa entre o formalismo e o antiformalismo jurídico. O formalismo jurídico consistia em um método sistemático e abstratizante e o antiformalismo, tomado em sua concepção sociológica, política, econômica e psicológica, não acreditava na determinabilidade racional de aplicação das regras aos casos individuais e concretos afastada daqueles elementos supra relatados.



Esse período é caracterizado pela passagem do jusnaturalismo, enquanto principal doutrina jurídica, para o positivismo jurídico e até mesmo a consolidação do positivismo jurídico em países que adotam o sistema *Civil Law* como por exemplo, o Brasil. Não que o estudo do direito natural tenha deixado de acontecer – levando em conta a importância do pensamento jusnaturalista –, mas apenas observa-se um predomínio maior no estudo da teoria do direito por meio do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico possui uma variedade de espécies em razão do critério utilizado para sua classificação. Não é caso aqui de nos aprofundarmos em cada um deles e suas respectivas vertentes. A corrente da qual cuidaremos ao longo do trabalho é denominada de positivismo jurídico analítico. O positivismo jurídico analítico usa ferramentas da lógica e da linguagem para analisar e descrever o direito. São dois os grandes nomes do positivismo analítico. Hans Kelsen considerado um positivista analítico normativista e H. L. A. Hart adepto do positivismo analítico hermenêutico.

Contudo, em que pese as duas grandes teorias desenvolvidas pelos dois positivistas, apenas por uma questão de objeto de estudo, tratar-se-á de abordar alguns aspectos e fundamentos da teoria do direito de Hans Kelsen e seu positivismo analítico normativista. Entre estes, o fato de ser atribuído a sua tese o epíteto de formalismo jurídico, por focar na forma e validade das normas, isto é, uma concepção formalista do direito.

Diante de todo este contexto, considerando que, um dos métodos usados na elaboração da teoria do direito de Kelsen consiste em um “formalismo jurídico”, onde a concepção formal do direito se dá em razão da sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; ainda que este formalismo se dê em conjuntura diversa daquele da corrente formalista do Direito (jusracionalismo e formalismo doutrinário), e, embora, o positivismo analítico de Kelsen promova a forma de estrutura de inferência silogística de matriz “formalista”, indaga-se: Kelsen pode ser considerado um formalista jurídico no sentido clássico?



A relevância do assunto consiste em elucidar conceitos, como o de formalismo jurídico e positivismo jurídico sempre presentes nas investigações em torno do panorama histórico jurídico e de teoria do direito. O objetivo do trabalho é realizar uma reflexão acerca do sentido e significado daqueles termos e o seu uso preciso para evitar equívocos na construção do discurso jurídico. Utilizou-se métodos que envolvem abordagens gerais, com foco na compreensão de conceitos, aspectos históricos, reunindo o emprego de técnicas de pesquisa bibliográfica e dogmática jurídica.

## 2. Metodologia

O presente artigo adota uma abordagem qualitativa, de natureza teórico-dogmática, voltada à análise crítica do fenômeno jurídico em estudo. A pesquisa é classificada como exploratória e descritiva, na medida em que busca, simultaneamente, aprofundar a compreensão conceitual do tema e sistematizar suas principais implicações no âmbito da teoria geral do direito.

Não obstante, o método de tratamento utilizado é o dedutivo, partindo-se de premissas gerais estabelecidas na doutrina para a análise de situações específicas relacionadas ao objeto da pesquisa. No que se refere aos procedimentos técnicos, a pesquisa fundamenta-se em revisão bibliográfica, que abrange obras doutrinárias clássicas e contemporâneas relevantes ao tema.

A seleção das fontes observou critérios de relevância, atualidade e pertinência temática, privilegiando grandes autores da área. Ademais, buscou-se garantir a pluralidade de perspectivas teóricas, de modo a enriquecer a análise crítica. Por fim, a técnica de análise dos dados é eminentemente interpretativa, buscando, a partir dessa perspectiva, oferecer uma leitura consistente e fundamentada do tema, contribuindo para o debate acadêmico e para o aprimoramento da matéria.

## 3. Desenvolvimento e discussão



O trabalho se desenvolve em três seções. Inicialmente, na seção 1, serão expostas as correntes formalistas e antiformalistas do direito; perspectivas do jusracionalismo, formalismo doutrinário (1.1 formalistas); e da escola da livre investigação científica do direito, do direito social e do institucionalismo pluralista (FRA); da jurisprudência dos interesses e escola do direito livre (ALE); positivismo jurídico analítico (ING) e realismo jurídico (EUA) (1.2 antiformalistas). Em seguida, a seção 2, ocupa-se do tópico referente à abordagem das expressões positivismo jurídico e formalismo jurídico (subitens 2.1 e 2.2). Por fim, na seção 3, se desenvolve o assunto atinente ao positivismo jurídico de Hans Kelsen.

1) As correntes formalistas e antiformalistas do direito

1.1) Formalistas: Jusracionalismo e formalismo doutrinário

Para as correntes formalistas o direito é um conjunto completo e coerente de regras que levam a uma única decisão correta. Esse sistema jurídico formalizado de regras contempla todas as hipóteses possíveis. Deste modo, não se volta para elementos outros, como a moral, a política ou a sociologia. A interpretação é uma operação silogística precisa e o juiz a rigor aplica a norma ao fato. Entre as escolas jurídicas formalistas do direito, temos a escola jusracionalista e a do formalismo doutrinário.

O jusracionalismo foi uma corrente de pensamento jurídico decorrida por um período de tempo dentro da época em que vigorava a teoria do direito natural, ou, jusnaturalismo, e seu apogeu se deu durante os séculos XVII e XVIII. Os fundadores do jusracionalismo são Althusius, os teólogos e juristas escolásticos espanhóis e Grotius. Todavia, foram Hobbes, Espinosa e Pufendorf, os autores da fase seguinte, os encarregados de sintetizarem e sistematizarem a teoria jusracionalista. Estes pretendiam que os métodos das novas ciências da natureza fossem estendidos à ética social. O homem passa a ser visto como um ser natural. Não obstante, o conhecimento das leis naturais é estendido ao direito, ao ponto de adotar-se leis com a imutabilidade das deduções matemáticas, expressas em sua definitividade, por exemplo [12].



Fatores de ordem prática e teórica influenciaram o jusracionalismo. A tradição antiga foi utilizada na construção de uma nova ordem jurídica e o direito natural libertou-se da teologia moral. O jusracionalismo recebeu da tradição o método da argumentação e o empregou para cuidar do problema da relação do direito natural com os direitos positivos existentes. Hobbes buscou estabelecer a metodologia do jusracionalismo sob a influência de Descartes e Galileu, e Pufendorf empenhou-se em utilizar a racionalização e matematização tentando criar um sistema jusnaturalista geral. A contribuição jusnaturalista consiste em ordenar a atividade social de acordo com o *logos* apreensível pela razão [12].

Ao tempo do jusracionalismo, outro movimento intelectual importante – o iluminismo (séc. XVIII) – liga-se àquele e produz as primeiras codificações modernas. Essas codificações buscam uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. Os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária na França e no resto da Europa. Adeptos do movimento das codificações protestaram contra os costumes (relativos à tradição da época) e preconceitos de seus opositores. Influenciadas pelo jusracionalismo, a primeira codificação jurídica foi o Código prussiano de 1794 *Preußisches Allgemeines Landrecht* (ALR) seguida do Código civil austríaco (1811) *Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Contudo, foi o *Code Civil* de 1804 – o grande Código Civil da França – nascido da crença jusracionalista na lei que superou todos os demais. O sistema jusracionalista foi transposto para a estrutura da codificação francesa. Sua estrutura rigorosa e transparente agregada a sua linguagem clara fazem dele o maior da época tornando-se o mais exitoso de todo aquele século [12].

Partidária do formalismo doutrinário, a Escola da Exegese (1804-1880) foi uma importante corrente de pensamento jurídico. Seus principais representantes foram Proudhon, Duranton, Demelombe e Troplong entre outros.



A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos estudiosos do Código Civil Francês (1804), que consistia no tratamento científico sistematizado que seguia a mesma distribuição normativa da matéria determinada pelo legislador no diploma civil, comentando-a artigo por artigo de maneira pormenorizada. A propósito, a interpretação exegética costuma ser o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito codificado pelo legislador [6].

O jurista francês Julien Bonnecase em seu livro *L' école de l'exégèse en droit civil* enumera as seguintes características distintivas da escola da exegese, são elas: I – o culto ao texto da lei; II – o predomínio da intenção do legislador na interpretação do texto da lei; III – o caráter profundamente estatista da doutrina exegética; IV – o caráter ilógico, ao mesmo tempo paradoxal da doutrina da exegese quanto à existência e função da noção de direito e V – “o argumento de autoridade” na doutrina da Escola da Exegese [7].

Deste modo, a “escola da exegese” correspondia à versão mais formalista da interpretação jurídica. Entre suas particularidades, visava a separação dos Poderes e buscava a certeza da determinação racional do direito. Essa “escola” firmou novas características do estudo do direito civil, cuja função era meramente explicativa dos artigos do *Code Civil*. O máximo que o método analítico e sistemático ensejava era alguma menção a casos concretos que ilustrassem a aplicação da lei [1].

Ainda, dentro da tradição formalista surge na Alemanha no início do século XIX a Escola Histórica do Direito em oposição ao racionalismo iluminista e à codificação francesa; defende que o Direito é um produto da evolução histórica, cultural e dos costumes de cada povo; e teve em Friedrich Carl von Savigny seu grande expoente.

A Escola Histórica compreende não apenas o direito como história, mas também a ciência jurídica como história. No início do séc. XVIII, a crítica do direito e da lei tinha tornado o direito natural racionalista em algo relativamente histórico. Na Alemanha Justus Möses havia colocado a questões das condições empírico-históricas



também em relação ao direito. Sob este empirismo floresceu na segunda metade do séc. XVIII em Gotinga, uma ciência histórica e constitucional do tipo pragmática, e uma ciência do direito privado alemão, na qual foram formados os pioneiros da Escola Histórico-jurídica, como Hugo e Eichhorn. Esta escola descobriu na historicidade do direito a historicidade do próprio povo; ela viu no direito uma manifestação do espírito do povo (*Volksgeist*). A natureza da “escola” consiste na reconstituição de uma ciência jurídica consciente de seus próprios métodos e sistemática [12].

Dentro da Escola Histórica do Direito houve uma divisão entre duas orientações de pensamento: os Romanistas (Hugo, Savigny e Puchta) que buscavam a construção sistemática da ciência pandectística; e os Germanistas (Eichhorn, Jacob Grimm e George Beseler), os quais tratavam do direito alemão como elemento da ciência da antiguidade alemã ou exploravam cientificamente os domínios não examinados pela pandectística. Entre os romanistas Gustav Hugo (1764-1844) é considerado o fundador da ciência civilística orientada historicamente; era crítico ao movimento do jusracionalismo e propunha a construção autônoma do direito positivo. Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), para muitos o maior nome da Escola Histórica do Direito, foi jurista, político e defendia que o direito é o produto da cultura e história de um povo – cujas raízes encontram-se no direito romano e nos costumes locais – e não uma criação abstrata do legislador. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) foi discípulo e sucessor de Savigny; impôs o formalismo conceitual rigoroso da pandectística. Puchta é o fundador da jurisprudência clássica dos conceitos; as suas obras caracterizaram um princípio metodológico próprio da pandectística [12].

A Escola Histórica do Direito de corrente romanista se dedicou à construção de uma civilística sistemática e tornou-se uma pandectística ou ciência das pandectas. Sua orientação formalista transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo. Puchta atribuiu à “cientificidade” da ciência jurídica e ao jurista um monopólio da aplicação e desenvolvimento do direito [12].



Este movimento de pensamento jurídico deparou-se com correntes contrárias a pandectística. Estas correntes contrárias concordavam que a ciência jurídica dominante tinha isolado a aplicação do direito em relação à realidade e que ela tinha colocado o conceito ou então o direito adiante da vida, em vez de pôr o direito ao serviço dela. Fazem parte destas correntes críticas da ciência jurídica na segunda metade do século XIX dois grandes representantes: Jhering e Gierke. Rudolph von Jhering (1818-1892) amadurecido na escola de Puchta, na 1ª fase de seu trabalho, enriqueceu a dogmática com descobertas impressionantes; elogiava a arte da construção jurídica como a forma mais elevada da jurisprudência; e as duas primeiras Partes de 1852 e 1854 de *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (O espírito do direito romano nas várias fases do seu desenvolvimento) interpretaram o processo dos juristas romanos [12].

No entanto, a partir do fim dos anos cinquenta Jhering desenvolve uma posição ideológica frontalmente antagônica a doutrina da jurisprudência dos conceitos. Nesta esteira, os posteriores volumes e edições do *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (O espírito do direito romano nas várias fases do seu desenvolvimento) se preocupam cada vez mais com as condições sociológicas do direito (romano); ele foi um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do direito privado [12].

Uma geração mais tarde é a vez de Otto von Gierke (1841-1921), considerado o contrapolo de Savigny – herdeiro de uma cultura mais antiga e mais sedimentada – ou de Jhering, este muito mais consciente e realista. Após um início entusiasta dedicado ao estudo de antiguidades, Gierke logo se afasta dos interesses antiquaristas, mas não abandona as origens românticas da sua anterior formação germanística. Foi um grande opositor da pandectística, contudo, um pensador original. As descobertas históricas do seu direito das pessoas coletivas tornaram-se para ele modelos para a explicação da origem do Estado e do direito, bem como para a construção da relação entre comunidade e indivíduo [12].



Foram estas as correntes formalistas do direito, ou do denominado formalismo jurídico clássico, a seguir serão abordadas as vertentes antiformalistas do direito, suas respectivas Escolas e pensamentos jurídicos.

1.2) Antiformalistas: Escolas da livre investigação científica do direito, do direito social e do institucionalismo pluralista (FRA); Jurisprudência dos interesses e Escola do direito livre (ALE) Positivismo jurídico analítico (ING); e Realismo Jurídico (EUA).

As escolas antiformalistas surgiram no final do século XIX e início do século XX como uma reação ao formalismo jurídico da época que predominou tanto em França quanto na Alemanha, e também contou com manifestações teóricas na Inglaterra e Estados Unidos.

No caso da França, distinções teóricas dificultam considerar a Escola da Exegese como um movimento uniformizante. Essa corrente de pensamento jurídico, essencialmente formalista e heterogênea, se contrastou com a posterior escola da livre investigação científica de François Gény (1861 – 1959) que reconhecia que o juiz não desprezasse fatores sociais e econômicos ao tomar suas decisões [1].

Além da escola da livre investigação científica desenvolvida por Gény, outros dois movimentos de pensamento jurídico antiformalistas surgiram na França. São eles: A Escola do Direito Social de Georges Gurvitch (1894-1965) que representa uma abordagem sociológica do direito e o denominado Institucionalismo Pluralista no Direito que entende o fenômeno jurídico não como um monopólio do Estado (monismo estatal), mas sim como um conjunto de normas produzidas por diversas instituições sociais, representado por Maurice Hauriou (1856-1929).

Neste sentido, Lucas Fucci Amato arremata:

Essas três tendências – a livre investigação científica do direito, o direito social e o institucionalismo pluralista – não se harmonizavam plenamente entre si, mas tinham em comum o combate ao conjunto de concepções



formalistas anteriores paradigmaticamente representadas pelos civilistas da dita “escola de exegese”. O rótulo de “direito social” (GURVITCH, 1932) pode servir para reuni-las, dada a influência do pensamento historicista e sociológico sobre essas diversas escolas e sobre sua denúncia do pensamento jurídico liberal abstrato e geometrizar, centrado em um sujeito racional e na racionalidade formal das regras sistematizadas. Fórmulas correntes dessa denúncia incluíam a “socialização do direito”, a publicização do direito”, “a revolta dos fatos contra os códigos” e a superação do individualismo privatista pela nova vida econômica, a “dissolução do princípio da autonomia individual”, o “conflito entre lei e realidade” ou a “decadência do voluntarismo jurídico” encarnado nas fontes formais da lei e do contrato. [1]

Já na Alemanha, o fenômeno antiformalista foi desempenhado pela escola da Jurisprudência dos Interesses. Esta corrente doutrinária do final do século XIX foi criada pelo germanista Philipp Heck (1858-1943), sob a influência de Jhering, e se contrapôs às ideias dos autores representantes do movimento anterior da Jurisprudência dos Conceitos.

Em relação a essa escola de interpretação e aplicação jurídica expõe Franz Wieacker:

A jurisprudência dos interesses, na sua versão clássica de Heck, parte do fato de que a ordem jurídica legal é geralmente lacunar. Assim, o juiz não pode obter a solução correta dos casos apenas através da subsunção em relação a um preceito legal. No entanto, ele não a obtém através duma dedução lógica a partir do sistema e dos conceitos, como fazia a jurisprudência dos conceitos através do método da inversão criticado com todo o vigor pela jurisprudência dos interesses, nomeadamente enquanto deduzia de operações lógicas os juízos da sociedade sobre a justiça, numa inversão do método real de achamento da solução jurídica pelos juizes. A jurisprudência dos interesses considera este processo uma substituição das categorias da justiça social pela justiça lógica; ele não conduziria a decisões justas senão por acaso. (...)

O método de achamento da solução jurídica proposto em vez deste pela jurisprudência dos interesses baseia-se no pressuposto de que cada norma legal constitui uma máxima do legislador para a solução do conflito de interesses por ele surpreendido e tido em vista. Assim, a cada norma legal subjazeria um ato de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorações possíveis dos interesses opostos das partes em conflito. [12]

A jurisprudência dos interesses é uma técnica da aplicação da lei, não da criação judicial do direito. O juiz tem que seguir, a escolha dos interesses feita pelo legislador, mesmo quando no caso concreto, o interesse protegido lhe parecer menos digno de tutela que o interesse contrário. Na prática, a jurisprudência dos interesses, adquiriu um



elevado valor prático e um largo reconhecimento no plano científico e no plano da prática. A própria escola não se concebe como um saber da filosofia, mas como orientação na arte prática do achamento da solução jurídica [12].

Também na Alemanha, praticamente no mesmo período, em reação à corrente da Jurisprudência dos Conceitos, tal qual o movimento da Jurisprudência dos Interesses, surge a Escola do Direito Livre proclamada pelo jurista Ernst Fuchs (1859-1929) e pelo grande historiador do direito Kantorowicz (1877-1940), sob o pseudônimo *Gnaeus Flavius* e apoiado pelo sociólogo Ehrlich (1862-1922) e pelo historiador da dogmática Stampe (1856-1942) [12].

#### Segundo Franz Wieacker a Escola do Direito Livre:

(...) constituiu uma reação a um tempo contra o positivismo legal e contra a jurisprudência conceitual do positivismo científico. (...) A Escola Livre opôs ao positivismo – que nega ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, ao remetê-lo para uma tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos – que a decisão judicial se baseava não em processos intelectuais mas em processos intuitivos, sobretudo assentes nos sentimentos do juiz. Ela tirou daqui a conclusão de que o juiz está legitimado e mesmo obrigado a desviar-se da lei sempre que considerar injusta ou inadequada a sua aplicação a um dado caso. [12]

Dois importantes juristas ingleses, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859) podem ser considerados como grandes críticos do formalismo jurídico na Inglaterra. O primeiro deles Jeremy Bentham além de jurista, também é reputado como um dos grandes filósofos do final do século XVIII e início do séc. XIX. Bentham juntamente com John Stuart Mill são os difusores do utilitarismo, teoria que defende que a melhor ação é aquela que maximiza o prazer do maior número de pessoas reduzindo ao máximo o sofrimento; ele também foi fundamental para o positivismo jurídico – para alguns o seu precursor – defendendo a distinção teórica entre direito e moral, e o direito como comando de um soberano.

A teoria do direito de Bentham propugnava a separação de dois ramos característicos: o primeiro expositivo e o segundo censural (censório, relativo a censor



ou a censura), ou a arte da legislação. Para o domínio do Expositor cabe explicar-nos o que o Direito é: para o Censor observar o que ele pensa que o Direito deveria ser. Assim, atribuiu à teoria do direito denominada expositiva, o aspecto autoritativo (autorizado), quando o produto era do próprio legislador, e não autorizada, quando o trabalho era de qualquer outra pessoa [4].

Jeremy Bentham na esteira de Hobbes, Beccaria e outros se aprofundará, já em uma concepção positivista radical, em buscar livrar o estudo do direito de qualquer resíduo jusnaturalista. Ele foi um crítico do formalismo jurídico; embora, fosse aluno de William Blackstone (1723-1780) – jurista conservador –, que sustentava a ideia de uma teoria do direito como conservatório de tradições e como sistematização de conceitos abstratos (como o de propriedade). Contudo, contra o formalismo de seu mestre e o jusracionalismo explícito dos direitos naturais proclamados na Declaração de Independência americana, de 1776, e na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Bentham levantou a crítica de que direitos naturais: *“Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, - nonsense upon stilt”* [10] e construiu sua proposta de uma ciência da legislação fundada não no absolutismo individual, mas na maximização da utilidade no interesse de toda a comunidade [1].

O segundo jurista inglês partidário do antiformalismo no século XIX e expoente do positivismo jurídico foi John Austin (1790-1859). Sua principal obra foi *The Province of Jurisprudence Determined* de 1832. Austin é considerado o fundador da escola analítica do direito (positivismo analítico) e defendia a separação do direito da moral, e o direito como um comando do soberano apoiado em uma sanção.

Cumprе ressaltar, que a escola analítica, fundada no trabalho de John Austin assumiu as principais características das ideias de Jeremy Bentham. A teoria de Austin era caracterizada pela análise lógica de conceitos jurídicos universais, por uma distinção entre direito e moral, e pela definição do direito como o comando de um soberano.



Austin era amigo e admirador de Bentham, mas é hoje aceito que sua teoria do direito, comparada com a de Bentham era mais restrita. Austin tomou de Bentham certos elementos essenciais: a distinção entre o direito como ele é e como ele deveria ser; a concepção do direito como um comando; e a noção de soberania política que se baseava no hábito da obediência. Wilfrid E. Rumble, acadêmico especializado neste jurista, aponta que Austin discordou de Bentham em vários assuntos, tal qual: o uso de recompensa como sanção; a necessidade de legislação judicial; e o uso do estudo do direito romano; mas conclui que Austin possuía uma dívida intelectual a Bentham maior do que para qualquer outra pessoa [10].

Na escola analítica de Austin, sua concepção positivista do direito refere-se a uma ciência formal, que busca conferir racionalidade à análise do direito sem avaliá-lo em seu conteúdo. O positivismo jurídico analítico é um projeto contrastante, com aquele do formalismo jurídico clássico, que forjara ferramentas conceituais para a determinação plena do conteúdo do direito no processo de interpretação-aplicação das normas postas. A partir de Austin, o positivismo jurídico se comprometerá com o “formalismo” em um sentido um tanto diferente: não se trata do formalismo necessariamente como concepção de certeza na interpretação [1].

Em relação à crítica ao formalismo jurídico feita por Bentham e Austin (positivistas analíticos) no contexto inglês, que atinge também o sistema de *commom law*, bem como, por outro lado, a contracritica ao positivismo analítico, realizada pelos adeptos do mesmo formalismo jurídico e defesa do modelo de direito anglo-saxão, porém nos Estados Unidos, convém reproduzir os excertos de Lucas Fucci Amato:

(...) as figuras de Bentham e Austin mostram a especificidade da revolta contra o formalismo jurídico no contexto britânico. Em vez de apontarem a indeterminação do direito pela insuficiência das regras enquanto parâmetros para a orientação e justificação das decisões das autoridades, evocando então juízos mais flexíveis de interesses e valores, esses positivistas ingleses cravaram justamente uma crítica ao *commom law* por seu resquício racionalista fundado em abstrações metafísicas (como a figura dos direitos naturais traduzidos em direitos subjetivos) e, sobretudo, pela confusão e inconsistência enquanto direito baseado no costume jurisprudencial. Em



lugar disso, os positivistas buscavam a certeza formal atribuída às codificações que vinham se processando na Europa continental. Na prática, atuando sobre um direito que consideravam arbitrário – apesar de este se apresentar retoricamente como acervo de tradições e costumes formalizados e purificados pela prudência judicial –, os positivistas ingleses buscaram fundar uma ciência do direito que providenciasse certeza para os juízos, clareza e determinação para os conceitos.

(...) Nos Estados Unidos, os adeptos do formalismo jurídico não deixaram de criticar o positivismo analítico, com sua redução do direito às proclamações do legislador soberano, e defenderam a racionalidade do *common law* de base jurisdicional. Se o direito não haveria de ser reduzido às proclamações expressas do Legislativo (um “conjunto de comandos”), mas se compunha também e sobretudo de um direito tácito (“um corpo de princípios gerais”), os dados essenciais da legalidade – generalidade, isonomia, universalidade, continuidade, regularidade, previsibilidade – estariam especialmente garantidos pela vinculação aos precedentes. [1]

Por fim, insta mencionar a última corrente doutrinária antiformalista: trata-se do realismo jurídico, movimento do início do século XX, que nos Estados Unidos e também nos países escandinavos, cada qual a sua maneira, propõe que o Direito não é um conjunto de normas, mas sim o que os tribunais e juízes decidem na prática.

O realismo jurídico faz parte de uma concepção do Direito que rechaça a jurisprudência mecanicista, como a da escola de exegese, por exemplo; também é cética em relação as normas e conceitos jurídicos, portanto, oposta ao formalismo jurídico. O realismo jurídico de cunho antimetafísico, procura construir uma ciência empírica do direito, elegendo as decisões judiciais, como os fatos que servem de base para as afirmações científicas. Daí dizer-se que o realismo jurídico busca o Direito real, que é aquele adotado pelos tribunais, ao decidir o caso concreto [9].

Há duas orientações desse movimento conforme dito acima, a primeira com origem nos Estados Unidos, na década de 1920, cujos representantes Karl M. Llewellyn (1893-1962) e Jerome Frank (1889-1957) influenciados por John C. Gray e por Oliver Wendell Holmes, concebem o Direito real como aquele constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelos tribunais. A realidade jurídica se funda na conduta efetiva dos magistrados. No caso norte-americano o realismo jurídico sofreu influência de duas correntes doutrinárias: 1) a *analytical jurisprudence*, que pretende a sistematização e



classificação das decisões judiciais; e 2) a *sociological jurisprudence*, que entende ser tarefa da doutrina a consideração social do Direito, a partir da análise dos efeitos das decisões judiciais (Roscoe Pound) [9].

A outra vertente do realismo jurídico é a do realismo escandinavo, também da década de 1920 (1916), que surgiu na Escola de Uppsala na Suécia, e teve como precursor Axel Anders Theodor Hägerström (1868-1939), seguido pelos seus discípulos Vilhelm Lundstedt (1882-1955) e Karl Olivecrona (1897-1980) (suecos) e Alf Ross (1899-1979) (dinamarquês). Esta vertente também adota de uma atitude empírica em relação ao Direito e antimetafísica, diferencia-se da anterior pelo fato de ser mais especulativa e menos psicologizante. Com efeito, as duas variantes tiveram inspirações filosóficas distintas em razão do surgimento em meio a sistemas jurídicos diferentes: na hipótese norte-americana no *common law* e nesta última em um país com o direito codificado [9].

Convém ressaltar, a reflexão emitida por Lucas Fucci Amato em relação ao realismo e à posição realista, bem como, eventual crítica ao formalismo:

(...) Em que consiste, então, a posição “realista”? Não em um ataque ao positivismo, mas sim à sua variante formalista, vista como resquício “metafísico” de jusnaturalismo que marcava os discursos sobre direitos, ainda que esses discursos se pautassem pelo direito positivo.

Por um lado, o formalismo comungava com o direito natural moderno do pressuposto racionalista de uma ordem de direitos, deveres e obrigações, ou responsabilidades e poderes, vocabulário compartilhado entre o direito e a moral. Ao procurar definir em termos estritamente jurídicos os direitos, deveres conceitos e posições correlatos, os realistas davam seguimentos à crítica do positivismo analítico de Bentham e Austin contra o formalismo.

Por outro lado, o formalismo jurídico clássico implicava o pressuposto de que emanariam das fontes autoritativas do direito normas formalizadas como regras com clara hipótese de incidência e bem definidas consequências devidas. Assim, afinal, estaria purificadas de maiores controvérsias políticas ou morais a justificação decisória do discurso dogmático-jurídico – no ensino e nos manuais de direito, assim como na interpretação expressa em sentenças e pareceres. [1]

De todo o exposto, verifica-se que o principal foco das várias teorias apresentadas nesta seção foi o embate estabelecido contra o formalismo jurídico



dominante no século XIX, e não em desfavor do positivismo jurídico como possa vir a ser entendido. A distinção entre formalismo e positivismo às vezes não parece ser tão clara, e por isso esses temas serão abordados a seguir no próximo capítulo.

## 2) Positivismo jurídico e formalismo jurídico

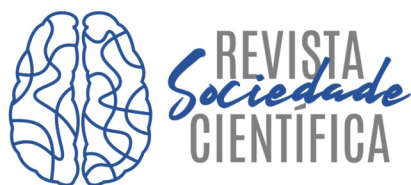
### 2.1) Positivismo jurídico

São inúmeras as obras destinadas a descrever o fenômeno do positivismo jurídico, assim como são inúmeros os autores pesquisadores ao redor do mundo. Não obstante, também existem várias perspectivas na análise deste objeto de estudo. Lamentavelmente, em que pese ser esse um dos temas mais importantes no estudo do direito atual, não será possível aqui examinar todos os pontos relevantes e abordagens desta corrente de teoria do direito.

Inicialmente, cumpre mencionar que a expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, ainda que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas naquele sentido; fato é que em sua origem (início do século XIX) o positivismo jurídico, nada tem a ver com o positivismo filosófico, tanto que o positivismo jurídico surge na Alemanha, e o segundo surge em França [6].

O termo positivo têm o sentido de objetivo, dado, posto ou real. No âmbito do Direito, o positivismo está relacionado à compreensão do Direito como um fenômeno social objetivo. A partir de uma análise histórica, três são as grandes correntes de pensamento jurídico: o jusnaturalismo clássico (período clássico), jusnaturalismo moderno (período moderno), e positivismo (período contemporâneo). Deveras, o positivismo foi construído em oposição ao jusnaturalismo, contudo, em termos cronológicos, observa-se que o positivismo opõe-se efetivamente ao jusnaturalismo clássico e de certo modo representa uma continuidade do jusnaturalismo moderno [2].

Lênio Streck em seu Dicionário de Hermenêutica ao tratar do verbete “positivismo jurídico” lembra os diversos positivismos que foram se forjando desde o



século XIX. O juspositivismo clássico, por exemplo, refere-se a um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada (movimento que na Europa: em França, Alemanha e Inglaterra desenvolveu-se cada qual a seu modo). Ademais, que o positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos. Não obstante, além de discorrer sobre a genealogia, isto é, as origens do positivismo jurídico, expõe também o desenvolvimento do positivismo antes de Kelsen e Hart, considerados positivistas jurídicos pós-exegéticos. Do mesmo modo, comenta as formas: exclusiva (separação entre direito e moral) de Joseph Raz e inclusiva (incorporacionista) do positivismo jurídico, esta última do jusfilósofo canadense Wilfrid J. Waluchow [11].

Sob outra perspectiva, Luis F. Barzotto<sup>2</sup> propõe o estudo do positivismo jurídico, nos termos da abordagem de Uberto Scarpelli (Escola analítica italiana de filosofia do direito) considerando a questão central da filosofia do direito, que envolve a determinação do conceito de direito. Barzotto assinala que o positivismo surge com o Estado Liberal, ou seja, motivado pelo mesmo ideal que levou à construção do Estado Liberal: o ideal da segurança. O conceito do direito que realiza esse anseio por segurança, será um conceito autônomo, isto é, autônomo em relação à moral e a política, vale dizer, o direito como sistema normativo. Nesta teoria a característica de direito como sistema normativo apoia-se em um critério que permite determinar a pertinência ou não de uma norma ao sistema, qualificando-a como jurídica, trata-se do critério de validade; norma jurídica é a norma válida, que faz parte do ordenamento jurídico. Desse modo, o direito regula sua própria produção; norma válida será aquela produzida em conformidade com o ordenamento. Por conseguinte, fonte do direito só pode ser o direito (Kelsen). Assim sendo, isola-se o fenômeno jurídico da moral (justiça, valores) e da política (eficácia, poder) [3].

---

<sup>2</sup> Acrescente-se que Barzotto nesta obra desenvolve suas ideias buscando estabelecer o conceito de direito do positivismo jurídico, a partir das interpretações de três grandes autores positivistas: Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross.



Para o teórico do tema Dimitri Dimoulis, o positivismo jurídico é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, e se faz necessário apontar os critérios de sua definição. Ademais, surgem várias maneiras de definir o positivismo jurídico. A classificação do autor se baseia em três critérios, que desloca-se de uma aceção mais ampla às mais específicas. Sendo assim, tem-se: i) o positivismo jurídico *lato sensu*, distinguindo-o do jusnaturalismo; ii) o positivismo jurídico *stricto sensu* diferenciando-o do moralismo jurídico que pertence ao positivismo jurídico *lato sensu*; e iii) as abordagens específicas no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu* [8].

O positivismo jurídico *lato sensu* (i) ocupa-se em determinar as ideias monistas e dualistas do direito. À vista disso, o positivismo jurídico é uma teoria monista sobre o direito (um único direito: o direito positivo), distanciando-se do dualismo jurídico que admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos (exclusão do direito natural da definição do direito) [8].

Na abordagem do positivismo jurídico *stricto sensu* (ii) verifica-se a questão em torno do juspositivismo e do jusmoralismo. O positivismo jurídico *stricto sensu* compreende parte da teoria que dispõe a respeito da validade e a interpretação do direito, utilizando como critério básico sua diferença do moralismo jurídico (juspositivismo e jusmoralismo aderem a tese social - dos fatos sociais – do positivismo jurídico). O positivismo jurídico *stricto sensu* adota uma tese contrária à jusmoralista: considera a separação plena entre direito e moral. Essa tese, junto à da separação entre direito e política, permite oferecer uma definição do positivismo jurídico *stricto sensu* de forma unitária [8].

Uma terceira forma de definição do positivismo jurídico, consiste em classificar as abordagens específicas no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu* (iii). A partir de 1980, começa o debate entre duas correntes do positivismo jurídico *stricto sensu*, são elas: o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. O positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*) propugna que a moral não pode se utilizada em nenhuma



hipótese como critério de identificação do direito positivo, tanto em relação à validade quanto à interpretação jurídica. Por outro lado, o positivismo jurídico inclusivo (*soft positivism*) considera que os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito. Contudo, em certas sociedades pode haver uma convenção social que considere a moral na determinação de validade e interpretação de normas jurídicas, isto é, a existência de sistemas jurídicos que adotam “critérios de juridicidade de cunho moral” [8].

Ainda para o mesmo autor, outras abordagens de teoria do direito que aceitam elementos da definição do positivismo jurídico *stricto sensu*, e podem ser incluídas no agrupamento positivista, apesar de seus representantes não se denominarem “positivistas” nomeadamente são: a Jurisprudências dos interesses; o Realismo jurídico norte-americano; a Teoria autopoiética e o Pragmatismo jurídico-político [8].

Consoante aventado anteriormente, revisitados os pressupostos históricos e as relações entre direito natural e direito positivo, verifica-se que até o final do século XVIII o direito foi definido individualizando-se justamente estas duas espécies de direito, o natural e o positivo. No entanto, eles não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou qualificação, sua diferença refere-se apenas ao seu grau (ou gradação), isto é, uma espécie de direito é considerada superior à outra, por serem postas em planos diferentes. Desse modo, esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação: direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo [6].

Da análise supra decorre a definição em certa medida de positivismo jurídico desenvolvida por Norberto Bobbio:

(...) o positivismo jurídico é uma concepção do direito nasce quando “direito positivo” e direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é o direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um



pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. [6]

Assim, pode-se verificar de modo amplo o contexto histórico de surgimento do positivismo jurídico, algumas definições de conceito e reflexões acerca de abordagens doutrinárias deste importante movimento jurídico que desempenha papel fundamental na teoria do direito contemporâneo. Desta maneira, embora permaneça como uma das correntes mais influentes da teoria do direito, o positivismo jurídico deve ser compreendido de forma contextualizada e dialógica com outras perspectivas, como a questão relativa ao formalismo jurídico que será tratada imediatamente na seção seguinte.

## 2.2) Formalismo jurídico

Os comentários em torno do formalismo jurídico inevitavelmente se fazem de modo crítico, em razão do foco excessivo no seu caráter formal e estrutural. Sem adentrar no mérito se as críticas são pertinentes ou não, fato é que se torna imprescindível uma análise mais diligente ao tratar do tema. O formalismo jurídico é um termo polissêmico e possui mais de um significado. Segundo Norberto Bobbio, formalismo jurídico possui ao menos quatro concepções diferentes que serão abordadas a seguir.

Na primeira acepção formalismo jurídico é relacionado à teoria da justiça. De acordo com a teoria da justiça, ato justo é aquele conforme a lei e injusto o que é diferente dela, também entendido como formalismo ético. Para a teoria formalista da ética, juízo ético é o juízo que revela a conformidade de um ato com a norma: bom, o ato realizado para fazer cumprir a lei e mau o ato para transgredi-la. Ainda, aqui o formalismo jurídico coincide com a concepção legalista da justiça. Embora, deva-se fazer a distinção entre juízo de legalidade e juízo sobre a justiça ou a injustiça das ações, que não representam a mesma coisa. Essa concepção da justiça chama-se formal, pois



de acordo com ela, ação justa compreende o cumprimento de um dever, sem cogitar da natureza ou o fim deste dever [5].

Em sua segunda significação formalismo jurídico é tido como uma teoria particular do direito. Teoria esta sob a ótica jurídica, isto é, distinta da moral, do costume, da economia, etc. Deste modo, enquanto a teoria da justiça acima, se preocupa em propalar como o direito deveria ser, esta teoria do direito se ocupa em descrever como o direito é. Usualmente as teorias formalistas apresentam o direito como uma forma constante ao lado de seu correlativo conteúdo de caráter variável. Contudo, habitualmente a maior parte das teorias em algum momento realçam o aspecto constante (forma) de sua ideia, denotando-se assim, que ao fim e ao cabo toda teoria neste ponto em questão é reputada formal. Essas não são consideradas estritamente teorias do direito como forma. Teorias do direito como forma versam unicamente no aspecto formal para a construção de seu discurso, enquanto as teorias formais do direito, põe em relevo as propriedades constantes (formais) da proposição sem abandonar seu conteúdo variável. Como exemplo da teoria do direito como forma, não há como não apontar a semelhança desta doutrina jurídica com a teoria pura do direito de Kelsen. Já que o referido autor estabelece a coação como elemento constitutivo do direito e o ordenamento como ordenamento coercivo. Desse modo, o que caracteriza o direito não está nesta ou naquela matéria de regulamentação, mas a forma de regulamentação, mediante o poder coativo [5].

Outrossim, entre as teorias que procuram captar o elemento característico do direito como forma, revela-se a corrente do normativismo. O normativismo defende que um fato é jurídico tomado em consideração a uma norma jurídica. Todavia, a teoria do direito como forma e o normativismo não coincidem. A primeira é uma teoria geral do direito (qual a natureza do direito); o segundo é um modo de considerar os fenômenos jurídicos, um ponto de vista sobre a atividade jurídica, *in casu*, o *sub specie legis* (sob o aspecto da lei) [5].



A terceira concepção de formalismo jurídico, na esteira do anteriormente exposto, direito como forma, refere-se a uma aceção da ciência jurídica como ciência formal (formalismo científico). Porém, aqui não se trata de ciência jurídica como ciência formal, em sentido estrito, ou seja, reputar a ciência jurídica como ciência formal tal qual a matemática e a lógica, que estudam sistemas abstratos e lógicos em contraposição às ciências empíricas, como a física e a biologia, que investigam fatos reais, por meio de observação e experimentação. Busca-se ter em conta a ciência formal em sentido amplo como forma de saber, que não tem por objeto fatos do mundo físico, mas qualificação normativa de fatos, em direção à construção de um sistema. Em certa medida, expressa-se uma afinidade entre o formalismo da ciência jurídica e normativismo. Na base da concepção formal da ciência jurídica está a do direito (própria da teoria normativa) como conjunto de qualificações normativas de comportamentos. Nada obstante, há pesquisas ditas formais não necessariamente comprometidas com a teoria normativa [5].

Em outro ponto importante, é forçoso fazer-se a distinção das pesquisas estruturais daquelas de lógica jurídica (formais). Lógica jurídica em sentido estrito, consiste em pesquisas sobre a estrutura das proposições normativas e sobre o raciocínio jurídico. A lógica jurídica mesmo sendo chamada de ciência formal, da mesma maneira que a lógica, não cairá em nenhum significado do formalismo até aqui apresentados. A lógica jurídica é um ramo do estudo do direito, mas não deve ser confundida com nenhuma concepção formalista de direito, pois o estudo da lógica jurídica não envolve uma concepção geral do direito como forma sem conteúdo [5].

Por fim, o quarto significado, talvez o mais conhecido, diz respeito à interpretação jurídica. Os traços desta teoria formalista são tirados ora do método adotado para interpretar e aplicar a lei, ora da função atribuída ao intérprete, ora de ambos. Em relação ao método, é considerada formalista, por exemplo, a prevalência dada à interpretação lógica e sistemática sobre a interpretação histórica e teleológica. (como visto a princípio na controvérsia entre jurisprudência conceitual e jurisprudência



dos interesses) Em relação à função, é tida formalista toda doutrina que atribui ao juiz apenas o poder declarativo da lei vigente, sem o poder de criar o direito novo (exposto na seção anterior, p. ex., nas disputas entre os seguidores do método tradicional e a escola do direito livre) [5].

É preciso delinear os fins que se pretende alcançar para se proceder à escolha do método, tanto que não há em absoluto um método bom e um ruim. Uma vez escolhido determinado fim em razão de seu valor, a disputa não é mais metodológica, mas ideológica. Conforme adverte Norberto Bobbio, formalismo e antiformalismo, não tem um valor ou um desvalor em si mesmos, seu valor ou desvalor dependem da ideologia à qual servem [5].

Desse modo, a análise de literatura realizada neste capítulo procurou demonstrar alguns aspectos do positivismo jurídico e também acepções do formalismo jurídico que permitam exprimir as bases do juspositivismo e em quais sentidos o formalismo pode ser empregado, já que na próxima seção se pretenderá relacionar esses conceitos ao abordar o positivismo jurídico de Hans Kelsen, e o eventual caráter formalista do autor e de sua teoria.

### 3) O positivismo jurídico de Hans Kelsen

O positivismo de Hans Kelsen (1881-1973) é denominado de positivismo analítico normativista; analítico por focar na análise da linguagem jurídica e na lógica, e normativista ao conceber o direito como um sistema hierárquico (estrutura escalonada) de normas jurídicas. Os conceitos-chave e as ideias a respeito de sua teoria geral do direito encontram-se na obra *Teoria Pura do Direito* (1ª edição – 1934) que propõe uma abordagem positivista e científica em que visa eliminar elementos alheios ao Direito, como a política, sociologia e a ética.

Historicamente, tanto Kelsen quanto H. L. Hart (1907-1992) – outro importante expoente do positivismo jurídico (corrente do positivismo analítico hermenêutico) –,



retomaram o projeto positivista analítico do século XIX (Austin) que propunha uma teoria geral do direito focada em conceitos-chave e purificada de controvérsias normativas e de pesquisas empíricas. Ademais, Kelsen baseia-se fortemente na filosofia do conhecimento kantiana e busca adaptá-la para o campo jurídico. Ao lado da filosofia kantiana, ele também foi parcialmente influenciado pela filosofia da linguagem do “positivismo lógico” do Círculo de Viena (década de 1920). Desse modo, Kelsen se preocupava com as proposições jurídicas como construções da ciência do direito a partir dos textos normativos, e na conceituação das normas, que descritas por proposições científico-jurídicas são o elemento formal/analítico em que se decompõe o direito [1].

Ao contrário dos sociólogos, que pretendiam uma ciência da sociedade (sociologia), os teóricos positivistas do direito consideraram que o dado “positivo” ou “empírico” relevante para sua “ciência” seriam as normas postas, ou melhor, a validade das normas. Desta maneira, não caberia avaliar o conteúdo delas ou verificar seus efeitos, pois, essas considerações tocariam a doutrina ou dogmática jurídica, mas não a teoria geral do direito. Em virtude da opção da norma jurídica como seu objeto de estudo e as proposições descritivas das normas como produto da ciência do direito, os positivistas adotaram uma postura normativista entre os defensores desta tese [1].

O positivismo jurídico consolidou-se no século XX, a partir das obras de Kelsen e Hart. Em relação ao positivismo analítico, para Lucas F. Amato, são concepções desta vertente as seguintes:

(1) explicações do direito a partir da norma posta pelo Estado (e não de indagações metafísicas sobre a justiça ou a moralidade; daí o “positivismo”); tal estudo deveria centrar-se em descrever como o direito é, distinguindo tal juízo de conhecimento (pura descrição das normas válidas) da avaliação moral-política de como o direito deveria ser; de Austin a Kelsen e Hart, o positivismo é uma teoria geral do direito (para todos seus ramos e para todos os Estados), mas focaliza um caso especial de ordem jurídica: a ordem estatal (nacional, sendo que os autores do século XX passam a se preocupar também como o direito internacional, concebido como ordem interestatal);

(2) explicações estas preocupadas com a lógica e a definição dos conceitos e termos da linguagem jurídica (daí “analítico”), e não com a explicação



histórica, econômica, política ou sociológica das origens, usos ou práticas do direito. [1]

Segundo a lembrança de Lucas F. Amato, o positivismo jurídico de H. L. A. Hart indica um conjunto de teses, das quais Kelsen aceitaria estas:

(i) “que não existe uma conexão necessária entre o direito e a moral, ou entre o direito como é e o direito como devia ser”; (ii) “que análise ou o estudo dos significados dos conceitos jurídicos” é distinta (embora não hostil) “das pesquisas históricas, das pesquisas sociológicas e da apreciação crítica do direito em termos de moral, finalidades sociais, funções etc”; (iii) “que os juízos morais não podem determinar-se, como podem as afirmações de fato, por meio de argumento racional, demonstração ou prova (‘não cognitivismo na ética’). [1]

E continua Lucas F. Amato ao traçar um paralelo com outros pensadores e filósofos do direito no que se refere a alguns pontos sensíveis das teses expostas acima:

“Bentham e Austin não concordariam com o último ponto (item iii). E nenhum jurista analítico – nem Bentham nem Austin, nem Kelsen nem Hart – concordaria com a tese que lhes é frequente, mas erroneamente atribuída,” de que um sistema jurídico é um ‘sistema lógico fechado’ em que as decisões corretas só podem deduzir-se das regras jurídicas predeterminadas por meio de meios lógicos. (...) essa tese é formalista, e não positivista – embora o formalismo jurídico clássico possa ser visto como uma primeira manifestação teórica do fenômeno da positivação do direito e, nessa medida, como um “protopositivismo”, anterior à delimitação da tradição do positivismo analítico (grifo nosso). [1]

Apesar de ser considerado um positivista radical, Kelsen não pode ser considerado um formalista jurídico em sentido clássico. Em que pese as aproximações entre o positivismo e o formalismo jurídico já apontadas, Kelsen somente retoma ao formalismo jurídico clássico ao reformular suas pretensões. Isto se dá na separação entre doutrina e teoria do direito. Segundo Amato [1], ao comentar Raffaele de Giorgi, “Kelsen conclui o projeto oitocentista da ‘jurisprudência dos conceitos’, dando agora uma base epistemológica consistente para o entendimento do direito como um sistema abstrato autônomo, um conjunto integrado e estruturado de normas (...)”.

Nesta senda, conforme Lucas F. Amato, no que diz respeito ao formalismo analítico de Kelsen, observa-se:



(...) o formalismo “analítico” de Kelsen é definido por um critério contrafático por um postulado epistemológico da teoria, e não um atributo de seu objeto, do direito em si mesmo. A teoria constrói o direito como objeto de conhecimento; e esse direito “construído” é analiticamente reduzido a uma estrutura unitária de normas superiores e inferiores; o direito, instrumento de pacificação social pela coação, é reduzido analiticamente a uma ordem escalonada de normas válidas. Interpretações são guiadas por fatores extrajurídicos, e decisões tomadas por autoridades competentes podem inclusive adotar interpretações ruins, mas passíveis de serem reconhecidas e validadas como direito; por exemplo, por meio de uma decisão judicial irreversível. [1]

E, prossegue Amato no exame do direito construído pela teoria de Kelsen, da prática de aplicação do direito e da efetiva ruptura com o formalismo jurídico clássico:

Fixa-se assim um hiato entre dois polos bem marcados: de um lado, o direito analiticamente construído pela teoria, teoria esta cujo interesse prático está apenas na metodologia para a identificação da validade jurídica; de outro lado, a prática jurídica efetiva de aplicação do direito, o discurso dogmático, dos doutrinadores ou das autoridades, com seus critérios prescritivos voltados para orientar, criticar e justificar a correta interpretação do direito. Essa cisão marca a ruptura de Kelsen com o formalismo jurídico clássico, o qual ele reiteradamente critica, em seus diversos conceitos e explicações, sob o rótulo de “teoria tradicional”. A teoria geral do direito apresentada por Kelsen acaba por propor uma ciência do direito pura e descritiva – isto é, purificada de controvérsias normativas e empíricas –, que se afasta, assim, da dogmática jurídica impura e prescritiva (legislativas, judiciais, administrativas) específicas. [1]

No entanto, do formalismo clássico, Hans Kelsen mantém a forma de uma estrutura silogística, por exemplo, mas, isso não significa tratá-lo como definição da compatibilidade de conteúdo entre regras formais; o jurista austríaco rechaça o formalismo jurídico clássico expresso na certeza no processo interpretativo, ou seja, por meio de uma operação cognitiva e técnica se obter o único sentido exato da norma, como pretendiam os formalistas. Com efeito, o método de Kelsen é formalista, mas esse mesmo método revela que seu objeto, o direito, não é plenamente determinado pelas relações (formais) de validade. No processo de tomada de decisão, o intérprete não faz apenas um juízo de conhecimento, mas pratica escolhas, juízos de valor; todavia, à ciência do direito só caberia determinar a validade da decisão, independentemente de seu conteúdo [1].



Quanto às pretensões de Kelsen em relação à sua própria teoria do direito Lucas F. Amato estabelece:

Kelsen não quer, portanto, entender o direito como prática de avaliação, justificação e crítica de condutas e decisões (razão prática). Sua teoria do direito visa descrevê-lo como um fenômeno definido objetivamente (isto é, construído pela teoria) como uma estrutura escalonada de normas válidas e visa, sobretudo, discernir os pressupostos formais (racionais, logicamente anteriores à empiria) desses conceitos de direito.

A descrição formal de ordem jurídica como estrutura escalonada (*Stufenbau*) de validação das normas inferiores por normas superiores – como sugerido a Kelsen por Merkl – acaba, porém, com a certeza substantiva que os racionalistas (primeiro os jusnaturalistas, depois os formalistas) pretendiam encontrar. Desdenhando dessa certeza como conducente a um “sistema estático” (cujo conteúdo das normas inferiores teria que ser a dedução exata da substância das normas superiores), Kelsen acabou por reconhecer a distância entre a descrição científica do direito (pela “teoria pura”) e a prática argumentativa e dogmática, entre o ato de conhecimento e o ato de vontade; enfim, concedeu que a decisão autorizada pelo direito pode de fato transbordar a moldura de interpretações da norma produzidas pela descrição teórica. O racionalismo e formalismo da teoria positivista se descompromete, em Kelsen, da racionalidade da decisão e de sua justificação (descasando-se, assim, do formalismo jurídico). Trata-se de uma concepção formalista no sentido filosófico da crítica kantiana, mas não no estrito sentido da tradição jurídica. [1]

Tal concepção formalista na filosofia crítica de Immanuel Kant refere-se à ideia de que o conhecimento é estruturado por formas a priori (anteriores à experiência) próprias do sujeito cognoscente, e não pelos conteúdos empíricos do mundo exterior; foca na “forma” (estrutura) em detrimento da “matéria” (conteúdo). Já o formalismo no sentido da tradição jurídica consiste na aplicação estrita da lei escrita, lógica dedutiva na interpretação e aplicação da lei.

Por fim, insta esclarecer, que vários elementos e categorias da teoria do direito do positivismo jurídico de Kelsen não foram desenvolvidos como: o caráter estático e dinâmico jurídicos, a noção de norma jurídica, os conceitos de coação e sanção, além dos de validade e existência, ordenamento entre outros, não em razão da prescindibilidade, mas em virtude do recorte específico do objeto e o enfoque da



pesquisa priorizar perspectivas outras na compreensão e resolução de problemas, e no processo de construção de conhecimento.

#### 4. **Considerações finais**

Neste trabalho abordamos as doutrinas das correntes formalistas e antiformalistas do direito (essas como movimento crítico contrário àquelas); além de diretrizes do positivismo jurídico e concepções do formalismo jurídico respectivamente. A teoria do positivismo jurídico de Hans Kelsen foi tratada de maneira restrita com foco no aspecto formal da obra do autor. Ao versar sobre o tema de um eventual caráter formalista de Kelsen e de sua teoria foi necessário estabelecer as relações do pensamento positivista e das significações efetivas de formalismo jurídico, conceitos que se conectam, mas que não podem ser confundidos.

Deste modo, diante da indagação empreendida que aventava a hipótese de se considerar Hans Kelsen um formalista jurídico no sentido clássico, e a partir da qual se objetivava o aprimoramento do discurso jurídico evitando distorções na exposição de conteúdo, concluímos nos termos subsequentes.

O formalismo jurídico clássico observado nas correntes formalistas do direito, eram fundados na autoridade do legislador e na certeza das regras a serem interpretadas pelo aplicador do direito posto; método sistemático e abstratizante. Essa concepção de formalismo jurídico diz respeito à interpretação jurídica, consubstanciada no método e na função; em relação ao método, pela prevalência dada à interpretação lógica e sistemática, e quanto à função, consoante aquela que atribui ao juiz apenas o poder declarativo da lei vigente, sem o poder de criar o direito novo.

Em contrapartida Kelsen retomou algumas ideias do formalismo jurídico clássico ao reformular suas pretensões. Uma delas está na separação entre doutrina e teoria do direito. Para ele, o direito construído pela teoria, tinha como fundamento o método para a identificação da validade jurídica; de outro lado, atenta para a prática



jurídica efetiva de aplicação do direito (o discurso dogmático). Essa cisão marca a ruptura de Kelsen com o formalismo jurídico clássico. A teoria geral do direito apresentada por ele acaba por propor uma ciência do direito pura e descritiva, que se afasta, assim, da dogmática jurídica impura e prescritiva.

Ademais, do formalismo clássico, Kelsen retém a forma de estrutura de inferência silogística, cuja premissa maior é dada pela referência explícita a uma norma que confere poder ou autoriza alguém a criar novo direito. Mas, não se trata de formalismo como definição da compatibilidade conteudística entre regras formais. O autor austríaco, também, rechaça o formalismo jurídico clássico expresso na certeza no processo interpretativo, como se a concretização do sentido de uma norma fosse plenamente determinável por um processo puramente cognitivo e técnico, como postulavam os formalistas.

No tocante à interpretação, tanto Kelsen quanto os positivistas analíticos apresentaram um formalismo mitigado. Desse modo, não é possível à teoria delimitar a única decisão correta, pois a lógica e as regras formais conduzem o intérprete, mas o abandonam a um passo da decisão; depois de construída racionalmente a moldura dos sentidos possíveis da norma a ser aplicada, a etapa seguinte compreende um ato de vontade na escolha de um entre os sentidos admissíveis.

Portanto, diante das razões supra mencionadas, pode-se confirmar, que Kelsen não pode ser considerado um formalista jurídico no sentido clássico, isto é, levando em conta o formalismo jurídico na acepção de interpretação jurídica. Tampouco, ser considerado um formalista jurídico, na acepção relacionada à teoria da justiça ou ao formalismo científico. Porém, no sentido reservado à teoria do direito como forma, isto é, teorias do direito que versam unicamente no aspecto formal, as ideias de Hans Kelsen e sua obra *Teoria Pura do Direito* podem ser apontadas em consonância com o formalismo jurídico, já que o autor estabelece a coação como elemento constitutivo do



direito. *In casu*, o que caracteriza o direito não está nesta ou naquela matéria de regulamentação, mas a forma de regulamentação, mediante o poder coativo.

Por último, tão somente frisar que os achados deste estudo possam contribuir de maneira significativa para o avanço teórico da área ao ampliar a compreensão do fenômeno investigado, propondo novas interpretações conceituais. Esta pesquisa não apenas reforça a necessidade de revisões teóricas, mas também abre caminhos para a construção de abordagens mais integradas e explicativas. Nesse sentido, recomenda-se que investigações futuras aprofundem a análise em diferentes contextos, adotem metodologias complementares e explorem variáveis ainda não consideradas. Dessa forma, espera-se que o presente trabalho sirva como base para o desenvolvimento contínuo do campo, estimulando novas pesquisas e promovendo avanços científicos consistentes.

## 5. **Declaração de direitos**

O autor declara ser detentor dos direitos autorais da presente obra, que o artigo não foi publicado anteriormente e que não está sendo considerado por outra(o) Revista/Journal. Declara que as imagens e textos publicados são de responsabilidade do autor, e não possuem direitos autorais reservados a terceiros. Textos e/ou imagens de terceiros são devidamente citados ou devidamente autorizados com concessão de direitos para publicação quando necessário. Declara respeitar os direitos de terceiros e de Instituições públicas e privadas. Declara não cometer plágio ou autoplágio e não ter considerado/gerado conteúdos falsos e que a obra é original e de responsabilidade do autor.

## 6. **Referências**

1. AMATO, Lucas Fucci. Teoria Geral do Direito: uma introdução ao estudo do direito contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
2. BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 642-643.



3. BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. – São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
4. BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring* (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Vol. 2.
5. BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. Tradução: Jaime A. Clasen; Revisão técnica Marcelo Granato. – 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2016.
6. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.
7. BONNECASE, Julien. La escuela de la exégesis en derecho civil. Tradução de José M. Cajica Jr. Puebla: Cajica, 1944.
8. DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. – São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2).
9. FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 700.
10. SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham and nineteenth-century English jurisprudence. *The Journal of Legal History*, v. 12, n. 1, p. 58-88, May 1991.
11. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.
12. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2ª edição. Lisboa: [Fundação Calouste Gulbenkian](#), 1967.