

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GILBERTO MORBACH

A TERCEIRA VIA DE JEREMY WALDRON

São Leopoldo
2019

GILBERTO MORBACH

A TERCEIRA VIA DE JEREMY WALDRON

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Público, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2019

M832t Morbach, Gilberto.
A terceira via de Jeremy Waldron / Gilberto Morbach –
2019.
211 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.
“Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck ”

1. Direito - Filosofia. 2. Jurisprudência. 3.
Positivismo jurídico. 4. Waldron, Jeremy, 1953-. I.
Título.

CDU 340.12

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Silvana Teresinha Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

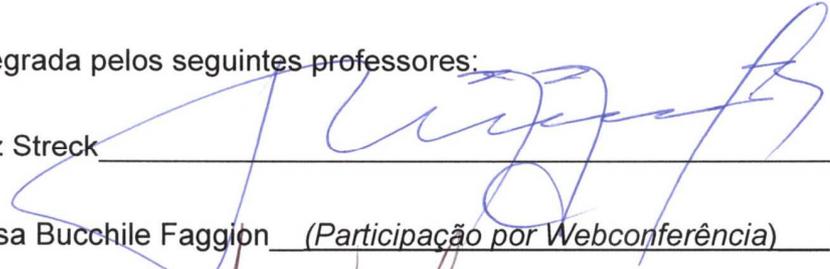
A dissertação intitulada: " **A TERCEIRA VIA DE JEREMY WALDRON** " elaborada pelo mestrando **Gilberto Morbach Júnior**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de agosto de 2019.

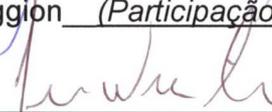

Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck 

Membro: Dra. Andréa Luisa Bucchile Faggion *(Participação por Webconferência)*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto 

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Para Bruna Grün,
minha namorada, companheira, melhor amiga, que me ensina a
ver as coisas com atenção e amor.

AGRADECIMENTOS

Todos aqueles a quem agradeço aqui contribuíram de alguma forma; cada um à sua maneira, dentro do que lhes cabia, dentro de seus limites e suas possibilidades. Estabelecer uma ordem de prioridade ou importância é, então, simplesmente *impossível*. O que me parece mais adequado é recorrer ao velho critério da ordem alfabética: não posso cometer nenhuma injustiça, especialmente para com qualquer daqueles cujo nome está aqui.

Agradeço à Ana Cristina, minha mãe, rainha deste mundo, que, de tanto ouvir sobre Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, é, seguramente, a psicanalista que mais conhece sobre Teoria do Direito no mundo.

Agradeço ao Prof. Anderson Vichinkeski Teixeira, pela leitura, pelas contribuições, pela indispensável presença em minhas bancas de qualificação e avaliação.

Agradeço à Prof. Andrea Faggion, que contribuiu muito (muito, muito, muito) para esta pesquisa, exercendo os papéis de professora e amiga; ainda, como se não bastasse, aceitou compor minha banca de avaliação. Minha gratidão só é proporcional à admiração que sinto.

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq, pela concessão da bolsa de estudos que é a mais fundamental condição de possibilidade a essa pesquisa.

Agradeço ao Frederico e à Giovanna, meus queridos amigos, que não apenas me ajudaram muito na execução das tarefas do gabinete de pesquisas como também o fizeram sempre com alegria e bom-humor, tornando as terças-feiras muito mais leves e agradáveis.

Agradeço ao Prof. Gerson Neves Pinto, pela leitura, por todas as conversas, pelos cafés nas quartas-feiras, pelas discussões sobre os bons e velhos Platão e Aristóteles.

Agradeço ao Gilberto, meu pai, cujo trabalho de uma vida possibilitou que eu pudesse dedicar minha vida à pesquisa.

Agradeço ao Gustavo, meu irmão, por estar sempre disposto a conversar sobre meus *insights* de pesquisa (e a conversar sobre qualquer outra coisa quando tudo que eu precisava era falar sobre algo que não fosse minha pesquisa).

Agradeço ao Prof. Igor Raatz, meu amigo e orientador à época de graduação, que foi quem me levou à Unisinos e, comigo, deu o primeiro passo, sem o qual nada, nada disso teria acontecido.

Agradeço ao Prof. Lenio Luiz Streck, que é meu orientador, professor, e, gosto de pensar assim, amigo. Agradeço por ter permitido que eu visse aquilo que nem todos veem: o

grande professor é também um grande homem. O grande intelecto é proporcional ao grande coração.

Agradeço demais à Secretaria do PPGD — Vera, Ronaldo, Paloma, Daiana —, por todo auxílio ao longo do mestrado; auxílio que se deu através de um trabalho simplesmente irrepreensível, feito com competência, seriedade, dedicação, com gentileza e atenção. Com bom humor e disposição.

Mãe, Prof. Anderson, Prof. Andrea, CNPq, Fred e Gio, Prof. Gersinho, Pai, Irmãozinho, Prof. Igor, Maestro, pessoal da Secretaria: muito obrigado. De coração.

“I do not forget the position assumed by some that constitutional questions are to be decided by the Supreme Court, nor do I deny that such decisions must be binding [...]. At the same time, the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, [...] the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal.”¹

(Abraham Lincoln, *Inaugural Address*. Mar. 04, 1861)

« [U]ne théorie qui se soustrait aux réfutations, échappe à l'ordre de la vérité. »²

(Raymond Aron, *L'opium des intellectuels*. 1955)

¹ “Não esqueço a posição, por alguns tomada, de que algumas questões constitucionais devem ser decididas pela Suprema Corte, tampouco nego que essas decisões devam ser vinculantes. [...] Ao mesmo tempo, o cidadão franco, imparcial, terá de admitir que se as políticas do Governo, que afetam toda a população, forem fixadas irrevogavelmente por decisões da Corte Suprema, [...] o povo deixará de ser seu próprio regente, tendo praticamente submetido seu governo às mãos do eminente tribunal.”

² “[U]ma teoria que se esquiva das refutações escapa da categoria da verdade.”

RESUMO

Esta dissertação tem como seu principal objetivo uma investigação da proposta teórica de Jeremy Waldron à Teoria do Direito; uma investigação que, revelando os principais pressupostos e as principais implicações da teoria de Waldron, classifica o autor como uma terceira via possível entre as correntes que lhe servem de contexto e influência: o positivismo jurídico de um lado e, de outro, a concepção de *law as integrity* de Ronald Dworkin. Para tanto — e a partir de uma pesquisa bibliográfica conduzida sob o “método” fenomenológico (subjacente à tradição da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck) —, a pesquisa, estruturada em três capítulos, aborda os seguintes tópicos: no capítulo primeiro, (i) o contexto histórico de surgimento do positivismo jurídico no âmbito da teoria clássica do *common law* e (ii) o positivismo clássico, *avant la lettre*, de Thomas Hobbes e Jeremy Bentham e de John Austin; no segundo capítulo, a investigação volta-se (i) ao positivismo do séc. xx e (ii) à proposta de Ronald Dworkin de Direito como integridade, abordando também (iii) o positivismo contemporâneo pós-Dworkin; finalmente, o terceiro capítulo aborda a teoria jurídica de Jeremy Waldron, a partir de seus pressupostos conceituais, seus elementos principais, suas repercussões práticas ao Direito, e dos caminhos possíveis por ela inaugurados. Nesse sentido, o que se conclui é que é, sim, possível apresentar e sustentar Waldron como uma terceira via em Teoria do Direito; ao mesmo tempo, o que também se conclui é que, seja como for, a proposta de Jeremy Waldron pretende justamente transcender uma preocupação com (meros) rótulos analíticos e contribuir de forma substantiva às discussões que gravitam em torno das possibilidades de uma teoria jurídica democrática e adequada ao império da lei.

Palavras-chave: *Jurisprudence*. Jeremy Waldron. Positivismo jurídico. *Law as integrity*.

ABSTRACT

The main objective of this research is to investigate Jeremy Waldron's theoretical contributions on jurisprudence; from such an investigation, based on Waldron's fundamental theoretical grounds and its main implications, I argue that his jurisprudential work is a third way between those theories that have directly influenced him: namely, legal positivism and Dworkin's law as integrity. By way of a phenomenological methodology (the methodological grounds that underlie the tradition of Lenio Streck's *Crítica Hermenêutica do Direito*, Hermeneutical Critique of Law), and based on a bibliographic research, this work is structured by three chapters. In the first chapter, I seek to clarify the origins of classical legal positivism — personified by Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, and John Austin — in a context of classical common law theory. The second chapter turns to 20th legal positivism, Ronald Dworkin's law as integrity, and, briefly, to post-Dworkin contemporary positivism. Finally, the third chapter is built directly upon Waldron's theory: its conceptual grounds, its main elements and practical implications, and the prospects his jurisprudence's insights inaugurate. My conclusion is that while it is indeed possible to maintain that Jeremy Waldron's theory is a third way for jurisprudence, the fact is that, be that is it may, Waldron's goal, it seems to me, is exactly to transcend (mere) analytical labelling, contributing in a more substantive way for the possibilities of a democratic jurisprudence that respects what the ideal of the rule of law fundamentally demands.

Keywords: Jurisprudence. Jeremy Waldron. Legal Positivism. Law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO	17
1.1 “POSITIVISMO” JURÍDICO: ALGUMAS PALAVRAS SOBRE UMA PALAVRA	21
1.2 A TEORIA CLÁSSICA DO <i>COMMON LAW</i>	23
1.2.1 Sir Edward Coke e a <i>artificial reasoning</i>	25
1.2.2 John Selden e Sir Matthew Hale	28
1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO TAL: THOMAS HOBBS	34
1.3.1 Hobbes e o <i>common law</i>: autoridade, não razão	36
1.3.2 Hobbes era mesmo um positivista?	39
1.3.2.1 Direito e lei natural em Thomas Hobbes	42
1.3.2.2 <i>Law of nature</i> e <i>civil law</i>	44
1.3.3 Conclusão parcial	49
1.4 O DIREITO EM JEREMY BENTHAM	50
1.4.1 Bentham e o utilitarismo	52
1.4.2 Bentham e o positivismo	54
1.4.3 <i>Dog law</i>	61
1.4.4 Bentham e a evolução de seu pensamento jurídico	66
1.4.5 Conclusão parcial	71
1.5 O DIREITO EM JOHN AUSTIN	72
1.5.1 A <i>analytical jurisprudence</i>	74
1.5.1.1 Contradições e convergências com Jeremy Bentham	77
1.5.1.2 John Austin, entre a Alemanha e a Inglaterra	79
1.5.2 Conclusão parcial, e o legado da teoria jurídica de John Austin	82
2 POSITIVISMO E DIREITO COMO INTEGRIDADE	84
2.1 O DIREITO EM H. L. A. HART	86
2.1.1 <i>O que é o Direito?</i>	88
2.1.1.1 As críticas de Hart à concepção imperativista	89
2.1.1.2 Regras primárias e secundárias	95
2.1.1.3 Regra de reconhecimento	100
2.1.1.4 Direito e moral em H. L. A. Hart	103
2.1.2 Conclusão parcial: o positivismo e suas duas (ou três?) grandes teses	108

2.2	O DIREITO EM RONALD DWORKIN	111
2.2.1	O <i>general attack</i> ao positivismo jurídico	112
2.2.1.1	A controvérsia dos princípios.....	113
2.2.1.2	Convenções e o agulhão semântico.....	115
2.2.2	<i>Law as integrity</i>	119
2.2.2.1	Interpretativismo: conceito e concepções	120
2.2.2.2	<i>Convencionalismo e pragmatismo</i>	124
2.2.2.3	As respostas da integridade	126
2.2.2.4	Interlúdio: A evolução do pensamento de Dworkin.....	129
2.3	(BREVES) CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE RONALD DWORKIN	131
2.3.1	O <i>postscript</i> de <i>The Concept of Law</i>	132
2.3.2	O positivismo inclusivo/includente	136
2.3.3	O positivismo exclusivo/excludente.....	139
2.3.4	Conclusão parcial	143
3	JEREMY WALDRON E A <i>DEMOCRATIC JURISPRUDENCE</i>	146
3.1	WALDRON E O POSITIVISMO NORMATIVO	147
3.2	WALDRON E DWORKIN: ACORDO A PARTIR DOS DESACORDOS.....	150
3.2.1	<i>Law e rule of law: o conceito e o império do Direito</i>	152
3.2.1.1	“ <i>Against Casual Positivism</i> ”	156
3.2.1.2	Uma nova definição	158
3.2.2	<i>A democratic jurisprudence</i>	163
3.2.2.1	A metodologia de uma teoria democrática.....	165
3.2.2.2	O positivismo revisitado (por que não a integridade?)	169
3.3	WALDRON E DWORKIN: DESACORDOS A PARTIR DOS ACORDOS.....	174
3.3.1	<i>Democracia e judicial review</i>.....	175
3.3.1.1	O argumento contra o <i>judicial review</i>	178
3.3.1.2	O argumento da irrelevância da objetividade moral	183
3.3.1.3	Positivismo constitucional?.....	189
3.4	UMA CONCLUSÃO PARCIAL, E OS ECOS DE UMA TEORIA DEMOCRÁTICA.....	191
3.4.1	Reconstruindo o trajeto	192
3.4.2	Os caminhos a partir da terceira via	193
3.4.3	Aquilo que fica.....	197

CONCLUSÃO.....	199
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202

INTRODUÇÃO

“Estamos ocupados brigando sobre o que H. L. A. Hart devia ter respondido a Ronald Dworkin já há muito tempo. Penso que já é hora de os filósofos analíticos do Direito acordarem a [outras] questões.”¹

(Jeremy Waldron)

“*A terceira via de Jeremy Waldron*”. Como o título da pesquisa sugere, o que pretendo apresentar é aquilo que acredito ser uma terceira via na história da filosofia no Direito; um terceiro caminho possível entre as matrizes teóricas que lhe servem de base: de um lado, o positivismo jurídico — clássico e contemporâneo — e, de outro, a concepção de *law as integrity*, Direito como integridade, de Ronald Dworkin. Trata-se, assim, de uma *releitura* da obra de Jeremy Waldron, seus pressupostos teóricos e suas implicações práticas. A proposta impõe alguns desafios porque Waldron é um autor que tem sido até hoje frequentemente apontado — especial e mais diretamente na América Latina, mas também no resto do mundo — como um positivista. Qualquer pesquisa rápida sobre sua obra vai acabar, uma hora ou outra, situando suas teses como se estas pertencessem à tradição histórica do positivismo jurídico.

Por uma questão de honestidade intelectual e acadêmica, devo conceder que isso não é sem razão: para além da solidez e importância de autores, comentadores e tradutores que sustentam a atribuição do rótulo ao autor, o *próprio Waldron* tem uma série de artigos em que discute e, mais que isso, *defende* e parece até *assumir* os pressupostos do positivismo jurídico a partir de uma perspectiva normativa. O ponto, então, é que não pretendo sustentar que aquele que associa Waldron ao positivismo está *errado*, mas que a evolução da obra do autor apresenta elementos suficientes para afirmar que sua posição *transcende* a (mera) abordagem positivista, do ponto de vista analítico ou prescritivo, acerca do Direito. Mais do que isso, procuro demonstrar igualmente que, na medida em que é bem verdade que há uma série de

¹ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “*We have been too busy squabbling about what H. L. A. Hart should have said to Ronald Dworkin. I think it is high time analytic legal philosophers woke up to some of these issues*”. Em WALDRON, Jeremy. “**Partly Laws Common to All Mankind**”. *Foreign Law in American Courts*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012, p. 23. Tomei a liberdade de trocar “*some of these issues*” (“algumas dessas questões”) por “outras”, uma vez que, no original, Waldron refere-se a algo específico (no caso, controvérsias no direito norte-americano acerca da natureza do direito internacional consuetudinário). De qualquer maneira, penso que a contextualização é adequada porque o ponto principal é o mesmo: teoria e filosofia do Direito, ainda que analítica, está para além de discussões demasiadamente academicistas, no sentido mais ordinário do termo.

convergências entre Waldron e cada um dos outros dois espectros opostos — positivismo(s) e Dworkin —, sua aproximação com a concepção *dworkiniana* de *law as integrity* é tamanha que há boas razões para que sua obra seja tratada como algo que está para além do positivismo.

De todo modo, dito isso, retomo aquilo que diz Oakeshott: “[n]ão sugiro que seja a única hipótese que um indivíduo sensato pode aceitar; sugiro tão somente que ela é digna de investigação”.² O ponto é exatamente esse. E para que isso seja possível, e para estruturar a pesquisa de forma a ter coerência com a analogia que meu próprio título sugere, a pesquisa está ordenada de forma tal que cada um de seus três capítulos dialogue, respectivamente, com uma das *vias* da história da Teoria do Direito. Além disso, cada um deles terá a pretensão de responder a algumas perguntas que lhe servem de *leitmotiv*.

No primeiro capítulo, a *primeira via*: procuro reconstruir o fenômeno do positivismo jurídico desde suas origens. O que é o positivismo? Mais: *o que é isso* a que *chamamos* de positivismo? *Como* e *onde* ele surgiu? Com quem e *por quê*?

No segundo capítulo (em uma transição que pretendo bastante clara com relação ao que encerra o primeiro), busco explicitar uma mudança na trajetória positivista, que rompeu com o que era característico ao positivismo clássico; junto disso (e *a partir* disso), mostrar-se-á como se deu o *general attack*, o ataque geral de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico. Com isso, será possível demonstrar os reflexos desse ataque na tradição do fenômeno positivista enquanto tal ao mesmo tempo em que passo a explicar, finalmente, as diretrizes mais gerais da *segunda via*: justamente, a concepção *dworkiniana* de *law as integrity*. Como se diferencia(m) o(s) positivismo(s) contemporâneo(s) do positivismo clássico? Por que Dworkin rejeitava o positivismo? Quais eram seus argumentos? Como o positivismo jurídico reagiu? O que define o *direito como integridade* de Ronald Dworkin?

Até aqui, com os dois primeiros capítulos, a ideia é abordar (evidentemente que de forma sintética) as origens do positivismo jurídico, a transição de sua vertente clássica à(s) contemporânea(s), e os desafios de Ronald Dworkin e sua concepção aos pressupostos positivistas. Os teóricos abordados, logo, serão o próprio Dworkin, como também os mais fundamentais a todos esses assuntos: especialmente, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin,³ e H. L. A. Hart.

² Tradução livre. “*I do not suggest that it is the only hypothesis a sensible man might entertain; I suggest only that it is one worth while investigating*”. OAKESHOTT, Michael. **The Politics of Faith and the Politics of Scepticism**. Avon: The Bath Press, 1993, p. 19.

³ O jurista John Austin, de *The Province of Jurisprudence Determined*. Não confundir com o John L. Austin da filosofia da linguagem ordinária, autor de *How to do Things with Words*.

O terceiro capítulo é todo dedicado à obra de Jeremy Waldron, alguém cuja obra foi (e tem sido) construída com base justamente nas teorias desses autores abordados nos capítulos que a este antecedem. Finalmente, pretendo abordar a *terceira via*. Como Jeremy Waldron encara o positivismo jurídico? E a concepção de *law as integrity*? Quais são os reflexos de ambas as correntes em sua obra? O que Waldron propõe exatamente? Quais são suas contradições e convergências com relação ao(s) positivismo(s) e Dworkin? Suas teses são mesmo uma terceira via? Por quê?

Basicamente, em termos analíticos, essa é a estrutura e a ideia da pesquisa. Tendo esses capítulos, e a pesquisa que lhes sustenta, como alicerce, a *tese* da dissertação é apresentar Jeremy Waldron como uma terceira via em Teoria do Direito. Ainda assim, penso que, em sede de *Introdução*, explicar também um outro lado da pesquisa é importante: sua motivação e sua importância. Diante de trabalhos teóricos, não é raro que se pergunte algo como “muito bem, e qual é a relevância disso?”. Talvez paradoxalmente (enquanto acadêmico que pesquisa Teoria do Direito), penso que, não raro, aqueles que fazem essa pergunta têm uma boa dose de razão. Por trás da ideia de apresentar a obra de Jeremy Waldron como uma terceira via, então, estão duas *rejeições* e duas *afirmações*. Primeiro, as mais óbvias e diretas: minha tese significa (i) *rejeitar* a vinculação de Waldron à tradição positivista e (ii) *afirmar* uma releitura de sua obra como uma terceira via possível. Só que, para além disso, o projeto tem, ainda, outro detalhe por trás; um detalhe que é, ao mesmo tempo, *motivação* e *objetivo* da pesquisa.

A citação que serve de epígrafe a esta *Introdução* ali está porque concordo com a afirmação. Fazer filosofia no Direito está (ou deveria estar) para muito além de um fetiche acadêmico que, gostemos ou não, acaba por não ter qualquer relevância prática. Se, ao final da leitura, alguém entender que é melhor dar a Waldron um rótulo de positivista, tudo bem. O objetivo principal, autêntico, é outro que considero bem mais importante. Ao argumentar que a *jurisprudence* de Jeremy Waldron é uma terceira via, quero também — *como*, sustento, *o próprio autor* — ir *além* dos rótulos. Não acho que eles não sejam importantes; se pensasse assim, não teria escolhido logo uma nova rotulação ao dar o próprio título desta pesquisa. Se palavras não tivessem relevância, não haveria qualquer razão para escolhermos uma em vez de qualquer outra. O ponto, porém, é que existe algo que transcende a rotulação pela rotulação, que é algo com o qual perdemos muito tempo enquanto pesquisadores.

Assim, minha tese, aqui, quer também (i) *rejeitar* — claro que por motivos diferentes — as alternativas que o(s) positivismo(s) e Dworkin oferece(ra)m à prática jurídica, e (ii) *afirmar* que temos muito a aprender com as considerações de Waldron sobre o papel do

Direito em uma comunidade política, *leve sua teoria o rótulo que for*. Não é sem razão que autores como John Rawls, F. A. Hayek, Robert Nozick, e o próprio Ronald Dworkin consideravam que a filosofia política era um ramo diretamente relacionado à filosofia do Direito e à discussão da justiça e direitos fundamentais;⁴ discutir o Direito é discutir direitos, política, justiça, questões sobre as quais discordamos frequente e profundamente enquanto sociedade. Discordamos, e discordamos muito. Como se verá na pesquisa, isso é um dos pontos mais centrais e fundamentais na obra de Waldron. É *por isto* que apresento sua obra como uma terceira via, possível e adequada: em uma democracia — e, sobretudo, nos tempos interessantes em que vivemos — é fundamental que o Direito saiba representar seu papel de maneira adequada na resolução dos desacordos. Isso só será possível com uma Teoria do Direito democrática, uma *democratic jurisprudence*. Enfrentar essa questão é a autêntica *raison d'être* desta pesquisa.

⁴ O ponto é de John Gray. GRAY, John. **The Two Faces of Liberalism**. Nova York: The New Press, 2000, p. 14.

1 AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO

“And when men that think themselves wiser than all others, clamor and demand right Reason for judge; yet seek no more, but that things should be determined, by no other mens reason but their own, it is as intolerable in the society of men, as it is in play after trump is turned, to use for trump on every occasion, that suite whereof they have most in their hand.”⁵

(Thomas Hobbes)

“O positivismo jurídico”, diz Lenio Streck, “é um fenômeno complexo”.⁶ Uma das razões por trás dessa complexidade fundamental é a existência de uma vasta série de concepções e teorias, cada qual com suas respectivas peculiaridades e nuances, cujos principais expoentes são intitulados (ou se autodenominam) “positivistas”. Assim, considerando-se a complexidade do fenômeno, antes que se inicie uma abordagem direta, mais específica, do tópico que dá nome a este capítulo — *i.e.* o positivismo jurídico anglo-saxão em suas origens —, torna-se inevitável a seguinte reflexão: quais são as características comuns que unem as obras de tantos teóricos, oriundos de épocas e locais distintos, sob a mesma escola de pensamento? Dito de outro modo: o que é, ou *o que define* o positivismo jurídico? O elevado número de definições distintas é, muito provavelmente, proporcional ao tamanho da controvérsia que levantam.

Norberto Bobbio, autor vinculado ao positivismo continental, tem uma forma muito própria de explicar o fenômeno, e sua definição é bastante difundida no Brasil. Bobbio, ao

⁵ Em tradução livre e contextualizada: “[e] quando os homens que se julgam mais sábios do que todos os outros clamam e exigem que o critério de julgamento seja a razão reta [*right reason*], objetivam nada mais senão que as coisas sejam determinadas não pela razão de outros homens, mas pela sua própria. Isso é tão intolerável na sociedade dos homens como no jogo, uma vez escolhido o trunfo, em todas as ocasiões subsequentes, usar como trunfo aquela série de que se tem mais cartas na mão”. Cf. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], pp. 111-112. Mantive a epígrafe em seu idioma de origem de forma a respeitar o inglês da época.

⁶ A frase de Lenio Streck está no (magistral) verbete *Positivismo Jurídico*, em seu (belíssimo) *Dicionário de Hermenêutica*. Vale conferir a obra — e, no ponto que importa a esta pesquisa, mais especificamente, o verbete acerca do positivismo. Streck é pioneiro em uma interpretação acerca do fenômeno juspositivista assentada nos paradigmas da hermenêutica filosófica. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 159 (e seguintes). Na mesma linha, antes mesmo da publicação do *Dicionário de Hermenêutica*, Streck foi pioneiro no Brasil em uma crítica *hermenêutica* ao positivismo — vide *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* e, sobretudo, *Verdade e Consenso* (a meu ver, a *magnum opus* de Streck). Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11. ed., revista, atualizada e ampliada, com prefácio de Ernildo Stein. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 134-138. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 33-66.

conceituar a “doutrina” juspositivista, enumera os sete pontos (ou “problemas”), que considera como “características fundamentais” do positivismo jurídico.⁷ Define-o, assim, como uma teoria que (i) considera o Direito como um *fato*, e não como um valor; e, sendo assim, (ii) considera como Direito aquilo que vige como tal em determinado lugar *fazendo-se valer por meio da coação*, de forma a (iii) atribuir à legislação o caráter de *fonte preeminente do Direito*. A partir daí, a concepção positivista deve ser entendida como (iv) uma *teoria imperativista*, isto é, uma teoria segundo a qual o Direito reúne normas, *comandos imperativos*, que, tomados como uma estrutura, formam o ordenamento jurídico; este que, para o positivismo — frise-se: *segundo Bobbio* —, seria (v) um ordenamento *completo e coerente*, a ser, portanto, (vi) *interpretado mecanicamente* pelo juiz. Por fim, haveria, ainda, um ponto que, mesmo não se podendo fazer, sobre ele, aquilo que o autor chama de “generalizações fáceis”, faria parte de uma conceituação ampla do positivismo: (vii) a teoria da *obediência absoluta da lei enquanto tal*,⁸ que Bobbio resume no aforismo *Gesetz ist Gesetz* (i.e. “lei é lei”).⁹

⁷ Cf. a *Introdução* da parte intitulada *A Doutrina do Positivismo Jurídico*, em BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-134.

⁸ Diz Bobbio que “[c]om referência a esta teoria, contudo, melhor do que de positivismo jurídico, dever-se-ia falar de *positivismo ético*, visto que se trata de uma afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica; e também as origens históricas dessa doutrina são diferentes daquelas das outras teorias juspositivistas: enquanto, de fato, estas últimas concernem ao pensamento racionalista do século XVIII, a primeira diz respeito ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XI e, em particular, a Hegel”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133. Ou seja, Bobbio diz que esse último aspecto enumerado como característica fundamental do positivismo jurídico poderia ser colocado mais como uma assertiva ideológica, ou moral, vinculada a uma concepção positivista do Direito, e menos como parte de uma empreitada científica (entendida aqui como analítica) — e, sendo assim, chama a esse ponto de “positivismo ético”. Esse rótulo não é difundido: contemporaneamente, o que se tem entendido por “positivismo ético” é aquilo mais comumente chamado de *positivismo normativo* — vertente do positivismo jurídico mais atual (sobre o qual os próximos capítulos deste trabalho, especialmente o terceiro, tratarão com mais vagar) que, distanciando-se de uma pretensão (meramente) analítica, visa a *prescrever uma concepção positivista do Direito*. O termo (*ethical positivism*) foi cunhado por Tom Campbell (notadamente, um positivista normativo ele próprio), justamente com a intenção de evitar confusões conceituais (uma vez que a palavra “normativo”, segundo Campbell, poderia remeter a “positivismo *normativista*” — esta, a vertente *kelseniana*, que, muito resumidamente, entende o Direito a partir de uma concepção de *normas*). Cf. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript**: Essays on the Postscript to *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 410-434. Esta nota, que tem óbvias pretensões explicativas, acaba tendo também uma interessante função *exemplificativa* do ponto abordado pelo presente subcapítulo. Senão, vejamos: em um tópico que surgiu justamente com a pretensão de prestar esclarecimentos prévios sobre um tema que implica a possibilidade de mal-entendidos terminológicos, aqui, tão somente em *uma* explicação, sobre *um* único termo, já fica explícita *outra* possível confusão conceitual. Dito de outro modo: não apenas o termo *positivismo* é, como veremos ao longo da pesquisa, controverso por si só, outros termos disputados acabam emergindo *dentro da própria discussão terminológica*, que, paradoxalmente, visava a tornar as coisas mais claras. Não surpreende, pois, que, até hoje, haja tanta divergência doutrinária.

⁹ Para uma crítica que, além de importantíssima, diferencia com rigor os positivismos “*ideológico, teórico e metodológico/conceitual*”, Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 45-47.

A definição de Bobbio passa (muito) longe de resolver a(s) controvérsia(s).¹⁰ Ainda que alguns de seus pontos — especialmente aqueles de (i) a (iv) — estejam, *em alguma medida*, em consonância com as vertentes e entendimentos contemporâneos que se têm acerca do positivismo, suas definições são *duplamente* restritivas: primeiro, porque ensejam uma compreensão limitada do Direito; segundo, porque, se adotadas, suas noções já não mais possibilitariam que muitos autores, hoje apontados unanimemente como positivistas, tivessem seus nomes vinculados àquilo que se entende por positivismo. Que fique muito claro, pois: esta pesquisa *não subscreve* à noção de que o positivismo jurídico atende às sete características reunidas pelo autor italiano.

Para H. L. A. Hart — indisputavelmente, um dos maiores nomes do positivismo jurídico (senão o maior)¹¹ —, o positivismo “designa a afirmação simples de que não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou a satisfaçam”.¹² Disso, segue-se que tanto a *existência* quanto o *conteúdo* do Direito dependem de fatos sociais, e não da satisfação de determinado(s) valor(es) substantivo(s)¹³ — daí, pois, duas grandes teses positivistas: (i) a tese, justamente, das *fontes sociais*, e (ii) a tese da *separabilidade entre Direito e moral*. Uma questão é o que o Direito *é* (*is*); o que o Direito *deve ser* (*ought*) é outra questão.

John Gardner,¹⁴ por sua vez — em capítulo dedicado, justamente, a desmistificar algumas noções atribuídas, com certa frequência, ao positivismo jurídico —, segue uma definição muito similar à de Hart, fazendo questão de expor muito claramente que a trata como a *única* característica distintiva do positivismo jurídico e seus adeptos. Para Gardner, será um positivista jurídico somente aquele que subscreve à proposição segundo a qual “em um sistema jurídico, a validade jurídica de uma norma depende de suas fontes, não de seus méritos”.¹⁵

¹⁰ SILTALA, Raimo. **Law, Truth, and Reason** – A Treatise on Legal Argumentation. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011, p. 119.

¹¹ Que, curiosamente, dificilmente poderia ser chamado de positivista se as seis características ditas *fundamentais* de Bobbio fossem integralmente levadas em consideração.

¹² HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 240.

¹³ GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 14 mar. 2018.

¹⁴ Que, assim como Hart, ocupou a cátedra de *Jurisprudence* na Universidade de Oxford.

¹⁵ “*In this chapter, I intend to treat one and only one proposition as the distinctive proposition of ‘legal positivism’, and to designate as ‘legal positivists’ all and only those who advance or endorse this proposition. The proposition is: (LP) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits.*” Cf. GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 20.

Uma definição mais modesta (porque exigente de muito menos requisitos), como as de Hart e Gardner,¹⁶ será consideravelmente mais *segura* que aquela de Bobbio. Ainda assim, por óbvio, são definições abstratas; tratam do positivismo *em linhas gerais*, e, por isso, servem apenas de ponto de partida.¹⁷ Gerald Postema (autor contemporâneo que também é, por sua vez, vinculado ao positivismo), por exemplo, em interessantes reflexões sobre o tema, menciona que não apenas as teses positivistas são contestadas, como também o são as próprias alegações sobre *quais são* essas teses.¹⁸ Assim, o autor sugere que, em vez de um apego exacerbado a (contestadas) formulações canônicas que pré-definam a doutrina positivista de forma taxativa, é mais interessante que se trabalhe a partir de investigações que abordem como o positivismo foi articulado e desenvolvido ao longo dos séculos; mais precisamente, para que se possa compreender o fenômeno adequadamente, é importante que o olhar esteja voltado às suas origens.

E as origens do positivismo, com toda sua longa história e ampla influência, remontam à Inglaterra — mais precisamente, (i) à filosofia de David Hume e (ii) às suas primeiras manifestações jurídica *de facto*,¹⁹ desenvolvidas por Thomas Hobbes e Jeremy Bentham.²⁰ É sobre essas origens que trata o presente capítulo. À época, contudo, ainda que já fosse

¹⁶ A definição de ambos — Hart e Gardner — é muito próxima da clássica definição de John Austin, um dos mais influentes teóricos de toda a história do Direito anglo-saxão (que será tratado com mais vagar em subcapítulo subsequente) e apontado como um dos pioneiros do positivismo jurídico enquanto tal (ainda que, à época, o rótulo não existisse, como será explanado a seguir). Para Austin, muito diretamente, “a existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos”. Tradução livre para “[t]he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation”. Em AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 157.

¹⁷ Já que, como vimos, há uma série de teorias muito particulares que levam esse mesmo rótulo. Lembrando as (acertadíssimas) palavras de Streck, o positivismo é mesmo um fenômeno complexo. (Se esta pesquisa não atender a seus objetivos, que, ao menos, sirva para demonstrar a complexidade do fenômeno.)

¹⁸ POSTEMA, Gerald J. Legal Positivism: Early Foundations. **University of North Carolina Legal Studies Research Paper Series**, n. 1975470, dez. 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1975470>>. Acesso em 14 mar. 2018.

¹⁹ Sobre a primeira manifestação *jurídica* já estar em Thomas Hobbes, ver BOYLE, James. Thomas Hobbes and the Invented Tradition of Positivism: Reflections on Language, Power, and Essentialism. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 135, pp. 383-426. Gerald Postema, por sua vez, chega, inclusive, a mencionar a identificação de uma Teoria *do Direito* já em Hume, em suas reflexões sobre a justiça (cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 81-134). Seja como for, o mais importante é que são esses (Hume, Hobbes, e Bentham) os três nomes mais frequentes quando se fala nas raízes do positivismo jurídico.

²⁰ Cf. GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 14 mar. 2018. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, pp. 174, 175. CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 26-27.

possível observar as raízes do positivismo como tal, não se falava em “positivismo”; isto é, nenhum desses autores era chamado de (ou autointitulado) “positivista”. Isso levanta novas questões sobre a expressão — o que, naturalmente, exige mais algumas considerações prévias.

1.1 “POSITIVISMO” JURÍDICO: ALGUMAS PALAVRAS SOBRE UMA PALAVRA²¹

Para além da contestabilidade *das* teses positivistas e, sobretudo, sobre *quais são* as teses positivistas, há, ainda, outras questões pertinentes: se, em suas vertentes clássicas, os primeiros expoentes dessa matriz teórica assim o eram *avant la lettre* — não eram *chamados* de “positivistas”²² —, qual é a origem, *na Teoria do Direito*,²³ do termo *positivismo*? *Quando e por que*, então, os autores vinculados ao fenômeno passaram a receber o rótulo? Essas duas perguntas, definitivamente, não estão controvertidas; ainda assim, (buscar) responde-las auxilia a esclarecer e compreender a teoria positivista.

Como dito, ainda que a teoria já existisse, não se atribuía o *nome* de “positivismo” a qualquer concepção jurídica antes do início do século xx — e é, no mínimo, muito difícil precisar o surgimento do termo na literatura jurídica. Ainda assim, de acordo com Frederick Schauer (outro positivista contemporâneo), é possível afirmar que essa rotulação tornou-se

²¹ Aqui, deve-se, obrigatoriamente, fazer menção a Frederick Schauer, a quem pode ser atribuída a origem deste subcapítulo quase que em sua integralidade — tanto das reflexões aqui levantadas quanto do próprio título. Em *Positivism Before Hart*, Schauer faz uma investigação sobre a expressão “positivismo” e, no ponto, intitula seu tópico de “*Some Words about a Word*” (justamente, em tradução livre, “Algumas Palavras sobre uma Palavra”). Cf. SCHAUER, Frederick. *Positivism Before Hart*. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 271-290.

²² Em *Law, Legislation and Liberty*, Hayek chega a classificar Hobbes, Bentham, e até Austin (este último que é, penso, chamado unanimemente de positivista) como “racionalistas construtivistas” (ao identifica-los com uma corrente por ele chamada justamente de *racionalismo construtivista*, “*rationalist constructivism*”) — uma vez que, conforme se verá ao longo desta pesquisa, esses autores identificavam o conteúdo das normas jurídicas como produto de um ato de vontade (algo a que Hayek chama criticamente de “falácia construtivista”, “*constructivist fallacy*”). Ainda assim, o mesmo Hayek, na mesma obra, acaba por identificar esse pensamento como algo tipicamente juspositivista, identificando Hobbes como o primeiro expoente da escola. Cf. HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy**. Cornwall: Routledge, 1998, pp. 28, 45, 74.

²³ Sobre a locução “Teoria do Direito”, fiquemos, aqui, com as lições de Chiassoni, em tópico denominado de *Advertência Preliminar* (que, em certa medida, não deixa de ter a mesma missão do presente tópico, já que, aqui, antes de se abordar o positivismo diretamente, também se procura fazer, exatamente, advertências preliminares): “A ‘filosofia do direito positivo’ é, na cultura jurídica ocidental, o que fizeram ou fazem os estudiosos, na maioria das vezes os acadêmicos, os quais, para designar seu trabalho ou seus produtos literários, usaram ou usam tal denominação, ou denominações consideradas sinônimas, na língua portuguesa ou em outras línguas, como ‘*jurisprudence*’, ‘*legal philosophy*’, ‘*legal theory*’, ‘*Rechtstheorie*’, ‘teoria do direito’, ‘*teoría del diritto*’, ‘*théorie du droit*’, ‘*allgemeine Rechtstheorie*’, ‘*allgemeine Rechtslehre*’, ‘*general theory of law*’, ‘teoria geral do direito’, ‘*teoria generale del diritto*’, ‘*teoría del derecho*’, etc.” In: CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 22-23.

mais ampla, difundida, a partir, justamente, de um autor *não positivista* (ou *anti-positivista*):²⁴ notadamente, Lon Fuller, em *The Law in Quest of Itself*. Ainda que Fuller (i) seja um autor jusnaturalista e (ii) talvez, por vezes, ao tratar sobre o positivismo, tenha incorrido em aquilo que Schauer chama de “*imprecisões*”, o próprio Schauer diz que Fuller acertou, em alguma medida, em suas considerações;²⁵ mais precisamente, Fuller teria acertado ao caracterizar o positivismo como “uma direção de pensamento jurídico que insiste em traçar uma afiada distinção entre o Direito como ele é e o Direito como ele deve ser.”²⁶

Controvérsias à parte, a expressão “positivismo” tem sido amplamente aceita, tanto por aqueles que subscrevem quanto por aqueles que criticam as teses — ou, ao menos, *algumas das teses* — que, no mais das vezes, vêm a ser chamadas de positivistas; e, sendo assim, a definição de Fuller (aliada às de Hart e Gardner)²⁷ é um bom ponto de partida. À ela, soma-se, ainda, uma relação bastante difundida: a associação direta entre o termo “positivismo” e a locução “direito positivo”.²⁸ (Hayek menciona os termos gregos *physei* e *thesei* e seus equivalentes latinos, *naturalis* e *positivus*, para, daí, decorrer a expressão “direito positivo” e, depois, “positivismo”).²⁹⁻³⁰

²⁴ SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 271-290.

²⁵ SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 271-290.

²⁶ Tradução livre para “*a direction of legal thought which insists on drawing a sharp distinction between the law that is and the law that ought to be*”. Em FULLER, Lon L. **The Law in Quest of Itself**. Boston: Beacon Press, 1940, p. 08. Observe-se que a definição do jusnaturalista Fuller aproxima-se, ao menos em alguns aspectos, daquela de Hart e Gardner, exposta no item anterior. Isso indica que, mesmo que inevitavelmente generalizantes, e ainda que seja de nosso interesse investigar as origens do fenômeno, é possível seguir essas abstrações (em alguma medida, e sempre com certa cautela) como uma espécie de ponto de referência.

²⁷ Cf. p. 12 desta pesquisa.

²⁸ Cf. BIX, Brian H. **Diccionario de Teoría Jurídica**. Tradução para o espanhol de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. Cidade do México: UNAM, 2009, p. 197. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15. Chiassoni, inclusive, chega a falar em uma “filosofia do direito positivo”. CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 26. Aqui, cumpre fazer uma observação: ao associar “positivismo” com “direito positivo”, tanto Brian Bix quanto Norberto Bobbio fazem questão de, expressamente, afastar qualquer relação entre o positivismo *jurídico* e o positivismo *científico*, de Auguste Comte; um dos argumentos, inclusive (especialmente em Bix), é a de que autores anteriores a Comte (como, justamente, Hobbes e Bentham), como vimos, já eram chamados de *positivistas*. Por outro lado, autores como Suri Ratnapala (professor da cátedra de Direito Público na Universidade de Queensland) e, no Brasil, Lenio Streck sustentam que há uma relação filosófica inexorável entre o positivismo jurídico e o positivismo científico (cf. STRECK, Lenio Luiz. **Diccionario de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 159; RATNAPALA, Suri. **Jurisprudence**. Nova York: Cambridge University Press, 2009, pp. 22-23). Evidentemente, Streck e Ratnapala não negam que autores vinculados ao positivismo jurídico sejam anteriores a Comte; a relação que o hermenauta sustenta está no apego de ambas as escolas a tudo aquilo que é *empírico* — e isso, relações diretas (ou não) entre os dois positivismos à parte, não é negado por nenhum dos lados na discussão. É o que nos importa para a presente pesquisa.

²⁹ HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty**: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy. Cornwall: Routledge, 1998, pp. 20 e seguintes.

É por isto, portanto, que autores cujas obras situam-se em uma época na qual sequer se falava em “positivismo” são, tranquilamente, associados à escola: porque, ressalvadas todas as controvérsias que envolvem a identificação das teses positivistas e, mais, o próprio surgimento do termo no estudo do Direito, parece ser plenamente possível falar, hoje, em *positivismo jurídico* associando-o a teorias voltadas (i) ao direito positivo e (ii) a (possibilidade de) uma distinção entre uma análise do *Direito como ele é* e outra de *como ele deve ser*. Isso significa que, ainda que não levassem esse nome à época, essas teses foram desenvolvidas *justamente* por autores clássicos.

De todo modo, feitas essas considerações, sigamos a recomendação de Gerald Postema. Ultrapassando qualquer pretensão de se chegar a um conceito último de positivismo, tentemos (melhor) compreendê-lo enquanto fenômeno, primeiro, a partir de suas origens para, a partir daí, identifica-lo em suas vertentes modernas e contemporâneas. É muito mais adequado (e sensato) discorrer sobre as manifestações do pensamento juspositivista do que defini-lo de forma taxativa e abstrata; como dizia Merquior, citando a Nietzsche, “apenas seres a-históricos permitem uma definição no verdadeiro sentido a palavra”.³¹

1.2 A TEORIA CLÁSSICA DO *COMMON LAW*

As raízes do positivismo jurídico, então, porque inglesas, acabam remetendo, por óbvio, ao *common law* — mais precisamente, aos *desafios* que uma visão positivista do Direito propôs ao *common law* no século XVII. Esses desafios podem ser bem ilustrados pelas considerações de Thomas Hobbes, em *Leviathan*, publicado em 1651,³² e, especialmente, em *Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*,³³ escrito na década de 1660 e publicado em 1681 — razão pela qual Hobbes é, de

³⁰ Outro entendimento que, ainda que não faça menção *expressa* à locução “direito positivo” em si, muito se aproxima da explanação de Bix e Bobbio (nota 28, *supra*) é a de Siltala, cuja distinção entre os dois tipos de positivismo dá-se no seguinte sentido: enquanto o positivismo *científico* reivindicaria uma concepção positivista da(s) ciência(s), o positivismo *jurídico* basear-se-ia em “uma concepção *voluntarista* do Direito”. Cf. SILTALA, Raimo. **Law, Truth, and Reason** – A Treatise on Legal Argumentation. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011, p. 113. Essa é a mesma lógica que perpassa a ideia *hayekiana* de um positivismo jurídico como um *construtivismo racionalista* (cf. nota 21, *supra*).

³¹ MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 15

³² HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651]. *Passim*.

³³ HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um Filósofo e um Jurista**. Prefácio de Renato Janine Ribeiro e tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004 [1681]. *Passim*.

acordo com a interpretação ortodoxa, o primeiro positivista;³⁴ de todo modo, Hobbes não foi o único: é possível dizer que o positivismo anglo-saxão nasce justamente a partir desses desafios que impôs ao direito comum inglês.

Antes que se explique quais foram esses desafios, contudo, é preciso tecer algumas noções sobre *qual era esse cenário a ser desafiado*; sobre quais eram os paradigmas que lhe serviam de sustentação. Iniciemos, portanto, pelo começo — pelo começo histórico, sobre o qual prometo ser breve.

Ainda que as origens e a tradição do *common law* remontem a tempos muito anteriores ao século XVII, é por volta deste período que se passou a desenvolver uma *teoria do common law*. É por isso que, quando se fala em uma teoria clássica do *common law*, está-se falando no corpo teórico que começava a tomar forma a partir das contribuições de um dos mais importantes juristas de toda a história anglo-saxã, *Sir Edward Coke* (1552-1634)³⁵ — razão pela qual o direito inglês, ao longo de parte do século XVII, viveu aquilo que se convencionou chamar de Era Coke.³⁶

O desenvolvimento de um corpo teórico dedicado ao estudo do Direito no *common law* deve enorme parcela de seu surgimento a uma tentativa de resposta ao absolutismo. A teoria clássica do *common law*, nesse sentido, visava a retomar as concepções medievais segundo as quais o Direito não era produzido pela mão humana — ou seja, não era construído por reis, juízes, ou membros do Parlamento. Legisladores e juristas não criavam, mas *declaravam e expressavam* um Direito — preexistente —, que, era a manifestação de uma realidade muito mais profunda.³⁷

Partindo desse pressuposto, *Sir Coke* e os teóricos clássicos consideravam que o direito comum era a única fonte verdadeira de Direito na Inglaterra.³⁸ Esse direito comum, por sua vez, remetia ao costume — comum ao povo e, de tão antigo, *imemorial*³⁹ —, que, por

³⁴ A (eventual) controvérsia será discutida mais adiante.

³⁵ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 04.

³⁶ Ver o segundo capítulo (*The Age of Sir Edward Coke*) de LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016.

³⁷ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 05.

³⁸ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 33.

³⁹ Coke, por vezes, chega a fazer menção aos costumes das tribos saxônicas. Em POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 06.

meio da tradição e da experiência, representava, em si, uma espécie de coletânea histórica de máximas não-escritas.⁴⁰

O *common law*, portanto, não reunia, simplesmente, um padrão de regras que podia ser previamente definido. Isso porque, além dos costumes, que não podiam ser simples e facilmente *descritos* (justamente porque imemoriais), as “leis naturais” formavam as bases a partir das quais o sistema era construído. Não por menos, *Sir Coke*, enquanto *common lawyer*, não hesitava em invocar aquilo que chamava de “eternas leis do Criador”.⁴¹

Além disso (mas também *por* isso), o *common law* era visto pela teoria clássica também como a *expressão* natural do bem comum e da razão humana. Nas palavras de A. W. B. Simpson, não haveria, no sistema anglo-saxão, qualquer possibilidade de uma distinção muito clara entre dizer que determinada solução para um problema estava de acordo com o Direito, e dizer que tal solução era a solução justa, racional.⁴² A lei *era* a razão. Isso não significa dizer que o *common law* era aceito e validado pela razão — seus princípios latentes *expressavam* a razão. Tampouco significa que o *common law* resumir-se-ia à razão — porque os *common lawyers* (*i.e.* juízes, juristas, advogados) *davam forma* a essa razão comum, a partir de um tipo de raciocínio específico, típico e particular do Direito.⁴³

1.2.1 *Sir Edward Coke e a artificial reasoning*

De acordo com a teoria clássica do *common law*, esse raciocínio subjacente ao direito comum inglês era uma espécie de *aperfeiçoamento artificial da razão*. “Nenhum homem”, dizia *Sir Coke*, “deve ser mais sábio que o Direito, que é a *razão aperfeiçoada*”.⁴⁴ O *common law*, a partir dessa visão⁴⁵ — dentro da qual, além de *Sir Coke*, uma série de importantes

⁴⁰ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 05-07.

⁴¹ Em LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 36, 37.

⁴² Cf. SIMPSON, A. W. B. The Common Law and Legal Theory. In: SIMPSON, A. W. B. (ed.) **Oxford Essays in Jurisprudence**, second series. Oxford: Oxford University Press, 1973, pp. 77-99.

⁴³ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 05-07.

⁴⁴ Tradução livre para “No man [...] ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason.” Em LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 35.

⁴⁵ Como dito ao início deste item, a visão de *Sir Coke* foi *uma* das concepções dominantes sobre o *common law* na teoria clássica surgida no século XVII; havia, ainda, outra importante linha teórica nesse século, associada a Selden e *Sir Hale* (que serão tratados com mais vagar no item subsequente). Os *scholars* contemporâneos

teóricos como Thomas Hedley e Sir John Davies⁴⁶ trabalhavam, sob paradigmas muito similares —, tinha, sim, seus alicerces na razão, mas constituía, em si, um outro tipo de processo intelectual. O *common law*, portanto, expressava essa razão natural que lhe servia de base a partir de um tipo *artificial* de raciocínio, que, por si mesmo, *aperfeiçoava* essa razão fundante.

O termo — “*artificial reasoning*” (*i.e.* artificial uso da razão, raciocínio artificial), que veio a ser amplamente difundido (e aceito como fundamento do direito inglês) no século XVII — deve suas origens à resposta de Sir Coke a uma série de tentativas do Rei James I de decidir pessoalmente alguns casos, tirando-os da competência das Cortes. Para o jurista, a única forma através da qual seria possível honrar plenamente o princípio fundamental disposto em *lex facit regem*⁴⁷ seria contrapor ao raciocínio dito *natural* do Rei, que tentava decidir casos extrajudicialmente, a *artificial reasoning* do *common law*: a razão do *rule of law*, que se daria, exatamente, através do exercício dessa espécie distinta de razão, disciplinada nas Cortes.⁴⁸

Esse raciocínio “artificial”, alicerce do *common law* segundo as concepções dominantes à época, teria seis características típicas; seis dimensões que, além de caracterizá-lo, explicariam por que essa espécie distinta de razão do Direito seria um aperfeiçoamento da razão “natural”. A *artificial reasoning* era (i) *pragmática* (focada na resolução de problemas práticos) e constituía (ii) uma *missão pública* (que conferia considerações voltadas à justiça a esse aspecto pragmático); era também (iii) *contextual* (no sentido de que o juiz do *common law* somente adquiriria sua capacidade especial de raciocínio e julgamento a partir da experiência, com anos de imersão na particularidade do direito comum); e (iv) *não-sistemizada* (no sentido de que uma coerência *local*, seguindo a lógica pragmática, era mais importante que perspectivas teóricas sobre o corpo do sistema como um todo); (v) *discursiva* (isto é, construída oralmente; e, por isso, nas palavras de Sir Coke, a “argumentação discursiva” era expressão da razão); e, por fim, era uma razão (vi) *comum, compartilhada*

divergem sobre qual das duas teorias era, e foi, a mais significativa. Para um aprofundamento no tema, ver, especialmente em 169-176, POSTEMA, Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part I). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 02, n. 02, 2002, pp. 155-180.

⁴⁶ Alguns autores chegam a se referir ao período em comento como a Era Coke-Davies.

⁴⁷ “O Direito [ou a lei] faz o Rei”. Atribuído a Bracton, em *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. Cf. POSTEMA, Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 03, n. 01, 2003, pp. 01-28.

⁴⁸ POSTEMA, Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 03, n. 01, 2003, pp. 01-28.

(superando, assim, enquanto prática compartilhada, a razão “natural” — por sua vez, passível de ser exercida a individualmente).⁴⁹

Esse *aperfeiçoamento da razão* dizia respeito, concomitantemente, ao processo e ao produto: à atividade dos *common lawyers*, e o conhecimento que nela era expressado e adquirido. Coke atribuía ao Direito a razão, e a tarefa do profissional consistia em revelar a sabedoria nele contida. Assim, o direito inglês passava a ser dotado de autoridade no mesmo lugar no qual adquiria uma forma racional: na mente do juiz.⁵⁰

Nas palavras de Anderson Vichinkeski Teixeira, “[*Sir*] Coke enxergava na figura do juiz um intérprete do conhecimento empírico-jurídico criado durante séculos”, e esse conhecimento era norteador da conduta do magistrado “na busca da realização da justiça”. Isso porque, em *Sir Coke*, a lei escrita — “perfectibilização formal da sabedoria e da vontade do legislador” — poderia ser afastada nas hipóteses em que o juiz responsável por aplicá-la “entendesse ser mais conveniente aplicar uma regra costumeira em determinado caso concreto”.⁵¹

Essa, evidentemente, era a caracterização feita pelos praticantes *que subscreviam* a essa ideia de uma *artificial reasoning*. Há quem sustente, hoje, que essa cisão, essa divisão entre dois tipos distintos de raciocínio era nada mais que uma tentativa de afastar o Direito dos cidadãos comuns; uma espécie de acordo mútuo (e silencioso) entre juristas, juízes, e advogados, para preservar um distanciamento entre os cidadãos e uma elite jurídica.⁵²

Para Postema, contudo, ao mesmo tempo em que seria ingênuo pensar que os juristas da época eram absolutamente alheios a intenções do tipo, também não se pode, por outro lado, deixar que uma espécie de cinismo exacerbado considere como absoluta mistificação elitista aquilo que tem importante valor teórico para caracterizar a prática do *common law* do século XVII.⁵³ Isso quer dizer que, seja genuína, seja artifício retórico para conservar uma

⁴⁹ Em POSTEMA, Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 03, n. 01, 2003, pp. 01-28.

⁵⁰ CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale** 1609-1676: Law, Religion and Natural Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 15, 18-19.

⁵¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado de Nações: Hobbes e as Relações Internacionais no Século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 24. Sobre o ponto, ver o primeiro capítulo da obra, que, ainda que trabalhe sob outra perspectiva, diferente da adotada por esta pesquisa — enquanto, aqui, aborda-se o positivismo de Thomas Hobbes para se chegar em Jeremy Waldron, a obra de Vichinkeski Teixeira parte de Hobbes para traçar paralelos com as relações internacionais contemporâneas —, é preciso mencionar, é uma das raras em língua portuguesa a abordar a filosofia *hobbesiana* com tamanha profundidade.

⁵² NENNER, Howard. **By Colour of Law: Legal Culture and Constitutional Politics in England, 1660-1689**. Chicago: University of Chicago Press, 1977, p. 117.

⁵³ POSTEMA, Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 03, n. 01, 2003, pp. 01-28.

mistificação do sistema, é necessário entender a *artificial reasoning* para que se possa ter uma perspectiva suficientemente ampla de um período histórico do direito inglês.

Em síntese, pois, era este o núcleo do *common law* na Era Coke: um sistema jurídico fundado (i) em costumes cujas origens, dizia-se, eram impossíveis de se datar, (ii) na lei natural, e (iii) na razão — que era *aperfeiçoada* pela *artificial reasoning* do Direito;⁵⁴ e esse, portanto, era o contexto em que Thomas Hobbes desenvolvia suas críticas. Antes, contudo, abordar-se-á — novamente de forma breve — um ponto frequentemente ignorado na literatura jurídica (sobretudo a brasileira): a possibilidade — levantada, especialmente, por Michael Lobban⁵⁵ — de que se atribua John Selden e *Sir Matthew Hale*, autores típicos do *common law*, um certo pioneirismo em um redirecionamento teórico do direito anglo-saxão a uma direção mais positivista.

1.2.2 John Selden e *Sir Matthew Hale*

Como já observado, o início da tradição do positivismo é (mais que) frequentemente associado a Thomas Hobbes. De todo modo, não é como se a concepção de *Sir Coke* sobre o *common law* fosse uma unanimidade absoluta: ainda que Hobbes tenha sido, de fato, o grande responsável pelo primeiro ataque geral a uma visão segundo a qual o direito comum inglês seria um aperfeiçoamento artificial da razão, baseado nos costumes e na lei natural — razão pela qual se explica por que ao contratualista é (justa e pontualmente) atribuída essa condição de marco teórico —, já era possível observar, no mesmo século XVII, outras frentes que serviam de alicerce àquilo que se sinalizava como a condução da teoria do *common law* a, em

⁵⁴ LOBBAN, Michael. The common law mind in the age of Sir Edward Coke. *Amicus Curiae*, n. 33, jan./fev. 2001, pp. 18-21. Disponível em <<http://sas-space.sas.ac.uk/3766/1/1348-1484-1-SM.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

⁵⁵ Ver, especialmente, o item 3.1 (pp. 61-64), intitulado *The Positivism of Selden and Hale*, do terceiro capítulo de LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016. Lobban reforça o ponto em outras passagens, em outras obras: “*If Sir Edward Coke was the champion of the notion that the common law was ‘the perfection of reason’, his contemporaries took a view which looks more positivist*”. (Em tradução livre, “[s]e *Sir Edward Coke* era o campeão da noção de que o common law era ‘a razão aperfeiçoada’, seus contemporâneos [Selden e Hale] tomavam uma visão que aparenta ser mais positivista”.) Em LOBBAN, Michael. Custom, Nature, and Authority: the roots of English legal positivism. In: LEMMINGS, David (ed.). **The British and their Laws in the Eighteenth Century**. Woodbridge: The Boydell Press, 2005, p. 29. Diga-se, ainda, que essa relação entre a Era Selden-Hale e um giro positivista não aparece somente em Lobban. Cf. SYTSMA, David S. *Matthew Hale as Theologian and Natural Law Theorist*. In: HELMHOLZ, R. H.; HILL, Mark (eds.). **Great Christian Jurists in English History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 163-186.

alguma medida, ao menos uma *direção* mais positivista.⁵⁶ Isso é importante porque, ainda que Hobbes e Bentham sejam os primeiros teóricos da escola que hoje entendemos como positivismo jurídico — ou seja, os primeiros positivistas *per se* —, essa (re)aproximação teórica do direito anglo-saxão com o direito positivo deu-se a partir de John Selden e seu discípulo, Sir Matthew Hale,⁵⁷ e a relevância desses juristas para o direito inglês não pode ser subestimada — uma vez que a Era Coke não foi o único fio condutor do *common law* presente no século XVII. Também foi esse o século da Era Selden-Hale.⁵⁸

Enquanto a concepção da Era Coke, por fazer uma associação direta entre os costumes e a lei natural, exigia que se respeitasse, em alguma medida, um certo caráter de *imutabilidade* do direito inglês⁵⁹ — já que, em todo seu conservadorismo, Sir Edward Coke via como extremamente perigosa qualquer modificação naquilo no qual se verificava uma continuidade imemoriável, especialmente quando a manifestação desses costumes pelo Direito têm, como pano de fundo, a *artificial reasoning* tipicamente jurídica (esta, por sua vez, imutável por essência)⁶⁰ —, havia quem entendesse que as leis eram perfeitamente sujeitas a mudanças. John Selden — jurista cuja importância é tamanha que John Milton, o consagrado poeta inglês, chamava-o de “o líder dos homens instruídos em sua terra”⁶¹ — foi o grande representante dessa corrente na divergência.

Contrariando a ideia *cokeana* de que o *common law* não reunia, em si, regras e costumes que podiam ser descritos (já que a origem dos costumes — porque fundados na justiça natural e comum aos homens, e repetidos quase que integralmente através dos tempos — fugiria ao alcance da memória), Selden entendia que o Direito era um conjunto de regras *positivas*, cujas fontes — seja o próprio costume ou um Ato do Parlamento — eram

⁵⁶ Aqui, lembremos (e, portanto, tenhamos em mente) que o termo “positivismo” remete a “direito positivo”. Isso quer dizer que “uma direção mais positivista” significa uma direção que se aproxima mais do direito positivo e, proporcionalmente, pois, afasta-se do apego ao direito natural, predominante na Era Coke.

⁵⁷ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 61.

⁵⁸ Ver o terceiro capítulo (*The Age of Selden and Hale*) de LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016.

⁵⁹ Em LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 34-35.

⁶⁰ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 34-35.

⁶¹ Em HAIVRY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 02.

identificáveis.⁶² A lei não era produto da razão, mas da *autoridade*; e, ainda que antigos, os costumes não eram nem imutáveis, nem tinham origens de impossível identificação. Em *Sir Coke*, havia um apelo à razão; em *Selden*, um apelo *ao contrato*.⁶³

Dito de outro modo, ainda que ambos convergissem ao ver, no *common law*, um longo desenvolvimento histórico, havia uma clara divergência: enquanto Coke via, nisso, uma característica de imemoriabilidade, que levaria quase a uma imutabilidade natural — já que sua base era a razão —, Selden via, a partir da compreensão da história, uma clara demonstração de mudanças ao longo do tempo⁶⁴ — já que as leis emanavam menos da razão e mais de uma autoridade (que se perfectibilizava nos acordos entre os cidadãos).⁶⁵

Assim, é importante que se diga que Michael Lobban não deixa de ter razão ao atribuir à Era Selden-Hale o início de um acolhimento a teses mais “positivistas” no *common law*. Ainda que as noções inauguradas por John Selden tivessem, por trás, a lei natural (e sua respectiva observância) como alicerce básico, era possível *identificar*⁶⁶ a partir delas, no direito comum, um conjunto de regras válidas, mutáveis, muito mais abertas às contingências, que estavam menos vinculadas à razão e muito mais fortemente atreladas a acordos sociais; um conjunto, pois, de *regras positivas*.

E essa tendência, em tese, mais “positivista”, inaugurada por John Selden, foi acompanhada e teve, em grande medida, seu seguimento (e difusão) em razão de um discípulo de seus discípulos: *Sir Matthew Hale*. Juiz e proponente de reformas no direito inglês, ainda que não tenha atingido a mesma relevância de seu mestre — em um sentido teórico e

⁶² LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 62-63.

⁶³ Cf. os títulos dos dois primeiros capítulos de CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale 1609-1676: Law, Religion and Natural Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995; respectivamente, *Coke: The Appeal to Reason* (pp. 11-29) e *Selden: The Appeal to Contract* (pp. 30-41).

⁶⁴ “Em [seus] trabalhos, Selden rejeitava uma veneração *cokeana* da antiguidade do *common law*. Todas as leis, dizia ele, eram igualmente antigas, e igualmente fundadas na natureza. Entretanto, elas tomavam caminhos distintos, e, para Selden, ‘todos os costumes que vêm de uma fundação, a *natureza*, variam de *commonwealth* para *commonwealth*’. Mais do que isso, as leis eram sujeitas a mudanças. De suas origens, as leis aumentavam, alteravam-se, ou eram interpretadas, de modo que, salva ‘somente a parte imutável da natureza’, elas eram como ‘um barco, que, por constantes reformas, já não mais tem seus primeiros materiais’. Tradução livre para “[i]n these works, Selden rejected a Cokean veneration of the antiquity of the common law. All laws, he retorted, were equally founded in nature. However, they had taken different paths, and ‘hence it is, that those customs which have come all out of one foundation, nature, thus vary from and cross one another in several common-wealths’. Moreover, laws were subject to change. From their beginnings, laws increased, altered, or were interpreted, so that, save for the ‘meerly immutable part of nature,’ they were like a ‘ship, that by often mending had no piece of the first materials’ remaining.” Em LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 61.

⁶⁵ CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale 1609-1676: Law, Religion and Natural Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 32.

⁶⁶ E isso, por si só, já é importante. Afinal, lembremos: em *Sir Coke*, os “costumes imemoriais” apontavam à sua impossível identificação e descrição.

filosófico —, *Sir Hale* foi o grande responsável por transmitir e difundir as concepções de John Selden sobre o *common law*. E não só isso, foi ele quem conseguiu, enquanto teórico, combinar os *insights* de *Sir Coke* sobre a natureza do Direito à perspectiva histórica de Selden.⁶⁷ O que é importante, aqui, é saber que, para *Sir Matthew Hale* (a partir de Selden), as leis eram — como em *Coke* — oriundas de um corpo histórico, mas passíveis de modificação a partir do raciocínio judicial que interpretaria (e *desenvolveria*) essas leis levando em consideração as circunstâncias do presente, de forma a manter fidelidade ao espírito expressado por esse *corpus juris* histórico. Todavia, mesmo que em clara divergência com relação ao ideal *cokeano* de imutabilidade, manteve-se, em Selden-Hale, a primazia de uma espécie de raciocínio distinto subjacente ao direito comum, já que as reformas jurídicas deviam ser feitas exclusivamente a partir do trabalho dos *common lawyers*.⁶⁸

Agora, considerando que, em Selden-Hale havia esse apelo à autoridade, às regras positivas, *ao contrato*; se, em Selden-Hale, a autoridade jurídica era muito mais uma questão de atos impositivos do “Estado”⁶⁹ (que reforçaria o Direito, entendido enquanto *contrato* celebrado entre os cidadãos) do que qualquer espécie de evolução natural da razão,⁷⁰ por que, então, não foi esse outro grande marco teórico a representar um primeiro ataque positivista ao *common law*? Por que é Thomas Hobbes o único autor apontado como ruptura paradigmática, como grande representante e pioneiro do positivismo jurídico? É possível especular algumas razões.⁷¹

De pronto, é importante dizer que *Sir Coke*, Selden e *Sir Hale*, todos eles, *concordavam* quanto à ideia de que *o direito comum era a única fonte de Direito na Inglaterra*. Isso significa, assim, que é bastante provável que a condição de ruptura paradigmática seja atribuída a Thomas Hobbes, e não a Selden, porque, dadas todas as

⁶⁷ Cf. CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale** 1609-1676: Law, Religion and Natural Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 30. No ponto, é bom reforçar: mesmo consideradas as divergências, as visões de *Coke* e Selden não eram irreconciliáveis.

⁶⁸ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 88-89.

⁶⁹ Aqui, a palavra é mantida entre aspas por questões temporais, uma vez que ainda discutiam-se (e, portanto, *desenvolviam-se*), à época, as noções de um Estado moderno enquanto tal.

⁷⁰ Ser um *common lawyer*, para *Sir Coke*, era compreender a razão por trás do Direito; e, naturalmente, ao conceber o direito inglês como racional (isto é, ao entendê-lo como uma *expressão* da razão, que *se aperfeiçoava ao ser expressada* pelo Direito), qualquer concepção *cokeana*, que apela à razão, vai negar que, em grande medida, a origem das leis no *common law* estaria em *contratos*, ou seja, em acordos entre os cidadãos, tão arbitrários quanto consentidos. Cf. CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale** 1609-1676: Law, Religion and Natural Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 30.

⁷¹ Para além, evidentemente, do reconhecimento muito maior que a história tratou de conferir a Thomas Hobbes, cuja obra teve e tem um alcance muito mais abrangente que a de John Selden — fato este reconhecido inclusive por comentaristas de Selden. Cf. HAIURY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 02.

divergências, as visões do último⁷² não eram completamente irreconciliáveis com as concepções de *Sir Coke* acerca do *common law*.⁷³ Afinal, ainda que relacionasse, muito fortemente, a própria natureza do Direito às ideias de contrato, de autoridade (o que, por si, explica o ponto de Lobban sobre um aspecto “positivista” no autor), todo seu corpo teórico era, ainda assim, não obstante, em alguma medida, muito fortemente *dependente* tanto do direito natural quanto do historicismo por trás da ideia de contrato entre os cidadãos.⁷⁴ Isso não significa que Selden recorresse à primazia da razão, mas é um bom indicativo de sua rejeição ao absolutismo *hobbesiano*: ao mesmo tempo, portanto, em que considerava insuficiente a atribuição da autoridade do Direito à razão, Selden também rejeitava que ela fosse definida tão somente a partir da ideia de soberania. Para ele, o conhecimento *do* e a vinculação/obediência *ao* Direito tinham, sim, a ver com a ideia de autoridade; mas também tinha a ver com os contratos, os acordos entre os cidadãos, e a história do costume — a tudo isso, sempre subjacente a ideia de que o mundo existe dentro de uma “ordem de justiça metafísica”.⁷⁵

A Era Selden-Hale, portanto, ficava, em alguma medida, no meio do caminho. Ao mesmo tempo em que não reproduz uma simplificação reducionista, algo extremo como *lex iniusta non est lex*, tampouco inaugura uma ruptura positivista por completo, no sentido de que o conteúdo e a validade do Direito estariam apartados de qualquer valor substantivo: em Selden, uma lei seria inválida (vale dizer, sequer haveria que se falar em “Direito”) quando ela violasse *(i)* aquilo que tivesse sido prévia e socialmente contratado entre os cidadãos a que se destina e *(ii)* a “justiça fundamental”, expressada na máxima *fides et servanda* (*i.e.* a fé deve ser seguida).⁷⁶ Nesse sentido, fica bastante claro por que, mesmo que Selden-Hale falem em *contrato*, em *autoridade*, há (praticamente) unanimidade no sentido de ser Hobbes o primeiro positivista: porque, na concepção *seldeniana*, a validade do Direito não está *somente* na autoridade, mas também em um número (mesmo que reduzidos) de preceitos morais e, sobretudo, em seu respeito à intuição de que as leis eram, em si, consideradas como

⁷² Diferentemente do que acontecia com Hobbes, como se verá no item subsequente.

⁷³ Como vimos, combinar os *insights* de ambos foi justamente o que fez *Sir Hale*.

⁷⁴ Não por menos, Giambattista Vico, célebre iluminista italiano, considerava Selden — ao lado de Grócio e Pufendorf — um dos “três príncipes do direito natural”. Em HAIURY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 02.

⁷⁵ HAIURY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 269-270.

⁷⁶ HAIURY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 270-273.

promessas históricas de uma tentativa de expressar um ideal de justiça.⁷⁷ A existência e a validade do Direito depende também de sua conformidade a essas premissas.

Tudo isso deixa claro que Selden, e, na sequência, *Sir Hale*, foram os responsáveis por, cada um à sua maneira, *integrar* as concepções de direito natural, positivismo, e historicismo.⁷⁸ Seus pressupostos, assim, reuniam (i) elementos de cunho mais jusnaturalista, voltados a princípios morais — estes, atrelados à *razão* e à *consciência*; (ii) elementos tradicionalmente ligados ao que hoje chamamos de positivismo, através de uma noção de que as regras são *postas* (e reforçadas) pela autoridade soberana; e, finalmente, (iii) elementos *historicamente* ligados ao *historicismo* — com a devida licença para a (proposital) redundância —, manifestados na Inglaterra no pioneirismo de *Sir Coke*, ao relacionar a validade moral e política do Direito a seu caráter histórico, cujo olhar volta-se aos costumes e tradições da comunidade a qual o direito em questão diga respeito.⁷⁹

Enfim, o que se pode dizer, de forma sintetizada, é que, para Selden-Hale, o *common law* tinha raízes — *positivas*, é bem verdade — em um passado histórico. Subjazia a esse passado histórico não *apenas* o contrato entre os cidadãos (que poderia ser modificado), mas também as noções de costume e lei natural. Tudo isso era histórico e definia o alcance do poder soberano, estabelecendo *limites* à validade de suas ações. Em Hobbes, a concepção era outra. Sua visão não era *histórica* (e, muito menos, fazia tantas, digamos, *concessões* ao jusnaturalismo) como a de Selden: as leis (e sua validade) eram derivadas do soberano que estivesse no poder.⁸⁰ Resumidamente, o que se pode dizer é que, enquanto as concepções de Direito pós-*grotianas* de Selden-Hale aceitavam “premissas *a priori*”, o positivismo entende o

⁷⁷ Aqui, ao menos como uma espécie de acordo “*pré-interpretativo*”, lembremos a definição de John Gardner (p. 17, e notas 12 e 13, *supra*, tomada, por esta pesquisa, como suficientemente explicativa e satisfatoriamente paradigmática), segundo a qual o positivista jurídico é aquele que diz que “em um sistema jurídico, a validade jurídica de uma norma depende de suas fontes, não de seus méritos”. Se tomarmos essa premissa como verdadeira — o que é plenamente possível, visto que, mesmo considerando todas as controvérsias sobre quais são, de fato, as teses que se caracterizam como *positivistas*, a concepção de Gardner é amplamente aceita. (Com o termo “acordo ‘pré-interpretativo’”, falo sobre pressupostos, acerca de uma prática ou definição a ser interpretada, que são suficientemente aceitos e compartilhados entre os intérpretes. O termo original é de Ronald Dworkin, e pode ser visto — e, logo, melhor compreendido — em DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986, pp. 65-68).

⁷⁸ BERMAN, Harold; WITTE, John. The Integrative Christian Jurisprudence of John Selden. In: HELMHOLZ, R. H.; HILL, Mark (eds.). **Great Christian Jurists in English History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 139-161.

⁷⁹ De fato, Berman é quem melhor explica essa integração. Cf. BERMAN, Harold J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. **The Yale Law Journal**, v. 103, n. 07, 1994, pp. 1651-1738.

⁸⁰ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 86.

fenômeno jurídico como "uma construção deliberada baseada em um conhecimento empírico dos efeitos que essa construção teria na concretização de propósitos humanos desejáveis".⁸¹

Em uma palavra final, talvez seja ainda interessante também diferenciar as concepções *contratualistas* de Hobbes daquelas dos juristas que também mencionavam a ideia de contrato: se não todos, a mais absoluta maioria dos pensadores prévios da ideia de consentimento visualizam este como "um ato corporativo da comunidade que fora efetuado no passado". A originalidade de um filósofo como Hobbes consiste em sublinhar esse mesmo consentimento agora *pelo indivíduo*.⁸²

1.3 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO TAL: THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes de Malmesbury (1588-1679) simplesmente ridicularizava a noção *cokeana* do Direito como *artificial reasoning*. A fonte do Direito não é a razão, não é a sabedoria; em Hobbes, é *a autoridade*, pura e simplesmente.⁸³ Mais do que uma análise histórica do direito inglês, interessa-nos, claro, compreender o pensamento político-jurídico de Hobbes; como dito, até aqui, tratou-se de uma contextualização. De todo modo, bastante brevemente, é interessante colocar um dos possíveis motivos pelos quais a inauguração do positivismo como tal, por Hobbes, foi algo tão significativo na Teoria do Direito à época e por que sua contribuição no âmbito jurídico teve tamanho impacto junto aos juristas da teoria clássica.

A relevância de Hobbes na filosofia política, hoje, é tão aceita e difundida que se dispensam maiores explicações; contudo, penso ser interessante abordar uma razão específica que mostra a importância — e mais, a *causa* da importância — de Hobbes ao Direito; especialmente porque concordo com David Dyzenhaus e Thomas Poole no sentido de que é "surpreendente" tão grande discrepância entre, de um lado, o enorme engajamento, e, de

⁸¹ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem, na qual Hayek discorre sobre os jusnaturalistas contemporâneos e posteriores a Grotius (de Groot, Grócio) e suas convergências com o pensamento positivista: "This new rationalist law of nature of Grotius and his successors, indeed, shared with its positivist antagonists the conception that all law was made by reason or could at least be fully justified by it, and differed from it only in the assumption that law could be logically derived from a priori premises, while positivism regarded it as a deliberate construction based on empirical knowledge of the effects it would have on the achievement of desirable human purposes". HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy**. Cornwall: Routledge, 1998, p. 21.

⁸² Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo** Antigo e Moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 45.

⁸³ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 81.

outro, a pouca atenção da doutrina quanto a, no primeiro caso, a *teoria política* e, no segundo, a *Teoria do Direito* em Hobbes;⁸⁴ porque concordo com Martin Loughlin quando este diz que Hobbes era um jurista do mais alto nível, que sua obra classifica-se mais como “teoria política do Direito” do que como “filosofia política” tão somente, e que “*Leviathan* é a maior obra-prima político-jurídica [*political jurisprudence*] escrita na língua inglesa”.⁸⁵⁻⁸⁶ Aliás, é interessante mencionar que não se trata de hipérbole: Michael Oakeshott, grande filósofo do conservadorismo britânico e célebre comentador de Hobbes, diz que, talvez, *Leviathan* seja a *única* obra-prima de filosofia política escrita na língua inglesa.⁸⁷ No Brasil, Eduardo Giannetti diz que “o berço do tratamento moderno do problema da ordem social é, sem dúvida, a filosofia *hobbesiana*”.⁸⁸

Uma obra de tal magnitude, de autor de tamanha importância, não poderia ser ignorada. Assim, na medida em que os juristas da teoria clássica do *common law* sentiam-se obrigados a, gostando ou não, conceder a Hobbes o ponto de que o Direito emana(va), ao menos em alguma medida, da autoridade, o ataque geral *hobbesiano* ao *common law* deixava-os com um problema: como conciliar uma visão segundo a qual o Direito era concebido em termos de *autoridade*, não de razão, com a existência de um corpo de normas que se desenvolviam ao longo do tempo através da atividade judiciária (*i.e. judge-made law*)? Até se tentou responder.

Sir Hale, por exemplo — ainda que aceitasse a concepção *positivista* (*i.e., ligada à ideia de direito positivo*, em contraposição a tão somente um direito natural) em alguma medida —, em resposta a Hobbes, a partir de suas concepções históricas, explicava o desenvolvimento do Direito nas Cortes através de uma espécie de *extensão* das regras existentes — estas sim, que eram, por sua vez, derivadas do acordo social passado — pelo uso, por parte dos juízes, da analogia; somente quando o recurso fosse impossível devia o juiz recorrer à razão. De todo modo, a resposta era insatisfatória, uma vez que, além de pouco desenvolvida, não era capaz de (*i*) lidar bem com a realidade de que os juízes desenvolviam,

⁸⁴ O ponto está na quarta capa e na *Introduction* de *Hobbes and the Law*, editado pela Universidade de Cambridge. Cf. DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁸⁵ Tradução livre para “*Leviathan stands as the greatest masterpiece of political jurisprudence written in the English language*”. Em LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 05.

⁸⁶ Pessoalmente, colocaria, ainda, ao lado de *Leviathan*, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), de Jeremy Bentham, sobre a qual tratarei mais adiante.

⁸⁷ “*Leviathan is the greatest, perhaps the sole, masterpiece of political philosophy written in the English language*”. OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on Civil Association**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975, p. 03.

⁸⁸ GIANNETTI, Eduardo. **Vícios Privados, Benefícios Públicos?** A Ética na Riqueza das Nações. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 71.

sim, o Direito e, especialmente, (ii) responder à questão da atividade do juiz diante de casos inéditos.⁸⁹

1.3.1 Hobbes e o *common law*: autoridade, não razão

De forma muito direta, é possível, através de uma só afirmação, responder a duas perguntas fundamentais: (i) se Hobbes rejeitava o Direito como este era entendido pelos juristas da teoria clássica do *common law*, qual era sua compreensão acerca do fenômeno jurídico? E finalmente: (ii) *por que Hobbes é, por muitos, apontado como um dos, senão o fundador do positivismo jurídico?* Em síntese, (ii) Hobbes é o “pai” do positivismo jurídico⁹⁰ (da coisa senão do nome)⁹¹ porque (i) definia o Direito em termos de comandos da autoridade soberana, de forma tal que a validade do comando independe de seu conteúdo moral.⁹² Essa concepção, naturalmente, é fruto das bases filosóficas de seu pensamento, de suas noções de Estado e soberania, e, nos pontos que mais nos dizem respeito, suas visões acerca do *common law* — que são, naturalmente, uma consequência lógica decorrente da conjugação dos dois primeiros elementos. Assim, é importante que, antes de abordarmos a *jurisprudence*⁹³ de Hobbes *per se*, tenhamos exposta, ainda que muito sucintamente, sua concepção acerca do Estado, seu papel, e seu autêntico significado.

Hobbes não entendia a *commonwealth*⁹⁴ como uma entidade natural ou orgânica. Ao contrário; a instituição estatal era uma criação humana:⁹⁵

⁸⁹ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 155.

⁹⁰ Nesse sentido, Lenio Streck, ao mesmo tempo em que aponta “que em Thomas Hobbes (1558-1679) já se anunciava o positivismo ou ao menos é perceptível o seu germen”, faz uma interessante consideração acerca de uma espécie de “positivismo” já nos sofistas, uma vez que, para eles “o *nomos* seria apenas uma expressão cultural e contingente, isto é, não estaria predeterminada no cosmos. O *nomos* estaria sujeito ao homem, e não o inverso”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 167.

⁹¹ Ver ponto 1.1 desta pesquisa.

⁹² LOBBAN, Michael. Thomas Hobbes and the common law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 39. Não por menos — e o ponto, que endosso, é também trazido pelo próprio Lobban —, Austin, que popularizou essa concepção a partir de sua jurisprudência analítica era um admirador de Hobbes. *Cf.*, a título de exemplo, a *Lecture VI*, de *Lectures on Jurisprudence*. AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence**, or the Philosophy of Positive Law. 5. ed., vol. I. Editado por Robert Campbell. Londres: John Murray, 1885, pp. 234, 279.

⁹³ Sobre o termo *jurisprudence*, entendido enquanto *Teoria do Direito*, ver nota n. 22, *supra* (p. 19).

⁹⁴ *Commonwealth* é um tradicional termo da filosofia política anglo-saxã que se traduz na ideia de uma comunidade política construída visando ao bem comum. Peço, aqui, licença para tomar emprestada a nota de Anderson Vichinkeski Teixeira acerca da locução: “Registre-se a dificuldade de tradução literal para o português que a expressão *commonwealth* nos oferece, pois ela possui vários significados, como: bem-comum, Estado,

Com a *arte*, criamos o *Leviatã* chamado de *commonwealth*, ou *Estado* (do latim, *civitas*), que é nada senão um homem artificial — embora maior e mais forte que o homem natural, para cuja proteção e defesa o *Leviatã* é criado.⁹⁶

E o Direito — na passagem que segue, chamado por Hobbes de “lei civil” —, nesse contexto, é *posto*⁹⁷ pela autoridade soberana; é produto daquilo que impõe o *Leviatã*. Constitui-se, pois, “para todo súdito, pelas regras que o Estado a ele impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente da sua vontade, *empregando tais regras para diferenciar o que é certo do que é errado*”.⁹⁸ Daí decorre que o que torna uma proposição boa ou má, justa ou injusta, certa ou errada, não é a razão, nem a sabedoria ou a consciência, mas sua *fonte* — notadamente, o soberano. E se é o soberano quem determina, segue-se logicamente que a validade do Direito independe da valoração moral dos súditos acerca do comando que este lhes estabelece.

Eis, pois, o grande argumento para sustentar Hobbes como o primeiro positivista clássico: em sua concepção de Direito, satisfeitas estão as duas grandes teses positivistas de que falei no item que abre esta pesquisa: a tese das *fontes* e a tese da *separabilidade*.⁹⁹ Nesse sentido, quem melhor valida minha afirmação anterior — de que, na concepção *hobbesiana*, a fonte do Direito é, pura e simplesmente, a autoridade — é o próprio Thomas Hobbes, ao dispor que “[o] que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade”;¹⁰⁰ daí o clássico adágio *hobbesiano*, já notório: *auctoritas, non veritas facit legem*.

nação e comunidade.” Cf. a nota n. 7, em TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado de Nações: Hobbes e as Relações Internacionais no Século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 23.

⁹⁵ LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 08.

⁹⁶ Tradução livre para “[f]or by Art is created that great LEVIATHAN called a COMMON-WEALTH, or STATE, (in latine CIVITAS) which is but an Artificiall Man”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 81. No ponto, para melhor compreender o sentido de *homem natural* e *homem artificial*, é interessante que se tenha em mente a ilustração original que serve de capa a *Leviathan*, feita pelo próprio Hobbes ao lado do artista Abraham Bosse: representando o Estado (ou seja, o próprio *Leviatã*), a figura de um homem, vestindo uma coroa e segurando, em cada uma das mãos, um cetro e uma espada — o soberano, detentor dos poderes secular e eclesiástico. Quando olhamos de perto, o corpo do soberano — o *homem artificial* — é composto por centenas de corpos de indivíduos menores — ao *homens naturais* —, cujos olhares estão voltados à cabeça daquele que criaram para sua proteção.

⁹⁷ “*Posto*”. Logo, “direito *positivo*” (no inglês, essa relação pode ser vista mais diretamente: “posited”, “positive law”). Daí, “*positivismo* jurídico” (“legal *positivism*”).

⁹⁸ Grifo meu. Tradução livre para “*CIVIL LAW, is to every subject, those rules, which the commonwealth hath commanded him, by word, writing, or other sufficient sign of the will, to make use of, for the distinction of right, and wrong*”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 176.

⁹⁹ Cf. GOLDSMITH, M. M. Hobbes on law. In: SORELL, Tom (ed.). **The Cambridge Companion to Hobbes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 275.

¹⁰⁰ HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um Filósofo e um Jurista**. Prefácio de Renato Janine Ribeiro e tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004, p. 37.

Para Hobbes, um contexto no qual cada cidadão é o “juiz de ações boas e ruins” seria uma “doença” para a *commonwealth*, dado que essa condição (*i.e.*, cada indivíduo julgando por si próprio a (in)justeza de uma ação) é própria da condição do estado de natureza, no qual ainda não há direito positivo ou governo civil. Agora, quando *há* governo, quando *há* lei civil, é ela que determina “a medida em que as ações são boas ou ruins”.¹⁰¹ A consequência é lógica: se é o direito positivo que determina o que é o “Bom” (e, por decorrência direta, também o “Mal”), não há sequer a possibilidade de se falar em uma lei “injusta”. É essa concepção “legalista” de justiça que leva Norberto Bobbio a atribuir a Hobbes o surgimento das “estruturas ideológicas”¹⁰² do positivismo jurídico: o comando do soberano é justo, tão somente porque oriundo do único que detém o poder legítimo para comandar; o que é proibido é injusto, meramente porque proibido. É uma ideia positivista porque o direito positivo é, completamente e em si mesmo, um critério autossuficiente para determinar o que é justo e injusto.¹⁰³⁻¹⁰⁴

É justamente por isso que Hobbes rejeitava, com afinco, a noção de *artificial reason*, perpetrada no imaginário da teoria clássica do *common law* por Sir Coke. “[F]ora aquele que tem o poder legislativo, ninguém pode fazer uma lei”; Razão artificial, jurídica? “[N]as criaturas terrenas não há razão outra que não a razão humana”.¹⁰⁵ A ética *hobbesiana* é eminentemente *subjetivista* — razão pela qual Hobbes seria incoerente se subscrevesse ao ideal de razão reta; afinal, para ele “não existe um padrão ético de validade inquestionável e aceitação universal através do qual se possa determinar como devemos viver”.¹⁰⁶

Essas noções todas estão bem sintetizadas no anteriormente mencionado *Diálogos entre um Filósofo e um Jurista*.¹⁰⁷ Escrita na metade final dos 1660, a obra tem um título autoexplicativo: trata de um diálogo entre um filósofo, crítico, e um jurisconsulto, defensor do

¹⁰¹ As citações foram extraídas e traduzidas livremente do seguinte trecho: “*I observe the Diseases of a Commonwealth, that proceed from the poyson of seditious doctrines; whereof one is, That every private man is Judge of Good and Evill actions. This is true in the condition of meer Nature, where there are no Civill Lawes; and also under Civill Government, in such cases as are not determind by the Law. But otherwise, it is manifest, that the measure of Good and Evill actions, is the Civill Law.*” Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 365.

¹⁰² “*Ideological framework*”. A edição aqui utilizada é norte-americana, e foi traduzida do italiano por Daniela Gobetti.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 116.

¹⁰⁴ Mais adiante, enfrentarei uma divergência doutrinária acerca disso, originada por algumas considerações de Hobbes acerca da lei natural.

¹⁰⁵ HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um Filósofo e um Jurista**. Prefácio de Renato Janine Ribeiro e tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004, p. 37.

¹⁰⁶ GIANNETTI, Eduardo. **Vícios Privados, Benefícios Públicos?** A Ética na Riqueza das Nações. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 72.

¹⁰⁷ *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws*.

common law. Para alguns autores, como é o caso de Norberto Bobbio, o “filósofo” é o próprio Hobbes, ao passo que o “jurista” seria uma representação de *Sir Edward Coke*.¹⁰⁸

O contraste entre *Sir Coke*, Davies (que, de um lado, representam o *common law*), e Hobbes (do outro, personificando um *desafio* ao *common law*), torna-se, assim, muito visível. Em Davies, o *common law*, ainda que fruto da autoridade, era derivado da sabedoria dos tempos; em *Sir Coke*, era expressão natural da razão através da *artificial reasoning*, exercida pelos juízes. Em Hobbes, Direito é a vontade do soberano: a *right reason*,¹⁰⁹ ou *razão reta*, é a *razão do soberano*; a lei será o comando do soberano. *Lex* não se confunde com *jus*.¹¹⁰

1.3.2 Hobbes era mesmo um positivista?

Eis meu argumento anterior, reduzido a poucas palavras: é seguro colocar Thomas Hobbes como o precursor do positivismo jurídico uma vez que sua concepção acerca da “lei civil” satisfaz as grandes teses positivistas. Agora, por que “lei civil”? Por que Hobbes dispõe seu conceito de Direito a partir daquilo que chama de *civil law*,¹¹¹ em vez de dizer, apenas e simplesmente, *law*? Porque Hobbes, como os autores de sua época, pressupunha sempre a existência prévia de um outro tipo de lei: uma *natural law*, a lei natural. As perguntas mais óbvias que se dão a partir dessa constatação não poderiam expressar algo diferente: lei, direito natural? E o positivismo? E toda a questão de *auctoritas, non veritas facit legem*? Ao que parece, a associação *Hobbes-positivismo*, que, *prima facie*, parecia tão tranquila, já não mais parece assim tão simples. Por essa mesma razão, Bobbio traz os mesmos questionamentos, apenas formulados em outras palavras: “como pode um sistema que começa por aceitar a lei natural ser uma expressão típica de uma concepção formal de justiça? [...] [C]omo pode o poder do Estado ser absoluto se a vontade do soberano deve medir a si mesma contra uma lei que é natural?”¹¹²

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 34.

¹⁰⁹ A ideia de *right reason*, razão reta (*recta ratio*) é, historicamente, uma “contenção básica da teoria do direito natural”, segundo a qual existiria justamente uma razão reta em consonância com a natureza. O conceito pode ser traçado e atribuído originalmente a Cícero, em *De republica*. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 39.

¹¹⁰ “*Jus and Lex, Right and Law; [...] they ought to be distinguished*”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 86.

¹¹¹ Não confundir com o sistema jurídico de tradição romano-germânica, que é o que, via de regra, temos em mente ao lermos *civil law*.

¹¹² “*The question thus arises: how can a system which begins by accepting laws of nature be a typical expression of a formal conception of justice? [...] [H]ow can the power of the state be absolute if the will of the sovereign*

Alguns, ainda que visualizem a tradicional associação entre Hobbes e o positivismo como algo, em alguma medida, duvidoso, considerada sua percepção acerca das relações entre o direito natural e a(s) lei(s) positiva(s), entendem que os fundamentos intelectuais para a tradição moderna do positivismo tenham, de fato, raízes *hobbesianas*. Um belo exemplo dessa corrente é Sean Coyle: para o autor, a relação entre a lei natural e as leis positivas da sociedade civil, em Hobbes, faz com que seja “intrigante” associá-lo, de forma tão frequente quanto insistente, ao positivismo jurídico.¹¹³ Ainda assim, o mesmo Coyle diz que, uma vez que a epistemologia moral exposta em *Leviathan* dá a entender que é impossível qualquer consenso ético,¹¹⁴ quaisquer que sejam crenças internas de um indivíduo, e o que quer elas digam acerca das demandas de justiça, do que é certo, e de integridade pessoal, o comportamento externo e o discurso desse indivíduo devem conformar-se aos padrões da lei civil.¹¹⁵ Para o autor, isso é razão suficiente para (i) afastar Hobbes da tradição jusnaturalista e (ii) atribuir a seu pensamento as raízes juspositivistas.¹¹⁶⁻¹¹⁷

Por outro lado, outros autores — muito relevantes e academicamente respeitados, diga-se — rejeitam o rótulo a Hobbes. Sabine, por exemplo, chega a afirmar, expressamente, que Hobbes devia ter, antes de tudo, abandonado qualquer vinculação a noções de direito natural — e que, por não tê-lo feito, não seria exatamente correto classifica-lo como um juspositivista.¹¹⁸

must measure itself against a natural law?” Em BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 117.

¹¹³ “*In the face of the foregoing account of (Hobbes’s perception of) the relationship between natural law and the positive laws of a civil society, it may seem perplexing to persist in regarding such an account as positivist*”. Cf. COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 16, n. 2, jul. 2003, pp. 243-270.

¹¹⁴ Aqui, ainda que reconheça que determinadas tradições doutrinárias diferenciem os termos “moral” e “ética” (como Dworkin, por exemplo, que, em *Justice for Hedgehogs*, define a ética como o estudo de como viver bem e a moral como o estudo de como devemos tratar as outras pessoas), tratá-los-ei como sinônimos, intercambiáveis. Quem melhor explica isso é Arthur Ferreira Neto, em *Metaética e a Fundamentação do Direito*: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, pp. 45-46.

¹¹⁵ “*The epistemology of the Leviathan firmly precludes the possibility of moral consensus emerging through individual assessments of the demands of reason. [...] [W]hatever my internal beliefs may say about the demands of justice, or right, or personal integrity, my external speech and behaviour must conform to the standards laid down in the civil law*”. Cf. COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 16, n. 2, jul. 2003, pp. 243-270.

¹¹⁶ Coyle diz que, mesmo considerando a aparente contradição, “há um senso mais profundo no qual o pensamento de Hobbes deve ser considerado a fundação da tradição positivista moderna”. (“*[T]here is a deeper sense in which Hobbes’s thought should be regarded as the foundation of the modern positivist tradition*”). Cf. COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 16, n. 2, jul. 2003, pp. 243-270.

¹¹⁷ Autores importantíssimos, como o próprio Ronald Dworkin, consideram o positivismo de Hobbes um truismo. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 175.

¹¹⁸ SABINE, George H. **A History of Political Theory**. 3. ed. Londres: George G. Harrap and Co., 1963, pp. 460-461.

David Dyzenhaus, por sua vez, argumenta que, para Hobbes, a ordem *legal* é uma característica essencial para que seja mantida a ordem *da sociedade civil*, e que, por esse motivo, as instituições de ordem jurídica, a partir do pensamento *hobbesiano*, devem ser estruturadas de forma tal que só é intrinsecamente legítima a autoridade que aja de acordo com o *rule of law*.¹¹⁹⁻¹²⁰ A partir dessa leitura, o autor chega a aproxima Hobbes de Lon Fuller,¹²¹ autor já do século xx, jusnaturalista, que dispõe — e claro que, aqui, exponho de forma *muito* sucinta — que o Direito tem uma espécie de moralidade interna, a partir da qual, entre outros elementos, é possível deduzir a (in)validade de um sistema jurídico como tal; não por menos, coloca-o, como Fuller, como um “anti-positivista”.¹²² É o mesmo Dyzenhaus, contudo, na *Introdução* da coletânea por ele editada (juntamente de Thomas Poole) — que já aqui referenciamos — intitulada *Hobbes and the Law*, que diz que classificar Hobbes como um precursor do positivismo clássico é característica da visão ortodoxa, da doutrina mais tradicional.¹²³

De todo modo, ainda que (i) eu esteja plenamente convencido quanto à interpretação segundo a qual Hobbes é, sim, o precursor do juspositivismo como tal — e espero que os motivos que me levam a essa conclusão estejam suficientemente claros ao final deste tópico —, e (ii) essa seja a interpretação mais tradicionalmente aceita e difundida, não seria justo que eu tratasse como unanimidade acadêmica aquilo que não o é; afinal, como, novamente, o próprio David Dyzenhaus muito bem diz, “[n]ão há [...] interpretação incontroversa acerca do pensamento jurídico de Hobbes”.¹²⁴

¹¹⁹ A locução *rule of law* é muito comumente, no Brasil, traduzida como *Estado de Direito*. Não critico a tradução *per se*, uma vez que me parece muito difícil, neste caso, uma tradução mais adequada; seja como for, penso que *rule of law* expressa algo um pouco diferente de *Estado de Direito*, que, penso, pode acabar, em alguma medida, remetendo à clássica ideia alemã de *Rechtstaat* — que, na acertada lição de José Guilherme Merquior, inclui alguns outros elementos, adicionais, como, por exemplo, “a sacralização dos direitos públicos subjetivos na lei positiva”. Trato, aqui, de um conceito mais amplo, propositalmente mais amplo, no sentido de *império da lei*. (Cf. MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 133.)

¹²⁰ Muitas são as concepções que substancializam um ideal tão amplo, mas todas, em maior ou menor grau, gravitam em torno da noção de que “indivíduos em posições de autoridade devem exercer seu poder nos limites de uma estrutura de normas públicas, e não a partir de suas próprias preferências, ideologias ou sentidos de certo e errado”. Cf. WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. **New York University School of Law Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, nov. 2008, p. 06.

¹²¹ Cujas definições acerca do conceito de positivismo jurídico foi tratada no item 1.1 desta pesquisa, na p. 14.

¹²² DYZENHAUS, David. *Hobbes and the Legitimacy of Law*. **Law and Philosophy**, vol. 20, n. 05, set. 2001, pp. 461-498. De forma muito similar, Dyzenhaus rejeita a relação típica entre Hobbes e o positivismo jurídico em DYZENHAUS, David. *Hobbes on the authority of law*. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 186-209.

¹²³ DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 02.

¹²⁴ Tradução livre para “[t]here is [...] no uncontroversial interpretation of Hobbes’s juristic thought”. Cf. uma vez mais a *Introdução* de DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 02.

1.3.2.1 Direito e lei natural em Thomas Hobbes

No pensamento *hobbesiano*, os conceitos de *direito natural* e *lei natural* são centrais, e a distinção entre os termos deve ser ressaltada: para Hobbes, *direito* difere-se de *lei*; o primeiro trata de *liberdade(s)*, ao passo que o segundo trata de *obrigação(ões)*.¹²⁵ “Há uma grande diferença entre *lei* e *direito*; a lei é uma *corrente*; o direito, uma *liberdade*; e eles diferem-se como contrários”.¹²⁶ Como dito anteriormente, em Hobbes, há uma cisão entre *lex* e *jus*, em todos os sentidos.

É com isso em mente que Hobbes determinava que, no estado de natureza, os indivíduos teriam um *direito*, natural, fundamental: o da *autopreservação*. “[A] fundação primeira do *direito* natural”, diz Thomas Hobbes, “é a de que *todo homem, com o máximo de suas forças, visa a proteger sua vida e seus membros*”.¹²⁷ Isso é algo que simplesmente está no homem, em sua constituição própria; daí que o *instinto da e pela* autopreservação é algo que sequer pode ser evitado, e daí que, justamente porque algo que é um *impulso natural*, “não menos que aquele pelo qual uma pedra cai do alto”, o homem pode “utilizar-se de todos os meios, e fazer todas as ações, sem os/as quais ele não pode preservar a si mesmo”.¹²⁸ Aqui já começa a ficar muito claro *como, por que e em que medida* a ideia de direito natural em Hobbes está diretamente relacionada a seu conceito de soberania. Isso porque, diante de um cenário no qual o homem tem a *liberdade* de fazer *tudo*, dentro da esfera do necessário e do possível, não é difícil de imaginar por que a imagem que Hobbes dispõe quando de sua já célebre descrição da vida no estado de natureza é como é:

[T]odo homem é inimigo de todo homem; [...] Em tal condição, não há lugar para a indústria, porque incertos seus frutos; conseqüentemente, não há

¹²⁵ LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 13.

¹²⁶ Tradução livre para “*There is great difference therefore between Law, and Right; For Law is a fetter, Right is freedom, and they differ like contraries*”. Em HOBBS, Thomas. **De Cive**, The English Version, entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society Oxford: Oxford University Press, 1987 [1643], p. 170.

¹²⁷ Tradução livre para “[*T*]he first foundation of natural Right is this, That every man as much as in him lies endeavour to protect his life and members”. Em HOBBS, Thomas. **De Cive**, The English Version, entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society Oxford: Oxford University Press, 1987 [1643], p. 47

¹²⁸ “[*B*]y a certain impulsion of nature, no lesse then that whereby a Stone moves downward”; “[*T*]hat since every man hath a Right to preserve himself, he must also be allowed a Right to use all the means, and do all the actions, without which he cannot preserve himself”. Em HOBBS, Thomas. **De Cive**, The English Version, entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society Oxford: Oxford University Press, 1987 [1643], p. 47.

cultivo da terra. Não há navegações, nem uso das mercadorias importadas através do mar. Não há construções confortáveis, não há instrumentos que possam mover e remover as coisas que exigem grande força. Não há conhecimento da face da Terra, não há qualquer cômputo do tempo, nem arte, nem um alfabeto, nem sociedade. E o pior de tudo, há um medo constante, e o perigo de uma morte violenta; e a vida do homem, solitária, pobre, perversa, bruta, curta.¹²⁹

Esse cenário, absolutamente assustador — e os motivos que me levam a assim declará-lo são autoevidentes —, é nada mais que uma óbvia consequência de um estado no qual todo e cada homem tem um direito de fazer aquilo que entender como necessário para a preservação de sua própria vida. É por essa razão que, diferentemente de vertentes liberais como as de autores como Locke e Kant, o liberalismo *hobbesiano* não é exemplo de um projeto de um regime universal, mas tão somente de uma busca por coexistência pacífica.¹³⁰

Além do *direito* natural, que Hobbes entendia como uma *liberdade*, o autor também faz menção às *correntes* da lei natural. Essas, por sua vez, também estão diretamente relacionadas ao impulso humano natural, instintivo, de autopreservação. Mas lembremos: em Thomas Hobbes, as leis naturais são uma série de “preceitos”, de *axiomas* lógicos, “descobertos através do exercício da razão”, segundo os quais, aos homens, é vedado fazer tudo aquilo que (i) for “destrutivo à vida” e (ii) “tira de outrem os meios de preservá-la”.¹³¹ Só que, para que se possa compreender o verdadeiro sentido que essas leis naturais tinham para Hobbes, não se pode perder de vista que elas eram vinculantes tão somente *in foro interno*. Daí dizer que esses preceitos eram tão somente axiomas lógicos:¹³² “esses ditames da razão são chamados pelos homens de leis, mas erroneamente, porque são nada mais que conclusões, ou teoremas, que dizem respeito àquilo que leva à conservação e defesa de suas vidas”.¹³³ Para Hobbes, portanto, a *lei* natural não é uma lei *de facto*; esses “teoremas” são, em verdade,

¹²⁹ Tradução livre para “[E]very man is Enemy to every man; [...] In such condition, there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no Culture of the Earth; no Navigation, nor use of the commodities that may be imported by Sea; no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such things as require much force; no Knowledge of the face of the Earth; no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 186.

¹³⁰ GRAY, John. **The Two Faces of Liberalism**. Nova York: The New Press, 2000, p. 02.

¹³¹ “A LAW OF NATURE, (Lex Naturalis,) is a Precept, or generall Rule, found out by Reason, by which a man is forbidden to do, that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 86.

¹³² Cf. STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. Tradução de Elsa M. Sinclair. Chicago: University of Chicago Press, 1952, p. 17.

¹³³ “These dictates of Reason, men use to call by the name of Lawes; but improperly: for they are but Conclusions, or Theoremes concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves”. Em HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], pp. 216-217

disposições gerais, deduzidas da razão que, muito mais do que leis, são contribuições à ciência moral.¹³⁴ Seriam muito mais *conselhos* do que *comandos*. Em outras palavras, de forma mais clara, seria como dizer que esses axiomas, porque racionais, determinam algo como “faça isso porque, considerada a natureza humana, é simplesmente *bom*,¹³⁵ lógico, racional que seja assim”. Isso não é *coercitivo*; é simplesmente *lógico*, a partir da natureza humana, deduzir a existência dessa lei natural, mas não há uma *sanção* na hipótese de um eventual descumprimento. Hobbes nega a existência dessa lei natural *qua* lei propriamente dita.¹³⁶ Nas palavras de Michael Oakeshott, um “preceito da razão”, em Hobbes, é um “preceito hipotético e não o equivalente a um dever”.¹³⁷ “Propriamente falando”, segundo o mesmo Oakeshott (já em outro ensaio), os axiomas que correspondem à lei natural em Hobbes são “inúteis, até que transformados de meros teoremas a máximas que regulam a conduta humana, e transformados dessas máximas em leis [*de facto*]”.¹³⁸

1.3.2.2 *Law of nature e civil law*

Tudo isso, até aqui, parece bastante tranquilo. Aquilo a que Hobbes chama de “lei natural” são axiomas lógico-rationais que se deduzem a partir da natureza humana, e, dada a concepção *hobbesiana* acerca dessa natureza, essas proposições tinham um caráter de conselho: “obedeça, de forma tal que é apenas lógico que o respeito a este axioma seja também um respeito ao seu próprio instinto de autopreservação”. Esses conselhos só podem ser considerados regras uma vez que estabelecidos por aquele que detém a autoridade para tal.

¹³⁴ HARRISON, Ross. The equal extent of natural and civil law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 23

¹³⁵ “Bom”. Aqui, exige-se um importante esclarecimento. Com Oakeshott, temos que, no vocabulário *hobbesiano*, “bom” e “mau” *não têm, em si, conotações morais prévias*. “Bom” é aquilo que é (meramente) “desejável”; “mau”, aquilo que é (meramente) objeto de aversão. São, portanto, “palavras redundantes que meramente repetem aquilo que já estava significado em palavras como ‘prazeroso’ e ‘doloroso’.” No trecho original: “*It is to be observed, however, that in Hobbes's vocabulary the words 'good' and 'evil' had (as a rule) no moral connotation. 'Good' merely stood for what is desirable, that is, for whatever may be the object of human appetite; 'evil' signified whatever is the object of aversion. They are, therefore, redundant words which merely repeat what is already signified in words such as 'pleasurable' and 'painful'.*” Cf. OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in Politics** and other essays. Londres: Methuen, 1962, p. 261.

¹³⁶ STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. Tradução de Elsa M. Sinclair. Chicago: University of Chicago Press, 1952, pp. 24-26.

¹³⁷ “[A] *'precept of reason' is only a hypothetical precept and not the equivalent of a duty*”. Cf. OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in Politics** and other essays. Londres: Methuen, 1962, p. 262.

¹³⁸ Trecho traduzido de forma livre e contextualizada: “[p]roperly speaking, they are only theorems, [...] [a]nd they are fruitless until they are transformed from mere theorems into maxims of human conduct and from maxims into laws”. OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on Civil Association**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975, p. 39.

A (possível) controvérsia, contudo, dá-se a partir das seguintes passagens na obra de Hobbes: (i) “a lei natural e a lei civil *contém uma a outra*, e são *de igual extensão*”,¹³⁹ e, especialmente, (ii) “o soberano (seja um monarca ou uma assembleia)” teve o poder a si atribuído para garantir “*a segurança do povo*” — tarefa à qual ele está “*vinculado pela lei da natureza*”.¹⁴⁰ Evidentemente, ao menos *prima facie*, isso parece contradizer toda a argumentação mais tradicional — tanto no sentido de que Hobbes teria sido o precursor do juspositivismo, tanto quanto na tradicionalíssima tese, comumente atribuída ao autor, do poder absoluto: se o soberano está vinculado a uma lei natural, (i) seu poder não é absoluto e, mais especificamente no ponto que interessa aqui, (ii) resta, no mínimo, fragilizada a afirmação que atribui a Thomas Hobbes e sua *political jurisprudence* uma subscrição àquilo que se convencionou *a posteriori* como típico das grandes teses positivistas. Mas há uma explicação.

Retomando, uma vez mais, Martin Loughlin,¹⁴¹ é possível, a partir de um olhar mais cuidadoso e contextualizado da obra de Hobbes, tratar esse (aparente) paradoxo como um “*misunderstanding*”, um mal-entendido. Diz o *scholar* que o argumento *hobbesiano* de que a autoridade do soberano é pautada em “preceitos de uma lei natural” não o levavam a reconhecer a validade de uma norma superior. Seu objetivo era o de “explicar que não poderia haver lei válida que não a lei civil, e que a função básica da lei civil era satisfazer as condições de sua ciência civil”,¹⁴² de forma que suas premissas fundamentais fossem universalmente válidas.

E, para que fosse possível estabelecer as bases de um regime político cuja sustentação fosse dotada de validade absoluta, a única maneira efetiva era colocar esse regime “no [mesmo] pedestal das leis naturais”, já que, como vimos, dentro da própria acepção *hobbesiana*, essas leis naturais eram sempre “racionalmente deduzíveis de outra lei natural

¹³⁹ Grifos meus, e tradução livre para “[t]he Law of Nature, and the Civill Law, contain each other, and are of equall extent”. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 314.

¹⁴⁰ O último grifo é meu, e as traduções do trecho todo deram-se livremente a partir da seguinte passagem: “*THE OFFICE of the Sovereign, (be it a Monarch, or an Assembly,) consisteth in the end, for which he was trusted with the Sovereign Power, namely the procuration of the safety of the people; to which he is obliged by the Law of Nature*”. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 376.

¹⁴¹ De um lado, as constantes referências ao autor neste trabalho e, de outro, a (infelizmente, diga-se) pouca frequência com que são citadas suas obras no Brasil talvez exijam uma explicação. Martin Loughlin é um constitucionalista britânico, professor de direito público na *London School of Economics*, com sólidos estudos em temas como soberania, *rule of law*, e autores como Thomas Hobbes e Carl Schmitt.

¹⁴² “*His primary objective was to explain that there could be no valid law except that of civil law, and that the basic function of civil law was to meet the conditions of his civil science*”. LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 18.

evidente em si mesma”. O ponto é complexo, mas pode ser sintetizado. Com Bobbio, temos que, diante das pretensões eminentemente racionalistas da ciência de sua época, a ambição de Hobbes era justamente a de afirmar o sistema político por ele descrito como “tão válido quanto a geometria”. Para tanto, a construção do raciocínio tinha obrigatoriamente de ser a seguinte: (i) a ideia de que os indivíduos, em nome da segurança, conferem ao soberano o poder absoluto é absolutamente válida; e ela só pode deter essa validade absoluta porque é a consequência lógica de outra lei; justamente, (ii) a lei, primeira e suprema, da natureza, que prescreve, de forma auto-evidente, a ideia geral de autopreservação.¹⁴³

Assim, parece suficientemente conclusivo afirmar — como o faz, por exemplo, Ross Harrison — que, compreendida adequadamente, a relação entre *lei natural* e *lei civil*, em Hobbes, indica que o direito natural meramente mostra que *deve haver* uma lei civil, sem, contudo, *limitar* seu conteúdo.¹⁴⁴ Uma vez mais, o próprio Thomas Hobbes, em *De Cive*, parece resolver a questão:

Roubo, assassinato, adultério, [...], são proibidos pelas leis da natureza. Mas aquilo que deve ser considerado *roubo, assassinato, adultério*, [...], isso não é determinado pela *lei natural*, mas pela *lei civil*: nem toda subtração de algo que outro possui [...] é roubo; [essa] é uma questão que pertence à *lei civil*. De forma análoga, nem todo ato de matar um homem é *assassinato*, mas somente aquilo que a *lei civil* proíbe [como tal]; nem todo encontro com outra mulher é *adultério*, mas somente aquilo que a *lei civil* proíbe. [...] O que, portanto, é *roubo, assassinato, adultério*, [...], é determinado pela *lei civil*, isto é, os comandos daquele que detém a *autoridade suprema*.¹⁴⁵

É justamente com base nesse trecho que Bobbio resolveu de forma plenamente satisfatória aquilo que poderia ser uma aparente contradição.¹⁴⁶ Para ele, o pensamento jurídico de Hobbes mostra que as leis naturais *existem*, mas não *vinculam*. Vinculante é o

¹⁴³ O parágrafo apresenta conclusões baseadas nas premissas do seguinte trecho, que teve passagens traduzidas livremente: “*Hobbes espouses the rationalistic vocation of his times, and has the ambition of establishing a political system which is absolutely valid, as valid as geometry [...]. But he had only one way to give absolute validity to his system. He had to place it on the pedestal of natural laws, that is, on a law which was either evident in itself like a mathematical axiom, or rationally deductible from another law of nature evident in itself*”. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993, pp. 143-144.

¹⁴⁴ Cf. HARRISON, Ross. The equal extent of natural and civil law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 22-38.

¹⁴⁵ Tradução livre para “*Theft, Murther, Adultery, [...] are forbid by the Lawes of nature; but what is to be called Theft, what Murther, what Adultery [...] is, this is not to be determined by the naturall, but by the civill Law: for not every taking away of the thing which another possesseth, but only another mans goods is theft; but what is ours, and what anothers, is a question belonging to the civill Law. In like manner, not every killing of a man is Murther, but only that which the civill Law forbids; neither is all encounter with women Adultery, but only that which the civill Law prohibits. [...] What therefore Theft, what Murther, what Adultery [...] is, must be known by the civill Lawes, that is, the commands of him who hath the supreme authority*”. Em HOBBS, Thomas. **De Cive**, The English Version, entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society Oxford: Oxford University Press, 1987 [1643], pp. 101-102.

¹⁴⁶ Ver a p. 34 desta pesquisa.

direito positivo, e o direito positivo é a vontade do soberano.¹⁴⁷ Repito: em Hobbes, “[a]s noções de certo e errado, justo e injusto, dependem da constituição de um poder político soberano”.¹⁴⁸ “A teoria *hobbesiana* da justiça”, diz Luc Foisneau, “ignora qualquer referência a um conteúdo moral específico”.¹⁴⁹

É, pois, bem verdade que o direito natural (e, já que Hobbes fazia uma diferenciação, também a *lei natural*) fazia(m) parte do que há de mais central na teoria *hobbesiana*; contudo, Hobbes assim o fez tão somente visando a expor os problemas, por assim dizer, *ontológicos* do estado de natureza, de forma que fosse possível reconstruir seus preceitos tendo em vista justamente o propósito de legitimar a autoridade absoluta do poder soberano.¹⁵⁰ Enquanto muitos de seus contemporâneos utilizavam-se de ideais de direito natural de modo a justificar revoluções e resistência ao poder do Estado, Hobbes fazia justamente o contrário: seu objetivo era, a partir das leis e direito da natureza, demonstrar que, deles, resta justamente a necessidade de obediência incondicional. Também essa é uma conclusão lógica se adotadas as premissas *hobbesianas*; afinal, nas palavras de Leo Strauss, “a lei natural, aparentemente vinculante também ao soberano, [somente] assume sua total força vinculante a partir do comando do soberano”.¹⁵¹

Eis o positivismo *hobbesiano*: todos devem considerar que as regras *postas* pelo soberano são a interpretação correta, a verdadeira atribuição do sentido próprio da moralidade. Isso porque, não fosse assim, a alternativa seria que cada um dos indivíduos, como num estado de natureza, seguisse seu próprio juízo, sua própria interpretação — cenário no qual sequer haveria regras. “Por essa razão, somente o soberano tem o direito de interpretar o direito natural. E aquele que, de acordo com Hobbes, interpreta o direito de forma dotada de

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 131. OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on Civil Association**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975, p. 45.

¹⁴⁸ GIANNETTI, Eduardo. **Vícios Privados, Benefícios Públicos? A Ética na Riqueza das Nações**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 73.

¹⁴⁹ Ainda de acordo com Foisneau, “Hobbes havia compreendido perfeitamente bem que é difícil fundar uma teoria moral da justiça quando não mais se dispõe de uma *teoria objetiva do bem*”. O autor segue dizendo que “é precisamente a ausência de uma tal teoria que torna indispensável o recurso ao Direito”. Para Foisneau, “Hobbes havia, desde o início, compreendido [...] que o subjetivismo da concepção de bem implica o *pluralismo de valores*, o qual requer, por sua vez, o primado da justiça sobre o bem”; algo que os filósofos morais não teriam bem entendido em Hobbes. (Grifos meus.) FOISNEAU, Luc. Pluralismo e concepção do bem em Thomas Hobbes. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). **Norma, Moralidade e Interpretação: Temas de Filosofia Política e do Direito**. Porto Alegre: Linus, 2009, pp. 203-220.

¹⁵⁰ LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 12.

¹⁵¹ Tradução livre para “*the law of nature, which is apparently binding on the sovereign, takes on full binding force only by command of the sovereign*”. STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. Tradução de Elsa M. Sinclair. Chicago: University of Chicago Press, 1952, p. 69.

autoridade é quem pode estabelecê-lo”.¹⁵² A partir de Thomas Hobbes, nenhuma lei (civil) válida pode ser considerada “injusta”, uma vez que a conduta “justa” só é identificável enquanto “justa” nos termos da lei; e, na associação civil, não há *lei*, propriamente dita, que não seja a lei civil.¹⁵³ Essa é também a leitura de Yves Charles Zarka, para quem “as leis civis fornecem as regras do justo e do injusto”, pressupondo tão somente uma “dimensão político-jurídica” desses termos.¹⁵⁴

Por fim, cabe ainda mencionar aqui que é nesse mesmo sentido — ainda que, talvez, a partir de outra perspectiva — que Lenio Streck atribui a gênese do positivismo *hobbesiano* à sua subscrição ao *nominalismo*,¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ concepção a partir da qual se considera que só há universalidade, justamente, nos *nomes*;¹⁵⁷ vale dizer (evidentemente que de forma bastante sintetizada, como é típico de qualquer abordagem filosófica em pesquisas que não tratam diretamente da tradição em análise), o nominalismo de Hobbes é aquele segundo o só há objetos particulares e, exceção feita aos nomes, *tudo é, pois, particular*.¹⁵⁸ Streck traduz seu ponto e bem fundamenta ao trazer que “a suposição”, nominalista, de “que um saber formulado em termos gerais tenha um equivalente como objeto concreto singular na realidade” acaba por gerar a “negação de todo valor cognitivo a juízos de valor e enunciados

¹⁵² Tradução livre para “[f]or this reason only the sovereign has the right to interpret natural law. And whoever, according to Hobbes, interprets the law authoritatively, establishes it”. Em MARIS, Cees; JACOBS, Frans (eds.). **Law, Order and Freedom: A Historical Introduction to Legal Philosophy**. Tradução de Jacques de Ville. Amsterdam: Springer, 2012, p. 122.

¹⁵³ OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on Civil Association**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975, p. 45.

¹⁵⁴ Grifos meus, e tradução livre e contextualizada de “[c]ivil laws furnish the rules of the just and of the unjust. [...] These [...] suppose a juridico-political definition only from terms like the just and the unjust, yours and mine”. ZARKA, Charles Yves. **Hobbes and Modern Political Thought**. Tradução e introdução de James Griffith. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2016, pp. 133-134.

¹⁵⁵ “[N]ão é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 86. Streck chega a traçar uma interessante aproximação ente o positivismo e o nominalismo típico de Ockham. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 130.

¹⁵⁶ Fica, pois, muito clara (e bem fundamentada) a inexorável relação, sustentada por Streck, entre o positivismo e a *arbitrariedade*, que, para o autor, vai desde o nominalismo *hobbesiano* à tese da discricionariedade dos positivismos contemporâneos (de que trataremos a seguir); sobretudo, é a partir desse ponto que Lenio Streck, em sua abordagem típica e inevitavelmente *hermenêutica*, associa o positivismo jurídico aos paradigmas, por ele chamados de subjetivistas da metafísica moderna. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, pp. 129-131.

¹⁵⁷ STEWART, Duncan. Thomas Hobbes. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/hobbes/>>. Acesso em 25 out. 2018.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ-PEREYRA, Gonzalo. Nominalism in Metaphysics. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2016 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/nominalism-metaphysics/>>. Acesso em 25 out. 2018.

normativos”. Para Streck, é a partir disso que “[se nega] a objetividade de conceitos como ‘bom’, ‘justo’ e ‘correto’, na medida em que se referem a propriedades que não podem ser verificadas pela avaliação lógica ou empírica”.¹⁵⁹

Hobbes, assim, acaba por igualar a liberdade com tudo o que a lei permite na mesma proporção em que não proíbe. A liberdade pressuposta pelo liberalismo *hobbesiano* é, nas palavras de Merquior, liberdade “*por meio*” da lei, e não “*exterior*” à legislação.¹⁶⁰ Com Hobbes, nasce o positivismo: a ideia de que não será qualquer concepção de *justiça*, substantiva, o critério a partir do qual se identifica o Direito.¹⁶¹

1.3.3 Conclusão parcial

Antes de avançarmos, uma breve recapitulação revela-se oportuna, de forma que não se perca de vista o que já é possível concluir até aqui e, sobretudo, de que maneira tudo que foi até aqui abordado relaciona-se com o próximo tópico a ser discutido. Em síntese, portanto, já temos algumas premissas que servem de alicerce ao que será discutido posteriormente.

(i) “Positivismo jurídico”, com base em autores como Hart e Gardner, pressupõe um pensamento que separa o Direito do que ele *é* daquilo que ele *deve ser*; em outras palavras, é uma concepção, em seu sentido mais amplo, segundo a qual não é verdade que o Direito, para ser válido como tal, deve necessariamente se conformar a determinado padrão moral (o que, naturalmente, inclui valores substantivos, considerações acerca do justo e do injusto, noções divinas, transcendentais, enfim).

(ii) É possível afirmar que a origem dessa concepção é anglo-saxã, e remonta a Thomas Hobbes. Inserido no *common law*, cuja teoria clássica era dominada por duas grandes eras (a *Era Coke*, e seu apelo à razão, e a *Era Selden-Hale*, e seu apelo a um historicismo contratual), Hobbes desenvolveu uma teoria político-jurídica para, por suas considerações acerca da natureza humana (que fazia com que o estado de natureza fosse, basicamente, um estado de barbárie), justificar a submissão dos cidadãos ao poder soberano. Muito embora seja bem verdade que Hobbes — até por uma questão temporal — seja um autor vinculado à tradição do direito natural, é possível concordar com os teóricos contemporâneos (ortodoxos,

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 168.

¹⁶⁰ MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 28.

¹⁶¹ HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty**: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy. Cornwall: Routledge, 1998, p. 48.

dominantes) que dizem ser Hobbes o primeiro grande positivista: ao compreender o Direito como um *comando do soberano*, a partir do qual se depreende qualquer noção de certo e errado, justo e injusto, o autor acaba por inaugurar as bases teóricas que possibilitam o desenvolvimento de uma corrente de pensamento jurídico cujas teses apontam à separabilidade entre Direito e moral. Do mesmo modo, da definição de liberdade como ausência de obstáculos externos, é com Hobbes que nasce a tradicional concepção inglesa de liberdade negativa.¹⁶²

O positivismo, então — lembrando, como *coisa* e não como nome —, nasce com o desafio de Hobbes à teoria clássica do *common law*. Basicamente, de forma bastante sintética, são essas as conclusões (naturalmente, parciais) que se depreendem da pesquisa até este ponto.

Depois de Hobbes, também a continuação da tradição positivista deu-se no *common law*; mais precisamente, e assim como também o foi com o próprio Hobbes, a partir de *desafios* às tradições dominantes no *common law*. De forma até mais explícita, com Jeremy Bentham.

1.4 O DIREITO EM JEREMY BENTHAM

Logo após referenciar uma afirmação crítica de Sir Fitzjames Stephens,¹⁶³ para quem os escritos de Jeremy Bentham (1748-1832) eram como “*projéteis implodidos, enterrados sob as ruínas a que eles próprios deram causa*”,¹⁶⁴ Gerald Postema — ao menos no Direito, provavelmente, o maior de todos os comentadores de Bentham¹⁶⁵ —, no prefácio de seu

¹⁶² A conclusão não é minha; apenas subscrevo à de José Guilherme Merquior, que coloca Hobbes como o nome paradigmático da teoria inglesa da liberdade, uma das três possíveis escolas divisórias do conceito — além da francesa e da alemã. Enquanto a inglesa preconizava para o conceito de liberdade a concepção de *independência*, a francesa, *rousseauiana*, adotava a concepção de *autonomia*. Por sua vez, a alemã — vinculada a von Humboldt, à moralidade *kantiana* e à política de Hegel — entendia liberdade enquanto *realização pessoal*. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, pp. 27-32.

¹⁶³ Célebre jurista, advogado e juiz britânico no séc. xix.

¹⁶⁴ Tradução livre para a epígrafe do livro que será mencionado na sequência. Originalmente em *Digest of Law of Evidence*, de Sir Stephens, a frase lê “[*Bentham’s writings*] are like exploded shells, buried under the ruins which they have made”.

¹⁶⁵ Sydney Smith, em comentário ao *Book of Fallacies*, de Bentham, disse que “nem deuses, homens ou vendedores de livros poderiam duvidar da necessidade de um intermediário entre Bentham e o público”, em razão de sua obra longa, original, complexa, peculiar. A colocação é aduzida por H. L. A. Hart na introdução de seu *Essays on Bentham*. “Neither gods, men nor booksellers can doubt the necessity of a middle-man between Mr. Bentham and the public”. Cf. HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 01.

(excelente)¹⁶⁶ *Bentham and the Common Law Tradition*, afirma que o comentário depreciativo era, em grande medida, verdadeiro: grande parte da obra *benthamiana* dedicada ao Direito estaria, sim, escondida debaixo de “escombros”; mas, para Postema, nesses escombros encontram-se as ruínas de muito da prática e da ideologia do *common law* que Bentham atacava de forma “efetiva” e “implacável”. E, justamente, por isso, “projéteis gastos estão, de fato, enterrados nessas ruínas; mas projéteis ainda não consumidos permanecem lá, e com grande potencial explosivo”.¹⁶⁷ Bentham, pois, não pode ter sua importância subestimada, e estudar sua obra ainda hoje assume extrema relevância. Ao trabalho, pois.

Como visto anteriormente, o desafio de Hobbes ao *common law* colocava nas mãos da teoria clássica britânica o problema de (re)conciliar as noções de Direito como produto mais da autoridade e menos da razão exercida e representada na *judge-made law*. A única saída encontrada por *Sir William Blackstone* — o maior jurista da teoria clássica do *common law* após a Era Coke — foi a de conformar-se às tendências *seldenianas* de explicar o direito positivo a partir de uma ideia de autoridade. Contudo, muito em razão da força que o direito natural ainda representava e exercia sobre a tradição anglo-saxônica, *Sir Blackstone*, ao discutir a natureza do Direito como tal, acabava, por vezes, a tomar posições contraditórias. Ainda que falasse no direito positivo como fruto daquilo que produz o soberano, em termos até mesmo *quasi-hobbesianos*, insistia que Deus ditava uma lei natural, universalmente vinculante e *superior a qualquer outra forma de lei*.¹⁶⁸ Muito diferente de Hobbes, para quem, como vimos, “o Direito seria meramente o produto do soberano, sem que estivesse ligado a qualquer onto(teo)logia, a qualquer tipo de valores transcendentais”.¹⁶⁹

Foram essas concepções, atreladas ao jusnaturalismo racionalista anglo-saxão (e em alguma medida contraditórias, depois do problema criado por Hobbes) que Bentham encontrou ao frequentar as palestras de *Sir Blackstone* em Oxford. Diferentemente do próprio Blackstone, porém, e daqueles que o antecederam, Bentham via essas contradições, além de

¹⁶⁶ E, de certa forma, pouco ortodoxo, ao oferecer leituras bastante próprias da obra de Bentham.

¹⁶⁷ Trechos traduzidos de forma livre e contextualizada da seguinte passagem: “*Fitzjames Stephen’s disparaging comment contains more than a grain of truth. Bentham’s most important jurisprudential work has lain buried under a great rubble. In this rubble we find the ruins of much of the practice and ideology of the Common Law system he so mercilessly and effectively attacked, but also a mountain of inaccessible and largely unpublished manuscripts, the remains of a very long and curiously undisciplined writing career. Spent shells are buried here, to be sure, but live ones with great explosive potential remain.*” Prefácio de POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, vii.

¹⁶⁸ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 99.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 167. Ver ainda o interessante jogo de palavras *streckiano*: diz Lenio que, em Hobbes, “Direito seria aquilo que o soberano dis-[e]põe”.

latentes demais, como algo intolerável: diante daquilo que a teoria clássica via como expressão do direito natural e da *right reason*, Bentham viu nada mais que mera retórica que, ao mesmo tempo em que invocava a natureza e os costumes, era, além de tão somente apologética ao Parlamento — num sentido de reconhecer sua autoridade por mera e pura obrigação —, incapaz de conciliar as duas coisas.¹⁷⁰ Para Bentham, a teoria clássica do *common law* não apresentava qualquer descrição minimamente clara do Direito enquanto fenômeno ou de como o direito anglo-saxão desenvolvia suas próprias regras; e, quanto mais Bentham clarificava a teoria clássica, mais a via como inadequada e problemática.

Tudo isso por uma razão muito clara: Jeremy Bentham não apenas discordava, mas *ridicularizava* a própria ideia da existência de um direito natural a ser invocado na decisão judicial. Bentham, afinal, não era um grande simpatizante de teorias baseadas na (suposta) existência de normas deontológicas deduzidas *a priori*; era um consequencialista por essência: ao repriminar aquilo que dizia ter aprendido de Beccaria e Priestley,¹⁷¹⁻¹⁷² foi o grande pioneiro do utilitarismo. Inclusive, de acordo com Postema, foi Bentham quem “pela primeira vez, expôs e defendeu de forma detalhada, em língua inglesa, o utilitarismo e o positivismo jurídico, arranjando um sofisticado casamento entre as duas doutrinas”.¹⁷³

1.4.1 Bentham e o utilitarismo

A frase de Postema é muito boa (porque muito elucidativa acerca do legado *benthamiano*). Bentham foi mesmo o responsável por unir, de um lado, o utilitarismo e, de outro, o positivismo jurídico; foi, assim, o responsável pelo casamento entre uma teoria ética e uma teoria jurídica.

¹⁷⁰ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 155.

¹⁷¹ HART, H. L. A. Bentham and Beccaria. In: HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 40-52.

¹⁷² Fred Rosen, na Introdução a uma das edições de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, de Bentham, diz que Bentham não foi o primeiro utilitarista, uma vez que o clássico adágio “*a maior felicidade do maior número*” já estava em Beccaria, além de haver formulações similares em Hutcheson, Leibniz, e no próprio Priestley, cuja influência possível é, como visto, reconhecida pelo próprio Bentham. ROSEN, Fred. Introduction. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. li.

¹⁷³ Tradução livre e contextualizada para “[h]e gave both utilitarianism and legal positivism their first detailed exposition and defence in English, and negotiated a sophisticated marriage of the two doctrines”. Prefácio de POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, vii.

Antes de seguir, contudo, assim como fiz com relação ao termo “positivismo”, sinto-me obrigado a esclarecer, desde logo, o que quero dizer com “utilitarismo”, já que, como o primeiro, este termo assume agora uma posição fundamental para uma adequada compreensão do assunto. Além disso, é importante que se deixe sempre explícito o que se quer dizer quando da utilização de determinado conceito, *especialmente* quando o conceito em questão é tão amplamente repetido — sob pena de perpetuar possíveis caricaturas, que se tornam muito comuns com relação a termos que, de tão repetidos, acabam por se tornar até abstratos.

Não é por acaso que Bentham dizia ter aprendido os princípios subjacentes à sua teoria ética com, além de Priestley, Beccaria;¹⁷⁴ é o autor italiano que, em seu *Dei delitti e delle pene (Dos Delitos e das Penas)*, menciona, muito possivelmente pela primeira vez, aquilo que se tornaria a máxima utilitarista em sua essência: “a maior felicidade dividida no maior número”.¹⁷⁵ Com base nisso, a melhor definição do utilitarismo é dada pelo grande John Stuart Mill: para o discípulo direto de Bentham, a doutrina que tem a *utilidade* — justamente, o princípio da maior felicidade do maior número — como parâmetro é aquela que define que um ato será *certo* na mesma proporção em que gere *felicidade*, e, logo, *errado* na mesma proporção em que gere *infelicidade* (sendo *felicidade*, para o autor, definida como *prazer e ausência de dor*, e, daí, *infelicidade* como *dor e ausência de prazer*).¹⁷⁶ Esses termos, e seus correlatos, que Stuart Mill emprega para dar uma definição sistemática do utilitarismo enquanto doutrina, eram expressamente adotados também por Bentham — para quem o prazer e a dor, em sua própria linguagem metafórica, eram os dois “*mestres soberanos*” que regulavam a conduta humana.¹⁷⁷

Nesse sentido, evidencia-se no autor uma possível influência filosófica de Thomas Hobbes: não é difícil traçar um paralelo entre (i) uma concepção segundo a qual a natureza humana (e, por decorrência lógica, também o comportamento humano) é regulada pelas *sensações* de dor e prazer e (ii) a clássica ideia *hobbesiana* de uma natureza humana vinculada àquilo que Julia Driver, na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, chama de

¹⁷⁴ As influências de Beccaria na obra de Bentham são tratadas por ninguém menos que H. L. A. Hart, no excepcional ensaio *Bentham and Beccaria*. Cf. HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 40-52.

¹⁷⁵ BECCARIA, Cesare. **On Crimes and Punishments**. Tradução de David Young. Indianápolis: Hackett, 1986 (1764), p. 03.

¹⁷⁶ MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2001 (1863), p. 10.

¹⁷⁷ “A natureza colocou a humanidade sob a governança de dois mestres soberanos, a *dor* e o *prazer*”. Tradução livre para a passagem que abre *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*: “*Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure*”. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 11.

“egoísmo psicológico”.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹ Assim, Bentham, a partir de uma expressa subscrição ao argumento de Hume acerca de uma distinção entre as instâncias do *is* e do *ought*¹⁸⁰ e dessa aproximação com o pensamento de Hobbes, vincula-se à tradição do empirismo anglo-saxão: acompanhando a epistemologia de Bacon e Locke, o autor sustentava que não se deriva aquilo que se pode conhecer de nada a não ser daquilo que pode ser obtido através da experiência sensorial.

Isso, por razões óbvias, acaba por se refletir diretamente em sua filosofia moral e jurídica (sob pena de contradições teórico-filosóficas): segundo Bentham, a concepção de uma natureza humana governada pelas sensações de dor e de prazer não vem de uma disposição assumida a partir de elementos puramente racionais *a priori*; viria, em verdade, do *fato, empiricamente verificável*, de que os seres humanos buscam a felicidade e evitam seu antônimo.¹⁸¹

1.4.2 Bentham e o positivismo

Retomando: vimos, até aqui, que (*i*) o utilitarismo, então, é a doutrina ética segundo a qual uma ação é considerada correta na medida em que promova a maior felicidade do maior

¹⁷⁸ DRIVER, Julia. The History of Utilitarianism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2014 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em 17 set. 2018.

¹⁷⁹ Pessoalmente, penso que o termo, ainda que acerte na aproximação da concepção utilitarista a uma doutrina do interesse próprio, no sentido psicológico, é, em alguma medida inadequado; porque concordo com Dworkin quando este diz que o utilitarismo (seja ele o de Bentham, Mill, ou até o de Sidgwick, mencionado pelo próprio Dworkin) acaba por exigir uma “subordinação do interesse próprio”, uma “perspectiva objetiva distinta que veja os interesses do agente como não mais importantes do que os interesses de qualquer outra pessoa”. Nada *menos* egoísta que isso. (Morality, this tradition insisted, means a subordination of self-interest; it requires taking up a distinct objective perspective that counts the agent’s own interests as in no way more important than anyone else’s. That is the morality of self-abnegation, a morality that spawned the moral philosophy of impersonal consequentialism, of which the theories of Jeremy Bentham, John Stuart Mill, and Henry Sidgwick are famous examples. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 18). (Detalhe: Dworkin é um ferrenho crítico do utilitarismo.)

¹⁸⁰ Sobre a qual falarei com um pouco mais de vagar no item subsequente.

¹⁸¹ De todo modo, é importante mencionar que o princípio da utilidade como tal — aquele segundo o qual a ação correta é aquela que visa à maior felicidade do maior número — é concebida, tanto por Bentham quanto por Mill, como uma espécie de princípio primeiro que prova tudo o mais, de forma que não pode ser provado por si mesmo. O que se pode fazer não é, pois, prova-lo diretamente, mas argumentar logicamente de maneira tal a fazer considerações a partir das quais os homens sensatos aceitem o princípio. Cf. HART, H. L. A. Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. lxxxviii. Isso, apesar de contestável, não parece violar a Lei de Hume (*is/ought*), já que a interpretação mais correta acerca do princípio *humaniano* é, para mim, aquela segundo a qual você *pode* derivar um *dever ser* de um *ser*, desde que haja uma *argumentação lógica que sustente a derivação*, e não a leitura de que haveria uma espécie de barreira ontológica separando em absoluto os planos *is* e *ought*.

número de pessoas, e que (ii) Bentham, um dos pais do utilitarismo, estabeleceu uma ligação entre sua ética utilitária e o positivismo jurídico. E (iii) o positivismo, por sua vez, como também já vimos, é a tese — uma vez mais remontando a Gardner — segundo a qual “em um sistema jurídico, a validade jurídica de uma norma depende de suas fontes, não de seus méritos”.¹⁸² Uma coisa é aquilo que o Direito efetivamente *é*; o que ele *deveria ser* é outra. Retomo esse ponto porque, com isso em mente, visualizar o positivismo jurídico na Teoria do Direito de Bentham, que ainda não levava esse nome à época, passa a ser algo verdadeiramente muito tranquilo.

Como dito quando do encerramento do item antecedente, Bentham, assumidamente influenciado por David Hume,¹⁸³ trabalha sob uma perspectiva dicotômica entre *fato* e *valor*; com uma distinção entre aquilo que *é* e aquilo que *deveria ser*. Uma coisa é o *is* (ser); outra é e *ought* (dever ser);¹⁸⁴⁻¹⁸⁵ Não se pode derivar o que *deve ser* daquilo que *é* sem que, para isso,

¹⁸² GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 20.

¹⁸³ Diz Bentham: “Há mais ou menos oitenta anos, por David Hume, em seu *Tratado sobre a Natureza Humana* [A *Treatise of Human Nature*], a observação foi trazida à luz, acredita-se, pela primeira vez: quão aptos os homens têm sido, em questões que dizem respeito a qualquer área no campo da ética, ir de um ponto a outro, sem sequer perceber, da questão do que *foi feito* à questão do que *deve ser feito*, e vice-versa: mais especialmente do primeiro em direção ao último. [...] [E]ssa questão apresentou-se ao autor destas páginas como sendo um ponto de importância fundamental”. Tradução livre da passagem “[s]ome fourscore years ago, by David Hume, in his *Treatise on Human Nature*, the observation was, for the first time, (it is believed,) brought to light—how apt men have been, on questions belonging to any part of the field of Ethics, to shift backwards and forwards, and apparently without their perceiving it, from the question what has been done, to the question, what ought to be done, and vice versá : more especially from the former of these points to the other. [...] [T]hat observation presented itself to the writer of these pages as one of cardinal importance”. BENTHAM, Jeremy. *Chrestomathia*. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The Works of Jeremy Bentham**, vol. 8. Edimburgo: William Tait, 1843, p. 128. Nota: O *Treatise*, de Hume, é de 1738–40; *Chrestomathia*, de Bentham, de 1817.

¹⁸⁴ A celebre passagem do *Treatise* em que Hume dispõe sua celebre lei com relação à distinção *is/ought* é a seguinte: “Em todo sistema de moralidade que encontrei até hoje, tenho sempre percebido que o autor procede durante algum tempo a partir do modo ordinário de raciocínio e estabelece o ser de um Deus, ou tece observações acerca do comportamento humano; quando, de repente, surpreendo-me ao encontrar que, em vez das cópulas proposicionais usuais, *ser*, e *não ser*, não encontro qualquer proposição que não esteja conectada a um *dever ser*, ou *não dever ser*. Essa mudança é imperceptível; mas é, contudo, de grave consequência. Uma vez que um *dever ser*, ou *não dever ser*, expressa uma nova relação ou afirmação, é necessário que ela seja observada e explicada; e, ao mesmo tempo, uma razão deve ser dada, porque parece inconcebível que essa nova relação seja derivada das outras, que são completamente diferentes”. Tradução livre para “[i]n every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark d, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs ; when of a sudden I am surpriz’d to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, tis necessary that it should be observ’d and explain’d ; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it”. Cf. HUME, David. **A Treatise of Human Nature**: Being an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects. Reprinted from the original edition in three volumes, and edited, with an analytical index, by L. A. Selby-Bigge, M.A. Oxford: Clarendon Press, 1960 [1738-40], III, I, I, § 27 (p. 469).

¹⁸⁵ Para considerações acerca da filosofia moral em David Hume, ver COHON, Rachel. Hume’s Moral Philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition.

haja uma argumentação lógica.¹⁸⁶ Ronald Dworkin chama a isso de “princípio de Hume”, um “princípio de epistemologia moral”.

[E]sse princípio afirma que nenhuma série de proposições como o mundo é, enquanto fato científico ou metafísico, pode fornecer argumentos convincentes — sem algum juízo de valor escondido nos interstícios — para qualquer conclusão sobre o que deveria ser o caso.¹⁸⁷

Divergências interpretativas à parte, o fato é que Bentham subscreve expressamente à distinção entre *fato* e *valor*; e, uma vez por ele adotada, essa distinção — como não poderia ser diferente — é um aspecto fundamental para sua Teoria do Direito, que viria a ser dividida em *expository jurisprudence* e *censory jurisprudence*: a primeira, a parte “expositória” de sua *jurisprudence*, seria responsável por descrever o fenômeno jurídico como ele efetivamente era; a segunda, a parte “censória” (na tradução de Chiassoni, algo como “crítica”),¹⁸⁸ destinaria a dizer como o Direito deveria ser.¹⁸⁹ Aqui, é importante trazer o que o próprio Bentham

Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/hume-moral/>>. Acesso em 04 out. 2018.

¹⁸⁶ De fato, alguns autores sustentam que a passagem de Hume levaria a uma espécie de barreira ontológica, absoluta, entre os dois planos, sendo *impossível* derivar um *dever ser* de um *ser*. Não me parece ser o caso; concordo com Alasdair MacIntyre, quando este diz que “Hume não chega a dizer que não se pode passar de um ‘*ser*’ para um ‘*dever ser*’, mas apenas que talvez *pareça* [à primeira vista] inconcebível que isso seja feito. Fomos levados a acreditar tão firmemente na ironia *humaniana* que talvez seja necessário, ocasionalmente, que nos lembremos que Hume não necessariamente quer dizer *mais* ou *outra coisa* além daquilo que ele efetivamente diz. Seria estranho se Hume pensasse que ‘observações acerca do comportamento humano’ necessariamente não pudessem levar a julgamentos morais, uma vez que tais observações são constantemente utilizadas pelo próprio Hume”. (Tradução livre para “*Hume does not actually say that one cannot pass from an ‘is’ to an ‘ought’ but only that it ‘seems altogether inconceivable’ how this can be done. We have all been brought up to believe in Hume’s irony so thoroughly that it may occasionally be necessary to remind ourselves that Hume need not necessarily mean more or other than he says. [...] [I]t would be odd if Hume thought that ‘observations concerning human affairs’ necessarily could not lead on to moral judgments since such observations are constantly so used by Hume himself*”. Cf. MACINTYRE, Alasdair. Hume on “is” and “ought”. In: HUDSON, W. D. (ed.) **The Is/Ought Question: A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy**. Basingstoke: Macmillan, 1969, pp. 35-50. O mesmo é sustentado por autores como Hilary Putnam, que diz que Hume não declara essa impossibilidade absoluta em “lugar algum” (“*Hume nowhere says exactly this*”). PUTNAM, Hilary. **The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 149. Massimo Pigliucci, por sua vez, é taxativo: “Hume nunca disse exatamente que você não pode fazê-lo [derivar um *dever ser* de um *ser*]; somente que, se fizesse, era melhor que estivesse preparado para justificar a derivação, sem toma-la como automática como aparentemente faziam alguns dos colegas de seu tempo (tradução livre para “*Hume didn’t really say that you cannot do it, just that if you do it, you had better be prepared to justify that move, not taking it as automatic, as apparently some of his colleagues at the time used to do*”). PIGLIUCCI, Massimo. Is Ethics a Science? **Philosophy Now Magazine**, Londres, Anja Publications, mai./jun. 2006, p. 25.

¹⁸⁷ Tradução livre para “*the principle of moral epistemology I called Hume’s principle. This holds that no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or metaphysical fact, can provide a successful case on its own— without some value judgment hidden in the interstices— for any conclusion about what ought to be the case.*” DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 44.

¹⁸⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 33.

¹⁸⁹ A atribuição do rótulo de positivista a Bentham aqui fica muito bem explicada. Lembremos a própria definição do conceito de positivismo de Lon Fuller (p. 18 desta pesquisa): “uma direção de pensamento jurídico que insiste em traçar uma afiada distinção entre o Direito como ele é e o Direito como ele deve ser”. FULLER, Lon L. **The Law in Quest of Itself**. Boston: Beacon Press, 1940, p. 08.

dizia, não apenas acerca da divisão por ele feita (*expository/censory*) como também sobre o próprio conceito de *jurisprudence*.¹⁹⁰ Conhecer seus próprios fundamentos e sua compreensão do que há por trás da análise teórico-filosófica do Direito enquanto tal da forma mais direta possível auxilia a melhor entender os desdobramentos da teoria jurídica *benthamiana*. Bentham diz que a *jurisprudence*, Teoria do Direito, é, em si,

uma entidade fictícia e, portanto, não é possível encontrar um significado qualquer para a palavra, a não ser colocando-a próxima de qualquer outra que designe uma entidade real. Para compreender o significado de *jurisprudence*, devemos antes conhecer, por exemplo, qual é o significado da expressão ‘um livro de *jurisprudence*’. Um livro de *jurisprudence* pode ter como objeto somente um ou outro dos seguintes: 1. Determinar o que é o Direito; 2. Determinar o que ele deve ser. No primeiro caso, pode-se denominá-lo um livro de Teoria do Direito expositiva [*expository jurisprudence*]; no segundo caso pode-se denominá-lo um livro de teoria do Direito crítica [*censorial jurisprudence*] ou, em outras palavras, um livro sobre a *arte de legislar*.¹⁹¹

Para que se possa entender a opção de Bentham por essa linguagem muito própria, que faz uso de algo físico (*in casu*, um livro), não se pode perder de vista a relação entre a epistemologia materialista, a ética utilitária, e o positivismo jurídico *benthamiano*: se é um princípio básico que só se pode conhecer genuinamente aquilo que é observável e verificável, também as filosofias moral e jurídica devem ter esse caráter *científico* (não por menos, Bentham argumentava que a teoria jurídica deveria ser construída nas mesmas bases, ligadas à sensação e à experiência, da medicina).¹⁹²⁻¹⁹³

¹⁹⁰ Mantenho o termo em inglês uma vez que a tradução de “*jurisprudence*” não é algo assim tão simples. É comum que, na tradição jurídica de nosso país, entenda-se, por *jurisprudência*, um conjunto, muitas vezes recorrente, de decisões judiciais. Em inglês, contudo, ainda que *jurisprudence* possa também remeter a decisões — na hipótese, *case law* —, o termo é mais geralmente empregado de forma a significar algo como “Teoria do Direito”, no sentido de estudo teórico do Direito enquanto conceito, filosofia, ou ciência social.

¹⁹¹ Tradução livre da seguinte passagem: “*Jurisprudence is a fictitious entity: nor can any meaning be found for the word, but by placing it in Company with some word that shall be significative of a real entity. To know what is meant by jurisprudence, we must know, for example, what is meant by a book of jurisprudence. A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. to ascertain what the law is: 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of expository jurisprudence; in the latter, a book of censorial jurisprudence: or, in other words, a book on the art of legislation*”. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, pp. 293-294.

¹⁹² CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/>>. Acesso em 17 set. 2018.

¹⁹³ Até mesmo por esse motivo, ao ser referenciado por Thomas Macaulay — o grande liberal *whig* —, Bentham era descrito como o teórico responsável por ter transformado a Teoria do Direito, após tê-la encontrado envolta em um vocabulário sem sentido, em uma ciência autêntica. O ponto é mencionado por Hart, em seu ensaio que serve de abertura à edição da Clarendon de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Cf. HART, H. L. A. Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A.

Em Bentham, portanto, dizer como o Direito *deveria ser* equivale à “arte de legislar”; e esta, por sua vez, na interpretação de Chiassoni, equivaleria a guiar uma comunidade política a perseguir o curso de ação mais idôneo que conduzisse “à felicidade da comunidade inteira”.¹⁹⁴ Dessa forma, fica evidente que é ao discorrer sobre como o Direito *deveria ser* que Bentham vincula sua teoria jurídica ao utilitarismo, teoria ética da qual foi, como já dito, (em alguma medida) pioneiro. Se, para Bentham, a ação correta é aquela que promove a maior felicidade do maior número de pessoas, a partir do princípio da utilidade, também o Direito *deve ser* pautado por este princípio. Nas palavras de Isaiah Berlin, Bentham diz que “cada homem é o melhor juiz de sua própria felicidade”; “a tarefa da legislação é, portanto, em grande parte negativa — remover a interferência de instituições obsoletas, corruptas ou ineficientes”.¹⁹⁵

Muito bem. Quanto ao *ought*, Bentham recorre ao utilitarismo. Mas como ele chega lá? Mais: quais eram suas considerações acerca do *is*, ou seja, acerca dos fundamentos do Direito como ele efetivamente era? Sua definição conceitual quanto aos fundamentos ontológicos do fenômeno jurídico afasta-se das noções da teoria clássica, sejam elas as noções de *artificial reasoning* (Era Coke) ou de um contrato abstrato celebrado pela comunidade política (Era Selden-Hale). Subscrevendo uma vez mais a David Hume, Bentham definia uma sociedade política em termos de seu *hábito de obediência*¹⁹⁶ aos *comandos* de um soberano.¹⁹⁷ Para ele, pois, as leis em uma sociedade, que constituem o que é o Direito, são justamente os comandos daquele que for o soberano na comunidade que estiver em questão.¹⁹⁸

A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. lxxxiii.

¹⁹⁴ CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 33. Chiassoni chega a atribuir essa definição da “arte de legislar” ao próprio Bentham, em passagem de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* logo após aquela também por mim referenciada acima; contudo, a edição utilizada para esta pesquisa (Clarendon Press, 2005) não apresenta o trecho. De todo modo, as considerações de Bentham tomadas em conjunto apontam mesmo, facilmente, a uma evidente vinculação de sua *ensorial jurisprudence* ao utilitarismo, de forma que é bastante tranquilo concordar com a leitura que faz Chiassoni.

¹⁹⁵ BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica**: Ascensão e influência no pensamento moderno. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 113.

¹⁹⁶ A palavra “hábito” também acaba por demonstrar, em si mesma, os fundamentos empiristas de Bentham. Em vez de recorrer a um argumento hipotético, ou de deduzir qualquer noção apriorística, o conceito de sociedade política *benthamiano* depende inexoravelmente de algo empírico, um *hábito* passível de ser observado e verificado.

¹⁹⁷ A locução “hábito de obediência”, cominada com a ideia de um “comando” de um “soberano”, faço questão de frisar, é importante. Recomendo que se tenha esses conceitos em conta quando abordarmos John Austin, o próximo autor a ser estudado.

¹⁹⁸ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 156.

Isso significa que Bentham vai até concordar com seus predecessores *common lawyers* quanto à ideia de que os fundamentos do Direito estão no costume ou em uma espécie de convenção; vai discordar, contudo, do(s) *conteúdo(s)* dessas possíveis convenções. Em contraposição ao que poderiam alegar os teóricos clássicos, Bentham insistiria que o critério de validade dessa convenção mesma (*i.e.*, o Direito) não estava em qualquer padrão substantivo, mas no fato, próprio e simples, de vir do soberano.¹⁹⁹

Além disso configurar aquilo que Postema chama de uma concepção “*positivista forte*”²⁰⁰ de Direito, Bentham, em sua definição acerca do Direito como ele é, dá os primeiros passos a partir dos quais se fortaleceu uma concepção jurídica *imperativista*: exatamente uma concepção segundo a qual o Direito é o comando, sustentado coercitivamente (através de sanções), daquele constituído como soberano — indivíduo ou grupo que detém o poder *de facto* — em determinada comunidade política que tem para com ele um hábito de obediência. Essa teoria imperativista é positivista por essência, uma vez que “identifica a existência de sistemas jurídicos com padrões de comando e obediência”; estes, por sua vez, que podem ser “verificados sem que se faça considerações morais acerca do direito que tem o soberano de comandar, ou mesmo considerações meritórias acerca de seus comandos”.²⁰¹ Essa compreensão de Direito, baseada em seu poder coercitivo, está no âmago do espírito reformista de Bentham: é ao separar a identificação do Direito de suas possíveis valorações morais que ele abre espaço para suas próprias reivindicações morais e seus próprios fins políticos. “Longe de enxergar o positivista como um apologista dos arranjos legais existentes, como faz a caricatura comum”, diz Frederick Schauer, “o positivista *benthamiano* requer uma noção completamente descritiva do Direito precisamente em razão do propósito [...] de manter um distanciamento moral”.²⁰²

Jeremy Waldron resume em uma brevíssima passagem, de forma magistral, tanto a concepção do que seria o *is* quanto a concepção do que seria o *ought* de Bentham acerca do

¹⁹⁹ Cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 260-262.

²⁰⁰ “[S]trong positivist’ *conception of law*”. Cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 262.

²⁰¹ Tradução livre e contextualizada do seguinte trecho: “*This imperatival theory is positivist, for it identifies the existence of legal systems with patterns of command and obedience that can be ascertained without considering whether the sovereign has a moral right to rule or whether his commands are meritorious*”. Cf. GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 14 mar. 2018.

²⁰² “*Far from seeing the legal positivist as an apologist for existing legal arrangements, as a common caricature has it, the Benthamite positivist requires an entirely descriptive notion of law precisely for the purpose of [...] keeping one’s moral distance from it. Bentham was, after all, a radical reformer, and his efforts to separate the identification of law from its moral evaluation was itself in the service of what were plainly moral and political ends*”. SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 13.

Direito — isto é, o que Bentham (*i*) considerava que o Direito efetivamente era e (*ii*) aquilo que ele deveria ser; concomitantemente, acaba ainda por deixar muito clara a concepção positivista subjacente. Waldron diz que, para Jeremy Bentham, o Direito não era natural, tampouco era em si fruto de um contrato social *per se*,²⁰³ mas era compreendido tão somente em termos de determinados comandos, sustentados por sanções, de um soberano identificado. E já que era nada mais que fruto de produção *humana*,²⁰⁴ como qualquer outra ação, também o Direito devia, uma vez identificado como tal, ter seus méritos avaliados de acordo com sua tendência a promover a felicidade da maioria.²⁰⁵

Em Bentham, então, temos que o Direito *é* (são) os comandos + sanções do soberano e, em momento posterior, uma vez que isso esteja devidamente identificado, cabe ao jurista dizer que esse Direito *deve ser* produzido e avaliado de acordo com a máxima de que a ação correta é aquela que promove a maior felicidade do maior número de pessoas. Disso, é apenas uma decorrência lógica a pretensão de Bentham de reformar o direito inglês: se (*i*) o Direito é o comando do soberano, e (*ii*) o *common law* é *judge-made* (*i.e.* direito judiciário, feito por juízes), segue-se que o *common law* não é Direito *de facto*. Assim, cabe agora explorar as críticas de Bentham ao (suposto) direito anglo-saxão (e suas insuficiências/mistificações) e as soluções por ele apontadas.

²⁰³ Aqui se evidencia um ponto de divergência entre Hobbes e Bentham. Ambos identificam o Direito a partir do comando daquele que representa o poder soberano, mas divergem acerca da identificação *do próprio soberano*. Hobbes fala no contrato social; Bentham vê a ideia de contrato igualmente como fictícia, e defende que o soberano seja identificado a partir dos hábitos de obediência (uma vez mais, algo *empiricamente verificável*) dos súditos/cidadãos.

²⁰⁴ Como a *arte* de que falava Hobbes, sobre a *commonwealth* (e, portanto, também o Direito), em *Leviathan*. Cf. pp. 32-33 deste trabalho.

²⁰⁵ Este parágrafo é uma sintetização adaptada daquilo que consta, *ipsis litteris*, na seguinte passagem: “Bentham atacou as teorias estabelecidas do *common law* e da constituição [histórica] inglesa, ridicularizando o que chamava de ‘ficções’ do direito natural e contrato social e insistindo em uma compreensão de Direito em termos de comandos de um soberano identificável, sustentado por sanções de um ou outro tipo. Uma vez que o Direito vinha da vontade humana, a legislação (produção do Direito) tinha de ser avaliada do mesmo modo que qualquer outra conduta humana: a partir de sua tendência/aptidão a produzir a felicidade daqueles afetados”. (Tradução livre para “*Bentham attacked established theories of the common law and the English constitution, ridiculing what he called the ‘fictions’ of natural law and the social contract and insisting on understanding law in terms of the determinate commands of an identifiable sovereign backed up by the threat of sanctions of one kind or another. Since law sprang from the human will, law-making was to be evaluated in the same way as all other human conduct – by its tendency to promote the happiness of those affected*”). Cf. WALDRON, Jeremy. *Jeremy Bentham’s Anarchical Fallacies*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **‘Nonsense upon Stilts’**; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Londres: Methuen, 1987, p. 30.

1.4.3 *Dog law*

Com esses fundamentos em mente, é possível finalmente compreender por que Bentham ridicularizava as noções jusnaturalistas atreladas à razão da teoria clássica do *common law*.²⁰⁶ Enquanto Blackstone e os demais juristas de sua era continuavam a ver o direito comum inglês como sendo nada mais que uma expressão daquilo que já existia na tradição e no costume imemorial dos povos, guiada pela lei da natureza e pela razão, Bentham via esse apelo à racionalidade e a uma justiça natural como uma completa farsa. De acordo com Gerald Postema,

[p]ara Bentham, apelar ao “direito natural”, à “razão”, ou à “(ir)racionalidade” de uma prática ou regra é apelar a uma quimera. Esse apelo não poderia ser construído como um apelo a um padrão ou princípio público, independente, de julgamento, uma vez que não existe tal padrão. Ao contrário, isso tudo era nada mais que a expressão de uma opinião particular, ou, mais frequentemente, um sentimento particular, *disfarçado de apelo a um padrão público*.²⁰⁷

Como em Hobbes, a obra de Bentham denota uma rejeição da teoria clássica do *common law* com base em um ceticismo em relação a seus princípios subjacentes. Com todas suas eventuais diferenças, os autores clássicos — que iam de *Sir Coke* a Blackstone, passando até mesmo por autores com concepções mais (relativamente) positivistas como Selden e *Sir Hale* — viam na razão e na justiça natural um padrão comum universal; algo estabelecido, fixo, que poderia, portanto, servir de critério e diretriz fundamental. Com Bentham, ao contrário, temos que isso é uma falácia. Isso porque, para o autor, a ideia de razão (ao menos no sentido empregado à época) seria radicalmente *subjetiva*: quando um jurista dizia que determinada lei ou regulação jurídica contrariava a razão, ele estava dizendo tão somente que o dispositivo em questão contrariava *sua própria razão subjetiva*. Para Bentham, “contrário à razão” é uma mistificação que, em verdade, quer dizer “contrário ao que eu aprovo”.²⁰⁸ O

²⁰⁶ Não que fosse estritamente necessário tê-los em mente de qualquer forma; concordo com Merquior quando, ao falar sobre Mill, este diz que um liberal utilitarista, precisamente porque utilitarista, não argumenta — porque sequer *poderia* argumentar — a partir de qualquer posição atrelada a uma ideia de direito natural. O mesmo, obviamente, vale para Bentham. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 99.

²⁰⁷ Tradução livre para “[a]ccording to Bentham, to appeal to ‘natural law’, or to ‘reason’, or to the ‘reasonableness’ or ‘unreasonableness’ of some practice or rule, is to appeal to a chimera. It cannot be construed as an appeal to some independent, public standard or principle of judgment, for there is no such standard, rather, it is only the expression of private opinion, or more often simply private sentiment, disguised as appeal to a public standard”. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 269.

²⁰⁸ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 270.

positivismo de Bentham, nesse sentido, é definido por Dworkin como uma Teoria do Direito baseada na “*eficiência*”;²⁰⁹ eficiência que seria comprometida, ameaçada, “quando testes morais são incluídos entre os testes para determinar o que é direito válido”, uma vez que esses testes, esses juízos morais, permitiriam que aqueles que discordam, “frequentemente com veemência”, acerca daquilo que a moralidade requer *substituíssem* os padrões públicos estabelecidos pelos seus próprios juízos subjetivos.²¹⁰

Nesse ponto, a aproximação com o positivismo de Hobbes fica mais clara que nunca. O subjetivismo por trás do apelo à razão indicado por Bentham faz lembrar a paradigmática passagem de *Leviathan*, na qual Hobbes dispõe que, quando os homens que se julgam mais sábios que os demais exigem que o critério de julgamento seja a *razão reta*, *right reason*, eles estão, em realidade, buscando nada mais que as coisas sejam determinadas pela *sua própria* razão no lugar da razão dos outros homens.²¹¹ Com base nessa mesma premissa, a Teoria do Direito de Bentham tinha como tarefa principal a *desmistificação* das ficções jurídicas que serviam de base à teoria clássica do *common law*. Ainda com Postema, temos que, na tarefa de desmistificar o direito inglês, Bentham tinha como intenção

contrastar esse mito [justamente, o *common law*] com as realidades da vida da maioria das pessoas sujeitas a esse sistema jurídico, e demonstrar as flagrantes inconsistências entre teoria e performance. O objetivo dessa desmistificação não era simplesmente abrir caminho a uma explicação mais realista acerca do funcionamento do direito comum inglês; Bentham também pretendia expor em que medida esse mito era manipulado pelos interesses sinistros e corruptos, tanto de uma elite jurídica quanto daqueles a quem essa elite servia.²¹²

Àquilo que Coke chamava de *artificial reasoning*, portanto, Bentham acusava de farsa. A linguagem técnica do Direito seria nada mais que um vocabulário “absurdo e desonesto” para, sob a justificativa de uma (suposta) perfectibilização de uma razão natural, e universal, mascarar a razão subjetiva do próprio *common lawyer*. A analogia *benthamiana* é tão ilustrativa quanto curiosa: dizia o utilitarista que o direito inglês era como “o garoto mentiroso

²⁰⁹ “*Efficiency*”.

²¹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 174.

²¹¹ Tradução livre e contextualizada para a seguinte passagem (que, em sua íntegra, serve de epígrafe introdutória a este capítulo): “*And when men that think themselves wiser than all others, clamor and demand right Reason for judge; yet seek no more, but that things should be determined, by no other mens reason but their own . . .*”. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 111.

²¹² Tradução livre e contextualizada para “[...] *to set this myth against the realities of life of most people subject to this form of law and to show up the glaring inconsistencies between theory and performance. The objective of this demythologizing was not simply to clear the way for a more realistic account of the workings of Common Law, but also to expose the extent to which this myth had been manipulated by the corrupt and sinister interests of the legal elite and those in whose service they worked*”. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 268.

da Fábula”; os abusos de uma linguagem demasiadamente técnica, fictícia, ainda que não fossem perpétuos, eram tão frequentes que, diante das formas através das quais o *common law* manifestava-se, o cidadão comum jamais poderia sentir confiança e segurança plena. Essa técnica, para além de ontologicamente falsa, falaciosa, fazia com que o acesso à justiça²¹³ fosse possível apenas através dessa mesma elite profissional que perpetuava o mito do *common law*.²¹⁴

Evidentemente, portanto, não se tratava só disso; o problema estava para muito além do uso de uma linguagem mistificada. Sob a ótica de Bentham, o mais grave era o que essa mistificação causava. Essas “ficções” perpetradas pela elite jurídica da teoria clássica eram por ele tratadas como *mentiras*, com uma consequência estarrecedora: munidos dessa linguagem técnica, que serviam de instrumento a esconder aquilo que Bentham considerava como flagrantes injustiças, os juízes do *common law* não apenas usurpavam o poder legislativo — o que já seria grave por si só, já que legislar não era tarefa de sua competência — como também se aproveitavam dessa usurpação para ter em mãos um poder tão ilimitado quanto corrupto.²¹⁵

Naquilo que seria uma crítica às constituições estadunidense e francesa,²¹⁶ Bentham argumentava que as disposições constitucionais que remetiam a direitos naturais fundamentais eram construídas em uma linguagem demasiadamente vaga por essência. Eis aí, uma vez mais, o positivismo de Bentham *in a nutshell*: essa linguagem vaga (e fictícia) fazia com que a própria ideia de condicionar a validade da legislação à conformidade do direito positivo a algum padrão ou critério moral transferisse o poder legislativo ao Judiciário, algo por ele considerado uma receita para a tirania.²¹⁷ Afinal, como vimos, o Direito, em Bentham, era o comando do soberano; e o soberano era identificado a partir do hábito de obediência da comunidade para com ele. Isso quer dizer (i) que o poder legislativo *não cabe* ao Judiciário e (ii) implica na necessidade de que as leis mesmas fossem transmitidas de maneira clara, para

²¹³ “Justiça”, aqui, entendida enquanto *sistema jurídico*, e não uma justiça abstrata, metafísica.

²¹⁴ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 271-272.

²¹⁵ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 273.

²¹⁶ Bentham, como se percebe, era um ferrenho crítico da linguagem própria ao direito natural. Paradoxalmente, contudo, há quem sustente que “o pensamento político anglo-saxão entre a Revolução Gloriosa e a publicação da constituição americana já foi encarado como um caminho direto de Locke a Bentham — isto é, do liberalismo dos direitos naturais à democracia utilitária.” O ponto em MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 69.

²¹⁷ POSTEMA, Gerald J. The Soul of Justice. In: ZHAI, Xiaobo; QUINN, Michael (eds.). **Bentham's Theory of Law and Public Opinion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 40-62. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2294730>>. Acesso em 26 set. 2018.

que pudessem ser *reconhecidas como tais* — sob pena de a comunidade política não saber se estaria ou não diante de comandos autênticos.²¹⁸

As críticas de Bentham e essa linguagem não se baseavam apenas em seus ideias de clareza de linguagem,²¹⁹ mas — como vimos na frase de Postema que abre o item presente — na sua rejeição absoluta à própria *existência* desses direitos supostamente naturais. Os pressupostos jusnaturalistas de Blackstone eram motivo de riso para Bentham, que os chamava de tolices tão inexistentes quanto retóricas; considerava-as “uma desonesta mistificação metafísica”, “um lixo sem sentido, um abuso de linguagem, um amálgama obsoleto de fórmulas mágicas, uma mistificação deliberada”;²²⁰ “*nonsense upon stilts*”.²²¹⁻²²² É por essa razão que, em *Anarchical Fallacies* (cujo título, traduzido livremente como *Falácias Anárquicas*, é suficientemente sugestivo por si só), Bentham chega ao ponto de, artigo pro artigo, desconstruir um código baseado em uma mentira. Falar em “*direitos naturais*”, diz Bentham, “é, simplesmente, uma bobagem”.²²³ Nas palavras do próprio John Stuart Mill, o grande discípulo do utilitarismo benthamiano, Bentham teria mostrado que termos como “*recta ratio*”, “direito natural”, eram todos “dogmatismos disfarçados”, a partir dos quais se impunha os próprios “*sentimentos*”²²⁴ travestidos de razão.²²⁵

²¹⁸ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 156.

²¹⁹ Não que isso seja pouco: como Hobbes, Bentham estava convencido de que uma das principais fontes de conflitos políticos eram a vagueza e equivocidade verbais. O ponto em WALDRON, Jeremy. Jeremy Bentham’s *Anarchical Fallacies*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). ‘**Nonsense upon Stilts**’; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Londres: Methuen, 1987, p. 34.

²²⁰ BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica**: Ascensão e influência no pensamento moderno. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 107, 224.

²²¹ BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*; being an Examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, Jeremy (ed.). ‘**Nonsense upon Stilts**’; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Londres: Methuen, 1987, p. 53.

²²² Em tradução literal, “tolices em pernas-de-pau”, em alusão à suposta fragilidade dessas ideias. (Merquior traduz como “tolices com base em nada”. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 79.)

²²³ “*Natural rights is simple nonsense.*” BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*; being an Examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, Jeremy (ed.). ‘**Nonsense upon Stilts**’; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Londres: Methuen, 1987, p. 53.

²²⁴ A própria escolha da palavra demonstra o caráter empírico-sensorial, talvez até emotivista em alguma medida, subjacente à compreensão de Bentham e Mill acerca da verdadeira natureza desses vocábulos.

²²⁵ Trecho adaptado de uma passagem da autobiografia de J. S. Mill: “*What thus impressed me was the chapter in which Bentham passed judgment on the common modes of reasoning in morals and legislation, deduced from phrases like ‘law of nature,’ ‘right reason,’ ‘the moral sense,’ ‘natural rectitude,’ and the like, and characterized them as dogmatism in disguise, imposing its sentiments upon others under cover of sounding expressions which convey no reason for the sentiment, but set up the sentiment as its own reason. It had not struck me before, that Bentham’s principle put an end to all this. The feeling rushed upon me, that all previous moralists were superseded, and that here indeed was the commencement of a new era in thought*”. Cf. MILL, John Stuart. **Autobiography** and other Literary Essays. Edited by John M. Robson and Jack Stillinger. Toronto: University of Toronto Press, 1981, p. 66.

Como se isso não bastasse, o *common law*, essa entidade fictícia, ainda padeceria de outro grave defeito: era um direito *ex post facto*, isto é, com força retroativa. É por essa razão que Bentham, com sua ironia peculiar, referia-se ao direito comum inglês não como *common law*, mas como *dog law*. Para Bentham, assim como quando se quer modificar determinado comportamento de um cão espera-se justamente que o cão faça aquilo para, somente então, puni-lo, também o Direito sob o *common law* só funcionava retrospectivamente.²²⁶ Quem bem resume é Streck, ao dispor em seu *Dicionário de Hermenêutica* que Bentham dizia que o cidadão inglês aprendia as regras do direito inglês “do mesmo modo que um cachorro aprendia a não fazer algo: apanhando”.²²⁷

Bentham vai além: a partir de suas considerações, como dissemos, deduz-se que sequer haveria como se falar em algo como um direito comum. O *common law* era, ele mesmo, como tal, uma composição fictícia; assim, *sequer era Direito*. O Direito legítimo, autêntico, era, e *devia ser*, uma questão de “padrões públicos, publicamente declarados, autorizados, acessíveis”.²²⁸ O *common law*, portanto, falhava enquanto Direito. Bentham dizia:

Common law, como se atribui a si mesmo na Inglaterra, ou um direito judiciário [“judiciary law”], como se poderia dizer melhor em outros lugares, essa composição fictícia que não tem qualquer pessoa conhecida como autor, nenhum conjunto de palavras como conteúdo forma onde quer que seja a parte principal da construção jurídica: como éter imaginário, que, na falta de matéria sensível, preenche a medida do universo. Pedacos e fragmentos de um direito autêntico, presos nesse solo imaginário, compõem as estruturas de qualquer código nacional. O que se segue disso?—que aquele que, pelo propósito mencionado ou qualquer outro que seja, deseja um exemplo de um corpo completo de leis a que se referir, deve começar por fazer um.²²⁹

Retomando, relacionando o ponto com elementos trabalhados anteriormente, e traduzindo a passagem de forma mais clara: Bentham diz que o Direito é aquilo que se

²²⁶ DINWIDDY, John R. **Bentham**: Selected Writings of John Dinwiddy. Edited with an Introduction by William Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 53.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 169.

²²⁸ “[Bentham] insisted, law is and must be a matter of public standards, publicly declared, authorized, and accessible. As traditionally understood, common law failed as law”. POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence. **University of Northern Colorado Legal Studies Research Paper Series**, Working Paper n. 1785400, mar. 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1785400>>. Acesso em 10 dez. 2018.

²²⁹ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “Common law, as it styles itself in England, judiciary law, as it might more aptly be styled every where, that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric: like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe. Shreds and scraps of real law, stuck on upon that imaginary ground, compose the furniture of every national code. What follows?—that he who, for the purpose just mentioned or for any other, wants an example of a complete body of law to refer to, must begin with making one”. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 08.

identifica partir dos comandos do soberano, estabelecido de forma clara à população que tem um hábito de obediência para com esse indivíduo ou grupo que detém a soberania; diz também que o Direito *deve ser* construído, através da arte de legislar, de forma a promover a maior felicidade do maior número de pessoas. Disso, segue-se que o *common law* (i) não era Direito e (ii) sequer *poderia ser* uma boa forma de Direito. É com base nisso tudo, então, que, na passagem supramencionada, extraída do prefácio de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham dispõe de forma bastante clara e direta a empreitada a que se propõe: a de reformar o ilegítimo direito inglês, a partir de uma proposta de *codificação*.

1.4.4 Bentham e a evolução de seu pensamento jurídico

Bentham era um liberal reformista. “Os dons de Bentham ao liberalismo”, diz Merquior, “incluem um entusiasmo pela administração inteligente e pela *reforma judiciária*”. Isso, “e mais importante do que isso”, segue o intelectual brasileiro, “uma visão mais ampla do das finalidades do Estado, o qual para ele devia promover o bem-estar e a igualdade”, além da liberdade e da segurança.²³⁰ Assim, se o *common law* não apenas perpetuava injustiças, como também era uma farsa que sequer se qualificava como Direito legítimo, nada mais natural a um liberal reformista que, precisamente, o desejo de reforma.

Bentham não era ingênuo quanto aos problemas que o direito estatutário também apresentava; ele próprio, como *Sir Blackstone*, reconhecia que o conteúdo daquilo que produzia o Parlamento à época era passível de objeção.²³¹ Ainda assim, uma vez que, para Bentham, o Direito é a expressão da vontade do soberano — que, lembre-se, também pode significar o Poder Legislativo — reforçada por sanções, a *codificação*²³² do Direito, além de qualificar-se, ao contrário do que acontecia com o *common law*, genuína e efetivamente como

²³⁰ O grifo é meu. Cf. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 79.

²³¹ Mais especificamente, Bentham era um grande crítico do uso indiscriminado da pena de morte nos estatutos de direito penal.

²³² O historiador John Dinwiddy, cuja obra sobre Bentham é uma das mais importantes referências nesta parte da pesquisa, chega a atribuir a Jeremy Bentham a própria *cunhagem* do termo “codificação” (*codification*). Dinwiddy diz que, ainda que a *prática* de codificação estivesse muito em voga na Europa continental, o termo é de Bentham; suas origens estariam em cartas de 1806: “*Although Bentham invented the term ‘codification’—he started using it in his letters in 1806 and in print about ten years later—the practice of code-making was much in vogue on the Continent during his lifetime and had, of course, a long previous history*”. Cf. DINWIDDY, John R. **Bentham: Selected Writings of John Dinwiddy**. Edited with an Introduction by William Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 55. O mesmo ponto é mencionado por Bobbio, que, além de “*codification*”, atribui a Bentham a *cunhagem* do termo “*international*” (!). Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 93.

Direito legítimo, permitiria, ao mesmo tempo, uma aproximação muito maior com aquilo que o Direito efetivamente *deveria ser* — justamente, um sistema de governança organizado e estruturado a partir do princípio da utilidade.²³³

É claro que uma proposta tão ruptural não é de fácil surgimento; não seria de uma hora para outra que nem mesmo um gênio como Bentham seria capaz de estruturar e articular um projeto de tamanha magnitude — especialmente considerando os altíssimos graus de exigência que Bentham tinha para consigo mesmo (como todo gênio, arrisco dizer). Antes, pois, de levar a cabo seu projeto de codificação, na pretensão de reformar completamente o direito inglês, Bentham — ainda na primeira década de sua vida adulta (1770) — colocava-se como um revisor crítico do *common law*, voltando-se ao processo decisório dos juízes do direito comum inglês. Talvez isso surpreenda tanto àqueles que conhecem somente sua versão radical que colocá-lo como um (mero) revisionista pareça até mesmo implausível com a própria teoria *benthamiana* — e quem assume isso é o próprio Gerald Postema, *scholar* que descobriu essa vertente reformista no, digamos, *primeiro* Bentham.²³⁴

A primeira fase do pensamento jurídico *benthamiano* era bastante mais modesta: já que o *common law* era *judge-made*, que os juízes subsequentes então pautassem-se *sempre* a partir daquilo que já existia como corpo jurídico, e *nunca* recorressem à própria razão, ao próprio conceito de justiça. Para evitar arbitrariedades, Bentham propugnava por uma adesão estrita e rígida aquilo que havia sido *previamente* estabelecido como *precedente* (com o perdão da redundância); somente seria possível qualquer expectativa minimamente razoável da decisão judicial em um cenário no qual os juízes respeitassem uma doutrina rígida do *stare decisis*, de aderência absolutamente obrigatória ao precedente judicial. Bentham não defendia um respeito ao “costume imemorial”, à “sabedoria” dos juízes (como poderiam fazer Sir Blackstone e seus antecessores da teoria clássica); sua ideia era tão somente que os juízes obedecessem a uma regra estabelecida e, na hipótese de novos casos, decidissem em analogia àquilo já decidido previamente, de forma a respeitar um mínimo de previsibilidade decisória.

²³³ Cf. DINWIDDY, John R. **Bentham**: Selected Writings of John Dinwiddy. Edited with an Introduction by William Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004, pp. 53-54.

²³⁴ “O ódio de Bentham diante do *common law* inglês, claro, é lendário, e já havia se desenvolvido na sua demolição dos *Commentaries* de Blackstone [...]. É provável, então, que sugerir que Bentham tenha em algum momento de sua trajetória considerado a possibilidade de uma revisão do *common law*, em contraste com uma radical ‘desconstrução’, pareça implausível a muitos leitores”. Tradução livre para “*Bentham’s hatred of English Common Law, of course, is legendary, and had already fully matured in his demolition of Blackstone’s Commentaries [...]. The suggestion, then, that Bentham at any point in his career considered a revisionist account of Common Law, as opposed to a radical ‘deconstruction’ of it, is likely to strike many readers as implausible*”. Cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 192.

Não se tratava de respeito à suposta sabedoria dos mortos, dizia Bentham, mas ao bem-estar dos vivos.²³⁵

De espírito inquieto, Bentham logo deixou de dar-se por satisfeito com essa (aparente) solução. Depois de, em uma fase inicial (na já mencionada primeira década de sua vida adulta), defender a doutrina rígida do *stare decisis*, Bentham percebeu que essa rigidez acarretava em mais um daqueles que eram os paradoxos inerentes ao *common law*: um sistema que era, *ao mesmo tempo*, “excessivamente rígido e arbitrariamente flexível e indeterminado”, cujo processo decisório envolvia “tanto repetições acrílicas quanto manipulação judicial de ficções e fórmulas abstratas como ‘direito natural’ e similares, levadas a cabo por caprichos de juízes e interesses sinistros”.²³⁶⁻²³⁷

Assim, Bentham, antigo defensor do *stare decisis*, percebeu que o precedente — sobretudo, a *rigidez da força vinculante do precedente* — acarretava em nada mais que a perpetuação de erros e injustiças:²³⁸ ainda que a decisão original não fosse, em si e por si, equivocada, sua estabilização absoluta enquanto regra subsequente acabava por fazer perdurar, então como regras *de facto* estabelecidas, padrões e práticas e regulações pensados em outra época para outra época. Não só isso, acarretava em “imbecilidade mental”, uma vez que os juízes, dispensados do discernimento e da reflexão, recorriam convenientemente à

²³⁵ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 194-196.

²³⁶ Tradução livre para “*Common Law is excessively rigid and arbitrarily flexible and indeterminate, [...] Common Law adjudication involves both mindless imitation and judicial manipulation of fictions and abstract formulas of ‘natural law’, and the like, governed only by judicial whim and sinister interest*”. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 279-280.

²³⁷ Isso não era uma contradição por parte de Bentham; ao contrário, o próprio Bentham apontava essas contradições como característica inerente ao *common law*.

²³⁸ Ao tratar disso, Postema rememora belíssimas passagens da literatura que criticam a doutrina do precedente na Inglaterra, e a absoluta genialidade dos autores obriga-me a reproduzi-las aqui. A primeira, em *Gulliver’s Travels*, de Jonathan Swift: “É uma máxima entre advogados que o que quer que tenha sido decidido antes pode ser legalmente decidido novamente: por isso, tomam um cuidado especial para que se reúna todas as decisões feitas anteriormente contra a justiça comum e a razão humana. Essas decisões, sob o nome de *precedentes*, são proferidas por autoridades de forma a justificar as opiniões mais iníquas, as quais os juízes nunca deixam de ter em conta” (Tradução livre para “[i]t is a maxim among [...] lawyers, that whatever hath been done before, may legally be done again: and therefore they take special care to record all the decisions formerly made against common justice and the general reason of mankind. There, under the name of precedents, they produce as authorities to justify the most iniquitous opinions; and the Judges never fail of directing accordingly”. Cf. SWIFT, Jonathan. **Gulliver’s Travels**. Londres: Penguin Classics, 2003 [1726], p. 296.) A outra passagem trazida por Postema é de William Shakespeare, em *Merchant of Venice* (IV, i): “Não há poder em Veneza que possa alterar um decreto estabelecido. Este será registrado como um precedente, e muitos erros, seguindo o mesmo exemplo, entrarão Estado adentro”. (Tradução livre para “. . . there is no power in Venice / Can alter a decree established; / ‘Twill be recorded for a precedent, / And many an error, by the same example, / Will rush into the state . . .”. Cf. SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. Fully annotated with an Introduction by Burton Raffel, with an essay by Harold Bloom. New Haven: Yale University Press, 2006 [1596-99], IV, I [p. 122].)

imitação cega.²³⁹ É claro que um espírito radicalmente reformador não se contentaria com pretensões de (mera) revisão. De um revisionismo crítico, o projeto *benthamiano*, em idos da década de 1810 (depois de “um longo período de gestação”)²⁴⁰ passou a tratar de uma proposta de completa reforma e reestruturação, justa e finalmente a partir da mencionada codificação do direito inglês.²⁴¹

A evolução, é claro, foi gradual. Antes de iniciar seu projeto *completo* de um código *completo*, Bentham chegou a esboçar uma espécie de (mero) *Digesto*²⁴²⁻²⁴³ do direito inglês, expondo sistematicamente “os princípios fundamentais do ordenamento jurídico”.²⁴⁴ Entendia ele que, a partir desse Digesto, o *common law* seria ao menos um pouco mais previsível, um pouco menos obscuro.

Bentham, o radical, logo abandonou a ideia de uma simples compilação *à la* Justiniano. Não é difícil de imaginar a razão: não apenas as críticas de Bentham ao *common law* eram fortes demais, contundentes demais, basta lembrar que, para ele, o sistema *sequer era Direito*; os juízes que o construíam era uma elite que, sem legitimidade para tal, legislava de modo a perpetuar sua tirania fictícia. Assim, não bastava dar uma clareza um pouco maior àquilo tudo; era preciso construir tudo de novo.

O código de Bentham — por ele batizado de *Pannomion*²⁴⁵ —, assim, viria a reformar o direito inglês *ex novo*; e, diferentemente, por exemplo, (i) da declaração francesa de direitos e (ii) do próprio *common law*, acarretaria em um código *compreensivo, claro*, longe das ficções jusnaturalistas, a ser promulgado por *legisladores* — ou seja, essencialmente a partir da *vontade* daquele(s) constituído(s) enquanto poder soberano (esta, sim, a autêntica definição

²³⁹ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 279.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 95.

²⁴¹ Autores como Philip Schofield e David Lieberman, contudo, argumentam no sentido de que Bentham já tinha um projeto de codificação ainda nos anos 1780. Cf. SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the World. **Current Legal Problems**, Oxford, v. 51, n. 1, jan. 1988, pp. 115-147; LIEBERMAN, David. **The Province of Legislation Determined**: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 257, 276.

²⁴² Lieberman expõe detalhadamente essa fase do pensamento de Bentham com maestria, em capítulo intitulado justamente *The Digest (O Digesto)*. LIEBERMAN, David. **The Province of Legislation Determined**: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 241-257.

²⁴³ Do latim *digerere; pôr em ordem*. Em referência à compilação de Justiniano I, imperador bizantino, que reunia fragmentos das obras dos jurisconsultos à época — ordenando, portanto, um Direito já existente.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 95.

²⁴⁵ Primeiro, Bentham deu a seu projeto de codificação o nome de *Pandikaion*. Mais tarde, *Pannomion*. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 95. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, p. 305.

de Direito) — e, sobretudo, positivando o direito vigente a partir do princípio da utilidade.²⁴⁶ Essa codificação, porque completa, seria o passo final em direção à “autêntica ciência” da *jurisprudence*.²⁴⁷

Além disso, a reforma do direito inglês a partir de um código claro, compreensivo e cognoscível era, para Bentham, a mais adequada maneira de limitar a autoridade política, uma vez que as regras estariam previamente estabelecidas e escritas (afastando assim também o caráter de *dog law* do direito anglo-saxão).²⁴⁸ “*Segurança contra o desmando* era seu mantra e foco singular; *publicidade*, sua ferramenta mais poderosa na persecução dessa segurança”.²⁴⁹ Nada mais adequado que a codificação do Direito.

Quem bem resume a evolução do pensamento jurídico de Bentham — a quem José del Valle, político guatemalteco chamava de “legislador do mundo”²⁵⁰ — mesmo como é Norberto Bobbio, fazendo-o de forma bastante sistematizada. Diz o autor italiano que, para compreender a Teoria do Direito de Bentham, é necessário que se tenha em mente aquilo que o utilitarista considerava como os cinco “defeitos fundamentais” do *common law*: (i) a *incerteza* — dito de outro modo, a insegurança jurídica subjacente a um sistema não escrito; (ii) a *retroatividade*, que dava luz à analogia de Bentham do direito inglês com aquilo a que chamava de *dog law* — leis *ex post facto*, de eficácia retroativa; (iii) a ideia de que o *common law* não se fundava no *princípio da utilidade* — *i.e.* a máxima da maior felicidade para o maior número de pessoas; (iv) a ausência de uma divisão mais clara de competências, de forma que os juízes do *common law* decidiam casos sobre os quais eles não necessariamente detinham um conhecimento específico prévio; e, finalmente, (v) o caráter eminentemente antidemocrático do direito comum inglês, que não permitia qualquer tipo de controle popular sobre a produção do “direito”²⁵¹ judiciário nas Cortes.²⁵²

²⁴⁶ DINWIDDY, John R. **Bentham**: Selected Writings of John Dinwiddy. Edited with an Introduction by William Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 56.

²⁴⁷ HART, H. L. A. Bentham’s Principle of Utility and Theory of Penal Law. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, pp. xxxvii-xl.

²⁴⁸ CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/>>. Acesso em 18 out. 2018.

²⁴⁹ “*Security against misrule* was his mantra and his singular aim; *publicity* was his most powerful tool for achieving such security”. Cf. POSTEMA, Gerald J. The Soul of Justice. In: ZHAI, Xiaobo; QUINN, Michael (eds.). **Bentham’s Theory of Law and Public Opinion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 40-62. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2294730>>. Acesso em 26 set. 2018.

²⁵⁰ O ponto é mencionado por Philip Schofield, em SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the World. **Current Legal Problems**, Oxford, v. 51, n. 1, jan. 1988, pp. 115-147.

²⁵¹ Entre aspas porque, como vimos, aquilo sequer seria *Direito* genuíno para Bentham.

²⁵² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 97-99.

Daí, de tudo isso — para além das já mencionadas críticas de Bentham às *ficções* de direito natural e da própria linguagem artificial das elites judiciárias —, seguia-se, para Bentham, a necessidade de reforma do direito inglês a partir de seu projeto de codificação; projeto este que, segundo Bobbio, também pode ser sistematizado em quatro princípios fundamentais: (i) a *utilidade* — ou seja, regras escritas a partir da máxima da maior felicidade do maior número; (ii) a *completitude*, para evitar o preenchimento de lacunas por parte da (ilegítima) *judge-made law*;²⁵³ (iii) a *cognoscibilidade* — respeitando os ideais de clareza e acessibilidade, permitindo aos cidadãos o conhecimento do que efetivamente era o Direito; e (iv) *justificabilidade*, já que “somente quando seus motivos são conhecidos uma lei se torna compreensível”.²⁵⁴

1.4.5 Conclusão parcial

Se o positivismo de Hobbes, ainda que sustentado pela doutrina majoritária, não é exatamente um consenso, o positivismo em Jeremy Bentham é muito claro. Se aceitamos a definição *fulleriana* segundo a qual o positivismo é a teoria que traça uma clara distinção entre o Direito como ele efetivamente *é* e como *deveria ser*, a matriz positivista em um autor que adota como pressuposto mais básico de sua Teoria do Direito a dicotomia fato/valor, separando as instâncias do *is* e do *ought*, é mais que evidente. Isso fica claro quando Bentham, ele próprio, divide sua teoria em *expository* e *censory jurisprudence*; a primeira, responsável por dizer o que o Direito *é* — um comando do soberano sustentado por uma sanção; a segunda, responsável por dizer como o Direito deve ser — claro, acessível, em consonância com o princípio mais básico do utilitarismo: a máxima de que a ação correta é aquela através da qual se atinge a maior felicidade do maior número de pessoas.

Mesmo assim, se nem isso fosse suficiente para classificá-lo como mais um positivista *avant la lettre*, Bentham ainda é um autor que, como Hobbes, ridiculariza as noções racional-jusnaturalistas da teoria clássica do *common law* — se aquele opunha-se a Coke, Bentham

²⁵³ Há, neste ponto, uma pequena divergência doutrinária: Gerald Postema defende a ideia de que o *Pannomion* consistiria em *princípios* utilitaristas, que deveriam *guiar* a atividade judiciária, sem, necessariamente, *predeterminá-la*. A leitura tradicional, porém, defende que Bentham visava, sim, um código detalhado, que eliminaria integrações que fossem *judge-made* — e argumenta num sentido de que, fosse a atividade criativa judiciária algo com o qual ele concordasse, ele já estaria satisfeito com seu projeto prévio de *Digesto* do *common law*, sem abandoná-lo para construir um novo sistema de codificação legislativa. Cf. FERRARO, Francesco. Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of the Judges. Cambridgeshire, *Utilitas*, vol. 25, n. 2, jun. 2013, pp. 140-160.

²⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 100.

tinha um rival à altura em Blackstone. Diferentemente de Hobbes, contudo — e, nesse sentido, mais radical —, Bentham afasta peremptoriamente qualquer menção a direitos naturais, aos quais tão ironicamente atribuía o rótulo de tolices (*nonsense upon stilts*).

É com base em tudo isso que Jeremy Bentham atribuiu a si mesmo a missão de desmistificar a farsa do *common law* — a que chamava de *dog law* —, que sequer era Direito legítimo (uma vez que era construído por juízes, que não tinham competência para tal), a partir de uma proposta de codificação do Direito. Seu código positivaria aquilo que o Direito realmente era — fruto da vontade do soberano (que nada mais seria que aquele que tivesse a genuína atribuição legislativa) — a partir da máxima utilitária; atingiria no Direito, finalmente, “utilidade, notoriedade, completude, razoabilidade manifesta”, em contraste com o *common law*, “corrupto, desconhecido, incompleto, arbitrário”.²⁵⁵

1.5 O DIREITO EM JOHN AUSTIN

Se Mill é o grande discípulo de Bentham no que diz respeito ao utilitarismo, John Austin (1790-1859) talvez seja seu maior discípulo no Direito. Só que, ainda que (i) também seja utilitarista, (ii) simpático à codificação do Direito,²⁵⁶ e (iii) tenha afirmado expressamente que “seu objetivo de vida era disseminar as doutrinas de Jeremy Bentham”, Austin não apenas se difere de seu mestre em um importante aspecto como, sobretudo, “tornou-se o mais influente jurista inglês do século XIX”.²⁵⁷

Como Bentham — e como a mais absoluta maioria da tradição filosófica anglo-saxônica desde então —, Austin acompanha a já mencionada dicotomia *humaniana* que traça uma distinção entre as instâncias do *is* e do *ought*; isto é, a ideia de que não se pode derivar uma premissa de cunho *prescritivo* de outra *descritiva* sem que se argumente logicamente para tal.²⁵⁸ Isso é algo muito claro na distinção *benthamiana* entre as abordagens *expositória* e *censorial* de sua *jurisprudence*. Só que, diferentemente de Bentham, cuja empreitada jurídico-filosófica propugnava uma reforma do direito inglês através da codificação completa — ou

²⁵⁵ SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the World. *Current Legal Problems*, Oxford, v. 51, n. 1, jan. 1988, pp. 115-147.

²⁵⁶ Ao menos no que diz respeito a uma fase mais tardia do seu pensamento, como se verá mais adiante.

²⁵⁷ Tradução livre para “[a]lthough John Austin declared that his aim in life was only to disseminate the doctrines of Jeremy Bentham, it was the younger man who became the most influential English jurist of the nineteenth century”. LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 173.

²⁵⁸ Ver p. 53 e nota 182, *supra*, desta pesquisa.

seja, com uma ênfase muito clara no aspecto *normativo* da teoria —, Austin estava muito mais interessado na primeira abordagem, ou seja, no aspecto *expositório* da teoria jurídica; estava, pois, muito mais interessado em construir uma Teoria do Direito que identificasse o fenômeno jurídico como ele efetivamente era e, a partir daí, *descrevê-lo*.²⁵⁹ É por isso que, a Austin, credita-se a fundação daquilo a que se convencionou chamar posteriormente de *analytical jurisprudence*, que nada mais é que justamente a abordagem analítico-descritiva do fenômeno jurídico.²⁶⁰ É precisamente em razão disso que Austin é considerado, como dito no parágrafo anterior, o mais influente jurista inglês do xix; Bentham, é verdade, é um *filósofo* — na acepção clássica e mais abrangente da palavra — muito mais completo e reconhecido, mas foi Austin, com sua teoria jurídica analítica, que inaugurou de vez a tônica dominante que perpassa toda a tradição juspositivista que veio (e ainda vem) depois dele.²⁶¹

Outra divergência de Austin com relação a Bentham é política: embora tenha compartilhado o radicalismo do mestre enquanto jovem, mais tarde, Austin converteu-se ao conservadorismo político, opondo-se expressamente (em 1859, mais precisamente) a reformas parlamentares e ao sufrágio popular.²⁶² Austin, sobretudo — de acordo com Wilfrid E. Rumble, responsável pela *Introdução* da célebre edição da *Cambridge University Press* de *The Province of Jurisprudence Determined, magnum opus* de Austin —, não era um discípulo “servil” de Bentham; ao contrário: “divergências políticas entre ambos desenvolveram-se e multiplicaram-se no curso do tempo”. Mesmo assim, “Bentham teve, provavelmente, um impacto na filosofia moral e jurídica de Austin maior que o de qualquer outro autor”.²⁶³

Isso não é mera curiosidade. Para alguns autores, como Thomas Bustamante e Michael Lobban, por exemplo, é justamente o conservadorismo político de Austin que o levou a esse seu desinteresse pelo eventual caráter pretensamente *prescritivo* de uma teoria

²⁵⁹ “[E]m Austin se encontra o germe do positivismo descritivo”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 169.

²⁶⁰ BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 18 out. 2018.

²⁶¹ Para Roger Cotterrell, isso também se deve ao fato de que os escritos jurídicos de Bentham só foram publicados de forma sistemática postumamente, quando o trabalho de Austin já havia sido publicado e difundido. Cf. COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy**. 2. ed. Londres: LexisNexis, 2003, p. 50.

²⁶² AUSTIN, John. A Plea for the Constitution. In: SCARROW, Susan E. **Perspectives on Political Parties: Classic Readings**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2002, pp. 135-139.

²⁶³ Tradução livre para “Austin was no slavish follower of Bentham and criticized many of his ideas. Then, too, political differences between the two men developed and multiplied in the course of time. Nevertheless, Bentham probably had a heavier impact upon Austin’s ethical and legal philosophy than any other person”. Cf. AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. ix.

jurídica:²⁶⁴ enquanto Bentham, como vimos, era um verdadeiro revolucionário, Austin preocupou-se em (tão somente) desenvolver “uma análise de conceitos jurídicos de forma a fazer sentido do Direito que ele visualizava, apontando o caminho para reformas”; enquanto Bentham voltava sua teoria muito mais ao aspecto *censório*, “Austin dedicou pouco tempo à ciência da legislação, confinando a teoria jurídica a uma *análise e descrição* do direito positivo”²⁶⁵ — que ele dizia analisar “sem valorar seus aspectos positivos ou negativos”.²⁶⁶

1.5.1 *A analytical jurisprudence*

John Austin é o autor da mais clássica máxima positivista, que expressa a doutrina em sua mais básica essência:

A existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.²⁶⁷

O ponto, o propósito, e a própria tese de Austin parecem ser bastante diretos, até mesmo simples; e, de fato, *são*. Bix, no verbete específico sobre Austin que escreveu à *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, chega a dizer que a análise *austiniana* sobre o Direito pode ser encarada legitimamente de duas maneiras: ela pode ser tomada tanto como

²⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Breve História do Positivismo Descritivo: O que Resta do Positivismo Jurídico Depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 20, n. 1, jan.-abr. 2015, pp. 309-327. LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 173.

²⁶⁵ De forma que parece fazer muito sentido a interpretação de, entre outros, Bustamante e Lobban, sobre ser o conservadorismo de Austin um dos motivos por trás de seu rompimento para com a empreitada reformista-revolucionária da *ensorial jurisprudence* de seu mestre Bentham. Afinal, se Bentham via a si mesmo como uma espécie de legislador universal, não há nada mais *anti-conservador* que essa disposição — especialmente quando o conservadorismo britânico parece ser precisamente uma *ideologia* (se é que pode ser assim chamado) da *imperfeição humana*. Cf. PEREIRA COUTINHO, João. **As Ideias Conservadoras** Explicadas a Revolucionários e Reacionários. 2. ed. São Paulo: Três Estrelas, 2014, pp. 62-63.

²⁶⁶ Tradução livre e contextualizada a partir da seguinte passagem: “*Unlike his mentor, moreover, Austin sought to reform rather than revolutionise the English legal system. [...] [H]e developed an analysis of legal concepts to help make sense of the law he found, and to point the way to reform. [...] For Austin, jurisprudence was concerned with positive laws ‘considered without regard to their goodness or badness’*”. LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, pp. 173-174.

²⁶⁷ Tradução livre para “[t]he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation”. Em AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 157.

“paradigmática” quanto como “uma *caricatura* da filosofia analítica, a partir do fato de suas discussões serem repletas de distinções cruas, mas rasas em argumento” (grifo meu).²⁶⁸

“Distinções”. É esse, rigorosamente, o objetivo da teoria jurídica de Austin: clarificar o conceito autêntico de *direito positivo* — *i.e.* leis humanas —, diferenciando-o de comandos morais, divinos, ou de qualquer outra natureza; isso porque, para Austin, “o objeto da teoria jurídica é o direito positivo: o Direito, simples e rigorosamente assim chamado: ou o direito posto por superiores políticos a subalternos políticos”. Sendo assim, chegar em uma definição conceitual clara é a tarefa do teórico do Direito, já que o direito positivo — para Austin, “Direito, simples e rigorosamente assim chamado” — é “com frequência, confundido com objetos aos quais se relaciona por *similaridade*”; objetos esses que “*também* são significados, *própria e impropriamente*, com a expressão, ampla e vaga, *Direito*”. A proposta de Austin é exatamente esta: delimitar, de forma clara, “a esfera da teoria jurídica”.²⁶⁹

É com esse objetivo em mente que, seguindo, a Bentham (e até mesmo a Hume),²⁷⁰ Austin foi adepto do que hoje se chama de *command theory of law* (aquilo a que se convencionou chamar nas traduções para o português de “concepção *imperativista* do Direito”);²⁷¹ traduzindo, e em termos mais claros, é possível dizer que, ao definir o direito positivo como “o direito posto por superiores políticos a subalternos políticos”, Austin subscreve à ideia de que o Direito — *i.e.* o próprio direito positivo, que é nada mais que “o Direito, simples e rigorosamente assim chamado” —, a *natureza* do Direito, está *no comando do soberano*. Mais precisamente, “um comando geral e abstrato”, “a expressão de um desejo” que coloca qualquer indivíduo para quem esse desejo é expresso “passível de um mal

²⁶⁸ Tradução livre para “*Austin’s analysis can be seen as either a paradigm of, or a caricature of, analytical philosophy, in that his discussions are dryly full of distinctions, but are thin in argument*”. BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 18 out. 2018.

²⁶⁹ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem, que abre *The Province of Jurisprudence Determined* (título que pode ser livremente traduzido exatamente como “a esfera, a área, o *campo* [no sentido de *limites*] da teoria do Direito/teoria jurídica determinada(o): “*THE matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors. But positive law (or law, simply and strictly so called) is often confounded with objects to which it is related by resemblance, [...] with objects which are also signified, properly and improperly, by the large and vague expression law. To obviate the difficulties springing from that confusion, I begin my projected Course with determining the province of jurisprudence, or with distinguishing the matter of jurisprudence from those various related objects*”. AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 18.

²⁷⁰ Ver p. 54 desta pesquisa.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 108.

qualquer por ato daquele que exprime o desejo se este não for realizado”; justamente, uma “sanção”.²⁷²

E na medida em que, novamente em grande parte como em Bentham,²⁷³ o soberano *austiniano* é definido como um indivíduo (ou grupo de indivíduos) que (i) recebe(m) a “obediência habitual” da população e (ii) não obedecem habitualmente a qualquer outro indivíduo ou instituição (terrena), é, pontualmente, *essa* definição que permite Austin a diferenciar o Direito, o comando jurídico, de objetos “impropriamente” chamados de “leis”, como os comandos jurídicos ou os ditames da “moralidade positiva”.²⁷⁴ A formulação comando do soberano + sanção só se observa no direito positivo, que é exato objeto da teoria jurídica.

Uma vez mais, quem bem sintetiza o ponto acerca da diferenciação *austiniana* acerca do Direito “propriamente assim chamado” daqueles objetos “impropriamente chamados” de leis é Bobbio:

[A]s leis divinas e o direito positivo constituem *comandos soberanos*; o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva são *comandos humanos*; as leis positivas, o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva (isto é, todas as leis exceto aquelas impropriamente ditas da moralidade positiva) são *comandos*. [...] [O] objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do direito) é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção *positivista* do direito); [...] a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção *imperativista* do direito); [...] o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente — isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado.²⁷⁵

Ao inaugurar a *analytical jurisprudence*, portanto, Austin inaugurou de vez uma proposta *analítica* na Teoria do Direito,²⁷⁶ que, a partir de uma concepção imperativista — que definiu o Direito como um comando + sanção do soberano, aquele para com quem uma comunidade política tem um hábito de obediência —, tinha como proposta *descrever* esse fenômeno jurídico tal como ele era, distinguindo-o de outros comandos (*e.g.* ditames divinos

²⁷² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 105.

²⁷³ LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016, p. 177.

²⁷⁴ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], pp. 20-24.

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 108.

²⁷⁶ Andrew Halpin atribui a Austin o título de “o progenitor de uma tradição analítica na Teoria do Direito” (“*the progenitor of an analytical tradition in jurisprudence*”). Cf. HALPIN, Andrew. Austin’s Methodology? His Bequest to Jurisprudence. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, pp. 15-40.

e de moralidade social) e, sobretudo, traçando uma afiada distinção entre Direito e moralidade.²⁷⁷

1.5.1.1 Contradições e convergências com Jeremy Bentham

Até aqui, temos (i) que Austin foi um discípulo de Bentham e (ii) que, diferentemente de seu mestre, um democrata radical, era um conservador político; possivelmente, razão pela qual (iii) Austin, diferentemente de seu mentor, preocupava-se (tão somente) em *identificar* e *descrever* o Direito, diferenciando-o de outros tipos de comandos; ao contrário de Bentham, Austin não tinha como prioridade em sua teoria jurídica qualquer caráter *normativo*. Quanto a isso, contudo — isto é, quanto à identificação do objeto de uma teoria, ou ciência, jurídica —, (iv) Austin concordava com Bentham quanto à sua definição do que o Direito efetivamente era: o comando do soberano que, desobedecido, acarretava em uma sanção.

Até aqui, *prima facie*, sem maiores problemas; a grande questão, entretanto, surge quando se reflete um pouco mais a fundo sobre a relação que todas essas premissas acabam tendo uma com relação à outra. Veja-se: divergências políticas à parte, e mais, interferência ou não de visões políticas na proposta de teoria jurídica, fato é que Austin e Bentham concordam com relação à definição do que é o Direito. É aí que surge a grande questão: para além de qualquer motivação pretensamente democrática, a proposta de reforma radical do direito inglês propugnada por Bentham devia-se *exatamente pela sua definição do que era o Direito*. Lembremos que, ao conceber o Direito a partir da *command theory* (concepção imperativista), Bentham entendia que o *common law* sequer estava apto a se classificar como Direito legítimo; aquilo que Bentham observava era um direito judiciário, *judge-made law*; propor uma reforma, então, é nada mais que uma decorrência lógica. Então se (i) Austin concorda com o mestre e, como ele, subscreve à *command theory* e (ii) essa teoria mesma obrigava Bentham a rejeitar o *common law* enquanto Direito, a pergunta é óbvia: como pode Austin contentar-se com a *descrição*, com uma teoria meramente expositória (em termos *benthamianos*), se o objeto a ser descrito sequer é Direito legítimo?

A resposta de Austin (ao final da primeira de suas célebres *lectures*) é bastante curiosa; se satisfatória ou se apologética, se genuína ou evasiva para tão somente justificar o *status quo*, difícil responder com um mínimo grau de objetividade; qualquer palpite seria

²⁷⁷ Cf. o prefácio de FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013.

somente um palpite, de forma que não me preocupa especular nesse sentido. Dito isso, o que Austin argumentava para legitimar sua proposta descritiva conciliando-a com a subscrição à tese imperativista de Bentham acerca da natureza do Direito era que tanto o direito judiciário quanto o reconhecimento jurídico dos costumes eram *comandos tácitos* do soberano; o direito judiciário era, portanto, *direito legítimo*, por *aquiescência* desse soberano a quem cabe a competência legislativa. “Austin”, define Schauer, “até mais do que Bentham, esteve entre os primeiros a reconhecer os poderes legislativos do juiz no *common law*”.²⁷⁸ A diferença entre ambos reside no fato de que, para Bentham, isso era ilegítimo. Para Austin, por outro lado,

quando costumes tornam-se regras jurídicas a partir da decisão judicial, as regras jurídicas que emergem dos costumes são comandos tácitos da legislatura soberana. O Estado, que tem a faculdade de abolir essas regras, permite que seus membros efetivem-nas: e isso, portanto, significa seu contentamento, por sua aquiescência voluntária, que essas regras sirvam como Direito aos jurisdicionados.²⁷⁹

Austin, portanto, rejeitava o próprio termo “*judge-made law*”, que ele atribui a Bentham, e considera “desrespeitoso”. Dizia que, “apesar de sua grande admiração pelo Sr. Bentham”, o direito judiciário era não apenas “altamente benéfico” como até mesmo “absolutamente necessário”. Não só isso: nos países em que se podia observar leis feitas pelos juízes, verificava-se que esse direito produzido nas cortes era “muito melhor” que aquelas partes do direito local que consistiam em “estatutos promulgados pela legislatura”. Austin ia mais além e dizia ainda que, se Bentham fosse criticar a (suposta) *judge-made law*, que a criticasse pela maneira “tímida” e “estreita” através da qual esses juízes legislavam.²⁸⁰

²⁷⁸ “Austin, even more than Bentham, was among the first to recognize the law-creating powers of the common law judge”. SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 19.

²⁷⁹ Tradução livre para “when customs are turned into legal rules by decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature. The state, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, 'that they shall serve as a law to the governed'.” Em AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 37.

²⁸⁰ “Eu, de forma alguma, desaprovo aquilo a que o Sr. Bentham escolheu chamar pelo desrespeitoso, e, portanto, penso que imprudente, nome de *judge-made law*. Porque considero imprudente chamar de qualquer nome que indique qualquer desrespeito àquilo que me parece como algo altamente benéfico e até mesmo absolutamente necessário. Eu não sou capaz de entender como qualquer pessoa que pensou sobre o assunto pode supor que a sociedade poderia ter sobrevivido se juízes não tivessem legislado, ou que haja qualquer perigo que seja em conferi-los o poder que eles de fato têm exercido, de preencher a lacuna deixada pela negligência ou incapacidade do legislador constituído. Aquela parte do Direito de cada país que foi feita pelos juízes costuma ser muito melhor que aquelas que consistem em estatutos promulgados pela legislatura. Apesar de minha grande admiração pelo Sr. Bentham, não posso deixar de pensar que, em vez de culpar os juízes por terem legislado, ele devia, ao contrário, culpa-los pela maneira tímida, estreita e gradual através da qual eles têm legislado”. Tradução livre para a seguinte passagem: “I by no means disapprove of what Mr Bentham has chosen to call by the disrespectful, and therefore, as I conceive, injudicious, name of judge-made law. For I consider it injudicious to call by any name indicative of disrespect what appears to me highly beneficial and even absolutely necessary. I cannot understand how any person who has considered the subject can suppose that society could possibly

Por fim, ainda, é necessário que se diga que, em uma de suas *lectures* mais tardias, Austin reconheceu — ainda que classificasse maior parte das críticas ao que ele chamava de “*judicial law*” e não “*judge-made law*”,²⁸¹ como vimos, como “objeções sem fundamento”²⁸² — que era possível, sim, que o direito produzido nas Cortes acarretasse em alguns problemas, aos quais o autor levantou algumas objeções. Embora assumidamente conservador e simpático ao direito judicial, o Austin tardio (i) reconhecia, *benthamianamente*, a possibilidade de se construir o Direito com mais clareza a partir da codificação (porque, ainda que o direito estatutário possa também ser eivado de ambiguidades como o discurso jurídico das Cortes, ele era mais facilmente *acessível e cognoscível*, facilitando que o problema fosse contornado). Austin também (ii) entendia que, em razão da rotina própria, típica, das Cortes, haveria o risco de que o Direito, enquanto produzido no Tribunal, assim o fosse de forma “*apressada*”,²⁸³ sem a “prudente deliberação”²⁸⁴ típica do Parlamento. Também *à la Bentham*, Austin (iii) colocava que a *judicial law* era sempre, invariavelmente, *ex post facto*²⁸⁵ e (iv) entendia que a codificação significava um Direito mais coerente e estável.²⁸⁶

1.5.1.2 John Austin, entre a Alemanha e a Inglaterra

Seja como for, e por mais que se tenha mostrado simpático a uma proposta de codificação mais ao final de suas exposições em Londres, o fato é que Austin jamais teve a pretensão política, reformista, de seu mestre. Só que a explicação (um pouco mais) completa disso, para além do conservadorismo *austiniano* contrastado com o espírito revolucionário de Bentham, passa por uma compreensão de outro aspecto de sua teoria jurídica, que será

have gone on if judges had not legislated, or that there is any danger whatever in allowing them that power which they have in fact exercised, to make up for the negligence or the incapacity of the avowed legislator. That part of the law of every country which was made by judges has been far better made than that part which consists of statutes enacted by the legislature. Notwithstanding my great admiration for Mr Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated”. Em AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 163.

²⁸¹ “Lei judicial” em vez de “lei feita por juízes” (tradução livre), de forma a denotar que considerava os juízes como uma espécie de delegados, subordinados e tacitamente autorizados, do soberano.

²⁸² “*Groundless objections*”.

²⁸³ “*In haste*”.

²⁸⁴ “[T]he mature deliberation which legislation requires”. Isto é, “a deliberação prudente que [o processo de] legislação exige”. Tradução livre.

²⁸⁵ Lembre-se da metáfora *benthamiana* do *common law* como *dog law*. Cf. item 1.4.3, pp. 56-61 desta pesquisa.

²⁸⁶ Todo o ponto em AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence**, or the Philosophy of Positive Law. 5. ed., vols. I e II. Editado por Robert Campbell. Londres: John Murray, 1873, pp. 669-675.

exposto de forma bastante breve: a influência da escola alemã.²⁸⁷ Ignorado esse aspecto, corre-se o risco de fazer injustiça a Austin, como se suas considerações sobre a atuação dos juízes fosse mera retórica conservadora sem qualquer sustentação filosófico-jurídica.

“Se as influências inglesas formaram a teoria de Austin acerca do que o Direito *era*”, diz Michael Lobban, “as influências alemãs ensinaram-no como o Direito *funcionava*”.²⁸⁸ É nesse sentido que se pode explicar as concessões *austinianas* ao direito judiciário: ao passo que sua concepção de Direito era tipicamente britânica, *hobbes-benthamiana*, Austin também entendia, *como os alemães*, que esse Direito, porque sempre *incompleto*, implicava necessariamente no reconhecimento de *princípios (Rechtsgrundsätze)* tácitos, de caráter eminentemente *jurídico*, subjacentes à ordem jurídica (*Rechtsordnung*) de cada local. Eram esses princípios que permitiam que as decisões proferidas em casos novos fosse, de fato, *jurídica (rechtlich)*, e não baseada (meramente) em juízos de equidade ou em (pura) discricionariedade.²⁸⁹

Quem pretende revisitar a *jurisprudence* — neste caso, *rechtstheorie* — alemã não pode evitar senão voltar a atenção à Escola Histórica,²⁹⁰ personificada (ao menos quando tratamos da influência sobre Austin) especialmente por Savigny (ainda que brevemente, tão somente para os fins a que se propõe um subcapítulo dedicado a John Austin).²⁹¹ Para

²⁸⁷ Para um excelente apanhado geral, ver os verbetes *Jurisprudência dos conceitos* e *Jurisprudência dos interesses*, do *Dicionário* de Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, pp. 104-114.

²⁸⁸ Tradução livre da seguinte passagem: “*If the English influences shaped Austin’s theory of what law was, the German ones taught him how it worked*”. LOBBAN, Michael. Austin and the Germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 255-270.

²⁸⁹ LOBBAN, Michael. Austin and the Germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 255-270.

²⁹⁰ Quem bem explica a Escola Histórica, da forma sintetizada (mas, sobretudo, responsável) que nos é necessária aqui, é Isaiah Berlin: “[O]s juristas históricos [alemães] [...] declararam que a lei não era nem uma aproximação de algo chamado lei natural, apenas discernível por um tipo *a priori* especial de visão, pois isso era claramente uma ficção; nem baseada nos comandos arbitrários de governantes individuais, pois uma vez que os direitos naturais e divinos eram dados por findos, isso já não possuía autoridade; mas que ela derivava das *relações históricas em evolução* que os homens tinham de fato uns com os outros—das maneiras reais como os homens se comportavam e achavam correto comportar-se dentro de comunidades e como conjuntos comunitários *vis-à-vis* uns com os outros—e que essa rede elaborada de relações não era nem algo passível de ser decomposto em arranjos utilitários conscientes, nem um comportamento dedutível do que podia ser descoberto sobre o hábito anatômico, físico e fisiológico de indivíduos, mas só podia ser compreendida da mesma forma que o membro de uma família entendia o padrão de vida familiar de que ele próprio era parte, aceitando as regras dessa vida não por ela poder ser deduzida de princípios abstratos, nem por ter sido ordenada por um superior específico, mas porque aceitar essas regras era em alguma medida levar esse tipo de vida, e isso fazia parte dos hábitos, perspectiva e moralidade naturais daqueles que constituíam a família”. (Grifos meus.) BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica: Ascensão e influência no pensamento moderno**. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 296-297.

²⁹¹ De modo que a obra de Savigny exigiria por si só toda uma pesquisa completa, abordar-se-á, aqui, tão somente os aspectos tomados por Austin para sua compreensão acerca da atividade dos juízes nas Cortes.

Savigny, a tarefa dos juízes era dúplice. No primeiro aspecto, uma dimensão *material*, criativa; uma vez que o Direito não se desenvolvia de forma espontânea a partir do costume, caberia ao juiz desenvolvê-lo, articulando o *Volksgeist*²⁹²⁻²⁹³ e o Direito. No segundo aspecto, uma dimensão *formal*, de atribuição de unidade e cientificidade ao material surgido da atividade prática. Evidentemente, pois, a atividade do *jurista* (*i.e.*, daquele envolvido na *práxis*, e não o teórico, diga-se), não era meramente descritiva de algo já existente.²⁹⁴ Austin assume o tributo que deve à escola alemã o reconhecimento de que a prática jurídica era também *criativa*, e não apenas *cognitiva*.

Nessa linha, Bobbio atribui a Austin uma “tentativa de mediação entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês”, “num esforço notável mas também insciente” de fazer “de Bentham um historicista e de Savigny um utilitarista”. A crítica de Bobbio reside no fato de que, de acordo com sua interpretação, as convergências pensamento entre Austin e os alemães eram “bastante limitadas e superficiais”, redutíveis meramente a uma rejeição das concepções jusnaturalistas.²⁹⁵ Seja como for, e interpretações críticas à parte, o fato é que Austin menciona “*Herr von Savigny*” expressamente em uma de suas *lectures*, ao referir-se exatamente a natureza dúplice da atividade judiciária “moderna”.²⁹⁶⁻²⁹⁷

As raízes germânicas que se fazem presentes na obra de Austin não param por aí. A tardia defesa de Austin em favor da codificação não se aproximava do *Pannomion* de Bentham, mas, sim a uma proposta muito mais relacionada a uma compreensão germânica da atividade judiciária (de modo que as ideias de Austin acerca da codificação eram, conforme alerta Michael Lobban, muito mais próximas à proposta de Thibaut, jurista alemão,²⁹⁸ para seu

²⁹² As noções de um *Volksgeist*, um “espírito do povo”, remontam a Herder. O *Volksgeist* é o “espírito interior próprio” de um povo, “que moldava sua perspectiva e condicionava a forma concreta que a expressão dessa perspectiva adotava. A influência do romantismo de Herder sobre os juristas históricos é fundamental. BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica**: Ascensão e influência no pensamento moderno. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 286-287, 297.

²⁹³ “Ao direito natural a escola histórica contrapõe o direito consuetudinário, considerado como a forma genuína do direito, enquanto expressão imediata da realidade histórico-social e do *Volksgeist*”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 53.

²⁹⁴ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **System of the Modern Roman Law**, vol. I. Traduzido por William Holloway. Chennai: J. Higginbotham, 1867, pp. 37-39.

²⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 101, 103.

²⁹⁶ AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence**, or the Philosophy of Positive Law. 5. ed., vols. I e II. Editado por Robert Campbell. Londres: John Murray, 1873, pp. 667-668.

²⁹⁷ Não compreendamos a passagem a partir de interpretações anacrônicas.

²⁹⁸ Que, em favor da codificação do Direito, travou debates com o contrário von Savigny. Thibaut propugnava uma sistematização do direito positivo, um “sistema do direito das *Pandectas*” (“*System das Pandektenrechts*”), de modo que a Alemanha fosse estruturada a partir de um código geral válido que impedisse arbitrariedades dos Estados independentes. Savigny, de acordo com Bobbio, entendia que a Alemanha passava por um momento de decadência jurídica, razão pela qual a codificação, nas circunstâncias da época, somente agravaria os problemas

país).²⁹⁹ Exatamente pelo fato de Austin, *germanicamente*, entender pela impossibilidade de completude do Direito, um código *austiniano* seria um *digesto* sistematizado das *rationes decidendi* a partir das quais o direito judiciário era constituído, visando tão somente a preencher as lacunas geradas pela ausência de positividade.³⁰⁰

1.5.2 Conclusão parcial, e o legado da teoria jurídica de John Austin³⁰¹

Até aqui, portanto, temos que, seguindo a Hobbes e Bentham, Austin subscreve à teoria imperativista do Direito, concebendo o fenômeno jurídico como um comando do soberano cominado com uma sanção em caso de descumprimento desse comando próprio. Diferentemente de seus predecessores, porém, Austin preocupou-se muito mais com a dimensão descritiva do Direito, deixando de lado as preocupações político-normativas do positivismo jurídico de até então. Sua proposta, muito claramente, era a de delimitar aquilo a que chamava de “*province of jurisprudence*” (“esfera da Teoria do Direito”), diferenciando o Direito de outras normas (de ordem social, moral, divina).

Finalmente, convém ainda que se sejam algumas reflexões acerca do legado de John Austin na Teoria do Direito. Além das razões óbvias — falar sobre um legado observável até hoje tem uma importância auto-evidente —, isso deve-se ao fato de que é parte do legado *austiniano* que permite, em outra instância, que se construa um elemento de conexão entre este capítulo com o início do próximo — dentro do qual trato do(s) positivismo(s) contemporâneo(s).

Se Hobbes e Bentham já desafiavam o *common law* e, sobretudo, com isso, desafiavam a teoria clássica em sua concepção segundo a qual os juízes, racionalmente, *acessavam* e *declaravam* um direito preexistente — a ser descoberto na sabedoria do costume, que, por vezes, tinha a si atribuído até mesmo um caráter *imemorial* (como vimos ter sido o caso durante a Era Coke) —, foi somente a partir de Austin que se tornou mais difundida uma

existentes. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 57-62.

²⁹⁹ LOBBAN, Michael. Austin and the Germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 255-270.

³⁰⁰ “[Austin] argued that a code which digested and put in order the *rationes decidendi* of which judicial law was made up would be an advance on leaving it all embedded in cases. His view was that one should codify on the basis of induction from legal science”. LOBBAN, Michael. Austin and the Germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013, pp. 255-270.

³⁰¹ Devo o título deste subcapítulo ao título da obra, editada por Michael Freeman e Patricia Mindus, *The Legacy of John Austin Jurisprudence*. FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin’s Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013.

noção de que o Direito seria, em verdade, fundado muito mais em *regras, criadas* e impostas de cima para baixo. A influência, tanto *hobbesiana* quanto *benthamiana* é cristalina; ainda assim, é a Austin é que se credita a primazia dessa perspectiva imperativista em face da clássica teoria declaratória, de matriz racional-jusnaturalista — talvez até por razões temporais,³⁰² já que, à época de publicação de suas *lectures*, as características típicas de um Estado moderno, com governo centralizado, estavam muito mais estabelecidas, fazendo com que essa nova forma de se enxergar a natureza do Direito harmonizasse-se muito mais com as circunstâncias de tempo e lugar.³⁰³

Essa conexão está no legado deixado por John Austin já que, de uma maneira ou outra, foi ele quem inaugurou definitivamente a tradição dominante na escola juspositivista — algo que nos permite inclusive dizer que foi Austin quem inaugurou a tradição dominante em *toda a Teoria do Direito anglo-saxônica*. Ainda que de forma atualizada, a postura analítica é ainda aquela que pauta majoritariamente o debate na academia jurídica: “[a]inda que a *analytical jurisprudence* tenha sido desafiada por alguns em anos recentes,³⁰⁴ segue sendo a abordagem dominante na discussão acerca da natureza do Direito” — e se a *analytical jurisprudence* tem em Austin seu expoente, seu legado é indubitável.³⁰⁵

³⁰² Ver nota 250, *supra*, p. 69.

³⁰³ COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy**. 2. ed. Londres: LexisNexis, 2003, pp. 21-77.

³⁰⁴ Tratarei com mais vagar das críticas de Ronald Dworkin no capítulo subsequente. No Brasil, arrisco dizer que é precisamente esse o principal ponto de divergência de Lenio Streck com o positivismo: a pretensão de uma descrição arquimediana (incompatível, por óbvio, com uma abordagem hermenêutica do Direito *à la* Streck).

³⁰⁵ “*Though analytical jurisprudence has been challenged by some in recent years, it remains the dominant approach to discussing the nature of law*”. Cf. BIX, Brian H. John Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 26 out. 2018.

2 POSITIVISMO E DIREITO COMO INTEGRIDADE

“Em sua grande e elegante obra, Ronnie [Ronald Dworkin] nos deu uma teoria viva, que creditou à prática do Direito a razão e a reflexão, e não apenas uma aplicação mecânica de regras. Uma teoria que nos ensinou a levar a sério a argumentação que — para a perplexidade dos positivistas, pragmáticos, e céticos em geral — leva os advogados e juízes a buscar profundamente, nos livros de Direito, com tenacidade, de novo e de novo, as respostas jurídicas para casos difíceis, em vez de admitir derrota ao primeiro sinal de que não há texto ou precedente específico sobre o ponto em questão.”³⁰⁶

(Jeremy Waldron)

John Austin, no século XIX, foi o grande marco teórico a partir do qual se desenvolveu aquela que seria a característica dominante do positivismo jurídico tal como o compreendemos nas versões de seus mais influentes representantes teóricos. Suas *teses*, é verdade, podem ter sido superadas — se é que se pode empregar o termo “superação” sem olhares anacrônicos, sem desconsiderar que somente uma teoria a-histórica não está sujeita aos implacáveis avanços dos tempos —, mas houve continuidade com relação ao seu *método* de abordagem. Bentham, como vimos — em referência expressa a Hume³⁰⁷ — adotou em sua teoria jurídica a distinção entre as instâncias do *is* e do *ought*. Essa distinção, entre questões descritivas e normativas, “agora tão profundamente arraigada a ponto de não precisar de elaboração”,³⁰⁸ foi igualmente seguida por Austin. A diferença é que, enquanto Bentham entendia ser papel da *jurisprudence* discutir também aquilo que “deve” ou “deveria”, Austin preocupou-se muito mais em atribuir à Teoria do Direito o papel de *descrever* aquilo que era *factual* acerca daquilo a que chamamos “Direito”. Como o mundo externo está para a física,

³⁰⁶ Tradução livre de passagem de Jeremy Waldron em memorial a Ronald Dworkin quando de seu falecimento. “In this great and graceful body of work, Ronnie gave us a living jurisprudence, one which credited the practice of law with reason and thoughtfulness, not just the mechanical application of rules. It was a jurisprudence that taught us to take seriously forms of argument that—to the bewilderment of positivists, pragmatists, and all sorts of skeptics—have lawyers and judges delving doggedly again and again into the books of the law to search for legal answers to hard cases, rather than just admitting defeat at the first sign that there is not going to be any text or precedent directly on point.” WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-39, jul. 2013.

³⁰⁷ Ver pp. 52-54 desta pesquisa, além, especialmente, da nota 182, *supra*.

³⁰⁸ BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica: Ascensão e influência no pensamento moderno**. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 82.

também o fenômeno jurídico estaria para a *jurisprudence*: deve-se identificar as leis sob as quais o fenômeno opera e, disso, descrevê-lo, analiticamente.

Se for possível fazê-lo sem que isso pareça um certo reducionismo, pode-se dizer que esse era, basicamente, o propósito daquele que, sem maiores contestações, pode ser chamado de maior nome representativo do positivismo jurídico anglo-saxão: H. L. A. Hart (1907-1992). Sua proposta teórica para um *conceito de Direito*³⁰⁹ está presente, direta ou indiretamente, em toda discussão acadêmica na esfera da *jurisprudence* a partir dali. Seja com a proposta de refutá-lo, de endossá-lo (em maior ou menor grau, com mais ou menos variações), ou tão somente de discuti-lo, o conceito de Direito de Hart é um marco referencial para um sem número de importantíssimos livros, ensaios, artigos a partir dali. Da *analytical jurisprudence* de Austin, passando pelo ensaio analítico-jurídico — pela *sociologia descritiva*³¹⁰ — de Hart, o foco do positivismo jurídico tem sido o de, de uma forma ou outra, “aprofundar a compreensão do *Direito*, da *coerção* e da *moralidade* como fenômenos sociais distintos embora relacionados”,³¹¹ *descrevendo* o Direito enquanto fenômeno autônomo tal como é.

Veja-se, contudo, que, entre a herança imaterial deixada por Hart, mencionei obras (*lato sensu*) que se propunham a rejeitar sua proposta. Seus discípulos são maioria, é verdade; mesmo assim, há um nome (talvez tão paradigmático quanto o de Hart) que se sobressai entre os poucos que se manifestaram em oposição a Hart. Ronald Dworkin (1931-2013), ex-aluno de Hart, assim o fez, com veemência, desafiando a obra de seu outrora professor em termos metodológicos e substantivos. Muito já foi escrito e discutido sobre o agora célebre debate Hart-Dworkin, de modo que nenhuma pesquisa inserida no contexto anglo-saxão poderia deixar de abordá-lo — em especial, um estudo que investiga, ao final, a obra de Jeremy Waldron; a meu ver, um herdeiro direto não apenas de Hart, não apenas de Dworkin,³¹² mas do próprio debate.

Há, naturalmente, um caminho a ser percorrido. Começemos, pois, por Hart, em uma modesta tentativa de fazer justiça à importância de sua obra.

³⁰⁹ Sua *magnum opus* é, justamente, *The Concept of Law*, publicado originalmente em 1961.

³¹⁰ “Não obstante sua preocupação com a análise, este livro [justamente, *The Concept of Law*] pode ser classificado como um ensaio em sociologia descritiva”. (“*Notwithstanding its concern with analysis the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology.*”) HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

³¹¹ Tradução livre para a passagem que abre *The Concept of Law*, em que Hart expõe o propósito subjacente ao livro: “*MY aim in this book has been to further the understanding of law, coercion, and morality as different but related social phenomena.*”) HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

³¹² E, ao final, pretendo deixar muito claro por que isso *não é* um paradoxo, ainda que o pareça *prima facie*.

2.1 O DIREITO EM H. L. A. HART

A questão temporal, ainda que não seja o foco principal do tema exposto, não deve ter passado despercebido aos olhos do leitor mais atento aos detalhes: Austin, homem do xix, escreveu na década de 1830; Hart, por sua vez, teve sua obra magna publicada em 1961. Não é pouco provável que a pergunta mais óbvia emerja da análise que liga um elemento ao outro: não seria esse um salto grande demais do ponto de vista temporal? Estamos falando, afinal, de mais de um século de diferença entre uma obra e outra.

Se o leitor atento percebeu esse detalhe cronológico, o leitor iniciado em discussões sobre Teoria do Direito bem sabe que muito pouco — para que não se diga *nada*, ou *quase nada* — até hoje foi escrito sobre o estado das discussões teórico-acadêmicas do mundo jurídico anglo-saxão entre Austin e Hart. “Qualquer um que pesquise manuais de *jurisprudence* visando a compreender o desenvolvimento do assunto na Inglaterra”, diz Neil Duxbury, “vai concluir razoavelmente que nada de maior significado aconteceu do meio do século xix ao meio do século xx”. O autor segue dizendo que “[e]ntre 1832, quando Austin deixou o posto de professor de Teoria do Direito na University College London, e 1952, quando Hart foi indicado à cátedra de *jurisprudence* em Oxford”, o único desenvolvimento digno de nota deu-se a partir da obra de Sir Henry Maine. E ainda assim, mesmo isso “recebe nada mais do que uma dedicação limitadíssima até nos mais detalhados livros didáticos sobre teoria jurídica”.³¹³ Postema faz coro à afirmação de Duxbury, dizendo que a teoria jurídica europeia era “um vilarejo sonolento, satisfeito, complacente, dominado pela teoria jurídica *austiniana*”.³¹⁴

Não é por menos, portanto; não é “por acidente”³¹⁵ que, após uma brevíssima introdução, o primeiro passo de Hart em sua proposta de um conceito para aquilo a que chamamos “*Direito*” é opor-se à definição dada anteriormente por... John Austin. Mas

³¹³ Trecho livremente traduzidos a partir da seguinte passagem: “*ANYONE who looks to textbooks on jurisprudence to understand the development of this subject in England might fairly conclude that nothing of great significance happened from the middle of the nineteenth century to the middle of the twentieth. Between 1832, when John Austin resigned as the professor of jurisprudence at University College London (‘UCL’), and 1952, when H.L.A. Hart was appointed to the jurisprudence chair at Ox-ford, the only English development of note seems to have been the work of Sir Henry Maine—though even this receives but scant treatment in the most detailed of English jurisprudence textbooks*”. DUXBURY, Neil. *English Jurisprudence between Austin and Hart*. **Virginia Law Review**, vol. 91, n. 01, mar. 2005, pp. 02-91.

³¹⁴ “[A] *sleepy, contented, complacent village, dominated by Austinian jurisprudence*”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Nova York: Springer, 2011, p. 03.

³¹⁵ “*This was no accident*”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Nova York: Springer, 2011, p. 03.

lembre-se: Hart não rejeitava a *metodologia* analítica de Austin: ele próprio, como vimos, define seu livro como um ensaio analítico-jurídico; ao fazê-lo, em seu prefácio, utiliza justamente o termo, tipicamente *austiniano*, *analytical jurisprudence*. Este é o ponto: Hart não rejeita a *proposta descritiva* de Austin, mas a *descrição* por ele apresentada. Como seu antecessor, pretende ocupar-se da “clarificação das estruturas gerais do pensamento jurídico”, e não “da crítica sobre o Direito ou política judiciária”.³¹⁶ Isso passa por questões que dizem respeito às virtudes que Kramer chama de “teorético-explanatórias” em uma teoria analítica;³¹⁷ e Hart, fruto de seu meio, pretende fazê-lo a partir de questões muito caras à filosofia analítica de Oxford:³¹⁸ a partir de questões que se podem classificar como relativas aos *significados das palavras*. É nesse sentido que se pode brincar que a obra de Hart nasce de sua leitura dos *dois John Austin: John Austin o jurista*, de que tanto falamos aqui, e *John Austin o filósofo da linguagem ordinária*, John Langshaw, J. L. Austin.

É com aportes no (i) John Austin filósofo da linguagem que Hart parte para rebater a definição analítica de Direito do (ii) John Austin filósofo do Direito. São as deficiências do “modelo simples de sistema jurídico” que são produto da concepção imperativista do (ii) John Austin filósofo do Direito que Hart pretende superar a partir de uma análise linguística, por ele exposta através da máxima de (i) J. L. Austin, para quem uma consciência afiada das palavras possibilitam que se afie nossa percepção acerca dos fenômenos.³¹⁹ Hart compreende,

³¹⁶ “The lawyer will regard the book as an essay in analytical jurisprudence, for it is concerned with the clarification of the general framework of legal thought, rather than with the criticism of law or legal policy”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

³¹⁷ “Theoretical-explanatory virtues”. Cf. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 13.

³¹⁸ A filosofia da linguagem ordinária era proeminente em Oxford, local onde, sob a influência de Ludwig Wittgenstein, personificou-se sobretudo em autores como J. L. Austin (citado diretamente por Hart), P. F. Strawson (a quem Austin agradece expressamente no prefácio de *The Concept of Law*), e Gilbert Ryle. Além de ser impossível (i) aborda-la com o rigor que merece neste espaço, também é impossível (ii) classificar esses autores de maneira uniforme, taxativa. “[A]inda que cada um desses pensadores, de um modo ou outro, tivesse o uso da linguagem ordinária como objeto de análise, está longe de ser claro em que exatamente além disso o rótulo ‘filósofo da linguagem ordinária’ acarreta, sendo igualmente pouco claro que os vários pensadores assim chamados merecem ser reunidos sob a mesma classificação”. Seja como for, para meus propósitos aqui, basta que se entenda que aquilo a que se convencionou chamar de *filosofia da linguagem ordinária*, com ou sem imprecisões, era bastante popular em Oxford à época em que Hart lá ocupava a cátedra de *jurisprudence*. Sua herança para com J. L. Austin será exposta, aqui, a partir dos *insights* do próprio Hart. (Para além do trecho livremente traduzido e citado nesta nota, mais informações sobre J. L. Austin no belíssimo artigo de Guy Longworth para a *Stanford*. “[A]lthough each of these thinkers was sometimes concerned, in one or another way, with our use of ordinary language, it is far from clear what in addition to that the label is supposed to entail. And it is equally unclear that the various thinkers so-labelled deserve to be grouped together”. Cf. LONGWORTH, Guy. John Langshaw Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/austin-jl/>>. Acesso em 07 dez. 2018.)

³¹⁹ Trecho construído a partir de tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “In this field of study it is particularly true that we may use, as Professor J. L. Austin said, ‘a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena’. I am heavily and obviously indebted to other writers; indeed much of the book is concerned with the deficiencies of a simple model of a legal system, constructed along the lines of Austin’s

pois, que somente uma atenção à linguagem jurídica permite uma melhor compreensão acerca do fenômeno social a que se refere essa linguagem — evidentemente, o Direito.

É por essa razão, em obediência a essas premissas próprias, que Hart estabelece desde o início aquela que seria uma distinção fundamental em sua análise: a distinção entre os pontos de vista *externo* e *interno*, que são ambos possíveis quando se trata de quaisquer que sejam as *regras sociais* observadas.³²⁰ Não se pode compreender uma prática social que consista em seguir regras, como é o caso do Direito, sem que se compreenda como é essa prática a partir de seu ponto de vista *interno*; *i.e.* o ponto de vista de alguém que *aceita* essa prática como guia de conduta. Mais sobre isso será dito na medida em que se avance sobre as premissas e conclusões fundamentais de Hart; o fundamental, de início, é que se tenha em mente qual é o propósito por trás de sua obra: o desenvolvimento de uma teoria *descritiva* do Direito, a partir de uma atenção dedicada à linguagem jurídica e, a partir disso, à atitude *interna* com relação à prática que aquilo a que chamamos *Direito* implica.

2.1.1 *O que é o Direito?*

O que é o Direito? “Poucas questões relativas à sociedade humana têm sido levantadas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de formas tão diversas, estranhas e até paradoxais”.³²¹ É dentro desse cenário que Hart coloca três questões fundamentais, frequentes e persistentes; três perguntas que traduzem em partes menores a pergunta maior *i.e.* “*O que é o Direito?*”: (i) O que diferencia o Direito de mera coerção (*i.e.* ordens sustentadas por ameaças)? (ii) Quais são as relações, semelhanças, diferenças, entre obrigações *morais* e *jurídicas*? E, finalmente, (iii) o que são as regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído?³²²

Em linhas gerais, é isso que Hart enfrenta em seu *Conceito*. Para iniciar suas reflexões, exatamente a partir dessas perguntas, o autor explora a ideia daquilo a que chama de

imperative theory”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. v-vi.

³²⁰ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

³²¹ Tradução livre da passagem que abre o primeiro capítulo de *The Concept of Law*: “*FEW questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange, and even paradoxical ways*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 01.

³²² Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 13.

“definição”.³²³ Há definições *simples* que nos são muito úteis, ao expressarem determinados objetos a partir de ideias menos complexas que nos permitem substituí-las exatamente por essas definições simples. O exemplo de Hart é um triângulo, cuja definição, *simples*, é algo como “uma figura retilínea de três lados”; essa definição é o que permite que substituamos “figura retilínea de três lados”³²⁴ por, justamente, “triângulo”. O ponto, entretanto, é que, por mais úteis que sejam, as definições simples não são sempre aplicáveis; não o são com relação ao Direito, e não o são em razão daquilo que as três perguntas destacadas por Hart, todas elas subjacentes à grande pergunta “*O que é o Direito?*”, iluminam: a de que nada suficientemente conciso a ponto de ser classificado como uma definição poderia servir de resposta satisfatória.³²⁵

Ainda assim, Hart considera ser possível estabelecer, caracterizar e descrever elementos centrais que constituem uma “parte comum”³²⁶ àquilo que responde às três perguntas centrais na busca por um conceito de Direito. E, para melhor desenvolver esses elementos, Hart considera necessário, antes, considerar detalhadamente as “deficiências”³²⁷ da teoria analítico-jurídica até então dominante: a de Austin, segundo a qual, na leitura do próprio Hart, “a chave para se compreender o Direito poderia ser encontrada na *simples* noção de uma ordem sustentada por ameaças, a que o próprio Austin denominava um ‘comando’”.³²⁸

2.1.1.1 As críticas de Hart à concepção imperativista

Hart rejeita, portanto, qualquer possibilidade de uma definição simples para o conceito de Direito; por decorrência lógica, então, deve também rejeitar qualquer teoria que entenda como uma tentativa do tipo. Assim, antes de apresentar sua proposta conceitual *per se*, Hart propõe-se a confrontar a noção imperativista de Direito — de matriz eminentemente

³²³ “Definition”.

³²⁴ “[A] ‘three-sided rectilinear figure’”.

³²⁵ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 13-17.

³²⁶ “[I]t is possible to isolate and characterize a central set of elements which form a common part of the answer to all three [questions]”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 16.

³²⁷ “[D]eficiencies”.

³²⁸ Grifo meu, e tradução livre da seguinte passagem: “What these elements are and why they deserve the important place assigned to them in this book will best emerge, if we first consider, in detail, the deficiencies of the theory which has dominated so much English jurisprudence since Austin expounded it. This is the claim that the key to the understanding of law is to be found in the simple notion of an order backed by threats, which Austin himself termed a ‘command’”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 16.

austiniana e dominante até então — de uma definição conceitual para o Direito como este, segundo a qual este seria constituído e identificável a partir de uma *ordem*, de um soberano, sustentada por uma *ameaça* (em Austin, como vimos, temos “comando” e “sanção”). Para enfrenta-la, propõe-se primeiro a reconstruir os passos que poderiam levar à sua adoção.

Hart — e sua preocupação com a questão linguística fica clara desde muito cedo — começa por distinguir entre alguns tipos de imperativos, e inicia suas reflexões ilustrando a partir do exemplo de um homem armado. Um assaltante que diz, ao funcionário de um banco, “*Entregue-me o dinheiro ou eu atiro!*”³²⁹ está *ordenando*, e não meramente *pedindo* ou, menos ainda, *suplicando*. Ele *ameaça*; se tiver sucesso, pode-se dizer que *coagiu* o funcionário. Sobre esse cenário, Hart diferencia o verbo “*to order*” (“ordenar”) de “*give an order*” (“dar uma ordem”), sustentando que o segundo caso sugere uma espécie de direito, uma espécie de *autoridade* ou *competência* para emitir ordens — algo que não está presente no caso do assaltante.³³⁰ Esse exemplo, diz Hart, *não é* o que se tem em mente quando se fala em “*comandos*” — essa, sim, uma noção à qual subjaz o elemento de *autoridade* de que carece a ordem comum do assaltante. Assim, embora a teoria de Austin tenha elementos suficientes a ponto de satisfatoriamente diferenciar o Direito das meras ordens de um assaltante,³³¹ Hart entende que a compreensão *austiniana* acerca da palavra *comando* não transcende de forma clara a definição simples de ordem + ameaça; uma vez que aquele a quem compete emitir comandos detém autoridade sobre os comandados, nem sempre é o caso de que, quando um comando é emitido, “haja uma ameaça latente de dano [no sentido de *punição*] na hipótese de desobediência”.³³²

Seja como for, o Direito pode começar a ser distinguido — *ainda que em sua definição simples* — da situação do homem armado a partir de três características: (i) sua *generalidade*, no sentido de que as condutas prescritas são gerais e aplicam-se a uma classe geral de indivíduos dos quais se espera a observância dessas condutas;³³³ (ii) seu *caráter persistente*, no sentido de que, diferentemente das ordens dadas pelo assaltante, as leis são

³²⁹ “*Hand over the money or I will shoot.*”

³³⁰ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 19.

³³¹ “Austin estava ciente das diferenças entre os comandos de um soberano e os ditames de um homem armado”. (“*Austin was aware of the [...] dissimilarities between a sovereign’s commands and a gunman’s dictates.*”) Cf. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 35

³³² Em tradução livre de “*it need not be the case, where a command is given, that there should be a latent threat of harm in the event of disobedience*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 20.

³³³ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 21-22.

promulgadas com a pretensão de que sua observância seja contínua³³⁴ ao longo do tempo;³³⁵ e, finalmente, (iii) seguindo a Austin, o *hábito de obediência* por parte daqueles que obedecem àquele a quem compete a criação legislativa, que é “internamente supremo e externamente independente”³³⁶ — em outras palavras, *austinianas*, o soberano que é obedecido em seu território e não obedece a nenhum outro soberano (embora Hart diga que, por mais essencial que essa característica seja para diferenciar o Direito do exemplo do assaltante, é uma noção “como muitos outros aspectos do Direito, essencialmente vaga ou imprecisa”).³³⁷

“Então”, diz Hart, “seguindo a Austin”, se tomarmos isso como verdadeiro “e chamarmos à pessoa ou grupo, supremo e independente, de ‘soberano’, as leis de qualquer país serão as ordens gerais sustentadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou seus subordinados”.³³⁸ Isso, contudo, traz alguns problemas; nas palavras de Hart, “uma série de objeções”,³³⁹ por ele sintetizadas uma vez mais a partir de três principais pontos.

Primeiro, esse modelo clássico, baseado em ordens (sustentadas por ameaças), está muito relacionado a uma ideia de que as leis impõem, inexoravelmente, *deveres* — como se todas as leis fossem da mesma espécie das que encontramos mais facilmente nas esferas específicas da responsabilidade civil³⁴⁰ e do direito penal. O modelo de definição simples não parece ser capaz de abarcar em suas dimensões a existência de “regras que *conferem poderes*”³⁴¹ e *atribuições*; isto é, leis que regulam uma série de aspectos de nossas vidas e nossa prática jurídica que não impõem sanções em hipóteses de desobediência ao cumprimento de um dever legalmente exigido.³⁴² É o caso, por exemplo, de regras que definem competências legislativas e jurídicas, ou mesmo diretrizes que regulam atividades da vida privada (*e.g.* contratos, testamentos, *etc.*).

³³⁴ É claro que há a possibilidade de, digamos, revogação legislativa. O ponto de Hart é que a ordem do assaltante perde sua *raison d'être* uma vez que obedecida (e, portanto, *satisfeita*) no ato — algo que não se observa num sistema legal.

³³⁵ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 23.

³³⁶ “[I]nternally supreme and externally independent”.

³³⁷ “We shall call this here, following Austin, ‘a general habit of obedience’ and note, with him, that like many other aspects of law it is an essentially vague or imprecise notion. [...] Yet in this fact of general obedience lies a crucial distinction between laws and the original simple case of the gunman’s order”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 23-24, 25.

³³⁸ “If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 25.

³³⁹ “[A] crowd of objections”.

³⁴⁰ *Tort*.

³⁴¹ “Power-conferring rules”.

³⁴² Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 27-42.

Segundo, o modelo simples, ao conceber o Direito como alguém (ou um grupo) dando uma ordem a alguém (ou um grupo), ignora um importante aspecto característico ao Direito: a de que as leis são *igualmente aplicáveis àqueles que legislam*. Não se pode, portanto, conceituar o Direito adequadamente a partir de uma noção que implique a imposição de diretrizes de forma vertical, “de cima para baixo”.³⁴³ Essa imagem, segundo Hart, embora seja “atrativa em sua simplicidade”, só poderia ser reconciliado com a realidade a partir de uma “distinção”, artificial, entre duas pessoas diferentes (de um ponto de vista metafórico): “o legislador como uma pessoa em sua *esfera oficial* e, em sua *esfera privada*, uma pessoa diferente. Agindo dentro de sua primeira esfera, o legislador cria uma lei que impõe obrigações a outras pessoas, *incluindo a sua própria na esfera privada*”.³⁴⁴ Em termos mais simples, Hart quer dizer que o modelo clássico levar-nos-ia a conceber o legislador como uma espécie de soberano *hobbesiano* ao não dar conta da noção de que a aplicação das leis e suas previsões recaem igualmente sobre aqueles que legislam.

Terceiro, por fim, Hart argumenta no sentido de que o modelo de ordens-ameaças dá a entender a possibilidade de que se verifique exatamente *quando e onde* uma lei (em sentido *lato*) foi criada; se o conteúdo do Direito são nada mais que *ordens*, é natural que se possa identificar o tempo e o lugar de sua “promulgação”.³⁴⁵ Não é o caso do Direito como ele de fato funciona, uma vez que, especialmente no *common law*,³⁴⁶ é plenamente possível identificar algo — no exemplo de Hart, exatamente os *costumes* — como *Direito* sem que, contudo, seja igualmente possível localizar sua origem exata. Em um sistema jurídico cuja teoria clássica fala em costumes *imemoriais*, parece mesmo bastante difícil conciliar a ideia de um conceito definido a partir da noção de *ordens* com a realidade jurídica *de facto*. É verdade, alguém poderia argumentar que o costume só se torna parte do Direito, efetivamente, uma vez que reconhecido e, sobretudo, *aplicado* por um órgão oficial; Hart rapidamente enfrenta essa objeção. Seu primeiro ponto diz que *(i)* não é *necessariamente* o caso de que costumes só adquiram *status* realmente *jurídico* quando invocados pela primeira vez em um caso concreto: se é verdade que as cortes reconhecem como vinculante o princípio segundo o

³⁴³ “*Top-to-bottom*”.

³⁴⁴ Grifos meus, e tradução livre da seguinte passagem: “*This vertical or 'top-to-bottom' image of law-making, so attractive in its simplicity, is something which can only be reconciled with the realities by the device of distinguishing between the legislator in his official capacity as one person and in his private capacity as another. Acting in the first capacity he then makes law which imposes obligations on other persons, including himself in his 'private capacity'*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 42.

³⁴⁵ Parece estranho falar em “promulgação” quando se está a falar de “ordens”. Talvez isso acabe por, em maior ou menor grau, conferir ainda mais razão a Hart.

³⁴⁶ O ponto parece-me ser, de todo modo, amplamente válido, uma vez que até mesmo os livros didáticos sobre o sistema romano-germânico mencionam os “costumes” como fonte de Direito.

qual é Direito aquilo que é promulgado por uma legislatura competente, por que não poderia ser verdade que as cortes reconhecessem igualmente um princípio geral a partir do qual determinados costumes, de um determinado tipo, também sejam Direito? Além disso, como um segundo ponto, Hart ainda diz que (ii) mesmo que se conceda o ponto de que um costume só se torna *jurídico* ao ser aplicado, parece muito difícil interpretar esse reconhecimento por parte da corte como um, *à la* Austin, “comando tácito” do soberano.³⁴⁷

É com base principalmente nesses argumentos que Hart entende que “o modelo de ordens sustentadas por ameaças obscurece mais do que revela sobre o Direito”. “O esforço” necessário para “reduzir” o fenômeno jurídico em toda sua “variedade”, a essa forma “única e simples” acabaria por impor, forçosamente, uma “uniformidade espúria”.³⁴⁸ Assim, é por razões como essas que Hart encerra sua crítica fatal à definição simples trazendo aquele que seria conceito importantíssimo à sua teoria jurídica.

Austin, lembremos,³⁴⁹ definia — ao menos nesse aspecto, seguindo a seu mestre Bentham — o soberano como uma pessoa, ou grupo de pessoas, cuja soberania sustentava-se a partir dos *hábitos de obediência* dos membros da comunidade em questão. O problema disso, aponta Hart, é que essa definição é incapaz de levar em conta qualquer possibilidade de *mudança de soberania*, de modo que um eventual novo soberano estaria obrigado a esperar pela constituição e perfectibilização de uma obediência *habitual*, agora a ele e não mais a seu antecessor. Hart ilustra isso a partir do exemplo da transição entre o governo de um monarca (por ele chamado de *Rex*) ao de outro (*Rex II*): até que se caracterizasse um novo *hábito*, uma definição simples de Direito enquanto ordens obrigar-nos-ia a aceitar um interregno no qual nenhuma nova lei poderia ser promulgada.³⁵⁰ Um simples hábito de obediência é muito diferente do que significa *seguir uma regra*. Hábitos, é verdade, parecem-se com regras sociais em alguns aspectos, mas diferem-se destas em três importantes questões: (i) para a constituição de um *hábito*, basta que haja convergência de comportamento entre os membros de grupo; mas essa identidade de comportamento não é suficiente para constituir a existência de uma regra que *exige* esse tipo de comportamento. Além disso, (ii) onde há regras, não há somente eventuais críticas na hipótese de desvio do comportamento exigido; esse desvio, por

³⁴⁷ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 44-49.

³⁴⁸ Tradução livre de “*the model of orders backed by threats obscures more of law than it reveals; the effort to reduce to this single simple form the variety of laws ends by imposing upon them a spurious uniformity*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 49.

³⁴⁹ Cf. p. 72 desta pesquisa.

³⁵⁰ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 51-54.

si, constitui já uma boa razão para que essa crítica seja feita, porque, no caso das regras, essa crítica é considerada *justificada, legítima*; Ainda, e mais importante, Hart retoma o ponto e introduz acerca das regras (iii) a ideia do *aspecto interno* das regras:

Quando um hábito é geral em um grupo social, essa generalidade é meramente um fato acerca do comportamento observável de maior parte do grupo. Para que haja tal hábito, nenhum membro do grupo precisa pensar sobre o comportamento geral, ou mesmo saber que o comportamento em questão é geral; menos ainda é necessário qualquer esforço para ensinar este hábito ou mesmo que sua manutenção seja planejada. É suficiente que cada membro do grupo, por sua vez, comporte-se do modo que os outros também se comportam.³⁵¹

Por outro lado, para que uma *regra social* exista,

é necessário ao menos que alguns observem o comportamento em questão como um padrão geral que deve ser seguido pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto ‘interno’, que se soma ao aspecto externo que compartilha com um hábito social que consiste no comportamento uniforme e regular que qualquer observador seria capaz de notar.³⁵²

Hart ilustra seu ponto a partir do exemplo das regras de um jogo de xadrez, cujo *aspecto interno* poderia ser traduzido na seguinte ideia: um observador externo poderia descrever os jogadores movendo suas peças como indivíduos que compartilham hábitos similares. Evidentemente, não se trata disso. Esse observador externo — precisamente porque *externo* — não leva em conta a *atitude dos jogadores* em relação aos movimentos que escolhem às suas peças; não é capaz de perceber a crítica *atitude reflexiva* que os jogadores têm com relação a esse modelo de comportamento subjacente ao jogo, por eles entendido como um padrão, um *standard* a ser seguido por *todos que eventualmente joguem o jogo*. As regras são *vinculantes*.³⁵³

É essa aparente inflexão que autoriza Hart a resolver o problema do interregno levantado pelo próprio modelo de hábitos de obediência. Para Hart, o “soberano”, em

³⁵¹ Tradução livre da seguinte passagem: “When a habit is general in a social group, this generality is merely a fact about the observable behaviour of most of the group. In order that there should be such a habit no members of the group need in any way think of the general behaviour, or even know that the behaviour in question is general; still less need they strive to teach or intend to maintain it. It is enough that each for his part behaves in the way that others also in fact do”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 56.

³⁵² Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “By contrast, if a social rule is to exist some at least must look upon the behaviour in question as a general standard to be followed by the group as a whole. A social rule has an ‘internal’ aspect, in addition to the external aspect which it shares with a social habit and which consists in the regular uniform behaviour which an observer could record”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 56.

³⁵³ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 56-57.

qualquer sistema jurídico sofisticado, é constituído precisamente pela ideia das regras. As pessoas responsáveis pelas tarefas legislativas ocupam cargos, “*offices*”, e não são “soberanas” elas próprias.³⁵⁴ “As regras são *constitutivas* do soberano, e não meramente coisas que temos de mencionar em uma descrição dos hábitos de obediência ao soberano”.³⁵⁵

Em síntese, Hart sustenta que as regras sociais compreendem um *padrão aceito* pelos membros que constituem o grupo social ao qual essas regras dizem respeito, e que essa noção de regra explica o Direito de forma muito mais adequada que uma definição simples que gravita em torno das noções de *soberania*, *ordem* e *ameaça*. As regras transcendem essas ideias, e, para Hart, podem explicar as lacunas deixadas pelas insuficiências da definição clássica (*e.g.* a ideia de que as regras são igualmente aplicáveis em relação àqueles que as produzem e a dificuldade/impossibilidade de localização da origem de uma regra do ponto de vista temporal ou geográfico). É com essa proposta de *regras*, portanto, que Hart rejeita a concepção clássica, imperativista, e passa aos elementos centrais, enfim, de *seu* conceito de Direito.

2.1.1.2 Regras primárias e secundárias

A razão pela qual Hart desconstrói a proposta *austiniana* não é meramente acadêmica; a definição clássica era incapaz de levar adequadamente em conta a normatividade do Direito e das instituições de um sistema jurídico moderno.³⁵⁶ É por isso que a referência a Austin é necessária para a ilustração do cenário a partir do qual Hart desenvolve o seu próprio conceito de Direito. Como visto, uma de suas críticas à definição simples era a de que tal definição era incapaz de levar em conta algumas características fundamentais de um sistema jurídico; características que devem, necessariamente, transcender as meras noções de *ordem* e *sanção*, precisamente para que esse sistema possa ser, enfim e efetivamente, *jurídico*. Assim, Hart começa sua proposta por enumerar três problemas fundamentais, inerentes a um fenômeno legal estruturado sob o modelo de uma clássica definição simples.

Hart imagina uma comunidade, um grupo de indivíduos vivendo sob um sistema de regras centrado somente na questão de comandos em sua clássica definição. Esse seria, para

³⁵⁴ Esse ponto tem relação com o ponto anterior, que faz uma distinção analítica, metafórica, entre a pessoa privada e a pessoa oficial do legislador.

³⁵⁵ Tradução livre. “*The rules are constitutive of the sovereign, not merely things which we should have to mention in a description of the habits of obedience to the sovereign*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 76.

³⁵⁶ Cf. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 36.

Hart, um sistema baseado em padrões autônomos, apartados e independentes um do outro, sem qualquer critério capaz de unificá-los ou torná-los um *sistema* genuíno. Sendo assim, qualquer dúvida que surgisse acerca do conteúdo dessas regras, ou mesmo acerca de seu alcance, estaria desprovida de qualquer procedimento ou instância capaz de solucioná-la. Não haveria qualquer possibilidade de esclarecimento através de referência a um texto dotado de autoridade, ou a um oficial cujas declarações fossem dotadas de autoridade, precisamente porque tanto (i) esse procedimento *per se* quanto (ii) o *próprio reconhecimento* de um critério a funcionar como instância regulatória no caso de dúvidas exigiriam “a existência de regras de um tipo diferente daquele que define as regras de obrigação ou dever que são *ex hypothesi* tudo que esse grupo [em questão] tem”.³⁵⁷ Assim, o primeiro problema identificado por Hart em um sistema jurídico hipoteticamente *austiniano* seria a possibilidade de *incerteza*³⁵⁸ com relação às regras estabelecidas, sua identificação, conteúdo, escopo e alcance.

Esse não é o único “defeito”³⁵⁹ latente em um cenário no qual as únicas regras são aquelas que, sustentadas por sanções, impõem deveres. Hart alude ainda ao caráter eminentemente *estático* desse (protos)sistema, uma vez que a adaptação das regras às circunstâncias da realidade, seja através da eliminação de regras antigas ou da introdução de regras novas, “[também] pressupõe a existência de regras de um tipo diferente das regras primárias de obrigação unicamente pelas quais essa sociedade [hipotética] vive”.³⁶⁰

Finalmente, o terceiro defeito fundamental de um (protos)sistema jurídico de ordens e ameaças seria a *ineficiência* da “difusa pressão social por meio da qual se mantém as regras”. Hart considera que eventuais violações de uma regra admitida enquanto tal serão sempre objeto de disputa (num sentido de que será sempre discutível se tal violação efetivamente ocorreu ou não); partindo desse pressuposto, seu argumento da ineficiência quer dizer que essas disputas seriam contínuas e “intermináveis” caso não houvesse uma “agência especializada dotada da autoridade de confirmar, final e autoritativamente, a ocorrência [ou

³⁵⁷ Tradução livre de “*such a procedure and the acknowledgement of either authoritative text or persons involve the existence of rules of a type different from the rules of obligation or duty which ex hypothesi are all that the group has*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 92.

³⁵⁸ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 91-92.

³⁵⁹ “*Defect*”.

³⁶⁰ Original: “[A]dapt[ing] the rules to changing circumstances, either by eliminating old rules or introducing new ones [...] presupposes the existence of rules of a different type from the primary rules of obligation by which alone the society lives”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 93.

não] da [suposta] violação”. Essa agência, esse *órgão*, naturalmente, pressupõe a existência de outras regras sociais que não se caracterizam pelo binômio ordem-ameaça.³⁶¹

São esses, portanto, os três defeitos inerentes e intrínsecos de uma estrutura social baseada na definição simples de Direito — a (i) incerteza, o (ii) caráter estático e a (iii) ineficiência —, e é naquilo que apresenta como a *solução* desses problemas que Hart inaugura um dos elementos mais centrais de seu conceito de Direito. Uma vez que cada solução para cada um dos defeitos traz, em si, elementos tipicamente jurídicos, cada uma delas pode significar um passo do mundo “pré-jurídico” ao “mundo jurídico”;³⁶² sendo assim, é a soma dessas três soluções que faz desse (protos) sistema um sistema jurídico *de facto*. Em sentido amplo, é possível dizer, com Hart, que aquilo que torna verdadeiramente *legal* um sistema baseado regras *primárias* de obrigação é sua complementação com as regras *secundárias*, que são regras de outro tipo. Em Hart, finalmente, podemos definir o Direito como “uma união de regras primárias de obrigação com essas regras secundárias”;³⁶³ em Hart, “os sistemas jurídicos não consistem apenas em regras, mas são também igualmente fundados nelas”.³⁶⁴ (Shapiro, em uma frase que diz ter ouvido de Jeremy Waldron, diz que enquanto para Bentham e Austin o soberano faz as regras, para Hart, “*as regras fazem o soberano*”).³⁶⁵

A solução para o primeiro problema — o problema da incerteza — é de tal importância que o tema será tratado com mais vagar no item subsequente; seja como for, e até em obediência à linha de raciocínio desenvolvida por Hart em *The Concept of Law*, já a adianto aqui. A solução para a *incerteza* de um sistema baseado somente em regras primárias está na introdução daquilo a que Hart chama de “*regra de reconhecimento*” (“*rule of recognition*”): a regra que define o critério que especifica as características que, uma vez

³⁶¹ Parágrafo construído a partir de uma tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “*The third defect of this simple form of social life is the inefficiency of the diffuse social pressure by which the rules are maintained. Disputes as to whether an admitted rule has or has not been violated will always occur and will, in any but the smallest societies, continue interminably, if there is no agency specially empowered to ascertain finally, and authoritatively, the fact of violation*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 94.

³⁶² “*Pre-legal*”, “*legal*”.

³⁶³ “[A] *union of primary rules of obligation with such secondary rules*.” HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 94.

³⁶⁴ Nas palavras de Scott Shapiro, esse é um dos “elementos centrais” na compreensão de *The Concept of Law*. “*One of the principal lessons of The Concept of Law is that legal systems are not only comprised of rules, but founded on them as well*”. Cf. SHAPIRO, Scott J. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

³⁶⁵ Tradução livre para “[i]n sharp contrast to Bentham and Austin who had insisted that the sovereign makes all of the rules, Hart argued instead that the rules make the sovereign”. Shapiro diz ter ouvido a frase de Waldron: “*I once heard Jeremy Waldron describe Hart’s inversion of Austin in this way*”. SHAPIRO, Scott J. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

presentes em determinada regra, indicam de forma conclusiva que essa regra em questão é uma regra jurídica.³⁶⁶ Em termos mais simples, pode-se dizer que essa regra de reconhecimento — para Shapiro, uma “regra sobre regras”;³⁶⁷ para Postema, uma “*regra de identificação*”³⁶⁸ — é a que *determina*, que *define*, autoritativa e finalmente, “quais são as regras vinculantes” que fazem parte do sistema jurídico, de modo que qualquer questão relativa à existência de uma regra possa ser resolvidas sem a necessidade de engajamento em “deliberação, negociação ou persuasão”.³⁶⁹ É assim que a regra de reconhecimento surge, pois, como uma solução à incerteza inerente a um protossistema jurídico: enquanto regra secundária, é uma espécie de *meta-regra* — uma regra a partir da qual as demais regras do sistema jurídico são derivadas e definidas como regras *jurídicas*. É a regra de reconhecimento que introduz, “ainda que de forma embrionária”, finalmente, “a ideia de um sistema jurídico”; isso porque, a partir de sua harmonia sob a regra de reconhecimento, “as regras não mais constituem uma série desconexa”; são “unificadas”. Hart complementa seu ponto dizendo que isso é assim porque é na “simples operação a partir da qual se identifica uma determinada regra como possuidora da característica fundamental de ser *um elemento em uma lista autoritativa de regras*” que temos “o germe da ideia de *validade jurídica*”.³⁷⁰

A regra de reconhecimento, então, soluciona o problema da incerteza. O problema do *caráter estático* de um protossistema, por sua vez, é solucionado na emergência de outro tipo de regras secundárias: as chamadas “*rules of change*”, que poderiam ser traduzidas por “*regras de mudança*” ou “*regras de modificação*”. Como o nome já indica, são essas as regras que “permitem que um indivíduo ou grupo de pessoas *introduza novas regras primárias* que

³⁶⁶ “This [the rule of recognition] will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 94.

³⁶⁷ Cf. SHAPIRO, Scott J. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

³⁶⁸ “[A] rule of identification”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011.

³⁶⁹ “Legal systems address the problem of uncertainty by providing a rule which determines which rules are binding. By referring to this rule about rules — what Hart termed the ‘rule of recognition’ — normative questions can be resolved without engaging in deliberation, negotiation or persuasion”. SHAPIRO, Scott J. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

³⁷⁰ Grifos meus. Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “By providing an authoritative mark it introduces, although in embryonic form, the idea of a legal system: for the rules are now not just a discrete unconnected set but are, in a simple way, unified. Further, in the simple operation of identifying a given rule as possessing the required feature of being an item on an authoritative list of rules we have the germ of the idea of legal validity”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 95.

conduzam a vida da comunidade, ou de uma classe dela, e *elimine regras antigas*".³⁷¹ Há, nesse sentido, uma "conexão próxima" entre essas regras e a regra de reconhecimento: "onde aquelas existirem, esta deverá necessariamente incorporar uma referência à legislação como uma característica identificativa das regras".³⁷² A regra de reconhecimento, portanto, deve necessariamente definir, autoritativamente, a existência de um sistema legislativo; do contrário, as regras de mudança não fariam parte do sistema jurídico, uma vez que é a regra de reconhecimento que, no limite, determina quais são essas regras que pertencem ao sistema.

Solucionados os problemas da incerteza e do caráter estático, inerentes a um sistema formado somente por regras primárias, resta[ria] ainda o problema da *ineficiência* da pressão social que reforça as regras — uma vez que, havendo apenas regras primárias, não há qualquer critério por meio do qual seja possível verificar e estabelecer, de forma definitiva, se houve ou não uma possível violação. As regras secundárias que solucionam esse problema são as "*rules of adjudication*" — as "*regras de julgamento*" ou "*regras de decisão judicial*". Hart caracteriza essas regras como aquelas que "conferem a [determinados] indivíduos o poder de estabelecer determinações autoritativas [*i.e.* decidir] acerca da questão de se, em uma ocasião particular, uma regra primária foi violada".³⁷³ Hart segue dizendo que "[a]lém de identificar os indivíduos responsáveis por julgar[/decidir], essas regras também definem o procedimento a ser seguido"; são as *rules of adjudication*, portanto, que, além de centralizar as sanções oficiais de um sistema legal,³⁷⁴ "definem um grupo de importantes conceitos jurídicos: nesse caso, os conceitos de *juiz* ou *corte*, de *jurisdição* e *julgamento*".³⁷⁵

Em síntese, portanto, é possível dizer que são três os problemas essenciais inerentes a um protossistema jurídico, composto apenas por regras primárias: (*p1*) a *incerteza*, (*p2*) o *caráter estático*, e (*p3*) a *ineficiência de sua pressão social*. Igualmente, são três as soluções que, somadas, na medida em que resolvem os problemas de um protossistema, inauguram

³⁷¹ É, então, a regra que, nos termos originais de Hart, "*empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules*". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 95.

³⁷² "*Plainly, there will be a very close connection between the rules of change and the rules of recognition: for where the former exists the latter will necessarily incorporate a reference to legislation as an identifying feature of the rules*". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 96.

³⁷³ Tradução livre e com acréscimos igualmente livres da seguinte passagem: "*secondary rules empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken*". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 96.

³⁷⁴ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 98.

³⁷⁵ "[T]hese rules [...] define a group of important legal concepts: in this case the concepts of judge or court, jurisdiction and judgment". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 97.

também a ideia de um sistema jurídico autêntico — composto também por regras secundárias, que são exatamente a solução aos problemas de um sistema que delas carece: (s1) a *regra de reconhecimento*, (s2) as *regras de modificação*, e (s3) as *regras de julgamento/decisão judicial*.

É tanto por sua complexidade quanto por sua importância que Hart dedica mais algumas páginas especificamente à regra de reconhecimento. E é por essas razões todas, incluindo a opção do autor, que opto por também discuti-la aqui com um cuidado um pouco maior.

2.1.1.3 Regra de reconhecimento

A regra de reconhecimento — regra secundária que soluciona a incerteza subjacente a um protossistema jurídico — é, como visto, uma *meta*-regra a partir da qual as demais regras do sistema jurídico são derivadas; é, como bem define Shapiro, a “regra sobre regras” de um dado sistema jurídico. A regra de reconhecimento é de tal importância que merece um tópico especificamente dedicado a ela: não apenas importantes elementos da teoria *hartiana* emergem de sua adequada compreensão; compreender o positivismo contemporâneo e suas teses passa por entender a regra de reconhecimento.

Hart diz que, “[o]nde quer que uma regra tal de reconhecimento seja aceita, tanto os cidadãos quanto os *officials*³⁷⁶ [do sistema jurídico] dispõem de critérios autoritativos a partir dos quais se pode identificar [as] regras primárias de obrigação”.³⁷⁷ Esses critérios podem adquirir substância através de diversas formas: “referências a um [determinado] texto autoritativo, a promulgações legislativas, à práticas de costumes, a declarações gerais de pessoas especificadas, ou a decisões pretéritas em casos particulares”.³⁷⁸ Isso revela, por si, o caráter complexo da regra de reconhecimento em sistemas jurídicos modernos; complexidade que se torna ainda maior quando percebemos que, na maioria das vezes — isto é, na maioria dos sistemas jurídicos que se verificam na prática, para além de uma especulação

³⁷⁶ O termo original, *officials*, é de difícil tradução. Nas edições brasileiras, geralmente, temos “funcionários”, mas “*officials*” parece-me ter um significado mais incluyente do que sua tradução comum para o português tende a expressar, uma vez que inclui todos aqueles que são, efetivamente, participantes da prática jurídica. Isso inclui funcionários em sentido estrito, juízes, advogados, etc.

³⁷⁷ “Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 100.

³⁷⁸ “[R]eference to an authoritative text; to legislative enactment; to customary practice; to general declarations of specified persons, or to past judicial decisions in particular cases”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 100.

(meramente) analítica/conceitual —, a regra de reconhecimento não é uma regra disposta (como é o caso de, por exemplo, uma regra escrita): “sua existência é [de]mo[n]strada na forma através da qual regras particulares são identificadas”.³⁷⁹ Aqui se torna importante a distinção de Hart entre os pontos de vista *externo* e *interno*: aquele que utiliza a regra de reconhecimento, ao assim fazê-lo, manifesta *sua própria aceitação dessa regra como guia*. Há, assim, uma *atitude geral e compartilhada de deferimento* à regra de reconhecimento.³⁸⁰

Na medida em que (i) a regra de reconhecimento é uma regra cuja função é estabelecer os critérios pelos quais se pode identificar se outra regra é ou não parte de um sistema jurídico e (ii) é comum que, nesse tipo de sistema, haja uma série desses critérios, é possível dizer que (i) a regra de reconhecimento é a “*regra última*”³⁸¹ (“*ultimate rule*”) de um sistema e (ii) há sempre um “*critério supremo*” (“*supreme criterion*”).

Um critério de identificação de validade ou fonte jurídica (que, como não poderia ser diferente, está na regra de reconhecimento) é *supremo* se as regras identificáveis a partir de uma referência a esse critério são reconhecidas como regras do sistema *ainda que entrem em conflito com outras regras identificáveis a partir de referência a outro critério* — hipótese na qual são essas últimas que deixam de ser reconhecidas enquanto tais.³⁸² Uma explicação em termos mais simples, ao lado de um exemplo, pode clarificar o conceito. O critério supremo é um dos critérios presentes na regra de reconhecimento que é superior aos demais na hipótese de um conflito; no Reino Unido, o critério supremo é o ato de promulgação no Parlamento:, em caso de conflito entre a lei promulgada e, digamos, um costume local ou geral do *common law*, prevalece o ato do Parlamento. Nas palavras de Hart:

Onde uma legislatura não se sujeita a limitações constitucionais de modo que suas promulgações podem tirar o caráter de lei de qualquer outra regra que emane de outra fonte, é parte da regra de reconhecimento desse sistema que a promulgação legislativa é o critério supremo de validade.³⁸³

³⁷⁹ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is *shown* in the way in which particular rules are identified”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 101.

³⁸⁰ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 102.

³⁸¹ No sentido de *definitiva, suprema* (termo que optei por não utilizar para evitar possíveis confusões).

³⁸² Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 106.

³⁸³ Tradução livre da seguinte passagem: “*For where there is a legislature subject to no constitutional limitations and competent by its enactment to deprive all other rules of law emanating from other sources of their status as law, it is part of the rule of recognition in such a system that enactment by that legislature is the supreme criterion of validity*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 106.

Por sua vez, a regra de reconhecimento é a *ultimate rule* do sistema porque, simplesmente, não se pode ir além dela. O ponto, porém, é que a distinção é feita para que não se confunda o critério supremo com a regra de reconhecimento. No exemplo anterior, isso seria como dizer que, na Inglaterra, a regra de reconhecimento *qua* regra de reconhecimento é “lei é aquilo que o Parlamento promulga”. Não é o caso; esse é o critério supremo, mas está *na* regra de reconhecimento; regra esta que, lembremos, não é declarada expressamente, mas *se mostra na prática*. A regra de reconhecimento, portanto, não é uma regra transcendental, ou uma regra pressuposta, mas uma regra *social* que existe porque *praticada*.³⁸⁴

Na definição de Ronald Dworkin — alguém que, como veremos mais tarde, *rejeita peremptoriamente a(s) tese(s) de Hart* —, Hart entendia que em qualquer sistema jurídico — em qualquer comunidade na qual há proposições jurídicas —, “a maior parte dos *officials* dessa comunidade aceita, como uma espécie de *convenção*, uma regra mestra de reconhecimento que identifica quais fatos tornam essas proposições verdadeiras”.³⁸⁵ Essa regra pode variar de sistema para sistema: uma convenção pode identificar atos legislativos e precedentes como a fonte de proposições jurídicas verdadeiras tanto quanto outra, em outro sistema, pode identificar os costumes, por exemplo. “A forma que toma a convenção, em qualquer comunidade particular, é uma questão de *fato social*: tudo passa por aquilo que a maior parte dos *officials* da comunidade acaba por concordar como sendo o teste último”.³⁸⁶ A definição de Dworkin é verdadeira: a regra de reconhecimento, sendo um padrão público, comum, é uma regra convencional, e assim o é exatamente porque fundada em uma *prática convergente* entre juízes e outros *officials* do sistema jurídico.³⁸⁷

Joseph Raz elenca seis considerações sobre a regra de reconhecimento tal como desenvolvida por Hart. Além de uma excelente síntese, os seis pontos de Raz permitem que se faça uma transição muito oportuna entre a regra de reconhecimento do ponto de vista conceitual e suas implicações teóricas que aqui me são importantes. Os pontos são: (i) A regra de reconhecimento é uma regra que exige que aqueles que compõem o sistema jurídico,

³⁸⁴ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 107-110; GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 21 dez. 2018.

³⁸⁵ “Hart thought that in every community in which claims of law are made the great bulk of the officials of the community all accept, as a kind of convention, some master rule of recognition that identifies which historical or other facts or event make claims of law true”. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 163.

³⁸⁶ “What form the convention takes, in any particular community, is a matter of social fact: everything turns on what the bulk of the officials in that community happen to have agreed on as the master test”. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 164.

³⁸⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 132.

enquanto membros,³⁸⁸ apliquem as regras identificáveis a partir do critério de validade por ela exposto. (ii) Todo sistema jurídico tem ao menos uma regra de reconhecimento. (iii) Nenhum sistema jurídico tem mais de uma regra de reconhecimento. (iv) Toda regra de reconhecimento é aceita e praticada pelos *officials* do sistema jurídico de que faz parte. (v) Os *officials*, ainda que a observem — e devem observá-la, aplicando as regras que dela são derivadas — não precisam, necessariamente, *aprova-la como uma regra intrinsecamente boa ou moralmente justificável*. (vi) Um sistema jurídico é constituído por sua regra de reconhecimento e todas as demais regras identificáveis a partir dela.³⁸⁹

2.1.1.4 Direito e moral em H. L. A. Hart

A regra de reconhecimento, em Hart, é o elemento central para a formulação, em seus termos, de uma daquelas que se entendem como as grandes teses do positivismo moderno: a *tese das fontes (sociais)*. Não é difícil compreender por que: se (i) as regras jurídicas, e a própria regra suprema, são regras *sociais*, e (ii) é essa regra suprema que determina os critérios a partir dos quais as demais regras são derivadas, disso segue-se que a validade de determinada proposição jurídica — ou melhor, para que qualquer proposição seja efetivamente *jurídica* — está atrelada a uma fonte social: a regra de reconhecimento, uma regra social que existe essencialmente porque praticada pelos *officials* do sistema a que pertence.

O próprio Hart torna isso muito claro ao dispor quais são as condições mínimas, *suficientes e necessárias*, para que um sistema seja qualificado como um sistema *jurídico*: “[d]e um lado, as regras de comportamento que são válidas de acordo com o critério último do sistema devem ser geralmente obedecidas”; “de outro, as regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica” nesse sistema, “bem como suas regras de modificação e julgamento” devem ser, todas elas, “efetivamente aceitas pelos *officials* como padrões públicos de comportamento oficial”.³⁹⁰ A primeira condição — *i.e.* a obediência generalizada por parte dos destinatários das regras primárias válidas — é a única que os

³⁸⁸ *Officials*. Ver n. 365, *supra*.

³⁸⁹ O ponto em RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 146.

³⁹⁰ “There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 116.

cidadãos, em sua esfera privada, *precisam* satisfazer: sua obediência pode dar-se “pelo motivo que for”, mas qualquer sociedade que funcione é composta por cidadãos que, de maneira geral, “aceitam essas regras como padrões comuns de comportamento e reconhecem uma obrigação de obedecê-los, ou mesmo identificam essa obrigação a outra mais geral, de obediência à constituição”.³⁹¹ A segunda condição, por sua vez, deve ser satisfeita pelos *officials*. São eles que devem “considerar essas regras como padrões públicos de comportamento oficial e considerar, criticamente, como lapsos qualquer desvio eventual de sua parte ou da parte alheia”.³⁹² Havendo cooperação, aquiescência generalizada por parte dos cidadãos, a aceitação de uma regra pelos *officials* que a aplicam é suficiente para a existência do sistema; a aceitação convencional dos cidadãos ordinários é dispensável; é, inclusive, *raro* que cidadãos comuns, destinatários das regras jurídicas, tenham conhecimento acerca do funcionamento da regra de reconhecimento.³⁹³

Essa exposição acerca das condições suficientes e necessárias para a existência de um sistema jurídico moderno sintetizam os pressupostos todos da teoria de Hart abordados até aqui: as críticas às definições simples, uma rejeição a um modelo de sistema jurídico baseado em ordens e ameaças, bem como os conceitos de regras primárias e secundárias; assim, explicam a tese das fontes sociais, ao demonstrar que a validade das regras passam por uma regra suprema que, em si, é uma regra *social*. Essa concepção de Direito acaba por pressupor outras teses, expressamente assumidas por Hart — sendo uma delas traduzida exatamente em um dos elementos identificados por Raz em seu comentário sobre a regra de reconhecimento: a ideia de que a *aprovação moral por parte dos officials não é um pressuposto necessário para a existência de um sistema jurídico e a validade de suas regras*. Dito de outro modo, ao estabelecer a tese das fontes tal como fez, Hart também acabou por estabelecer outra tese positivista: a *tese da separabilidade*.

Hart inicia suas reflexões sobre as relações entre Direito e moral — colocando ênfase no plural, por considerar impossível o estabelecimento de *uma, a* relação entre Direito e moral

³⁹¹ “The first condition is the only one which private citizens need satisfy: they may obey each ‘for his part only’ and from any motive whatever; though in a healthy society they will in fact often accept these rules as common standards of behaviour and acknowledge an obligation to obey them, or even trace this obligation to a more general obligation to respect the constitution”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 116-117.

³⁹² “The second condition must also be satisfied by the officials of the system. They must regard these as common standards of official behaviour and appraise critically their own and each other’s deviations as lapses. Of course it is also true that besides these there will be many primary rules which apply to officials in their merely personal capacity which they need only obey”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 117.

³⁹³ Cf. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 320.

— dizendo que parece ser inegável o fato de que, historicamente, o desenvolvimento do Direito, em todas suas épocas e lugares, sofreu profundas influências daquilo que constitui a moral em sentido amplo: foi influenciado tanto pela “moralidade convencional”, expressada através dos ideais de grupos sociais particulares, quanto pelas “formas iluminadas de crítica moral” de indivíduos cujo “horizonte moral transcendeu a moralidade vigente comum”.³⁹⁴ Agora, é precisamente por encarar essa premissa como um truísmo que Hart faz questão de dizer que é preciso cuidado para que não se derive dela uma proposição distinta:

[N]otadamente, a de que um sistema jurídico deve exibir uma conformidade específica com a moralidade ou a justiça, ou deve estabelecer-se a partir de uma ampla e difusa convicção de que há uma obrigação moral de obedecê-lo. Embora isso possa ser, em alguma medida, verdadeiro, disso não se segue que os critérios de validade jurídica de leis particulares utilizados em um sistema jurídico devem incluir, tácita senão explicitamente, uma referência à moralidade ou à justiça.³⁹⁵

É a partir disso que Hart, finalmente — pela primeira vez — expõe o que entende por *positivismo jurídico*.³⁹⁶ “a simples alegação de que não é, de forma alguma, uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas demandas da moralidade, ainda que assim o tenham feito com frequência”.³⁹⁷ Hart está, em suma, dizendo o seguinte: é verdade que (i) é possível verificar empiricamente que os sistemas jurídicos ao longo dos tempos foram, em maior ou menor grau, influenciados por proposições, critérios, ideais morais e que (ii) com é possível dizer que as leis, em geral e com certa frequência, satisfazem critérios morais; isso não quer dizer que *satisfazer esses critérios morais seja um pressuposto necessário para a validade de um sistema jurídico*. Ao menos nesse sentido, Hart segue com Austin: a existência da lei, como lei, é uma coisa; sua eventual satisfação de critérios impostos pela moralidade é outra.

³⁹⁴ Tradução livre e contextualizada. “[I]t cannot seriously be disputed that the development of law, at all times and places, has in fact been profoundly influenced both by the conventional morality and ideals of particular social groups, and also by forms of enlightened moral criticism urged by individuals, whose moral horizon has transcended the morality currently accepted”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 185.

³⁹⁵ “[N]amely that a legal system must exhibit some specific conformity with morality or justice, or must rest on a widely diffused conviction that there is a moral obligation to obey it. Again, though this proposition may, in some sense, be true, it does not follow from it that the criteria of legal validity of particular laws used in a legal system must include, tacitly if not explicitly, a reference to morality or justice.”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 185.

³⁹⁶ Exposição esta que utilizei ainda na abertura do primeiro capítulo desta pesquisa, naquelas que seriam minhas definições conceituais básicas. Ainda, com relação à locução *positivismo jurídico* e seu surgimento na literatura, ver item 1.1 desta pesquisa.

³⁹⁷ “[T]he simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 185-186.

A relação entre as duas teses torna-se ainda mais clara quando observamos que a definição de Hart para o positivismo — e, sobretudo, as implicações dessa definição — tornam explícito aquilo ao qual Hart já apontava quando ainda tratava sobre a regra de reconhecimento em *The Concept of Law*. Hart diz que é plenamente possível imaginar um “caso extremo” no qual “apenas os *officials* aceitam e usam os critérios de validade jurídica de um sistema”. Essa sociedade seria, para Hart, uma “sociedade de ovelhas”, “deploravelmente”, e que “as ovelhas poderiam muito bem acabar no matadouro”. Ainda assim, e por mais deplorável que isso seja, “não há razão para se pensar que isso não pode existir, ou para negar [a esse sistema] o título de sistema jurídico”.³⁹⁸ Discutindo essa passagem, Jeremy Waldron define que, a partir dela, é possível concluir que aos olhos do positivista, acrescentar a satisfação de condições morais como um pressuposto necessário à definição conceitual de Direito é um equívoco.³⁹⁹ Naturalmente, há uma série de razões pelas quais isso poderia ser um equívoco. Waldron entende que as justificativas de Hart são “*pragmáticas*”,⁴⁰⁰ uma vez que, para ele, condicionar a validade de um sistema jurídico à sua conformidade com exigências da moralidade seria um erro em razão de suas consequências práticas. No mesmo sentido, em seu excelente perfil sobre Hart, Neil MacCormick define que Hart opta pela tese de que “[o] valor moral não deve ser tratado como uma condição necessária de validade jurídica” por “razões tanto teóricas quanto morais”.⁴⁰¹ Vejamos quais são essas razões e em que medida elas têm efeitos práticos.

De acordo com Hart, uma definição estrita de Direito que exclua sistemas considerados injustos, tirando-lhes o caráter de sistemas *jurídicos*, obrigar-nos-ia a “excluir certas regras ainda que elas exibam todas as outras características complexas do Direito”. Isso acarretaria na rejeição do estudo dessas regras a outra disciplina — algo que, por sua vez, geraria nada além de “confusão”. Assim, a primeira consequência prática, negativa, decorrente dessa confusão conceitual seria aquela que recai sobre “o estudo teórico-

³⁹⁸ “*In an extreme case, [...] only officials might accept and use the system's criteria of legal validity. The society in which this was so might be deplorably sheeplike; and the sheep might end in the slaughter-house. But there is little reason for thinking that it could not exist or for denying it the title of a legal system*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 117.

³⁹⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. All We Like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Vol. XII, n. 01, jan. 1999, pp. 169-186.

⁴⁰⁰ O termo, “*pragmatic*”, é do próprio Waldron. Cf. WALDRON, Jeremy. All We Like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Vol. XII, n. 01, jan. 1999, pp. 169-186.

⁴⁰¹ “*On both theoretical and moral grounds Hart opts for the thesis that moral value ought not to be treated as a necessary condition of legal validity*”. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 196.

científico do Direito como um fenômeno social”;⁴⁰² um conceito estrito de Direito, que exclua de seu âmbito os sistemas injustos acabaria por criar um problema de “taxonomia sociológica”.⁴⁰³

Outro problema é da ordem de juízos práticos. “Homens maus”, diz Hart, “criarão leis más”; leis que outros irão reforçar. Assim, diante da clara possibilidade de “abuso de poder oficial”, é necessário “que se preserve o senso de que a certificação de algo como legalmente válido não é conclusivo acerca da questão da obediência”; “independentemente de quão grande seja a aura de majestade ou autoridade que detém o sistema jurídico, suas demandas devem, finalmente, submeter-se ao escrutínio moral”. Essa percepção da existência de algo *extrínseco* ao sistema jurídico, a noção de que há algo *fora* do Direito a que os cidadãos podem tomar como referência quanto à questão da obediência, é algo que tem muito mais chances de manter-se vivo “entre aqueles que estão acostumados à ideia de que as leis podem ser injustas”, muito mais do que “entre aqueles que pensam que nada que é iníquo pode adquirir o *status* de Direito”.⁴⁰⁴ É curioso, e talvez até aparentemente “paradoxal” (ao menos *prima facie*): a principal razão que sustenta a insistência de Hart em uma separação conceitual entre Direito e moral é *uma razão moral*. “Hart era um positivista porque era também um crítico moral. Seu objetivo não era o de conferir um mandato para obediência aos mestres do Estado”; era, ao contrário, o de “reforçar a possibilidade de os cidadãos disporem da possibilidade de implacável crítica moral aos usos e abusos do poder estatal”.⁴⁰⁵ O paradoxo, claro, é apenas aparente: o positivista diz que o erro está em considerar a moralidade como um critério de validade jurídica, e nada além disso; a tese da separabilidade é conceitual.

⁴⁰² Trecho adaptado, com traduções livres, da seguinte passagem: “[N]othing is to be gained in the theoretical or scientific study of law as a social phenomenon by adopting the narrower concept: it would lead us to exclude certain rules even though they exhibit all the other complex characteristics of law. Nothing, surely, but confusion could follow from a proposal to leave the study of such rules to another discipline”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 209.

⁴⁰³ “Sociological taxonomy”.

⁴⁰⁴ Tradução livre: “Wicked men will enact wicked rules which others will enforce. *What surely is most needed in order to make men clear-sighted in confronting the official abuse of power, is that they should preserve the sense that the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience, and that, however great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny. This sense, that there is something outside the official system, by reference to which in the last resort the individual must solve his problems of obedience, is surely more likely to be kept alive among those who are accustomed to think that rules of law may be iniquitous, than among those who think that nothing iniquitous can anywhere have the status of law*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 210.

⁴⁰⁵ “Paradoxical as some may find it, this reason offered by Hart for insisting on the conceptual separateness of ‘law’ and ‘morality’ was a moral reason. Hart was a positivist because he was also a critical moralist. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It was to reinforce the citizen’s warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power”. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 197.

“Nenhum positivista jamais disse que o Direito é *não-moral*”.⁴⁰⁶ Basta lembrar que o próprio Hart considera um truísmo a influência direta da moralidade positiva sobre a maior parte dos sistemas jurídicos ao longo da história.)

A tese da separabilidade em Hart, portanto, baseia-se na ideia de que confundir *invalidade e imoralidade* é um erro; um erro que nos impede de ver a “complexidade” e a “variedade” dessas questões distintas. “Um conceito de Direito que nega validade jurídica à regras iníquas pode cegar-nos” a tão importantes questões.⁴⁰⁷

2.1.2 Conclusão parcial: o positivismo e suas duas (ou três?) grandes teses

Até aqui, temos os principais elementos da teoria analítica de Hart. Seu legado enquanto teórico, verdade, é enorme, inestimável; seus influentes escritos abordam desde questões como a descriminalização do aborto, da homossexualidade e da prostituição na Inglaterra, passando por assuntos como a pena de morte as justificações para a punição como reforço da moralidade convencional; seu debate sobre direito penal, transmitido pela rede britânica BBC, com Patrick Devlin, juiz conservador, chegou a ser, à época, considerado “o debate da década”.⁴⁰⁸ Não fosse isso, ainda que sua obra estivesse restrita à esfera que aqui nos interessa — sua teoria analítica —, sua herança ao pensamento jurídico já seria gigantesca: é praticamente unânime no mundo anglo-saxão que, com os *insights* da filosofia linguística, Hart basicamente “reinventou a filosofia do Direito”, tendo um “impacto comparável [...] ao de Wittgenstein na filosofia”.⁴⁰⁹

Tudo isso é verdade: Hart praticamente reinventou a filosofia do Direito no mundo anglo-saxão. Como vimos, foi ele o primeiro teórico realmente paradigmático depois de Austin, precisamente por modernizar os principais pressupostos de seu antecessor. Enquanto

⁴⁰⁶ “Whereas no legal positivist has ever contended that law is non-moral, virtually every legal positivist contends that the efforts by natural-law theorists to portray law as inherently benign or legitimate [...] are unfounded”. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 156.

⁴⁰⁷ “A concept of law which allows the invalidity of law to be distinguished from its immorality, enables us to see the complexity and variety of these separate issues; whereas a narrow concept of law which denies legal validity to iniquitous rules may blind us to them”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 211.

⁴⁰⁸ “Hart’s writings on abortion, on the legalization of homosexuality and prostitution, and on capital punishment had a huge impact on informed opinion. In particular, his debate with the conservative judge Patrick Devlin about (p.2) the propriety of using law to enforce conventional morality, parts of which were broadcast by the BBC, was probably the debate of the decade”. LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 01-02.

⁴⁰⁹ “Hart was credited with having more or less reinvented the philosophy of law [...]. In this field, his impact could be compared with that of, say, Wittgenstein in general philosophy”. LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 01.

Austin entendia — acompanhando a Bentham e, em maior ou menor grau, Hobbes — o Direito enquanto os comandos e as ameaças de sanções por parte de um soberano, habitualmente obedecido, Hart considerava essa compreensão incapaz de dar conta de um sistema jurídico moderno. Assim, embora não pretendesse rejeitar o *método* de Austin — sua proposta é igualmente descritiva —, Hart (i) rejeitou a definição *clássica, austiniana*, baseada somente naquilo a que chamou de regras *primárias* e (ii) somou a essas regras primárias as regras *secundárias* — regras essas aptas a conferir poderes e competências, modificar e revogar as regras primárias e, em última instância, delimitarem os critérios próprios a partir dos quais as regras jurídicas são definidas como tais. Essas regras secundárias são as regras de *modificação*, as regras de *juízo* e, finalmente, a *regra de reconhecimento*: uma regra social, empírica, cuja existência é a própria prática pela qual aqueles que compõem um sistema jurídico identificam e aplicam as regras que formam esse sistema. Todas essas definições, que Hart expõe a partir de uma proposta de “sociologia descritiva”, são conduzidas através da análise linguística e clarificação de conceitos, algo que perpassa todo o projeto *hartiano* de oferecer um moderno conceito de Direito.

Desse modelo de sistema jurídico, baseado exatamente na união de regras primárias e secundárias, emergem exatamente aquelas que viriam a ser, até hoje, reconhecidas como as grandes teses do positivismo jurídico moderno. Todas essas teses são aspectos que o modelo positivista de Direito implica.

A primeira dessas teses é (i) a *tese das fontes (sociais)*, também chamada, por vezes, de *tese do pedigree*. Se os critérios de validade das regras que compõem um sistema jurídico estão na regra de reconhecimento, e essa regra é uma regra social baseada em uma convenção entre os indivíduos que compõem a prática, segue-se, logicamente, que as regras de um sistema jurídico originam-se de uma fonte eminentemente social.

A segunda tese é (ii) a *tese da separabilidade (entre Direito e moral)*, e ela também decorre logicamente das condições mínimas determinadas por Hart para a existência de um sistema genuinamente jurídico. Se as regras têm sua validade determinada a partir dos critérios elencados pela regra de reconhecimento, e essa regra é definida a partir da prática dos *officials* do sistema que identificam e aplicam as regras, isso significa que a satisfação de critérios morais não é um pressuposto *necessário* para a validade das regras jurídicas. É verdade, Hart reconhece, que a maioria dos sistemas jurídicos ao longo dos tempos foi influenciado pela moralidade (entendia em sentido amplo); também é verdade que, com frequência, as regras jurídicas, ao menos em sua maior parte, satisfazem reivindicações da moralidade convencional. Disso não se segue que a satisfação de critérios morais seja,

necessariamente, um pressuposto para a validade das regras jurídicas. A tese da separabilidade, portanto, não é amoralista em nenhum sentido; diz apenas que é possível separar o Direito, enquanto *conceito* e enquanto um sistema de *regras válidas*, de sua eventual satisfação de critérios morais. O Direito e sua validade são uma coisa, e (a satisfação dos critérios d)a moralidade é outra.

Temos, pois, duas grandes teses positivistas: a tese das fontes e a tese da separabilidade. Ambas pretendem-se teses *conceituais*, verdadeiras com relação a todo sistema jurídico possível. Juntas, levam à conclusão lógica de que, em todo sistema jurídico possível, as proposições jurídicas são válidas em razão de terem sido proferidas de acordo com os critérios estabelecidos por uma convenção social; e, sendo assim, não é verdade que o conteúdo legal de todo sistema jurídico deva, necessariamente, atender critérios morais.

Essas são as teses mais claras e mais aceitas entre os próprios positivistas, de modo que, a meu ver, a satisfação de (somente) ambas essas teses já é o suficiente para que uma tese ou um autor sejam classificados como tais. Há, contudo, autores que apontam a uma *terceira* tese eminentemente positivista: a *tese da discricionariedade*. Nesse sentido, é bastante pertinente trazer uma importante citação, na íntegra, de Kenneth Himma, um dos mais importantes teóricos contemporâneos a escrever sobre o positivismo. Himma, na passagem, explica brilhantemente (i) as duas grandes teses, (ii) a possível terceira, e (iii) por que existe uma controvérsia com relação a essa última.

O corpo teórico central do positivismo consiste, pensa-se, em três teses acerca da natureza do Direito. A *tese da separabilidade* nega a existência necessária de restrições morais sobre o conteúdo do Direito. A *tese do pedigree* dispõe que as condições suficientes e necessárias à validade jurídica têm a ver com *como* ou *por quem* a[s] lei[s] é[s] são] promulgadas. A *tese da discricionariedade* estabelece que os juízes, ao decidirem casos difíceis, produzem direito novo. Enquanto é geralmente presumido que essas teses formam um corpo teórico coerente como um todo, esse pressuposto é falso. Tomada como uma tese sobre todos os sistemas jurídicos possíveis, a tese da discricionariedade é incompatível com a tese do pedigree. Tomada como uma tese verdadeira para alguns, mas não todos, sistemas jurídicos, a tese acaba por trazer um argumento de um tipo fundamentalmente diferente daquele que subjaz às teses do pedigree e da separabilidade, e, portanto, não deve ser considerada como parte da teoria positivista do Direito.⁴¹⁰

⁴¹⁰ Grifos meus. Tradução livre da seguinte passagem: “*The theoretical core of positivism is thought to consist of three theses about the nature of law. The separability thesis denies the existence of necessary moral constraints on the content of law. The pedigree thesis articulates necessary and sufficient conditions for legal validity having to do with how or by whom law is promulgated. The discretion thesis asserts that judges decide hard cases by making new law. While it is often assumed that these theses form a coherent theoretical whole, such an assumption is false. Construed as a claim about all possible legal systems, the discretion thesis is inconsistent with the pedigree thesis. Construed as a claim that is true in some, but not all, possible legal systems, the discretion thesis makes a fundamentally different kind of claim than those made by the pedigree and separability*”

Por que, então, é tão comum que a tese da discricionariedade seja considerada, ao lado das outras duas, uma das grandes teses do positivismo? Novamente, o melhor a se fazer é buscar a origem do argumento. Quem desenvolveu e atrelou a tese da discricionariedade ao positivismo foi aquele que, provavelmente, é seu maior adversário histórico: Ronald Dworkin.

2.2 O DIREITO EM RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin (1931-2013) é, sem dúvida, um dos mais influentes jusfilósofos da história do pensamento jurídico ocidental. Como bem define Stephen Guest, Dworkin “tem sido, por muitas décadas, enormemente citado em livros e periódicos jurídicos, políticos, filosóficos e econômicos”; “importantes autores, que concordam e discordam com ele, estão certamente unidos em torno da noção de que suas ideias são de enorme significado”.⁴¹¹ Ex-aluno de Hart, e seu sucessor na cátedra de *Jurisprudence* em Oxford, Dworkin ganhou notoriedade exatamente ao atacar o positivismo jurídico — sobretudo, na versão apresentada através das teses do próprio H. L. A. Hart, seu antecessor e antigo professor, em *The Concept of Law*.⁴¹²

Dworkin, é claro, não foi somente um crítico do positivismo jurídico; foi, também, um grande crítico do pragmatismo (sobretudo, na versão de Richard Posner), da proposta originalista de interpretação constitucional (tendo seu antagonista no então juiz da Suprema Corte Antonin Scalia), do pluralismo de valores (personificado por Isaiah Berlin). Naturalmente, também não foi somente um crítico, um teórico negativo: enquanto desenvolvia suas tão amplas críticas, Dworkin acabou também por articular, ao longo dos anos, uma concepção original, muito própria, acerca do Direito, da prática jurídica, da teoria política e da justiça, e, em sentido mais amplo, da filosofia moral — em um projeto que se apresenta como unitário e coerente. Seja como for, comecemos pelo início: com *The Model of Rules* (“O Modelo de Regras”), cuja “publicação [...], na *University of Chicago Law Review*, construiu sua reputação”.⁴¹³

theses and hence should not be thought of as part of positivism's theory of law”. HIMMA, Kenneth Einar. Judicial Discretion and the Concept of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, 1999, pp. 71-82.

⁴¹¹ “He has now for many decades been enormously cited in legal, political, philosophical and economics books and journals, and serious writers who disagree or agree with him are certainly united in thinking his ideas are of great significance”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013, p. 11.

⁴¹² Cf. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013, pp. 11-12.

⁴¹³ “It was the publication of *The Model of Rules* in the *University of Chicago Law Review* that made his reputation”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013, p. 12.

2.2.1 O *general attack* ao positivismo jurídico

Foi, portanto, em *The Model of Rules* — publicado originalmente em 1967 e, posteriormente, relançado como *The Model of Rules I*, um dos ensaios que constituem o primeiro livro de Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) — que Dworkin articulou suas (primeiras) críticas ao positivismo de Hart e, em meio a isso, passou a desenvolver sua própria teoria jurídica. Neste ensaio, Dworkin diz pretender “examinar a solidez” “[d]a teoria tornada popular [...] por John Austin, agora aceita de uma forma ou outra pela maioria dos profissionais e acadêmicos jurídicos”, chamada, “com alguma liberdade histórica”,⁴¹⁴ positivismo jurídico — sobretudo na “poderosa forma” articulada, com “clareza e elegância”, por H. L. A. Hart.⁴¹⁵

Embora assumo que nem todo filósofo que se intitule ou seja chamado de positivista deva, necessariamente, subscrever as teses da forma por ele apresentada, Dworkin define as teses centrais do positivismo jurídico da seguinte maneira:

(i) O Direito de uma comunidade pode ser identificado a partir de critérios específicos, através de testes que não têm a ver com o conteúdo das regras, mas com seu “*pedigree*”.⁴¹⁶

(ii) As regras que exsurtem desse teste de validade são exaustivas quanto ao Direito, no (consequente) sentido de que “se o caso de alguém não é claramente coberto por uma regra tal [...], então esse caso não pode ser decidido por meio da ‘aplicação do Direito’”; deve ser, então, “decidido por algum *official*, como um juiz, ‘exercendo sua discricionariedade’” — o que significaria, na leitura de Dworkin, “ir além do Direito em busca de outro tipo de padrão a guia-lo na construção de uma nova regra, ou na suplementação de uma regra antiga”.⁴¹⁷ (Essa, portanto, a “tese da discricionariedade” atribuída ao positivismo: articulada por Dworkin, recepcionada por alguns, rejeitada por outros.)

⁴¹⁴ O que nos remete ao que foi discutido nos itens 1 e 1.1 desta pesquisa.

⁴¹⁵ “[T]he theory first made popular by the nineteenth century philosopher John Austin, and now accepted in one form or another by most working and academic lawyers who hold views on jurisprudence. I shall call this theory, with some historical looseness, ‘legal positivism’. I want to examine the soundness of legal positivism, particularly in the powerful form that Professor H. L. A. Hart has given to it. I choose to focus on his position, not only because of its clarity and elegance, but because here, as almost everywhere else in legal philosophy, constructive thought must start with a consideration of his views”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 16.

⁴¹⁶ Daí por que, às vezes, a tese das fontes sociais é chamada de “tese do *pedigree*”.

⁴¹⁷ Tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17.

(iii) Finalmente, na leitura de Dworkin, o positivismo implica na ideia de que, na ausência de uma regra jurídica válida, não há obrigação jurídica; disso, seguir-se-ia que, quando um juiz decidisse alguma questão específica com base em seu poder discricionário, ele não estaria reforçando um *direito* com relação a ela.

Esse, para Dworkin, é o “esqueleto” do positivismo jurídico,⁴¹⁸ a teoria contra a qual deseja lançar um “ataque geral” — fazendo da versão de Hart um “alvo” toda vez que “um alvo particular for necessário”.⁴¹⁹

2.2.1.1 A controvérsia dos princípios

A partir do “esqueleto” delineado por Dworkin, o positivismo seria um modelo *de e para* um sistema de *regras*, de modo que sua noção fundamental de um teste único e último para fins de determinação do que constitui Direito válido — *i.e.* a tese das fontes, ou do “*pedigree*” — acabaria por deixar de fora padrões, jurídicos, de outro tipo, que não funcionam como regras. No ataque geral de Dworkin, os mais importantes desses padrões são os *princípios*.

Dworkin começa sua explanação acerca dos princípios com o célebre caso *Riggs. v. Palmer* — talvez tão célebre muito em razão do próprio Dworkin. Sucintamente, trata-se de um caso no qual, em 1889, uma corte de Nova York teve de decidir se um herdeiro que assassinou o próprio avô tinha o direito de herdar o que lhe era garantido por testamento. À época, os estatutos regulatórios sobre a matéria levavam à conclusão de que o assassino tinha esse direito; ainda assim, a Corte entendeu por negá-lo, baseada no *princípio* segundo o qual a ninguém pode ser permitido beneficiar-se da própria torpeza.⁴²⁰ Esse tipo de padrão, segundo Dworkin, por se tratar de um princípio, opera de forma muito distinta de regras — estas, articuladas através de proposições como, em seus exemplos, “a velocidade máxima permitida em horários de pico é de 60 mph” ou “um testamento é inválido a não ser que assinado por três testemunhas”.⁴²¹

⁴¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17.

⁴¹⁹ “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

⁴²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 23.

⁴²¹ “The standard set out in these quotations are not the sort we think of as legal rules. They seem very different from propositions like ‘The maximum legal speed on the turnpike is sixty miles an hour’ or ‘A will is invalid unless signed by three witnesses’. They are different because they are legal principles rather than legal rules”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 23.

“A diferença entre princípios e regras jurídicas”, portanto, “é uma distinção lógica”: ainda que “ambos os padrões apontem a decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias particulares”, diferem-se fundamentalmente “em caráter e na direção a que apontam”.⁴²² As regras, para Dworkin, funcionam à maneira “tudo ou nada”;⁴²³ aplicam-se ou não; são válidas ou não. Os princípios, por outro lado, têm uma “dimensão de peso”;⁴²⁴ eles dispõem uma razão que conduz a argumentação e o raciocínio judicial em uma direção, mas não exigem uma decisão particular; é possível que haja princípios que apontem a direções conflitantes, mas a prevalência de um não significa que o outro não faça parte do sistema jurídico, dado que, em razão da dimensão de peso, ele pode ser decisivo em outro caso subsequente. As regras, por outro lado — dada sua própria natureza —, quando são conflitantes, necessariamente, uma delas não pode ser válida.⁴²⁵

Uma vez explicada a diferença entre regras e princípios,⁴²⁶ é possível passar ao que realmente importa. É do argumento dos princípios que Dworkin deriva (e sustenta) a discricionariedade como uma das grandes teses do positivismo jurídico. Isso porque, na medida em que (i) os positivistas afirmam que os sistemas jurídicos têm, cada um à sua maneira, um teste criteriológico capaz de determinar o que configura direito válido (“tese do *pedigree*”), eles devem também afirmar — *segundo Dworkin* — (ii) que os princípios não são direito válido. Se os princípios não são direito válido, e o Direito é constituído apenas pelas regras (que assim o são de acordo com seu “*pedigree*”); e se a impossibilidade de as regras cobrirem todos os casos possíveis é uma questão lógica, assim como as decisões judiciais para além do conteúdo fixado por essas regras são uma realidade em qualquer sistema, segue-se disso que toda atividade judicial que está para além da esfera das regras jurídicas dá-se com base no *poder discricionário* do juiz: discricionário porque livre de qualquer padrão jurídico que o vincule em uma ou outra direção.⁴²⁷

O ponto (ii) exige uma explicação um pouco mais detalhada. Pela sua própria natureza, é impossível que os princípios estejam todos elencados de antemão em uma regra de reconhecimento. “Não há como”, diz Dworkin, “conceber qualquer fórmula que sirva de teste

⁴²² Grifos meus, tradução livre. “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give*”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

⁴²³ “*All-or-nothing fashion*”.

⁴²⁴ “*Dimension of weight*”.

⁴²⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 24-28.

⁴²⁶ Cf., nessa questão, o verbete *Diferença entre regras e princípios*, no *Dicionário de Hermenêutica* de Streck. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

⁴²⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 28-39.

com relação a *quanto* e *que tipo* de suporte institucional é necessário para que um princípio seja *jurídico*"; haverá "menos ainda" qualquer tipo de teste capaz de "fixar seu(s) peso(s) em uma ordem de magnitude particular".⁴²⁸ Mais do que isso, qualquer tentativa de adaptação da regra de reconhecimento que tentasse incluir os princípios nos critérios nelas dispostos estaria fadada a fracassar: se os princípios (e, nesse sentido, quaisquer padrões outros que não as regras) fossem aceitos como jurídicos e, portanto, como padrões institucionalmente vinculantes à atividade judicial, as próprias *regras*, como tais, passariam a dever parte de sua força à autoridade subjacente aos princípios enquanto padrões jurídicos; assim, a regra de reconhecimento já não mais seria o teste final apto a servir de critério último (e único) determinando o que é direito válido.⁴²⁹

Em síntese, para Dworkin, qualquer teoria baseada em uma regra de reconhecimento vai ou considerar os princípios como *extrajurídicos* ou derrotar a si própria. Sendo assim, padrões extrajurídicos, os princípios não vinculam estritamente os juízes do ponto de vista institucional, de modo que, não havendo padrão a ser seguido no caso concreto, há discricionariedade na decisão. É por isso que Dworkin sustenta a tese da discricionariedade como necessária ao positivismo como tal, e é também por isso que Dworkin considera o positivismo insuficiente: porque "nos remete a uma tese da discricionariedade que leva a lugar nenhum e nada diz".⁴³⁰ Se o positivismo pretende descrever a prática jurídica, não o faz adequadamente, porque não é capaz de descrever uma prática que apresenta padrões jurídicos que transcendem a mera noção de regras.

2.2.1.2 Convenções e o aguilhão semântico

"Em um livro anterior, *Taking Rights Seriously*", diz Dworkin já em 2006, "argumentei que o positivismo analítico distorce a verdadeira prática de advogados e juízes em sistemas jurídicos contemporâneos e, portanto, oferece uma compreensão inadequada dessas práticas". Notadamente, Dworkin tem em mente o argumento dos princípios e a (consequente) tese da discricionariedade. "Em *Law's Empire* [1986]", segue o autor, "ofereci

⁴²⁸ Tradução livre e adaptada. "Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude". DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 40.

⁴²⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 43.

⁴³⁰ "[T]he positivist remits us to a doctrine of discretion that leads nowhere and tells nothing". DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 45.

uma explicação de *por que* os positivistas analíticos cometem esse erro”.⁴³¹ O presente tópico trata dessa nova explicação; antes, porém, dada sua complexidade, expô-la em linhas bastante gerais é cabível. O positivismo analítico, segundo a nova tese *dworkiniana*, parte do pressuposto de que todos os conceitos — incluindo, pois, o conceito de Direito — são conceitos *criteriais*: conceitos que são compartilháveis “somente quando as pessoas que os compartilham concordam em uma definição, precisa ou grosseira, da qual se derivem os critérios para a aplicação correta do termo ou frase associada”.⁴³² As pessoas, no exemplo de Dworkin, compartilham o conceito de um triângulo equilátero somente quando sabem que o triângulo em questão tem lados de igual comprimento. Assim, uma análise positivista do conceito de Direito, que o toma por um conceito *criteriais*, passaria pela elucidação de quais são os *testes* que aqueles que compõem a prática jurídica compartilham (à exceção dos casos marginais, limítrofes) para identificar quais proposições jurídicas são verdadeiras (*i.e.*, quais proposições são realmente jurídicas; em última análise, o que é e o que não é direito válido).⁴³³ Esse é o argumento do “*semantic sting*”, o argumento do “*aguiilhão semântico*”.

Em *Law’s Empire*, para que possa inaugurar o *semantic sting argument*, Dworkin, primeiro, diferencia três tipos de questões que surgem em Direito, e, com relação a essas questões próprias, três tipos de *desacordos* possíveis: (i) desacordos *empíricos*, ou factuais (*e.g.* “*O que aconteceu? O trabalhador que operava o torno mecânico realmente deixou que uma chave inglesa caísse sobre um dos pés de um colega?*”); (ii) desacordos *teóricos* (*e.g.* “*Qual é a lei aplicável? O Direito permite que um trabalhador que sofre lesão em trabalho cobre os danos de seu empregador?*”); e (iii) desacordos *morais* (*e.g.* “*Se o Direito não garante a compensação, isso é injusto? E se é, os juízes devem ignorar a lei e garantir a compensação de qualquer forma?*”).⁴³⁴

O primeiro tipo de desacordo, empírico, é simples. É bastante fácil identificar, primeiro, sobre *o que* se discute e, segundo, que tipo de *evidência*, se disponível, seria capaz de solucionar a eventual disputa. O terceiro tipo, o desacordo moral, é, para Dworkin,

⁴³¹ Grifos meus. “*In an early book, Taking Rights Seriously, I argued that analytic positivism distorts the actual practice of lawyers and judges in contemporary legal systems and therefore provides an inadequate understanding of those practices. In Law’s Empire I offered an explanation of why analytic positivists make that mistake*”. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 225.

⁴³² “*People share some concepts only when they agree on a definition—rough or precise—that sets out the criteria for the correct application of the associated term or phrase*”. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 09.

⁴³³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 225.

⁴³⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 03.

“bastante diferente mas também familiar”⁴³⁵ É, afinal, bastante frequente que as pessoas divirjam sobre o que é certo e errado.⁴³⁶

Mas e o segundo tipo de desacordo, isto é, o desacordo que Dworkin vem a classificar como desacordo *teórico* sobre o Direito? O autor explica a partir das discussões sobre a classificação de uma proposição jurídica como verdadeira ou falsa; em outras palavras, o desacordo teórico é o desacordo acerca dos *fundamentos do Direito*. No exemplo de Dworkin, juízes podem *concordar*, do ponto de vista *empírico*, sobre que tipo de estatutos e precedentes têm relevância na hipótese de um caso em que um empregado cobra danos em virtude de acidente de trabalho de seu empregador; ainda assim, podem *discordar* sobre o que a lei de compensação de danos *significa*, na medida em que eles *discordam* com relação ao ponto que questiona, do ponto de vista *teórico*, se os precedentes e estatutos exaurem, esgotam, os fundamentos pertinentes do Direito. Juízes, ainda que concordem entre si com relação a quais estatutos sobre a matéria em questão foram promulgados, e com relação a quais precedentes têm relação com o ponto, podem ainda discordar sobre o que o Direito realmente *é*, sobre o significado e o alcance de seus fundamentos enquanto fundamentos jurídicos.⁴³⁷

Nesse sentido, Dworkin — como lhe é habitual — ilustra o ponto a partir de uma série de exemplos concretos do direito norte-americano. Em meio a alguns outros casos no livro, Dworkin, novamente, lança mão do caso *Riggs v. Palmer*, que foi seu pano de fundo para o argumento dos princípios. Agora, contudo, o argumento é um pouco diferente: Dworkin não quer somente mostrar que, em Direito, há padrões, *jurídicos*, que estão para além das regras. Isso já havia sido desenvolvido em *The Model of Rules*. Agora, Dworkin diz o seguinte: quando se discutiu, no caso do neto que assassinou o avô visando à herança, se o assassino tinha ou não o direito pleiteado, não se estava a discutir se os juízes deviam seguir a lei ou deixar o Direito de lado em nome da justiça; baseado nos fundamentos utilizados pelos próprios juízes em seus votos, Dworkin diz que o desacordo em questão “[e]ra uma disputa sobre o que o Direito era, sobre o que o estatuto real, que os legisladores promulgaram, realmente dizia”.⁴³⁸

⁴³⁵ “[V]ery different but also familiar”.

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 03.

⁴³⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 04-05.

⁴³⁸ “[T]he dispute about Elmer [o neto assassino] was not about whether judges should follow the law or adjust it in the interests of justice. At least it was not if we take the opinions I described at face value and [...] we have no justification for taking them in any other way. It was a dispute about what the law was, about what the real statute the legislators enacted really said”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 20.

Para Dworkin, a explicação que o positivismo — e qualquer outra teoria do tipo, a que Dworkin chama de “teorias semânticas”⁴³⁹ — oferece para esse tipo de desacordo é absolutamente insuficiente, precisamente porque está, estão, baseada(s) em uma noção a partir da qual o Direito é tratado como um conceito criterial. Se o Direito é um conceito criterial, então (i) todos seguimos um certo tipo de critérios linguísticos na apreciação de proposições jurídicas enquanto tais e (ii) o filósofo do Direito deve produzir teorias que identifiquem esses critérios; e, sobretudo, uma vez que o próprio significado da palavra “Direito” faz com que o Direito dependa de certos critérios de aplicação, (iii) aquele que rejeitasse ou desafiasse esses critérios próprios estaria falando sem fazer sentido; *nonsense*. Dito de outro modo: segundo as teorias semânticas, *wittgensteinianamente*, nós seguimos regras compartilhadas no uso das palavras que usamos, e são essas regras a partir das quais se pode derivar os critérios que dão à palavra seu significado. Daí que os conceitos são *criteriais*. E se o conceito de Direito também o é, segue-se que o desacordo teórico não se dá sobre os fundamentos do Direito tal como ele é, mas, talvez, sobre o que ele *deveria* ser; falar, pois, em desacordos teóricos é ilusório. Nas palavras de Dworkin, as teorias semânticas “supõem que advogados e juízes utilizam-se basicamente dos mesmos critérios (ainda que estes estejam escondidos, irreconhecidos) para determinar se proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas”⁴⁴⁰.

Um positivista, Dworkin concede, poderia argumentar no sentido de que há um uso ordinário, padrão, da palavra “Direito” e, por outro lado, há também *casos limítrofes*. Nesse sentido, advogados e juízes todos seguiriam basicamente a mesma regra criterial com relação a “Direito”, mas, uma vez que as regras acerca dos usos das palavras não são sempre exatas, é possível que haja casos limítrofes, que operam em uma “*zona de penumbra*”⁴⁴¹⁻⁴⁴². Assim sendo, explicar-se-ia os desacordos em casos difíceis, “*hard cases*”: “[c]ada um utiliza uma versão levemente diferente da mesma regra, e as diferenças tornam-se manifestas nesses casos especiais”⁴⁴³. Aquele que negasse a uma residência suburbana a classificação de “casa” simplesmente não compreende as regras idiomáticas; ainda assim, nem todos seguem

⁴³⁹ “*Semantic theories of law*”.

⁴⁴⁰ “*Semantic theories suppose that lawyers and judges use mainly the same criteria (though these are hidden and unrecognized) in deciding when propositions of law are true or false*”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 33.

⁴⁴¹ “*Penumbral cases*”.

⁴⁴² Hart, no sétimo capítulo de *The Concept of Law*, já trazia essa questão da indeterminação, da “textura aberta” (“*open texture*”) e da zona de penumbra. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 124-154.

⁴⁴³ “*Each uses a slightly different version of the main rule, and the differences become manifest in these special cases*”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 39.

exatamente a mesma regra: alguns diriam, legitimamente, que o Palácio de Buckingham é uma casa; outros, de forma igualmente legítima, diriam que não.⁴⁴⁴

Diante desse (possível) contra-argumento, Dworkin questiona: se assim for, os juízes que discordavam entre si em *Riggs v. Palmer* (e, pois, em qualquer outro caso em discussão) estariam envolvidos em um desacordo meramente verbal. E, mais ainda, a hipótese segundo a qual esse desacordo é meramente verbal é incapaz de explicar a prática jurídica e a atuação dos juízes e advogados ao longo dos tempos. Afinal, “pessoas razoáveis não discutem entre si se o Palácio de Buckingham é ou não uma casa; [...] trata-se tão somente de como uma pessoa escolhe usar uma palavra”.⁴⁴⁵ Se “Direito” for realmente um conceito como “casa”, então por que os membros de uma prática jurídica haveriam de discutir por tanto tempo sobre a veracidade ou falsidade de proposições jurídicas? Como eles haveriam de pensar ter argumentos sensatos capazes de sustentar uma decisão que, no limite, é essencialmente arbitrária, porque relacionada meramente ao uso de uma palavra de um jeito em vez de outro? Essa defesa semântica do Direito enquanto conceito criterial com casos limítrofes é, para Dworkin, um insulto, por caracterizar juízes e advogados como “tolos”.⁴⁴⁶

Esse é, portanto, o argumento do aguilhão semântico. Aquele que pensa que só podemos discutir uns com os outros se, e somente se, todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios conceituais, ainda que não possamos especificar quais são esses critérios, é vítima do *semantic sting*. Dworkin, é claro, reconhece os argumentos das teorias semânticas como argumentos filosóficos; assim, assume que, ao rejeitá-los, deve confrontá-los também com argumentos filosóficos.⁴⁴⁷ *Filosoficamente*, portanto, Dworkin vai revisitá-la Teoria do Direito, oferecendo sua própria concepção, tendo como base a ideia de que, em vez de criterial, o Direito é um conceito *interpretativo*.

2.2.2 *Law as integrity*

A obra de Dworkin é uma obra que, por mais que seja sempre coerente e unitária, é uma obra densa, longa, complexa. Esgotá-la, e especialmente em uma pesquisa que não tem

⁴⁴⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 39-40.

⁴⁴⁵ “[S]ensible people do not quarrel over whether Buckingham Palace is really a house; [...] [T]his is not a genuine issue but only a matter of how one chooses to use a word”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 40-41.

⁴⁴⁶ “Simpletons”.

⁴⁴⁷ “We have no choice but to confront that argument. It is a philosophical argument, so the next stage of our project must be philosophical as well”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 44.

em Dworkin seu elemento central, seria uma tarefa impossível. Ainda assim, para que se possa apresentar Waldron como uma terceira via entre o positivismo e a concepção de Dworkin, é necessário também compreendê-la ainda que em suas linhas mais gerais. Um bom ponto de partida talvez seja o contraste entre a abordagem do positivismo sobre o Direito, como um conceito criterial — abordagem que, como vimos, Dworkin rejeita peremptoriamente —, e a abordagem *dworkiniana*, que aborda o Direito como um conceito *interpretativo*. Uma vez que grande parte dos desacordos que permeiam a prática jurídica são não empíricos, mas *teóricos*, a abordagem criterial é vítima do agulhão semântico, já que uma de suas decorrências lógicas é a de que, em seus desacordos, aqueles que compõem a prática jurídica estão ou fingindo ou discordando sobre um caso limítrofe. Somente o tratamento do Direito como um conceito interpretativo pode oferecer uma imagem adequada dos desacordos que compõem a prática tal como se apresenta na realidade.

2.2.2.1 Interpretativismo: conceito e concepções

Isso posto, o que *significa*, afinal, a abordagem interpretativa? Para além daquilo que nega, o que *afirma* o interpretativismo de Dworkin? Quem responde é o próprio. Em sua concepção, “o raciocínio jurídico [*legal reasoning*] é um exercício de *interpretação construtiva*”, de modo que o Direito de uma comunidade “consiste na *melhor justificativa* que sustenta as práticas jurídicas como um todo”; consiste, pois, “na história narrativa que faz dessas práticas o melhor que elas podem ser”.⁴⁴⁸ A interpretação construtiva de uma prática, na leitura de Dworkin, é precisamente uma questão de atribuição de modo a torná-la o *melhor exemplo possível* da forma ou gênero ao qual se presume que ela pertence. O propósito da interpretação é, visto sob essa perspectiva, tornar aquilo que se interpreta o melhor que pode ser; assim, uma abordagem de interpretação construtiva sobre a prática jurídica será uma proposta interpretativa que visa a oferecer uma leitura dessa prática vista “sob sua *melhor luz*”.⁴⁴⁹

Com relação ao processo interpretativo *per se*, Dworkin delimita e divide o processo em três *estágios*. Primeiro, (*i*) um estágio “*pré-interpretativo*”, no qual se determinam as

⁴⁴⁸ Grifos meus, tradução livre. “[L]egal reasoning is an exercise in constructive interpretation. [...] [O]ur law consists in the best justification of our legal practices as a whole, [...] it consists in the narrative story that makes of these practices the best they can be”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. vii.

⁴⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 52, 61, 139.

regras e padrões dentro dos quais se pode identificar o conteúdo da prática interpretada. São classificações cotidianas, os graus mínimos que permitem que algo seja inteligivelmente interpretado. Dworkin exemplifica o estágio “pré-interpretativo” através da interpretação literária, na qual esse estágio consistiria na identificação de *Moby-Dick* e sua distinção dos textos que correspondem a outras obras.⁴⁵⁰

Depois, surge (ii) o estágio *interpretativo* — estágio que ilumina de forma bastante clara a concepção de interpretação construtiva em Dworkin. Para o autor, o estágio interpretativo é o estágio no qual “o intérprete adota uma justificativa geral para com os principais elementos que constituem a prática identificada no estágio ‘pré-interpretativo’”,⁴⁵¹ que consiste, basicamente, em um *argumento* sobre a validade da prática em questão. Essa interpretação não precisa contemplar *todo* aspecto, *todos* os elementos da prática interpretada, é verdade; deve, contudo, ainda assim, ir de encontro a elementos suficientes, elementos que pertencem ao estágio “pré-interpretativo”,⁴⁵² de modo a fazer com que o intérprete esteja, genuinamente, interpretando a prática, e não inventando uma nova.⁴⁵³

Finalmente, então, vem o terceiro estágio; o (iii) estágio pós-interpretativo, ou “estágio reformador”.⁴⁵⁴ Nessa fase, o intérprete “ajusta sua percepção do que a prática ‘realmente’ exige de modo a *melhor servir à justificação por ele aceita no estágio interpretativo*”.⁴⁵⁵ Dworkin, aqui, dá (novamente) o exemplo da cortesia em uma sociedade — prática que permeia a obra de Dworkin como um paradigma suficientemente exemplificativo de uma prática interpretativa: no estágio pós-interpretativo, um intérprete da cortesia poderia vir a pensar que um reforço consistente daquilo que melhor justifica a prática exigiria que as pessoas saudassem com seus chapéus os soldados que retornam de uma guerra; ou, ainda, que a melhor justificativa da prática exige, em verdade, uma (nova) *exceção* a um padrão previamente estabelecido, de modo que soldados que retornam da guerra estariam isentos de demonstrações de cortesia; ainda, o intérprete poderia chegar à noção de que a prática vista sob sua melhor luz levaria à conclusão de que toda uma regra que estipulasse a deferência a toda uma classe ou grupo de indivíduos é, em si, uma regra equivocada.⁴⁵⁶

⁴⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 65-66.

⁴⁵¹ “[T]he interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 66.

⁴⁵² Conservo o termo entre aspas porque, Segundo o próprio Dworkin, mesmo o estágio “pré-interpretativo” é (também) “interpretativo” no sentido de envolver (algum tipo de) interpretação.

⁴⁵³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 66.

⁴⁵⁴ “Reforming stage”.

⁴⁵⁵ Grifo meu. “[The interpreter] adjusts his sense of what the practice ‘really’ requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 66.

⁴⁵⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 66.

Aqui, uma pausa: o leitor mais atento perceberá, que, ao longo da pesquisa, utilizei os conceitos de *conceito* e *concepção*. A distinção é do próprio Dworkin; é por ele explicada a partir dos pressupostos de sua ideia de interpretação construtiva, e exemplificada também a partir da ideia de cortesia. De forma geral, é seguro dizer que a absoluta maioria das pessoas concorda com relação às proposições mais gerais e abstratas sobre a cortesia; ainda assim, essas mesmas pessoas discordam com relação às especificidades e às (sub)interpretações dessas proposições abstratas. Todos concordam que a cortesia é uma questão de respeito, mas haverá desacordos com relação à interpretação correta do que *respeito* significa. As pessoas concordam com relação ao tronco da árvore, mas discordam com relação aos galhos. No exemplo, “*respeito*” é o que forma o *conceito* de cortesia, e as diferentes posições adotadas sobre como a ideia de respeito pode, deve ser materializada corretamente formam as *concepções* sobre esse *conceito*. A diferença entre *conceito* e *concepção*, portanto, é “um contraste entre os níveis de abstração nos quais a interpretação de uma prática pode ser estudada”.⁴⁵⁷

Essa (aparente) digressão abstrata é exatamente o que torna Dworkin capaz de oferecer sua contraposição à explicação que o positivismo oferece para os desacordos teóricos no Direito. O Direito, como a cortesia, é um conceito não criterial, mas interpretativo. Na medida em que os juízes reconhecem e assumem uma responsabilidade de dar continuidade à prática da qual fazem parte, eles desenvolvem teorias sobre *a melhor interpretação de suas responsabilidades sob essa prática*. Os desacordos teóricos são, portanto, eles próprios, desacordos interpretativos.⁴⁵⁸

Sendo o Direito uma prática interpretativa, também sua interpretação terá os três estágios. No estágio “pré-interpretativo”, contudo, não se trata de identificar o que compõe a prática jurídica através de definições compartilhadas sobre definições acerca do que conta como um sistema jurídico — sob pena de a explicação ser uma explicação criterial, semântica e, *eo ipso*, vítima do agulhão semântico. Não é difícil identificar, coletivamente, as práticas que contam como práticas *jurídicas* em nossa cultura; cortes, legislaturas, agências administrativas, sabe-se tranquilamente que isso forma um sistema jurídico. Contudo, a questão sobre quais características específicas esses elementos têm — características *em virtude das quais* elas formam um sistema jurídico — é parte do problema interpretativo. “É

⁴⁵⁷ “The contrast between concept and conception is here a contrast between levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 71.

⁴⁵⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 87.

parte do processo controverso e incerto de atribuir sentido ao que encontramos, e não um dado da estrutura pré-interpretativa”.⁴⁵⁹

Nesse sentido, o filósofo do Direito deve começar a partir de uma identificação pré-interpretativa minimamente incontroversa sobre o caráter da prática jurídica. Como o respeito é um *conceito* da cortesia, as *concepções* sobre a prática partem desse conceito; também assim será com relação ao Direito, visto que práticas da mesma natureza. Assim, Dworkin propõe que, dado que os governos têm propósitos, atingíveis também por meio do monopólio do uso da força, é legítimo dizer que o sentido mais fundamental e abstrato da prática jurídica é *justificar a coerção do Estado que exsurge de decisões políticas do passado*. A prática jurídica de uma comunidade é, nesse sentido, um esquema de direitos e responsabilidades que vai de encontro a esse padrão, e é *jurídica* porque relacionada a essas decisões políticas do passado. Essa é, para Dworkin, uma caracterização (“pré-interpretativa”) segura porque compatível com um (bastante) amplo rol de reivindicações e argumentos que contradizem um ao outro com relação a quais direitos e responsabilidades de fato derivam dessas decisões políticas do passado e, por tal razão, permitem a coerção do Estado. É possível explicar a proposta *dworkiniana* através de um esquema conceitual.

Conceito de Direito: Direitos e responsabilidades que se seguem de decisões políticas do passado e, por essa razão, autorizam (ou mesmo exigem) o uso da coerção por parte do Estado. Paradigma que exsurge como acordo “pré-interpretativo”.

(O *conceito* é o tronco da árvore.)

Concepções de Direito: Respostas (conectadas) a três perguntas que surgem a partir do conceito. (i) A suposta relação entre *Direito* e *coerção* é justificada? Há algum sentido na exigência de que a força pública seja exercida somente de modo a conformar-se com direitos e responsabilidades que se *derivam* de decisões políticas do passado? (ii) Se há, *qual é* esse sentido? (iii) Qual é a leitura adequada dessa derivação de direitos e responsabilidades de decisões políticas do passado — *i.e.* que noção de *consistência com decisões pretéritas* melhor explica essa derivação?

(As *concepções* são os galhos da árvore.)⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ “It is part of the controversial and uncertain process of assigning meaning to what we find, not a given of the preinterpretive structure”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 87.

⁴⁶⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 92-94.

2.2.2.2 Convencionalismo e pragmatismo

Uma vez que o conceito de Direito não é criterial, e as concepções de Direito são as *respostas* a essas perguntas que exsurtem do acordo pré-interpretativo — acordo sobre o que se pode concordar de forma minimamente incontroversa e inteligível acerca da prática jurídica —, é natural que haja concepções rivais; concepções que, sendo o Direito um conceito interpretativo, oferecem, cada uma à sua maneira, suas diferentes interpretações acerca da prática jurídica. Dworkin explica três concepções dominantes na Teoria do Direito.

A primeira concepção por ele explicada é o *convencionalismo*. Vejamos, então, as respostas convencionalistas às três perguntas decorrentes do conceito de Direito. (i) *A suposta relação entre Direito e coerção é justificada?* “Sim”, dirá o convencionalista, que aceita a ideia de “Direito” e de “direitos”. (ii) *Qual é o sentido, o ponto que sustenta os limites que o Direito impõe ao uso da força pelo Estado?* Para o convencionalismo, o motivo pelo qual se exige que a força estatal seja usada somente de modo consistente com as decisões políticas precedentes está “na previsibilidade e justiça procedimental que essa limitação fornece”.⁴⁶¹ Finalmente, (iii) *que noção de consistência com decisões pretéritas melhor explica essa limitação jurídica quanto à coerção por parte do Estado?* O convencionalismo oferece uma explicação bastante restrita acerca da forma de consistência que podemos exigir: só se pode dizer que um direito ou responsabilidade deriva das decisões políticas do passado se essa derivação for ou puder ser tornada *explícita* através de “*métodos ou técnicas convencionalmente aceitas pela profissão jurídica como um todo*”. Para o convencionalismo, portanto, a moralidade política “não exige qualquer respeito pelo passado para além disso, de modo que, quando se esgota a força da convenção, os juízes devem encontrar fundamentos *prospectivos* para fundamentar suas decisões”.⁴⁶²

Em síntese, portanto: segundo o convencionalismo, a coerção do Estado é exercível de forma legítima através do respeito aos direitos e responsabilidades que se originam a partir de decisões políticas do passado, e esse respeito é observado através das *convenções* daqueles que compõe a comunidade jurídica; assim, quando se esgota a convenção, esgotam-se também os fundamentos jurídicos, de modo que, na hipótese, os juízes decidem com base em

⁴⁶¹ “[T]he predictability and procedural fairness this constraint supplies”.

⁴⁶² Grifos meus, e trecho traduzido da seguinte passagem: “[Conventionalism] proposes, in answer to the third question, a sharply restricted account of the form of consistency we should require with past decisions: a right or responsibility flows from past decisions only if it is explicit within them or can be made explicit through methods or techniques conventionally accepted by the legal profession as a whole. Political morality, according to conventionalism, requires no further respect for the past, so when the force of convention is spent judges must find some wholly forward-looking ground of decision”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 95.

seu *poder discricionário*.⁴⁶³ É possível dizer, com segurança, que o convencionalismo é a forma por meio da qual Dworkin apresenta o positivismo como uma teoria *interpretativa* sobre o Direito. É, nas palavras do próprio Dworkin, “uma *versão* do positivismo jurídico [...] como uma *intepretação* da prática contemporânea”;⁴⁶⁴ é, pois, o “positivismo” adaptado a um conceito interpretativo em suas respostas no estágio pós-interpretativo. Naturalmente, então, para Dworkin, o convencionalismo não é uma boa concepção, por razões muito similares àquelas por ele adotadas quando de suas críticas ao positivismo enquanto teoria semântica: sua incapacidade de explicar a ideia de que, na prática jurídica, há direitos (e responsabilidades) jurídicos(as) que *transcendem* as convenções, de modo que as pessoas têm direito a “uma extensão *coerente e de princípio* das decisões políticas do passado *ainda que juízes discordem profundamente com relação ao que isso significa*”;⁴⁶⁵ o juiz convencionalista não tem qualquer razão para reconhecer essa consistência de princípio na ausência (ou no esgotamento) de uma convenção.

Dworkin, é claro, vai oferecer sua própria concepção, buscando fornecer respostas que melhor expliquem a prática jurídica sob sua melhor luz. Antes, porém, vai apresentar uma segunda (frequente e insuficiente) concepção: o *pragmatismo*, uma concepção “*cética*”. Por quê? Porque, diante da pergunta “*A suposta relação entre Direito e coerção é justificada?*”, o pragmatista dirá “*Não*”. E dirá não porque o pragmatismo, *cético*, questiona, e até mesmo *nega*, que “uma comunidade pode garantir qualquer benefício genuíno ao exigir que o processo decisório dos juízes esteja limitado por qualquer exigência de consistência para com decisões políticas tomadas no passado”.⁴⁶⁶ A interpretação pragmatista da prática jurídica, assim, dirá que os juízes tomam (e *devem tomar*)⁴⁶⁷ suas decisões de modo eu elas pareçam ser o melhor para o futuro da comunidade, sem que haja qualquer compromisso com o passado como se este fosse valioso em si mesmo. O pragmatismo, portanto, “não leva direitos a sério”,⁴⁶⁸ porque os considera tão somente como instrumentos que visam a um melhor futuro, qualquer que seja este, e não os vê com qualquer força ou fundamento que independam dessa

⁴⁶³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 114-150.

⁴⁶⁴ Grifos meus, tradução livre. “[A] *version of legal positivism [...] as itself an interpretation of contemporary practice*”. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 226.

⁴⁶⁵ Grifos meus e tradução livre. “[P]eople are entitled to a *coherent and principled extension of past political decisions even when judges profoundly disagree about what this means*”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 134.

⁴⁶⁶ “[I]t [pragmatism] *denies that a community secures any genuine benefit by requiring that judges' adjudicative decisions be checked by any supposed right of litigants to consistency with other political decisions made in the past*”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 95.

⁴⁶⁷ Ou seja, é uma interpretação *ontológica e normativa* da prática.

⁴⁶⁸ “[I]t [pragmatism] *does not take legal rights seriously*”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 160. Contraste com a primeira obra de Dworkin, já aqui referenciada, *Taking Rights Seriously* (“*Levando os Direitos a Sério*”).

visão prospectiva⁴⁶⁹ — naturalmente, algo que, para Dworkin, não faz sentido e não dá conta de explicar a verdadeira natureza da prática jurídica, ao apresentar uma interpretação de “*Direito sem direitos*”.⁴⁷⁰

2.2.2.3 As respostas da integridade

Que seja dito explicitamente o que agora já ficou óbvio: Dworkin rejeita peremptoriamente tanto o convencionalismo (*i.e.* a concepção interpretativa que se deriva do positivismo) quanto o pragmatismo. Mas então qual é, afinal, a *sua* concepção? A interpretação que Dworkin oferece acerca da prática jurídica é aquela por ele chamada de *law as integrity*, o *Direito como integridade*. “Como o convencionalismo”, e diferente do pragmatismo, “o direito como integridade aceita de bom grado a ideia de Direito e direitos”.⁴⁷¹ Ao responder, portanto, se (i) *A suposta relação entre Direito e coerção é justificada*, aquele que adota o Direito como integridade, como o convencionalista, responderá afirmativamente. A diferença está na resposta às duas outras perguntas que exsurtem do acordo “pré-interpretativo”.

(ii) *Qual é o sentido, o ponto que sustenta os limites que o Direito impõe ao uso da força pelo Estado?* Para o Direito como integridade, os limites jurídicos não oferecem apenas previsibilidade e/ou justiça procedimental, ou qualquer outra questão (meramente) instrumental; o Direito é o que garante “um tipo de igualdade entre cidadãos que torna sua comunidade mais genuína e *melhora a justificação moral que sustenta o exercício de seu poder político*”.⁴⁷² Isso posto, então, para a concepção de *law as integrity*, (iii) *Que noção de consistência com decisões pretéritas melhor explica essa limitação jurídica quanto à coerção por parte do Estado?* Direitos e responsabilidades derivam de decisões políticas precedentes e são, *qua* direitos e responsabilidades, *jurídicos* não apenas quando estiverem explícitos nessas

⁴⁶⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 160.

⁴⁷⁰ “*Law without rights*”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 160-164.

⁴⁷¹ “*Like conventionalism, law as integrity accepts law and legal rights wholeheartedly*”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 95.

⁴⁷² “[A] kind of equality among citizens that makes their community more genuine and improves its moral justification for exercising the political power it does”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 96.

decisões, mas (também) quando deriváveis “dos *princípios de moralidade* política e pessoal que as decisões explícitas *pressupõem* como suas *justificativas*”.⁴⁷³⁻⁴⁷⁴

Nesse sentido, o Direito como integridade

nega que proposições jurídicas sejam as descrições factuais, de olhar retrospectivos, do convencionalismo, ou os programas instrumentais, prospectivos, do pragmatismo jurídico. [*Law as integrity*] insiste que reivindicações jurídicas são juízos interpretativos e, sendo assim, combinam elementos retro e prospectivos; interpretam a prática jurídica atual como uma narrativa política que se desdobra. O Direito como integridade, então, classifica como inútil a velha questão que pergunta se os juízes descobrem ou inventam Direito, e sugere que só compreendemos o raciocínio jurídico ao enxergamos em que medida eles fazem ambas as coisas e nenhuma delas.⁴⁷⁵

Assim, à luz das perguntas interpretativas, o Direito como integridade vai conceber que as proposições jurídicas são verdadeiras enquanto proposições jurídicas na medida em que se seguirem de princípios de justiça, equidade, e devido processo, a partir dos quais se pode estabelecer “a melhor interpretação construtiva⁴⁷⁶ da prática jurídica da comunidade”.⁴⁷⁷ Os direitos e responsabilidades jurídicas derivados das decisões políticas do passado devem, sob essa ótica, expressar uma concepção coerente de justiça e equidade. No mesmo sentido, uma vez que oferece uma concepção ao mesmo tempo *retro* e *prospectiva* — uma concepção na qual, por isso, o velho dualismo entre *criar* direito (novo) e *descobrir* direito (preexistente)

⁴⁷³ Grifos meus, tradução livre. “[R]ights and responsibilities flow from past decisions and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions but also when they follow from the principles of personal and political morality the explicit decisions presuppose by way of justification”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 96.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, torna-se bastante clara a interpretação de Dworkin (também assumida por outros autores no âmbito do direito anglo-saxão) acerca da doutrina do precedente e sua força vinculante: a ideia de que o respeito ao elemento (genuinamente) vinculante na *ratio*, no *stare decisis* como tal, está na aplicação dos *princípios subjacentes à decisão* do tribunal que a tiver proferido. De acordo com essa interpretação, o precedente, em relação ao contexto factual do caso que lhe serviu de origem, não apenas exhibe como serve de suporte a princípios jurídicos que, em razão de seu papel no ordenamento, podem (e devem) ter relevância na decisão de casos futuros. Os tribunais subsequentes olham para os precedentes (no sentido *lato*, de decisões pretéritas) e, quando da identificação do que constitui a *ratio*, verificam se eles representam princípios suficiente e adequadamente justificatórios quanto à decisão a ser tomada no caso que estiver em questão. Cf. PERRY, Stephen R. Judicial obligation, Precedent, and the Common Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 07, n. 02, jul. 1987, pp. 215-257. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ojls/7.2.215>>. Acesso em 21 fev. 2019.

⁴⁷⁵ Traduzido livremente da seguinte passagem: “*Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither*”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 225.

⁴⁷⁶ Cf. o ponto inicial do item 2.2.2.1 desta pesquisa.

⁴⁷⁷ “[T]he best constructive interpretation of the community’s legal practice”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 225.

perde sua *raison d'être* —, Dworkin explica a prática judiciária entendida a partir do processo decisório dos juízes em uma analogia com o processo de escrita de um *romance em cadeia*,⁴⁷⁸ um empreendimento coletivo entre autores que se propõem à escrita conjunta de uma única obra. Um processo tal pressupõe, naturalmente, a obrigação daquele que escreve de manter coerência com os elementos que já fazem parte da obra. Assim, como os autores envolvidos no romance em cadeia — e trazendo a analogia para a esfera jurídica —, os juízes são, igualmente, “autores e críticos”: decidindo os casos que a eles são apresentados, juízes contribuem para com a tradição que interpretam, adicionando a ela novos elementos; os juízes subsequentes, portanto, vão encontrar uma tradição que se renova ao mesmo tempo em que guarda coerência de princípio com o passado.

Eis, em brevíssima síntese, *law as integrity* como uma concepção interpretativa do conceito interpretativo que é o Direito: uma concepção que entende o Direito como uma estrutura de princípios coerentes de justiça, equidade, e devido processo; que entende que os juízes devem reforçar e guardar coerência com esses princípios, subjacentes à tradição jurídica, diante de novos casos que se apresentem — de modo que, precisamente por uma questão de equidade, as novas situações sejam julgadas de acordo com os mesmos padrões. O juiz responsável que adota o Direito como integridade como sua concepção interpretativa — juiz que, na metáfora exemplificativa de Dworkin, leva o nome de *Hércules*⁴⁷⁹ — deve, portanto, “testar sua interpretação acerca de qualquer parte da grande rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade perguntando se ela é capaz de fazer parte de uma teoria coerente que justifique essa rede como um todo”.⁴⁸⁰ Aquele que aceita o “ideal interpretativo da integridade”⁴⁸¹ deve, então, decidir casos difíceis de modo a tentar encontrar a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da prática jurídica da comunidade *a partir de e em meio a* um todo coerente de princípios de moralidade política;⁴⁸² deve fazer dessa estrutura, e dessa prática, “o melhor que elas podem ser”.⁴⁸³

Dworkin, ao batizar seu juiz metafórico, é o primeiro a reconhecer que a tarefa é hercúlea. Disso não se segue que um juiz de verdade não possa (não *deva*) imitar Hércules da

⁴⁷⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 228-232; DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 146-166.

⁴⁷⁹ Razões óbvias. Para o *hercúleo* processo interpretativo de Hércules, cf., especialmente, DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, pp. 239-266.

⁴⁸⁰ “*Law as integrity* [...] requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole”. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 245.

⁴⁸¹ O termo, friso, é do próprio Dworkin. (“[T]he Interpretive ideal of integrity”).

⁴⁸² Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 255.

⁴⁸³ “[T]he best [they] can be”.

limitada forma que está a seu alcance,⁴⁸⁴ em busca *da* resposta correta (no singular). (Isto é, Dworkin, ainda em face da discricionariedade, sustenta a “*right answer thesis*”, a tese de que os casos judiciais têm *uma resposta correta*, no sentido de *objetiva*. Do equilíbrio entre as exigências da integridade, do necessário ajuste institucional, e da interpretação construtiva, emerge a resposta correta a que os cidadãos têm direito em juízo.)⁴⁸⁵

2.2.2.4 Interlúdio: A evolução do pensamento de Dworkin

Antes que se passe às (breves) considerações sobre a reação do positivismo jurídico à proposta interpretativa de Dworkin, e todos os desafios que ela representa à doutrina positivista, é interessante que se faça alguns (brevíssimos) apontamentos com relação à evolução do pensamento de Dworkin ao longo dos anos e o desenvolvimento de sua obra *como um todo coerente*. Nada mais *dworkiniano* que isso, afinal. (E os apontamentos são brevíssimos porque ter a pretensão de realizar algo mais profundo nesse sentido exigiria toda uma pesquisa dedicada unicamente a esse propósito.)

Dworkin não apenas desafiou o positivismo jurídico; desenvolveu uma concepção interpretativa muito própria e original acerca do fenômeno e da prática jurídica. Mas não só isso: desenvolveu também considerações muito mais amplas; considerações sobre ética e moral, sobre interpretação, sobre liberdade, sobre moralidade pessoal e política. Falar, ao menos que de forma breve, sobre o desenvolvimento dessa teoria ao longo dos anos é necessário; necessário, afinal, porque Dworkin é *um ouriço*, e seu pensamento deve ser abordado *como um todo*.

Em *The Hedgehog and the Fox*, Isaiah Berlin consagrou um fragmento da obra de Arquíloco, poeta grego, que diz que “*a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa*”. Na interpretação de Berlin, o aforismo pode ser levado a representar uma das mais profundas diferenças que dividem os seres humanos: de um lado, aqueles que veem nas coisas, a partir de seu modo de enxergar o mundo, uma variedade infinita — as pluralistas raposas; de outro, aqueles que relacionam e ligam tudo a um sistema central, unitário, mais ou menos coerente e articulado — os holísticos ouriços.⁴⁸⁶ Sendo talvez *o pluralista par*

⁴⁸⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 245.

⁴⁸⁵ Cf., nesse sentido, DWORKIN, Ronald. No Right Answer? **New York University Law Review**, vol. 53, n. 01, abr. 1978; BIX, Brian. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003, pp. 77-132.

⁴⁸⁶ BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**. Editado por Henry Henry, prefaciado por Michael Ignatieff. Princeton: Princeton University Press, 2013, pp. 01-02.

excellence,⁴⁸⁷ Berlin vai, naturalmente, tender a tomar o lado das raposas. Dworkin, por outro lado, no último livro que escreveu em vida, quer fazer *justiça para ouriços*: quer assim fazer sustentando que há uma *unidade no valor*.⁴⁸⁸ Isso significa que há, em todas as áreas do valor, uma dependência mútua: nossas concepções sobre liberdade e igualdade, valor e princípio, ética e moralidade, devem estar unidas em um todo coerente. Princípios aparentemente díspares são interpretados não como as muitas coisas que conhecem as raposas, mas são enxergados *sob uma grande coisa: uma* concepção fundamental. Naturalmente, exatamente por ser ampla, essa visão será igualmente aplicável com relação ao que aqui nos interessa: o Direito.

A partir da tese da unidade do valor, o Direito, em Dworkin, passa a ser não um sistema à parte, mas *um ramo da moralidade política*; moralidade política que é um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que, por sua vez, é um ramo de uma teoria ainda mais ampla sobre o que significa viver bem.⁴⁸⁹ (Para Waldron, essa versão jurídica do argumento da unidade já havia sido inicialmente articulada em *Justice in Robes*.)⁴⁹⁰ Havendo, então, uma unidade no valor, e, portanto, uma unidade sistemática entre as esferas *jurídica* e *político-moral*, *não há* que se falar em um (suposto) conflito entre *Direito* e *justiça*, porque, igualmente, sendo o Direito um ramo da moralidade política, não há que se falar em sistema rival de regras que conflita com as exigências da moralidade. Dworkin, assim, abandona a existência de *dois sistemas*, não mais dividindo o conteúdo do Direito em *regras* e *princípios*. Como bem sintetiza Jeremy Waldron, ainda que Dworkin tenha argumentado “em toda sua obra que fatos morais [...] fazem parte das condições para que proposições jurídicas sejam verdadeiras”, ele agora foi *ainda mais adiante*, passando a sustentar “que o Direito é, como tal, um ramo da moralidade política”: uma visão “mais ousada e radical”.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Cf. CHERNISS, Joshua; HARDY, Henry. Isaiah Berlin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/berlin/>> Acesso em 25 fev. 2019. MASON, Elinor. Value Pluralism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism/>>. Acesso em 25 fev. 2019.

⁴⁸⁸ “*This book defends a large and old philosophical thesis: the unity of value*”. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 01.

⁴⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, pp. 05, 400-415.

⁴⁹⁰ E é verdade. Em 2006, Dworkin falava em tratar o Direito “não como separado, mas como um *departamento* da moralidade. (Grifo meu. “[N]ot as separate from but as a department of morality. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, pp. 34-35.

⁴⁹¹ “*Although Professor Dworkin argued in all his earlier work that moral facts (about rights and justice) were among the truth conditions of legal propositions, now in Justice for Hedgehogs he argued that law is itself a branch of morality. This is a bolder and more radical claim*”. WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-45, jul. 2013. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2290309>>.

Como consequência, tem-se que juízos *jurídicos* não são juízos que *envolvem* “elementos morais”; são *juízos morais*. Argumentos *jurídicos* não são *também* argumentos que “têm a ver” com a moralidade; são *argumentos morais*. Quando um juiz interpreta a Constituição não está apenas a considerar elementos morais; a atividade interpretativa desse hipotético juiz é, de saída, *uma questão moral tout court*.

Isso, a meu ver, em nada invalida as considerações de Dworkin sobre *law as integrity*; não há que se falar em um “segundo Dworkin”. Afinal, muito embora tenha articulado sua concepção de Direito em diversas maneiras ao longo dos anos, e muito embora tenha escrito sobre uma ampla variedade de assuntos, Dworkin *não era* uma raposa; ao desenvolver sua teoria, ele, um ouriço, estava, afinal, construindo os alicerces de uma visão holística que, em seu todo, levam a uma teoria da justiça; teoria baseada em duas noções fundamentais: *interpretação e integridade*.⁴⁹²

2.3 (BREVES) CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE RONALD DWORKIN

Temos, afinal, até aqui, apresentadas (em linhas gerais) as *duas primeiras vias* de que trata esta pesquisa: o positivismo em sua versão mais tradicional, como articulado por H. L. A. Hart; e, a partir dos desafios ao positivismo, a concepção *dworkiniana* de *law as integrity*. Isso já autorizaria que se passasse, finalmente, à grande tese sustentada nestas páginas: a de que a teoria de Jeremy Waldron é uma terceira via que exsurge da combinação de elementos dessas duas propostas. Antes, porém, é importante trazer algumas palavras sobre a reação do positivismo ao desafio lançado por Dworkin, tanto pela riqueza argumentativa quanto pela demonstração de que, mesmo em suas versões mais desenvolvidas e sofisticadas, as teorias positivistas — com todas as nuances e diferenças que guardam entre si — seguem o caminho metodológico-conceitual *hartiano* (para não dizer *austiniano*).

⁴⁹² Cf. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 425.

2.3.1 O *postscript* de *The Concept of Law*

“Durante muitos anos, Hart teve em mente o projeto de adicionar um capítulo a *The Concept of Law*”. Hart queria “responder às muitas discussões surgidas do livro, defendendo sua posição daqueles que a mal interpretaram, refutando críticas infundadas e, com igual importância a seus olhos, concedendo o ponto a críticas justificadas”.⁴⁹³ Lamentavelmente, Hart veio a falecer antes que pudesse completar sua empreitada em vida (especula-se que muito em razão do próprio perfeccionismo);⁴⁹⁴ coube, então, a Penelope A. Bulloch e Joseph Raz a edição de uma nova versão de *The Concept of Law*, com o pós-escrito de Hart que, embora provavelmente viesse a ser “polido e aperfeiçoado”⁴⁹⁵ pelo próprio autor, (i) apresenta suas respostas a muitas das críticas de Dworkin e, sendo assim, (ii) materializa, finalmente, aquele que veio a ser um dos mais célebres episódios de toda a história da *jurisprudence*: o debate Hart/Dworkin. São as respostas (que provavelmente viriam a ser) apresentadas por Hart que procuro sintetizar aqui.

A resposta de Hart começa por rebater as objeções à sua *proposta descritiva*, e parte, primeiro, de uma (re)explicação da teoria *hartiana*, em sua proposta descritiva e seus conceitos e elementos centrais (e.g. “regra de reconhecimento”, “validade”, *etc.*), e, segundo, de uma explicação bastante sintética dos (contra-)argumentos de Dworkin (*i.e.*, princípios, Direito como conceito interpretativo). Para Hart, “[n]ão é óbvio por que deveria ou mesmo *poderia* haver qualquer conflito significativo entre empreitadas tão diferentes [entre si]”⁴⁹⁶ quanto a sua e a de Dworkin. Hart diz não estar preocupado com uma teoria jurídica *valorativa* como são as três concepções apresentadas por Dworkin face ao Direito como conceito interpretativo (convencionalismo, pragmatismo, *law as integrity*), e que uma proposta analítico-descritiva do fenômeno jurídico não se torna impossível (ou inútil) simplesmente com base nas objeções de Dworkin. Para Hart, “não há nada no projeto de uma teoria descritiva [...] que impeça um observador externo de descrever os meios pelos quais os

⁴⁹³ “For many years Hart had it in mind to add a chapter to *The Concept of Law*. [...] [H]e wanted to respond to the many discussions of the book, defending his position against those who misconstrued it, refuting unfounded criticism, and—of equal importance in his eyes—conceding the force of justified criticism”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. vii.

⁴⁹⁴ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. vii.

⁴⁹⁵ “Polished and improved”.

⁴⁹⁶ Grifo meu, tradução livre: “It is not obvious why there should be or indeed could be any significant conflict between enterprises so different as my own and Dworkin’s conceptions of legal theory”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 241.

participantes veem o Direito a partir de um ponto de vista interno”. O teórico, diz Hart, deve *compreender* (até mesmo porque pretende *descrever*) a aceitação dessa prática por parte de seus participantes internos, mas disso não se segue que, como parece indicar Dworkin, uma representação adequada dessa perspectiva interna não possa ser fornecida por uma teoria descritiva.⁴⁹⁷

Com relação ao argumento do *aguiilhão semântico* (*i.e.* o positivismo e o Direito como um conceito criterial), Hart diz que não há *nada* em sua teoria que indique que sua proposta é uma teoria semântica; diz que a tese de que sistemas jurídicos modernos têm uma regra de reconhecimento fixando os critérios de identificação das leis aplicáveis não está baseada “na equivocada ideia de que faz parte do significado da palavra ‘Direito’ que deva haver tal regra em todos os sistemas”; menos ainda, “na ainda mais equivocada ideia de que se os critérios para identificação dos fundamentos do Direito não forem incontrovertidamente fixados, ‘Direito’ *significaria* coisa diferentes para pessoas diferentes”.⁴⁹⁸ Isso seria, para Hart, confundir o *significado* de um conceito com os critérios para sua *aplicação*. Do mesmo modo, rejeitar a possibilidade de uma abordagem descritiva a partir da ideia de que membros da prática discutem acerca das condições para que uma proposição jurídica seja verdadeira (*i.e.* desacordos teóricos) é, segundo Hart, confundir o significado de “Direito” com o *significado de proposições jurídicas*. Proposições tais não são proposições sobre o que “Direito” (*qua* conceito) é, mas sobre “*qual é o direito*”, no sentido das normas específicas de determinado sistema jurídico.⁴⁹⁹

Respondidas essas críticas, Hart passa a uma das mais controversas (e relevantes) passagens do pós-escrito — passagem que será relevante para os próximos itens desta

⁴⁹⁷ Trecho traduzido e adaptado livremente a partir da seguinte passagem: “*His [Dworkin’s] central objection seems to be that legal theory must take account of an internal perspective on the law which is the viewpoint of an insider or participant in a legal system, and no adequate account of this internal perspective can be provided by a descriptive theory whose viewpoint is not that of a participant but that of an external observer. But there is in fact nothing in the project of a descriptive jurisprudence as exemplified in my book to preclude a non-participant external observer from describing the ways in which participants view the law from such an internal point of view. [...] It is true that for this purpose the descriptive legal theorist must understand what it is to adopt the internal point of view and in that limited sense he must be able to put himself in the place of an insider; but this is not to accept the law or share or endorse the insider’s internal point of view or in any other way to surrender his descriptive stance*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 242.

⁴⁹⁸ “[*M*]y doctrine that developed municipal legal systems contain a rule of recognition specifying the criteria for the identification of the laws which courts have to apply may be mistaken, but I nowhere base this doctrine on the mistaken idea that it is part of the meaning of the word ‘law’ that there should be such a rule of recognition in all legal systems, or on the even more mistaken idea that if the criteria for the identification of the grounds of law were not uncontroversially fixed, ‘law’ would mean different things to different people”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 246.

⁴⁹⁹ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 246-247.

pesquisa. Ao responder à objeção *dworkiniana* de que a ideia de regra de reconhecimento implica em um “teste de *pedigree*” — que se relaciona(ria) tão somente a uma questão acerca de *como* as leis são adotadas, independentemente de seu conteúdo —, Hart diz que “em alguns sistemas jurídicos”, como é o caso dos Estados Unidos, “o critério último de validade jurídica pode incorporar explicitamente, para além do *pedigree*, *princípios de justiça* ou *valores morais substantivos*”.⁵⁰⁰ Eis, afinal, a tese a que o próprio Hart chama de “*soft positivism*”:⁵⁰¹ a tese segundo a qual a regra de reconhecimento *pode* incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais e/ou valores substantivos.⁵⁰²

Com relação ao argumento dos princípios,⁵⁰³ Hart diz que, muito embora tenha, de fato, dito muito pouco em sua obra sobre a existência de princípios jurídicos, acomodá-los à sua teoria — ao contrário do que alega Dworkin — não representaria qualquer consequência mais grave ao seu desenvolvimento tal como se deu,⁵⁰⁴ especialmente porque Hart discorda da forma através da qual Dworkin *ilustrou* a diferença entre regras e princípios (frise-se, ainda na década de 1960). Para Hart, Dworkin merece todos os créditos por ter iluminado a importância e o papel dos princípios no argumento jurídico, mas sua distinção a partir da tese de que regras operam na base do “*tudo ou nada*”⁵⁰⁵ é uma distinção equivocada. Hart diz que seu uso da palavra “regra” não implica nem pretendeu implicar que um sistema jurídico tem somente padrões normativos do tipo identificado por Dworkin⁵⁰⁶ como sendo uma “regra”, e inclui também aquilo que Hart classificou (talvez, segundo o próprio, de modo “infeliz”) como “padrões jurídicos variados”.⁵⁰⁷ Além disso, diz Hart, (*i*) não apenas não há nada nos

⁵⁰⁰ Grifos meus. “[I]n some systems of law, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity might explicitly incorporate besides pedigree, principles of justice or substantive moral values”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 247.

⁵⁰¹ Posteriormente, em suas versões contemporâneas que se derivam exatamente dessa visão de Hart, o positivismo *soft*, em sentido amplo, veio a ser identificado como *positivismo inclusivo/includente*. Essa doutrina será trabalhada com um pouco mais de vagar no item subsequente.

⁵⁰² Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 250-254.

⁵⁰³ Posição desenvolvida ainda em *The Model of Rules*, que, lembremos, foi abandonada a partir de *Justice in Robes*.

⁵⁰⁴ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 259.

⁵⁰⁵ Cf. o item 2.2.1.1 desta pesquisa.

⁵⁰⁶ É a leitura de Scott Shapiro. Para o *scholar* de Yale, Dworkin atribuiu a Hart argumentos por ele nunca utilizados. (“*Contrary to Dworkin’s interpretation, Hart never embraced the model of rules, either explicitly or implicitly*”). SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵⁰⁷ “*Much credit is due to Dworkin for having shown and illustrated their importance and their role in legal reasoning, and certainly it was a serious mistake on my part not to have stressed their non-conclusive force. But*

princípios que determine que eles não possam ser identificados pelos critérios que Dworkin chama de “*pedigree*”, (ii) tampouco a regra de reconhecimento é capaz de fornecer somente esse tipo de critério.⁵⁰⁸

Seja como for, foi a partir dos princípios que Dworkin atacou a (suposta) tese da discricionariedade positivista. Se o Direito é constituído por regras, uma vez que não haja regra, não há Direito; não havendo Direito, o juiz decide com base em seu poder discricionário. Hart, contudo, não apenas rejeita a objeção de que seu sistema seja um “modelo de regras” como ilustra Dworkin; a discricionariedade judicial por ele apresentada não é predicada nesse modelo. Ela está baseada, em verdade, em uma concepção de Direito baseada em padrões normativos que, em razão do caráter eminente e invariavelmente indeterminado que é próprio da linguagem *como tal* — em sua *textura aberta*⁵⁰⁹ —, são incapazes de antecipar todas as questões possíveis, todas as hipóteses de incidência e aplicação. Nesse sentido, a discricionariedade judicial é, em Hart, inevitável, mas não por uma questão de o Direito ter ou não princípios em meio a seus padrões normativos. Scott Shapiro sintetiza (muito) bem a controvérsia da discricionariedade, na qual “ambos tomam suas posições” em razão de suas “muito distintas teorias acerca da natureza do Direito”: para Hart, os juízes exercem poder discricionário porque ele considera que o Direito é formado por padrões socialmente designados que não podem antecipar todas suas hipóteses de aplicação; para Dworkin, os juízes *não têm* esse poder precisamente porque ele nega a centralidade da “orientação social” para fins de determinação de existência ou conteúdo de normas jurídicas.⁵¹⁰

*I certainly did not intend in my use of the word 'rule' to claim that legal systems comprise only 'all-or-nothing' or near-conclusive rules. I not only drew attention (see pp. 130-3 of this book) to what I termed (perhaps infelicitously) 'variable legal standards' which specify factors to be taken into account and weighed against others, but I attempted (see pp. 133-4) to explain why some areas of conduct were suitable for regulation not by such variable standards as 'due care' but rather by near conclusive rules prohibiting or requiring the same specific actions in all but rare cases". HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 263.*

⁵⁰⁸ “[A] double error: first, [the] belief that legal principles cannot be identified by their pedigree, and secondly [the] belief that a rule of recognition can only provide pedigree criteria”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 264.

⁵⁰⁹ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 124-135.

⁵¹⁰ “To be sure, Hart and Dworkin did disagree about whether judges have strong discretion in hard cases. Yet this dispute is a derivative one: both sides take their positions on judicial discretion because of their very different theories about the nature of law. As we have just seen, Hart held that judges must sometimes exercise strong discretion because he takes the law to consist in those standards socially designated as authoritative. Dworkin, on the other hand, believes that judges do not have strong discretion precisely because he denies the centrality of social guidance to determining the existence or content of legal rules”. SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*. **University of Michigan Law School Public Law**

Em síntese, esses são os principais pontos do debate Hart/Dworkin, um debate que coloca frente a frente dois modelos diferentes de Direito.

O Direito deve ser compreendido como composto por padrões socialmente designados como vinculantes? Ou é constituído por padrões assim designados [também] moralmente? Os fatores determinantes para Direito contar como Direito são fatos sociais ou envolvem também elementos morais?⁵¹¹

Não é sem razão, portanto, que o debate Hart/Dworkin é tão relevante para a *jurisprudence* e a teoria jurídica. “Os particulares mudaram, mas a questão básica, e sua importância fundamental, permanecem a mesma de quarenta anos atrás: o Direito é baseado somente em fatos sociais ou fatos morais também determinam sua existência e conteúdo?”⁵¹² Como bem diz Shapiro, somente o futuro dirá quem pode reivindicar vitória nesse debate. Por agora, o que importa é que as críticas de Dworkin “dividiram o campo positivista em dois: o que um lado aceitou como persuasivo em seus argumentos, o outro rejeitou, e vice versa”.⁵¹³ Entre as heranças do debate Hart/Dworkin está a “casa dividida do positivismo”,⁵¹⁴ entre *inclusivo/includente* e *exclusivo/excludente*.⁵¹⁵

2.3.2 O positivismo inclusivo/includente

O positivismo, como vimos até aqui, trabalha a partir da noção de que não é necessariamente verdade que o Direito *válido* será *justo*; que a *existência* do Direito é

and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵¹¹ “*Should law be understood to consist in those standards socially designated as authoritative? Or is it constituted by those standards morally designated as authoritative? Are the ultimate determinants of law social facts alone or moral facts as well?*” SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵¹² Tradução livre. “*The particulars have changed, but the basic issue, and its fundamental importance, remains the same today as it did forty years ago. Is the law ultimately grounded in social facts alone, or do moral facts also determine the existence and content of the law?*” SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵¹³ “[I]t [Dworkin’s argument] divided the positivist camp in two. What one wing found persuasive in the argument, the other rejected out of hand, and vice versa”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 11**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 407.

⁵¹⁴ “*Positivism’s Divided House*”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 11**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 407.

⁵¹⁵ Os termos “inclusivo” e “exclusivo” são mais frequentes na doutrina, mas alguns autores, como é o caso do Prof. Thomas Bustamante, optam pela variação “includente/excludente”.

diferente de seus (eventuais) *méritos* ou *deméritos*. O positivismo, então, retomando tudo que já foi trabalhado aqui, direta e indiretamente, é uma tese segundo a qual as relações entre as esferas do Direito e da moral não são necessárias; são, no máximo, relações *contingentes*.

Ou seja: nenhum positivista nega que há conexões contingentes entre Direito e moral; há muitas leis (*qua* dispositivos legais) que funcionam como a (re)afirmação de princípios morais, tais como aquelas que proíbem agressão e roubo. O ponto é que, da mesma forma, há igualmente um sem número de exemplos de leis que, embora (igualmente) válidas, são indefensáveis de um ponto de vista moral, como as leis do *apartheid* na África do Sul. No mesmo sentido, o positivismo não terá nenhum problema em admitir que, por vezes, juízes decidem casos difíceis apelando a princípios de moralidade; mas dirá que, uma vez que juízes são falíveis, essas decisões também podem vir a ser moralmente indefensáveis.⁵¹⁶

Até aqui, o ponto é comum; o caminho é compartilhado. Há, contudo, uma controvérsia específica com relação à possibilidade de uma conexão particular entre as esferas do Direito e da moral que divide os positivistas; divide-os entre (i) aqueles que aceitam essa relação como *possível* e até *característica* de sistemas jurídicos modernos e (ii) aqueles que a rejeitam por enxergá-la como sendo *inconsistente com a natureza própria do Direito enquanto Direito*. Essa conexão particular entre as esferas jurídica e da moralidade que divide o campo positivista em dois traduz-se na ideia segundo a qual *valores e princípios morais substantivos podem* contar entre os critérios *possíveis* a partir dos quais um sistema jurídico pode determinar a existência e o conteúdo daquilo que conta como Direito válido. No exemplo de Waluchow, expoente do campo positivista que aceita essa conexão, é como se a regra de reconhecimento de um sistema contivesse testes ou critérios morais explícitos para asserção de validade à legislação promulgada pelos órgãos competentes. *Somente o pedigree* pode não bastar. Aqueles que defendem essa tese — *i.e.* a tese segundo a qual a regra de reconhecimento pode incorporar critérios morais de validade — pertencem ao *positivismo inclusivo* (ou “*soft positivism*”), campo personificado por autores como David Lyons, Jules Coleman,⁵¹⁷ o próprio Hart do *pós-escrito*,⁵¹⁸ e o próprio Wil Waluchow. (Uma vez explicada a tese, a razão do nome torna-se auto-evidente.)

Impossível trabalhar minuciosamente as visões de todo e cada um desses autores. O que deve ficar claro é que, segundo o positivismo inclusivo, Dworkin tem razão ao alertar à

⁵¹⁶ Cf. WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 81.

⁵¹⁷ Cf. WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 81-82.

⁵¹⁸ Que inaugura não somente o termo “*soft positivism*” como, principalmente, inaugura a própria vertente tal como veio a se desenvolver depois. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 247.

possibilidade de que a existência e o conteúdo do Direito tenham, sim, relação com sua justificção moral; está, contudo, errado quanto à sua *explicação* sobre essa possibilidade. O positivismo inclusivo sustenta que a validade jurídica pode depender de critérios morais substantivos não em razão de um processo interpretativo que se engaja na busca de um Direito visto sob sua melhor luz (Dworkin), mas simplesmente porque é uma possibilidade que sistemas jurídicos modernos reconheçam esses princípios como determinantes acerca da validade jurídica. Em termos mais claros, o positivismo inclusivo dirá que *são as próprias fontes sociais que tornam esses critérios morais relevantes como critérios*.⁵¹⁹

“Em suma”, diz Lenio Streck ao caracterizar o positivismo inclusivo, “se o Direito é identificado por convenções, nada impediria que estas, circunstancialmente, incorporem ou façam uso de princípios de moral política como critério de validade do Direito”. Ainda assim, não se pode perder de vista que “*possibilidade* que não quer dizer *necessidade*”.⁵²⁰ Na mesma linha, o célebre jusnaturalista John Finnis apresenta uma boa definição:

Positivistas inclusivos não gostariam de separar a questão ‘Qual é o direito aplicável a esse caso?’ da questão ‘Qual é, de acordo com nosso direito, minha responsabilidade como juiz deste caso?’. Se o Direito de um Estado, tomado como um todo, explicita ou implicitamente autoriza ou exige que os juizes, em certos tipos de caso, perguntem a si próprios o que a moralidade requer nesse tipo de circunstâncias, então o(s) padrão(ões) morais que respondem à questão — ou, ao menos, as conclusões morais aplicáveis em tais circunstâncias — têm, além de autoridade moral, autoridade jurídica. Os padrões morais contam, nessa medida e por essa razão, como parte do Direito. São, como alguns dizem, ‘incluídos’ ou ‘incorporados’ ao Direito da comunidade.⁵²¹

Da acertadíssima lição de Finnis, contudo, não se pode perder de vista o que disse antes e, pela importância que tem o ponto, repito: que essa *incorporação* — *i.e.*, a validade jurídica dependente de considerações morais —, para o positivismo inclusivo, é uma questão *contingencial*: critérios morais só afetam a validade jurídica nas (eventuais) hipóteses em que

⁵¹⁹ Cf. GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>.

⁵²⁰ Grifos meus. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 169.

⁵²¹ Tradução livre. “*Inclusive legal positivists are unwilling to sever the question ‘What is the law governing this case?’ from the question ‘What, according to our law, is my duty as judge in this case?’ If a state’s law, taken as a whole, explicitly or implicitly authorizes or requires the judges, in certain kinds of case, to ask themselves what morality requires in circumstances of this kind, then the moral standard(s) answering that question—or at least the moral conclusions applicable in such circumstances—have legal as well as moral authority. The moral standard(s) are to that extent, and for that reason, to be counted as part of our law. They are, as some say, ‘included’ within or ‘incorporated’ into the community’s law*”. FINNIS, John. Natural Law: The Classical Tradition. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 11.

a (eventual) regra de reconhecimento assim determine em determinado sistema jurídico. “Em outras palavras, a relevância da moralidade é determinada em qualquer sistema jurídico pelo conteúdo contingente das regras de reconhecimento daquela sociedade”.⁵²² O positivista inclusivo, portanto, discorda de Dworkin ao subscrever a tese do *pedigree*, mas, ao menos em alguma medida, em maior ou menor grau, concorda parcialmente com algumas das objeções *dworkinianas* com relação à tese das fontes.⁵²³⁵²⁴ O positivismo inclusivo, então, em síntese, permite que critérios morais figurem entre os testes de validade jurídica, *desde que a comunidade jurídica em questão tenha adotado esses critérios convencionalmente*; afinal, seja como for, o positivista inclusivo ainda é um positivista, e entende que critérios jurídicos sempre serão uma questão de convenções.⁵²⁵ É possível discordar com relação ao *caráter* da convenção que confere autoridade aos critérios de validade, mas todo positivista vai concordar que esses critérios tem autoridade em virtude de uma convenção social.⁵²⁶

2.3.3 O positivismo exclusivo/excludente

Todo positivista, portanto — inclusivo/*soft* ou exclusivo/*hard* — vai concordar que, *em última instância*, fatos *jurídicos* são determinados por fatos sociais. O inclusivista, porém, dirá que esses fatos jurídicos podem envolver critérios morais em sua identificação se a(s) regra(s) de reconhecimento assim permitir(em); o positivista *exclusivo*, por sua vez, dirá que fatos jurídicos são determinados por fatos sociais, *ponto*. Uma regra de reconhecimento nunca vai dispor de testes de legalidade que condicionam a validade do Direito à sua conformação a (determinados, eventuais) critérios morais.⁵²⁷ Parêntesis: não nos esqueçamos do alerta de Waluchow. Positivista algum, exclusivista ou inclusivista, negará que determinadas normas

⁵²² Tradução livre da seguinte passagem: “*In other words the relevance of morality is determined in any legal system by the contingent content of that society's rules of recognition*”. MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 105.

⁵²³ Cf. MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 115.

⁵²⁴ Para Dworkin, o positivismo, ao se tornar “inclusivo”, *já não é mais positivismo*. Para um debate Dworkin/Coleman/Raz, cf. *Thirty Years On*, em *Justice in Robes*. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, pp. 187-222.

⁵²⁵ Cf. COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle**: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 99-100.

⁵²⁶ HIMMA, Kenneth E. Inclusive Legal Positivism. Cf. MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 130.

⁵²⁷ Cf. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 270.

jurídicas façam referência a padrões morais, ou (necessariamente) discordará que, por muitas vezes, juízes empregam argumentos morais em meio à argumentação jurídica. O ponto é que, ao passo que o positivista inclusivo aceita que a regra de reconhecimento incorpore critérios morais de validade, o *exclusivo* dirá que, muito embora haja leis (em sentido *lato*) cujo *conteúdo* envolve conceitos morais, essas leis são *leis, válidas, em razão de seu pedigree*; são leis porque, “por exemplo, foram promulgadas por uma legislatura, decididas por meio de precedente judicial, ou inauguradas por decisões administrativas”. Os positivistas exclusivos, portanto, não negam a existência óbvia de referências a conceitos morais no Direito; “negam, em outras palavras, que fatos morais possam ser responsáveis por sua existência ou conteúdo”.⁵²⁸ Padrões morais, portanto, *ainda que presentes nos textos legislativos ou na argumentação jurídica, não fazem parte dos critérios de validade jurídica e, enquanto padrões, sequer são jurídicos se carentes de conformidade com as fontes sociais da comunidade*.⁵²⁹

Como dito anteriormente, Postema tem razão ao traçar a divisão no campo positivista de volta ao debate Hart/Dworkin. Não apenas (i) a primeira formulação do positivismo *soft* foi desenvolvida pelo próprio Hart no pós-escrito, (ii) cada uma das vertentes positivistas responde, de uma forma ou outra, cada uma à sua maneira, aos desafios lançados pelo *general attack* de Dworkin ao positivismo. Nesse sentido, então, Scott Shapiro — ele próprio um representante do positivismo exclusivo, ao lado de nomes como, por exemplo, Joseph Raz e Andrei Marmor — explica os diferentes positivismos e suas reações a Dworkin de forma magistral.

À objeção (*dworkiniana*) de que o positivismo leva a um convencionalismo — isto é, uma concepção segundo a qual o Direito termina quando se esgota a convenção, de modo que o juiz acaba por decidir *hard cases* com discricionariedade —, o positivista inclusivo responde dizendo que a objeção é inadequada. De acordo com a tese inclusivista, em linhas gerais, “casos difíceis *podem* ter respostas corretas”, “desde que a regra de reconhecimento exija a aplicação de normais morais quando as normas primárias, de *pedigree*, esgotam-se”.⁵³⁰

⁵²⁸ “[E]xclusive positivists claim that these rules are law because they have social pedigrees, for example, they have been passed by a legislature, decided by judicial precedent, or enacted by administrative rulings. They deny, in other words, that moral facts can be responsible for their existence or content”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, pp. 271-272.

⁵²⁹ FINNIS, John. Natural Law: The Classical Tradition. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 12.

⁵³⁰ Grifos meus, tradução livre. “Hard cases might have right answers, on this view, provided that the secondary rule of recognition requires the application of moral norms when the pedigreed primary norms run out”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 273.

“Fatos morais, então, determinam o Direito porque os fatos sociais, em última instância, determinam que esses fatos morais desempenhem esse papel”.⁵³¹

Agora, se o inclusivismo responde à objeção *dworkiniana* dizendo que ela não se aplica, o positivista *exclusivo* dirá que, sim, o Direito, válido, é determinado por fatos sociais e apenas fatos sociais; sendo assim, uma vez que esses fatos (precisamente porque sociais apenas) não podem responder, de antemão, a todos os casos possíveis, o Direito (*qua* sistema) terá, sim, “muitas lacunas e inconsistências”.⁵³² Disso não se segue, contudo — dirá o positivista exclusivo —, que isso, por si só, obrigue que se dê razão a Dworkin em sua proposta interpretativista. Afinal, mesmo quando se exige que juízes recorram à esfera da moralidade quando da resolução de *hard cases*, “o positivista exclusivista dirá simplesmente que os juízes estão respondendo à obrigação que têm de aplicar padrões *extrajurídicos* quando as normas jurídicas esgotam-se”.⁵³³

Por fim, o mesmo Shapiro apresenta três conclusões interessantes; a meu ver, uma delas convida algumas objeções, ao passo que concordo integralmente com as outras duas. *Primeiro*, Shapiro diz que ambos os campos positivistas respondem aos desafios de Dworkin; penso que a questão exige ainda maior discussão — à qual voltarei quando da discussão das considerações de Jeremy Waldron acerca do argumento do aguilhão semântico, trazendo inclusive o(s) ponto(s) do próprio Shapiro.⁵³⁴

Segundo, Shapiro — embora acabe por tomar, ele próprio, o lado do positivismo exclusivo — diz que é possível discutir qual das duas respostas positivistas é superior. “Tem razão o positivismo inclusivo ao permitir que o Direito dependa [também] de fatos morais, desde que estes figurem entre os fatos sociais?” Ou, ao contrário, a razão estaria com os positivistas exclusivos, que “negam que o Direito possa ser determinado por fatos morais sob qualquer circunstância?”⁵³⁵ De fato, há sólidos argumentos possíveis sustentando cada um dos dois lados; basta ver a força intelectual de teóricos que subscrevem a cada uma dessas teorias.

Terceiro, Shapiro diz que, muitas vezes, o senso comum reforça uma ideia de que filósofos jurídicos preocupam-se meramente com uma questão de rotulação; a teoria jurídica

⁵³¹ “Moral facts determine the law because social facts ultimately determine that they play such a role”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 273.

⁵³² “[M]any gaps and inconsistencies”.

⁵³³ Grifos meus, tradução livre. “For even when judges are required to look to morality to resolve hard cases, exclusive legal positivists simply say that judges are responding to their obligation to apply extralegal standards when the legal norms run out”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 273.

⁵³⁴ “Both the inclusive and exclusive legal positivist, therefore, can respond to Dworkin’s challenge”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 273.

⁵³⁵ “Is the inclusive legal positivist right in allowing the law to depend on moral facts as long as it ultimately rests on social facts? Or is the exclusive positivist correct in denying that the law may be determined by moral facts under any circumstances?” SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 273.

resume-se à atribuição (ou não) do nome “*Direito*”, enquanto rótulo, a algum objeto. Embora argumente que problemas desse tipo não são o interesse primário da filosofia do Direito, Shapiro confessa que o debate inclusivismo/exclusivismo é “*essencialmente*”⁵³⁶ uma disputa desse tipo.

O ponto de desacordo, afinal, está em saber se uma norma que os juízes têm a obrigação de aplicar e não está no pedigree é [ainda assim] uma norma *jurídica*. Tanto o positivista exclusivista quanto o positivista inclusivista, em outras palavras, concorda que os juízes devem aplicar normas morais quando se esgotam os padrões do *pedigree*. Eles apenas discordam quanto a como descrever o que esses juízes estão fazendo: para o positivista inclusivista, os juízes estão *aplicando* normas jurídicas; para o positivista exclusivista, eles estão *criando* normas jurídicas. Nesse sentido, o resultado imediato desse debate não afeta o que os juízes *devem* fazer; diz respeito apenas a como *descrever* o que eles estão [efetivamente] *fazendo*.⁵³⁷

A *conclusão* de Shapiro é bastante *conclusiva* (com o perdão da redundância) e, além disso, muito importante para os propósitos desta análise. Retomo um ponto específico da passagem para explicar: Shapiro diz que “o resultado imediato desse debate”, entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo, “não afeta o que os juízes *devem* fazer; diz respeito apenas a como *descrever* o que eles”, isto é, os juízes, “estão [efetivamente] *fazendo*”. Shapiro, é verdade, diz (acertadamente) que, ainda que surja como uma disputa semântica, as (eventuais) considerações em favor de um lado ou outro acabam sendo as mesmas razões em favor de uma ou outra abordagem (normativa) acerca da prática jurídica.⁵³⁸ Seja como for, o que fica é: o positivista moderno/contemporâneo, qualquer que seja a posição por ele tomada no debate interno, tem como preocupação fundamental *a proposta de descrever o Direito*. Seja exclusivo ou inclusivo, *hard* ou *soft*, o positivismo jurídico *dá continuidade à metodologia de Hart*; que, por sua vez, ainda que tenha rejeitado as *definições* fundamentais, *deu continuidade à proposta metodológica de John Austin*. O positivismo, portanto, ainda que apresente uma série de vertentes e versões próprias, ainda que enseje debates teóricos interessantes e até “*divertidos*”,⁵³⁹ como diz Shapiro, é uma proposta eminente e fundamentalmente *analítica*. Para Dworkin — e isso é inegável, quem quer que tenha razão

⁵³⁶ “*Essentially*”.

⁵³⁷ Grifos meus, tradução livre. “*The point of contention, after all, is whether it is proper to call a nonpedigreed norm that judges are legally bound to apply a legal norm. Both the exclusive and inclusive legal positivist, in other words, agree that judges are bound to apply moral norms when the pedigree standards have run out. They just disagree about how to describe what they are doing: for the inclusive legal positivist, judges are applying legal norms; for the exclusive legal positivist, they are creating legal norms. In this regard, the immediate outcome of this debate does not affect what judges should do; it only concerns how to describe what they are doing*”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 274.

⁵³⁸ Cf. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 274.

⁵³⁹ “*Fun*”.

no debate —, a metodologia analítica, enquanto proposta de, em maior ou menor grau, uma “*sociologia descritiva*” *hartiana*, é uma proposta insuficiente. Também o é para Jeremy Waldron, e é a isso que, finalmente, passo agora. Antes, porém, (mais) uma breve conclusão parcial, para que os principais pontos fundamentais estejam mínima e devidamente controvertidos.

2.3.4 Conclusão parcial

Ao longo do primeiro capítulo, vimos o desenvolvimento do positivismo jurídico (antes mesmo que levasse o nome de *positivismo*) no contexto anglo-saxão. Com Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, ainda que com diferenças muito claras, o positivismo jurídico surge como uma teoria normativa, política, em favor de postulados filosófico-políticos que levam a conclusões deles derivados no âmbito do Direito. Tanto Hobbes quanto Bentham desenvolveram, *avant la lettre*, concepções positivistas acerca do fenômeno jurídico que, exatamente porque baseadas em pressupostos eminentemente normativos, levavam a propostas igualmente normativas. É com Bentham, porém, que começa a aparecer, de forma mais clara do que em Hobbes, aquilo que marca o positivismo em *todas* as suas vertentes, desde as mais clássicas às mais contemporâneas: a distinção entre o Direito como ele *é* e como ele *deve(ria) ser*. O positivismo, então, ontem e hoje, passa por uma distinção muito clara entre *fato* e *valor*, entre as esferas do *is* e do *ought*. Nesse sentido, e exatamente com a dicotomia fato/valor como alicerce, Austin — discípulo de Bentham —, ainda no séc. xix, inaugura, afinal, aquela que viria ser a abordagem dominante em praticamente toda doutrina positivista: a busca por uma teoria *analítica* do Direito. Muito embora também tivesse uma definição analítica (do ponto de vista *ontológico*) acerca do Direito, Bentham desenvolveu todo um corpo teórico normativo com relação ao Direito na Inglaterra; Austin, por outro lado, tomou como verdadeira a definição *benthamiana* acerca do que o Direito efetivamente *era* e, com isso em mente, preocupou-se em diferenciar os comandos jurídicos de outros tipos de comandos. A pretensão normativa foi, senão completamente, quase totalmente deixada de lado.

Austin, com sua *analytical jurisprudence*, foi o teórico que serviu de paradigma ao Direito anglo-saxão durante muitos anos. Finalmente, no século xx, veio H. L. A. Hart e seu *The Concept of Law*, que pretendia, justamente, elaborar um *conceito* de Direito, reformulando as definições oitocentistas de Austin. Hart, assim, inaugura uma série de

(sub)conceitos que figuram até hoje nas discussões jurídicas no contexto anglo-saxão: conceitos como *regras primárias*, *regras secundárias*, *regra de reconhecimento*. A ideia de *regra*, além de importante, é elucidativa, porque não é por acaso: denota a influência (admitida e expressa) sobre Hart da filosofia da linguagem *oxfordiana*. Homem de seu meio, então, Hart vai seguir também exatamente essa proposta analítica, de modo que, enquanto rejeita as *definições* de Austin, segue a proposta teórica de uma *analytical jurisprudence*, a que Hart chama de “*sociologia descritiva*”. Hart, então, entende que o Direito não necessariamente satisfaz critérios morais, e os critérios de validade jurídica estão em uma *regra social* a que Hart chama de *regra de reconhecimento*: uma regra sobre regras, uma *meta-regra* a partir da qual as demais regras do sistema jurídico são derivadas. Isso inaugura a grande tese positivista segundo a qual os critérios de validade do Direito emanam de *fontes sociais*.

Ronald Dworkin, ex-aluno de Hart, discorda completamente da análise positivista, seja no plano metodológico, seja naquilo que Dworkin entende como suas consequências práticas. Para Dworkin, em suas primeiras críticas, uma concepção positivista leva logicamente a uma concepção fechada, na qual o Direito é um sistema *de*, e *composto apenas por*, regras; um sistema que é incapaz de levar em conta a existência de *princípios jurídicos*, padrões normativos *igualmente jurídicos* que operam de forma bastante distinta dessas regras que os positivistas identificam no sistema por eles descrito. Dworkin não parou por aí: ao longo de sua carreira acadêmica, refinou o argumento e desenvolveu novas objeções. Já na década de 1980, passados vinte anos de seu primeiro ataque ao positivismo de Hart, Dworkin passou a tratar o positivismo como uma *teoria semântica*; uma teoria incapaz de dar conta do Direito adequadamente, já que o Direito, ao contrário do que dá a entender o positivismo, não é um conceito *criterial*, mas um conceito *interpretativo*. Assim, Dworkin entende que o positivismo, sendo o Direito um fenômeno interpretativo, leva a uma abordagem *convencionalista* da prática jurídica, que condiciona sua existência enquanto prática *jurídica* a *convenções sociais*; e, sendo essa uma explicação insuficiente, *analítica* e *normativamente*, Dworkin desenvolve sua própria concepção. Para Dworkin, a melhor interpretação da prática jurídica é o *Direito como integridade*, que propõe *a melhor interpretação construtiva do Direito*. Em síntese, a proposta de *dworkiniana* de *law as integrity* é que o Direito *deve ser* aquilo que ele *já é* interpretado *sob sua melhor luz*.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Essa fantástica definição é do Prof. Dr. André Coelho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e é por ele utilizada em suas palestras. Registro a fonte e o agradecimento.

Dworkin é um filósofo cuja teoria, ampla, abrangente, desenvolveu-se ao longo de muitos anos. Mais tarde, já ao final de sua carreira, Dworkin abandonou a ideia de regras e princípios, de uma *conexão* entre Direito e moral, e passou a trabalhar com a ideia — à luz de sua proposta holística de uma *unidade do valor* — de o Direito como *um ramo da moralidade política*. Seja como for, com relação ao debate no âmbito da *jurisprudence*, o desafio de Dworkin ao positivismo jurídico permanecia: a explicação analítica do Direito baseada nas fontes sociais não explicava a prática e a argumentação jurídica, e seu inevitável engajamento com premissas, explicações, razões, justificações de caráter moral. E o desafio *dworkiniano*, certo ou errado, foi suficientemente paradigmático; exigiu uma resposta (póstuma, é verdade), de Hart, que dispôs que (i) ambos tinham propostas diferentes e não-excludentes com relação ao Direito e, principalmente, (ii) que a ideia de regra de reconhecimento não exclui *necessariamente* que os critérios de validade envolvam (também) critérios morais. O debate Hart/Dworkin, assim, dividiu o campo positivista em dois: entre os positivistas *inclusivistas*, que concordam (em maior ou menor grau) com a tese de Hart (no pós-escrito), e os positivistas *exclusivistas*, que entendem que a validade do Direito está assentada *somente em fatos sociais*.

Com todas suas nuances, todas suas diferenças, o fato é que o positivismo, desde Austin, é uma proposta analítica acerca do Direito: pretende oferecer um *conceito* explicativo acerca do que *é (is)* o Direito. Dworkin rejeita a proposta positivista em todos os seus níveis. Eis que surge, em meio a esse debate, aquilo que procuro apresentar como uma terceira via: a proposta teórica de Jeremy Waldron.

3 JEREMY WALDRON E A DEMOCRATIC JURISPRUDENCE

“Eu estou interessado em algumas características específicas do Direito em uma democracia. [...] A abordagem puramente descritiva está equivocada. [...] Uma Teoria do Direito democrática será inevitavelmente uma teoria que pressupõe determinados valores, e, em minha visão, em nada perde nesse sentido.”⁵⁴¹

(Jeremy Waldron)

“Jeremy Waldron tem figurado já há muito tempo entre os mais astutos filósofos do Direito.”⁵⁴²

(Ronald Dworkin)

Jeremy Waldron é, indubitavelmente, um dos mais influentes pensadores na teoria jurídica contemporânea. Com escritos substanciais, cujas áreas abordadas vão desde a Teoria do Direito *per se* — passando pelo constitucionalismo, o direito internacional, e o *rule of law* — a questões mais amplas em moralidade e filosofia política, como o liberalismo e o conceito de dignidade humana, sua obra tem, a meu juízo, elementos suficientes a ponto de (i) permitir que sua proposta teórica acerca do Direito seja organizada de modo sistemático e, sobretudo, (ii) classifica-lo como uma autêntica *terceira via*, entre positivismo(s) e *law as integrity*.

Não estará completamente enganado aquele que, ao menos à primeira vista, tender a associar Waldron e sua obra ao positivismo jurídico; a associação não é por acaso. A influência *hobbesiana* sobre a obra de Waldron não é apenas inegável: é expressa. Não só isso, foi ele quem articulou e definiu, talvez da forma mais clara já publicada, aquilo que pode ser chamado de *positivismo normativo* (vertente sobre a qual falo no item subsequente, exatamente a partir do texto de Waldron), demonstrando e afirmando uma forte afinidade com a posição expressada através da locução.⁵⁴³ Como o próprio nome já indica, trata-se de uma

⁵⁴¹ “I am interested in some distinctive features of law in a democracy. [...] [T]he purely descriptive approach is mistaken. [...] [A] democratic jurisprudence is bound to be a value-laden jurisprudence, and in my view none the worse for that.” WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 3, 2009, pp. 675-712.

⁵⁴² “Jeremy Waldron has long been among the most astute legal philosophers”. WALDRON, Jeremy. Did Dworkin Ever Answer the Critics? In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 298.

⁵⁴³ Cf. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 410-434.

variação de cunho *normativo* do positivismo jurídico, que, em vez de (tentar) *descrever* o fenômeno jurídico a partir das teses tipicamente positivistas, pretende *prescrever*, em maior ou menor grau, que o Direito seja estruturado a partir de uma ideia baseada na tese das fontes e na tese da separabilidade conceitual entre Direito e moral. Não é sem razão, portanto, que autores importantes — sobretudo no contexto latino-americano — classifiquem Waldron como um positivista. Roberto Gargarella e José Luis Martí, por exemplo, em sua introdução a *Derecho y desacuerdos* — tradução para o espanhol de *Law and Disagreement, magnum opus* de Waldron —, afirmam expressamente que a teoria de Waldron encaixa-se em um rótulo positivista (ainda que normativo).⁵⁴⁴ No Brasil, em outro exemplo, Georges Abboud inclui Waldron no rol de positivistas *inclusivistas*.⁵⁴⁵

Como dito, não é sem razão: de fato, Waldron escreveu sobre aquilo a que ele próprio chamou de positivismo normativo e, quase que até diretamente, assumiu a própria filiação teórica à corrente. O que pretendo sustentar ao longo deste capítulo — e anticipo desde já, baseado em escritos posteriores *do próprio Jeremy Waldron* — é que o desenvolvimento teórico da obra *waldroniana* ao longo dos anos é suficiente para classifica-lo como um autor que foi além do positivismo, seja ele conceitual ou normativo. De todo modo, comecemos a análise pelo positivismo normativo (ou ético), conforme apresentado pelo próprio autor.

3.1 WALDRON E O POSITIVISMO NORMATIVO

Logo ao início de seu texto — publicado em coletânea que, editada por Jules Coleman, reúne ensaios que, de uma forma ou outra, gravitam em torno do pós-escrito de Hart a *The Concept of Law* —, Waldron faz menção ao fato, já articulado ao longo desta pesquisa própria, de que o positivismo é frequentemente tomado por uma tese puramente conceitual: isto é, o positivismo sustenta que, *conceitualmente*, não há uma relação necessária entre Direito e moralidade, entre os fundamentos do juízo *jurídico* e do juízo *moral* (tese da separabilidade). O que Waldron diz a partir disso é que é possível articular o positivismo como uma tese *normativa* acerca do Direito, de forma a sustentar que a separabilidade entre Direito e moral — e, para o ponto de Waldron, ainda mais precisamente, a separabilidade

⁵⁴⁴ Cf. GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio Preliminar. La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí e Águeda Quiroga, com estudo preliminar de Roberto Gargarella e José Luis Martí. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. xli-xliii.

⁵⁴⁵ Cf. ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 107-108.

entre *juízos jurídicos/legais* e *juízos morais* — é algo *bom, positivo*, “talvez até indispensável (de um ponto de vista moral, social ou político), e certamente algo a ser valorizado e encorajado”.⁵⁴⁶ Essa é, portanto, a tese a que Waldron chama de positivismo normativo.

Waldron, é verdade, já em seu título, abre a possibilidade de que a tese seja chamada não de “positivismo normativo”, mas de “*positivismo ético*”; é o nome que prefere e adota, por exemplo, Tom Campbell, autor expressamente filiado à corrente normativa, *ética*, do positivismo jurídico. Para Campbell, o termo “ético” seria superior de modo a evitar possíveis confusões com aquilo que parte da doutrina chama de “positivismo *normativista*”, *i.e.*, uma versão que, *conceitualmente* — isto é, sem um cunho que se pretende normativo —, identifica e relaciona o Direito a uma ideia de *normas* (*e.g.* Hans Kelsen, principalmente, e o próprio Hart); Waldron diz preferir, ainda assim, o termo “normativo”, porque entende que “ético” remete a padrões normativos pessoais, individuais, em oposição a padrões normativos que dizem respeito à avaliação de *instituições* — que é precisamente a ideia por trás de sua posição positivista-normativa.⁵⁴⁷ Assim como Waldron preocupou-se em fazer, portanto, faço igualmente questão de deixar claro:

Positivismo *normativista* = “O Direito é um conjunto de normas.”

Positivismo *normativo/ético* ≠ “O Direito é um conjunto de normas.”

Positivismo *normativo/ético* = “Juízos jurídicos *devem ser* diferenciados de juízos morais.”

Nesse sentido, portanto, o positivismo normativo é caracterizado como uma proposta que prescreve (algum tipo de) uma tese da separabilidade. Como o próprio Waldron levanta no ensaio — e como procurei mostrar ao longo dos capítulos antecedentes — é, em alguma medida, a proposta positivista original, clássica, de Hobbes e Bentham:⁵⁴⁸ não uma análise puramente conceitual das esferas jurídica e moral, mas uma preocupação, *normativa*, com “as condições necessárias para coordenação, resolução de conflitos, e para a estabilidade geral das

⁵⁴⁶ “[P]erhaps even indispensable (from a moral, social, or political point of view), and certainly something to be valued and encouraged”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 410.

⁵⁴⁷ Posição que, como já disse, sustentarei ter sido, senão abandonada, *transcendida* por Waldron ao longo de sua obra.

⁵⁴⁸ Esse é também o ponto de Gerald Postema — talvez ele próprio, em alguma medida, um positivista normativo no sentido de que fala Waldron. Cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 328-336.

expectativas de convívio entre as pessoas”.⁵⁴⁹ Suas concepções positivistas, então, tinham como pressupostos e eram formadas por *interesses normativo-políticos*.

Poder-se-ia argumentar, é verdade — e é o que faz Jules Coleman, por exemplo⁵⁵⁰ —, que uma versão (que se pretende) normativa do positivismo jurídico *depende necessariamente* do positivismo enquanto tese conceitual.⁵⁵¹ Nesse sentido, Waldron desenvolve seu ponto exatamente a partir do(s) positivismo(s) conceitual(is), dizendo que há um espaço lógico entre afirmar (i) que o Direito *não necessariamente implica* moralidade e (ii) que o Direito *necessariamente não implica* moralidade. Como já vimos, é a tese do positivismo inclusivo que determinados sistemas jurídicos *podem* incluir critérios morais em sua regra de reconhecimento; e, com base no próprio Coleman, Waldron diz que a versão do positivismo que não proíbe essa possibilidade, em termos conceituais, pode ser (igualmente) chamada de positivismo *negativo*.⁵⁵² Nesse espaço lógico entra(ria) o positivismo normativo: se o positivismo negativo deixa em aberto a possibilidade de inclusão de critérios morais entre os critérios jurídicos, as pretensões normativas do positivismo “ético” *condenam essa possibilidade inclusiva que o positivismo negativo autoriza*. Nos termos de Waldron, portanto, é possível dizer que o positivismo normativo *dá razão* ao *conceito* do positivismo inclusivo (concordando que não é impossível ou conceitualmente incoerente pressupor a existência de sistemas jurídicos que incluem critérios morais na regra de reconhecimento), mas *prescreve* algum tipo de versão mais próxima do positivismo exclusivo (no sentido de dar um caráter *normativo* a uma tese forte da separabilidade, de cunho obviamente mais exclusivista).⁵⁵³⁻⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ “*In their respective versions of the separation thesis, Hobbes and Bentham showed no particular interest in the analysis of pure conceptual differences between law and morality. Instead, they were interested in the conditions necessary for coordination, for conflict resolution, and for the general stability of expectations in people’s dealings with one another. Those were the normative interests that informed and shaped their positivist account of the nature and function of law*”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 411.

⁵⁵⁰ COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 11.

⁵⁵¹ O próprio Waldron reconhece o ponto em alguma medida ao dizer que uma concepção positivista de Direito é comum a ambos tipos de positivismo, descritivo e normativo. Repito: meu ponto não pretende afirmar uma *rejeição* (completa) da parte de Waldron ao positivismo enquanto concepção conceitual, mas uma *transcendência* (gradual) em relação a uma posição (meramente) positivista. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 166.

⁵⁵² COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 07; WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 414.

⁵⁵³ Trecho baseado na seguinte passagem: “*Another way of putting this is that what I am calling normative positivism assumes what Coleman calls negative positivism [...] but prescribes something like exclusive positivism*”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 414.

Também seria possível (contra-)argumentar — e Waldron toma Coleman novamente como exemplo da (possível) posição⁵⁵⁵ — que a adoção de um positivismo normativo (*i.e.* conferir um caráter normativo a uma concepção positivista de Direito) seria atentatório à posição metodológica tradicionalmente positivista; seria, afinal, *misturar* a moralidade (no sentido de *dever ser*) com o conceito de Direito (que, para o positivista, está na esfera daquilo que *é*). Nesse sentido, a incorporação de uma abordagem normativa à teoria jurídica ameaça(ria) — é o que diz a posição representada por Coleman — a possibilidade, inaugurada pelo positivismo (analítico), de falar conceitualmente sobre o Direito — *i.e.*, a possibilidade de “dizer o que é o Direito é sem emitir juízos morais [sobre o conceito]”.⁵⁵⁶ Waldron, então, questiona: será que é negativo o fato de talvez, com isso, não mais podermos distinguir assim tão facilmente o positivismo normativo de posições que poderiam ser desenvolvidas por teorias modernas do direito natural? O próprio Waldron responde, e taxativamente: “*Não*”. Para o autor, a dicotomia positivismo/jusnaturalismo é tão ultrapassada que a hipótese de seu desaparecimento é não uma perda, mas, no máximo, uma “interessante consequência”⁵⁵⁷ da adoção de um positivismo normativo. “Se a dicotomia entre positivismo e direito natural for janela afora, que seja”.⁵⁵⁸

3.2 WALDRON E DWORKIN: ACORDO A PARTIR DOS DESACORDOS

Waldron, portanto, *identifica-se com* uma abordagem *normativa* do positivismo jurídico. Em sua própria definição, articulada indiretamente (em *Law and Disagreement*) e diretamente (em seu ensaio presente no *Hart’s Postscript*), essa abordagem (*i*) *assume* uma concepção *conceitualmente* inclusivista, dando razão a quem diz que certos sistemas jurídicos podem incluir critérios morais entre seus critérios de juridicidade, mas, ao mesmo tempo, (*ii*) *prescreve* uma concepção *normativamente* exclusivista, dizendo que há boas razões (políticas, sociais, morais) em favor de uma separação entre juízos morais e juízos jurídicos/legais. É, à

⁵⁵⁴ Talvez seja essa a razão pela qual Georges Abboud classifica Waldron como um inclusivista — interpretação da qual, embora a respeito, discordo. (Discordo por razões que ficarão melhor expostas no item 3.2, quando abordo a relação de Waldron para com o argumento *dworkiniano* do aguilhão semântico.)

⁵⁵⁵ COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 11.

⁵⁵⁶ “[*T*he distinctively positivist position that it must be possible to say what the law is without making moral judgments”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 416.

⁵⁵⁷ “*Interesting consequence*”.

⁵⁵⁸ “*If the dichotomy between positivism and natural law goes out the window, so be it*”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 416.

la Bentham e Hobbes, a posição segundo a qual “seria *bom* para o Direito ser como o positivista descritivo pensa que ele é”. Nesse sentido, portanto, o positivismo normativo é, ele próprio, uma posição moral, porque “identifica a contaminação de uma decisão judicial por juízos morais como uma desvantagem moral; sustenta que perdemos algo de valor quando isso ocorre”.⁵⁵⁹

Aqui — isto é, onde desenvolve o conceito de positivismo normativo em *Law and Disagreement* —, embora demonstre (grande) afinidade com a posição, Waldron não se define expressamente como um positivista normativo: diz “*somente*”⁵⁶⁰ que o positivismo normativo é “de longe, a mais interessante forma de positivismo jurídico”.⁵⁶¹ Mas não é só isso: em meio a esse ponto, Waldron traz ainda um outro aspecto de sua posição que começa a iluminar outros importantes pontos de sua teoria — pontos de convergência não mais com o positivismo, mas *com Ronald Dworkin*.

Waldron diz que considera “difícil” que uma definição positivista acerca do conceito de Direito possa ser sustentada *sem que se recorra eventualmente a uma tese normativa*.⁵⁶² (Waldron é coerente com as próprias alegações: para ele, o positivismo exclusivo acaba sendo, com muita frequência e ainda que não pretenda, uma tese normativa. Tanto assim o é que a leitura de Waldron da obra de Joseph Raz, o mais proeminente exclusivista, é a de que o israelense é, em verdade, um positivista normativo.)⁵⁶³ Nesse sentido, Waldron parece subscrever a ideia *dworkiniana* que trata o Direito como um conceito interpretativo, na medida em que o positivismo acaba sendo (também ele) uma abordagem interpretativa acerca do Direito, prescrevendo uma abordagem teórico-*normativa* da prática jurídica. E o que sustento é exatamente isso: não se trata de uma aparente concessão ao argumento de Dworkin, mas apenas (mais) um reflexo da profunda influência *dworkiniana* sobre a obra de Waldron — influência que me permite começar a esboçar os argumentos com base nos quais sustento a possibilidade de dizer que Waldron transcende o positivismo jurídico, apresentando uma proposta mais original e complexa com relação ao Direito.

⁵⁵⁹ “[I]t [normative positivism] is the thesis that it would be a good thing for the law to be as the descriptive positivist thinks it is. Normative positivism is itself a moral claim: indeed it is a moral claim about the making of moral claims in the particular area of social life we call law. It identifies the contamination of legal decision by moral judgement as a moral disadvantage; it says that we lose something of value thereby”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.

⁵⁶⁰ Aspas não de citação, mas aspas minhas, conferindo certa ironia ao uso da palavra “somente”.

⁵⁶¹ “It is by far the most interesting form of legal positivism”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.

⁵⁶² “[I]ndeed it is hard to imagine how a positivist definition of the concept of law could be sustained, without eventually having to resort to some such Normative thesis”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.

⁵⁶³ WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 412, 414.

3.2.1 *Law e rule of law: o conceito e o império do Direito*

A meu juízo, a posição *teórica* de Waldron acerca do Direito foi por ele melhor articulada e claramente exposta em *The Concept and the Rule of Law*,⁵⁶⁴ *paper* de 2008. Waldron, em meio ao texto, diz expressamente que sua posição é fortemente influenciada por Dworkin e sua insistência de que um conceito de Direito deve ser capaz de (i) levar em conta nossos *desacordos* com relação aos fundamentos jurídicos sobre determinada questão e, não só isso, (ii) de tratar esses desacordos não como uma exceção, uma patologia teórica, mas como “um aspecto constitutivo da prática jurídica”.⁵⁶⁵ Ou seja: Waldron, seguindo a Dworkin, *adota* o argumento dos desacordos teóricos;⁵⁶⁶ argumento que o influencia “profundamente”.⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸ Penso que, uma vez que subscreve expressamente o argumento do agulhão semântico, Waldron já, de pronto, não mais pode ser classificado com um positivista *puro, par excellence*. Seja como for, muito mais importante do que o rótulo é explicar sua teoria tal como se apresenta.

Waldron diz que é sua leitura da visão de Dworkin — visão com a qual ele *concorda* — que os desacordos teóricos em Direito têm natureza *dúplice*: o desacordo é tanto (i) com relação aos fundamentos do Direito em casos particulares quanto (ii) com relação *ao que o rule of law, a legalidade, exige*. Desacordos teóricos, portanto, *existem*, são *parte constitutiva de nossa prática*, e, além de envolverem o Direito *qua* conceito, envolvem também o ideal de *rule of law*, entendido enquanto as exigências da legalidade. Isso é importante porque, sendo

⁵⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁶⁵ “Here the account that I want to give draws heavily on the recent work of Ronald Dworkin. Professor Dworkin has insisted that our concept of law must be able to make sense of the disagreements we often have about how to determine what the law on a particular topic is. Moreover, it must be able to explain this disagreement not just as a jurisprudential puzzlement or pathology but as a distinctive aspect of legal practice”. WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 54. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁶⁶ Cf. o item 2.2.1.2. desta pesquisa.

⁵⁶⁷ Palavras do próprio Waldron, em Artigo de 2012 (e saliento a data para demonstrar a diferença temporal entre esse ponto e a posição desenvolvida ainda em 1999 em *Law and Disagreement*): “I am strongly influenced by Dworkin’s work on theoretical disagreement in law”. Cf. n. 35 em WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 01, out. 2012, pp. 01-31.

⁵⁶⁸ Cf. WALDRON, Jeremy. *Who Needs Rules of Recognition?* **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 09-21, abr. 2009. Disponível em <<https://www.ssrn.com/abstract=1358477>>. Acesso em 06 mar. 2019.

assim, Waldron dirá que “*desacordos sobre o rule of law estão diretamente conectados com o próprio conceito de Direito como tal*”.⁵⁶⁹

Isso significa que Waldron trabalha com a ideia de um *conceito de Direito* a partir de três premissas fundamentais (premissas eminentemente *dworkinianas*): (i) A compreensão acerca do ideal de *rule of law* (legalidade) e a compreensão acerca do conceito de Direito devem ser muito mais proximamente conectadas do que são na Teoria do Direito moderna; (ii) Nossa compreensão acerca do *rule of law* deve enfatizar não apenas a presença de regras estabelecidas e determinadas e o valor de previsibilidade que elas garantam; deve enfatizar também a importância fundamental dos aspectos *procedimentais* e *argumentativos* que constituem a prática jurídica; (iii) Essas duas proposições anteriores estão *intimamente conectadas*;⁵⁷⁰ isto é: “o aspecto procedimental da legalidade ajuda a materializar nosso pensamento conceitual acerca do Direito”. Além disso, compreender os sistemas jurídicos também a partir da argumentação nas cortes, e não somente na ideia de *existência* e *reconhecimento* de regras é o que garante as bases de uma compreensão “muito mais rica” dos valores que o ideal de *rule of law* pressupõe.⁵⁷¹

(Breve interlúdio: quando equiparo “*rule of law*” e “legalidade”, assim o faço porque o próprio Waldron equipara as ideias; de todo modo, é importante expor, aqui, também a partir de Waldron, o que quero dizer, ainda que de forma ampla. Com *rule of law*, falo do ideal de moralidade política segundo o qual “indivíduos em posições de autoridade devem exercer seu poder nos limites de uma *estrutura de normas públicas*, e não a partir de suas próprias preferências, ideologias ou sentidos de certo e errado”. Trata-se, portanto, exatamente de um ideal de legalidade, no sentido de fidelidade ao Direito. Agrada-me, nesse sentido, a tração “*império da lei*”).⁵⁷²

⁵⁶⁹ Grifos meus, tradução livre. “[D]isagreements about the Rule of Law are bound up with the very concept of law itself”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 59. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷⁰ “[O]ur understanding of the Rule of Law and our understanding of the concept of law ought to be much more closely connected than they are in modern jurisprudence; [...] our understanding of the Rule of Law should emphasize not just the value of settled, determinate rules and the predictability that they make possible, but also the importance of the procedural and argumentative aspects of legal practice. [...] [T]hese two propositions are connected”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 04. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷¹ “The procedural aspect of the Rule of Law helps bring our conceptual thinking about law to life; and an understanding of legal systems that emphasizes argument in the courtroom as much as the existence and recognition of rules provides the basis for a much richer understand of the values that the Rule of Law comprises in modern political argument”.

⁵⁷² “[P]eople in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences, their own ideology, or their own individual sense of right and wrong”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of**

Qual é, então, a relação entre o ideal de *rule of law* e o trabalho especializado dos teóricos analíticos em sua elaboração de um conceito de Direito? Mais: qual é relação entre o *rule of law* e o estabelecimento de uma precisa delimitação acerca de juízos morais e juízos jurídicos, e a relação entre validade jurídica e verdade moral? Uma abordagem *gramática* parece pressupor que entender o conceito de Direito vem *antes* de uma compreensão sobre o *rule of law*; afinal, “*rule of law*” é uma locução que tem a palavra “*law*” como um de seus componentes. Gramaticalmente falando, portanto, é óbvio que *law* vem antes de *rule of law*; a gramática indica que é preciso entender o que é o Direito para que se possa entender o que é o império da lei. Certo?

Não para Waldron, que discorda do ponto ao qual a gramática parece indicar. Para ele, a lógica indicada pela perspectiva gramatical é enganosa (“*misleading*”), e que “nós não podemos realmente compreender o conceito de Direito sem também compreender os valores que integram o *rule of law*”.⁵⁷³ Isso não significa uma inversão: não se trata de compreender o que é o império da lei, a legalidade, e *depois* buscar entender o que é o Direito; o que Waldron quer indicar é que ambos os termos, ambas as ideias devem ser compreendidas *concomitantemente*, tratadas de modo que não lhes coloque como componentes separados um do outro. Autores como Raz, por exemplo, dirão que compreender o que é o Direito *deve vir antes* porque a ideia de *rule of law* é exatamente uma virtude negativa que corrige os problemas que emergem *do Direito*. Em outras palavras, Raz quer dizer que precisamos compreender os perigos que o Direito pode engendrar, e que esses perigos podem ser corrigidos pelo ideal de *rule of law* pode corrigir; nesse sentido, entender o conceito de Direito *deve necessariamente* vir antes.⁵⁷⁴ Waldron novamente discorda, na medida em que o *rule of law*, em sua concepção, é um ideal concebido para corrigir os perigos de abuso do exercício *do poder político em geral, em sentido amplo, e não* do Direito em particular. O império da lei exige “um modo particular de exercício do *poder político* — notadamente,

Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 05. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷³ “*I think the surface grammar here is misleading and that we cannot really grasp the concept of law itself without also understanding the values comprised in the Rule of Law*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 09-10. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷⁴ Raz levanta o ponto ao rebater a ideia (de Lon Fuller) de que os princípios de legalidade fazem parte do Direito, *essencialmente*, e o que o *rule of law* é, digamos, condição de possibilidade, do ponto de vista *ontológico*, para que o Direito seja, enfim, Direito. Para Raz, a ideia conceitual de Direito é algo que sempre vem antes, de modo que não é verdade que todo sistema jurídico pressupõe ao menos algum grau de moralidade por (supostamente) relacionar-se (em tese) *necessariamente* com uma ideia de legalidade. Cf. RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 223-224.

governança através do Direito”.⁵⁷⁵ O Direito, portanto, *enquanto Direito, é o próprio remédio, e não o problema, ou potencial problema, que um ideal separado, à parte — in casu, o império da lei — pretende corrigir.*

O argumento positivista em favor de um conceito (claro, analítico, e *prévio*) de Direito, diz Waldron, poderia ainda ser sustentado a partir de algo similar à proposta *benthamiana* de uma divisão entre aspectos *teóricos* e *censórios* de uma teoria.⁵⁷⁶ Bentham, lembremos, baseado nos pressupostos filosóficos de David Hume, defendia a necessidade de uma linha muito clara entre os aspectos descritivos e normativos de uma teoria, sob pena de incorrer-se em uma *explicação* (no sentido descritivo) moralista e, porque moralista, inadequada à realidade. Nesta questão, então, seria benéfico — sustentaria o positivista — distinguir entre um conceito *descritivo* de Direito e um *ideal, valorativo*, de império da lei. A resposta de Waldron é extremamente interessante e, para os fins a que me proponho aqui, bastante elucidativa com relação às suas diferenças para com o positivismo tradicional. Waldron questiona se, de fato, devemos (ou até *podemos*) considerar o conceito de Direito como sendo *parte de uma questão puramente descritiva*; diz ainda que, a partir da visão por ele sustentada, “*descrever o exercício de um poder como uma instância de criação ou aplicação de leis já é dignificá-lo com um certo caráter; já é, pois, fazer um certo tipo de julgamento ou avaliação*”. Nesse sentido, “até mesmo na teoria positivista o Direito não é uma categoria fundamentalmente descritiva”, na medida em que “a camada de investigação descritiva é que fornece os dados para nossas avaliações”. Assim, na concepção positivista, “uma categoria como ‘Direito’ é simplesmente um modo de estabelecer esses dados preliminares antes de avaliá-los”; para Waldron, contudo, “[já] é um modo de começar o processo valorativo”.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Grifos meus. “*Indeed the Rule of Law aims to correct abuses of power by insisting on a particular mode of the exercise of political power— namely, governance through law*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 11. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷⁶ Cf. item 1.4.2. desta pesquisa.

⁵⁷⁷ Grifos meus. Trecho adaptado, e traduzido livremente, da seguinte passagem: “[*I*]t begs the question to say that the concept of law must be regarded as part of that descriptive or empirical apparatus [...]. On the view that I shall argue for, to describe an exercise of power as an instance of law-making or law-application is already to dignify it with a certain character; it is already to make a certain assessment or evaluation of what has happened. [...] Even in positivist jurisprudence, law is not a fundamental descriptive category. [...] So on all accounts, there is a layer of description beneath the level at which we use the term ‘law’, a layer of descriptive inquiry that everyone agrees needs to be conducted clear-headedly before we can begin the process of evaluation. That descriptive inquiry gives us the data for our evaluations. On the positivist account, a category like ‘law’ is simply a way of sorting that preliminary data, before we begin to evaluate it; on the account that I favor, it is way of beginning the process of evaluation”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**,

Waldron, então, considera que (i) o conceito de Direito está *diretamente ligado* ao ideal de *rule of law*, de modo que (ii) não há que se falar em *descrever um conceito*, de forma *neutra*, e, só então *depois*, avaliar esse conceito próprio descrito. O processo, na concepção de Waldron, é muito mais emaranhado do que uma figura positivista-descritiva faz parecer. Essa é, portanto, uma das razões que me fazem crer que as coisas não são assim tão simples quanto, simplesmente, classificar Jeremy Waldron como um *positivista normativo*, ponto. De fato, como já vimos, o próprio autor diz considerar essa vertente a “mais interessante” versão de positivismo; mas não é como se Waldron (simples e tão somente) adotasse pressupostos positivistas em uma teoria normativa do Direito. As razões por ele adotadas para desenvolver uma proposta teórica normativa passam também por uma rejeição muito clara a importantes aspectos do positivismo; aspectos que, a meu juízo, são tão fortes, tão presentes na tradição positivista dominante que rejeitá-los significa rejeitar o positivismo *tout court*. Não por menos, Waldron, ele próprio, expõe os motivos pelos quais rejeita aquilo a que chama de *positivismo casual*.⁵⁷⁸

3.2.1.1 “Against Casual Positivism”

Waldron diz que há uma analogia possível (e interessante) entre os modos como usamos os termos “Direito” (aqui, entendido enquanto “sistema jurídico”) e “democracia”. Expliquemos a partir do exemplo (do próprio autor, como faz o próprio autor): durante o período da Guerra Fria, não se podia levar a sério qualquer regime que atribuíra a si mesmo o título de “democrático” — *e.g.* DDR, “República Democrática Alemã” — sem de fato sê-lo. *Dizer ser* uma democracia é diferente de *ser* uma democracia, que pressupõe a possibilidade de dissidências políticas, de eleições livres, de sufrágio universal, *etc.* Onde entra a analogia com o Direito? Precisamente na ideia de que, para Waldron, nem todo sistema baseado na ideia de comando-e-controle que atribui a si mesmo o *nome* de sistema jurídico é, efetivamente, *um sistema jurídico* digno do nome. Para Waldron, teóricos modernos — “particularmente, positivistas modernos” — são “demasiadamente casuais com relação a como um sistema de governança deve ser para se qualificar como ‘Direito’.”⁵⁷⁹ O ponto está

Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 12. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁷⁸ “Casual positivism”.

⁵⁷⁹ “I worry that modern students of jurisprudence—particularly modern legal positivists—are quite casual about what a system of governance has to be like in order to earn the appellation ‘law’”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory**

diretamente relacionado à (acertadíssima) leitura de Waldron acerca da proposta teórico-metodológica do positivismo moderno:

Basicamente, qualquer sistema estruturado e centralizado, utilizando prescrições e proibições articuladas e identificáveis, conta como Direito, desde que uma determinada elite participante desse sistema seja capaz de distinguir as prescrições e proibições que vêm do centro desse mesmo sistema de outras normas que possam circular na sociedade. *Esse é o positivismo de Hart e seus seguidores modernos. Nesse sentido, não se difere muito do positivismo de Austin.*⁵⁸⁰

“Eu chamo a isso” — isto é, a proposta conceitual do positivismo (*lato sensu*), baseada em uma regra de reconhecimento em um sistema articulado e centralizado a partir dela — “de *positivismo casual*”. Para esse positivismo casual — que é nada mais, afinal, que o *positivismo* —, “os regimes de Kim Jong-Il na Coreia do Norte e de Saddam Hussein no Iraque pré-2003 são sistemas jurídicos”. E Waldron, que se opõe à essa casualidade, propõe que “a filosofia do Direito deve ser menos casual e menos complacente do que isso”.⁵⁸¹ É bastante natural, e até provável, que, aqui, se relacione o nome de Waldron a uma proposta jusnaturalista. Não por acaso: um dos autores trazidos por ele é justamente Lon Fuller, autor vinculado à tradição do direito natural. Contudo, diferentemente de autores vinculados à tradição da lei natural, a abordagem de Fuller não passa pela imposição de limites morais *substantivos* ao conteúdo do direito; para Fuller, o fenômeno jurídico está sujeito a uma moralidade *procedimental*; uma moralidade que lhe é própria. Uma moralidade que é, portanto, *interna* ao Direito como tal. O Direito em Lon Fuller é um conceito *funcional*: o Direito tem, como *função*, a busca da ordem social, atingível por meio de regras gerais que regulam o comportamento dos jurisdicionados. Como decorrência lógica, temos que o sistema jurídico que não é capaz de atingir *o fim próprio que lhe constitui enquanto atividade* é também incapaz de ser *qualificado como um sistema jurídico legítimo*. E, nesse sentido, o

Research Paper Series, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

⁵⁸⁰ Grifos meus, tradução livre. “*Basically, any well-organized system of centralized order using articulate and identifiable prescriptions and prohibitions counts as law, provided that elite participants in the system can distinguish prescriptions and prohibitions coming from the centre from other norms that may be circulating in the society. This is the positivism of H.L.A. Hart and his modern followers. In this regard, it really is not much different from the positivism of earlier generations of jurists stretching back through John Austin*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁸¹ “*I call this ‘casual positivism’.* On this account, the regimes of Kim Il Jung in North Korea and Saddam Hussein in pre-2003 Iraq were legal systems. I want to propose that a philosophy of law should be less casual and less accommodating than this”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

Direito só é capaz de cumprir sua função se observados alguns *princípios* que lhe são *condição de possibilidade*. Princípios, justamente, de *legalidade* — daí a importância de um autor como Fuller para Waldron, que sustenta uma relação necessária entre as noções de “Direito” e “império da lei”.⁵⁸²

Para Waldron, é verdade, a teoria de Lon Fuller superestima a ideia de que os princípios procedimentais de legalidade têm uma conexão necessária com um ideal de justiça substantiva. Seja como for, Fuller está certo com relação à necessidade de superação do positivismo casual; com relação à necessidade de que se mantenha fidelidade com uma noção de Direito mais rica, mais complexa, mais exigente.⁵⁸³ E se não fosse só por isso, o próprio Waldron já disse: se abandonar a complacência do positivismo casual significa abandonar a dicotomia rígida entre positivismo/jusnaturalismo, “que seja”.

3.2.1.2 Uma nova definição

Sendo assim, ao (i) vincular *Direito e rule of law*, (ii) rejeitando o positivismo casual e (iii) reconhecendo os méritos de teóricos que, como Lon Fuller, buscam uma concepção de Direito que se relacione com o ideal de legalidade — e, ao fazê-lo, transcendem o positivismo casual —, Waldron propõe, agora em sugestões próprias, alguns requisitos elementares para que um sistema conte como *jurídico*. Talvez alguns desses requisitos pareçam irritantemente óbvios; Waldron reconhece, mas sugere a irritação seja direcionada às teorias positivistas que *ignoram* essas obviedades.⁵⁸⁴

⁵⁸² É com base nessa ideia que Lon Fuller articula uma série de princípios que, juntos, e porque *morais*, constituem “*a moralidade que torna o Direito possível*” (“*the morality that makes law possible*”). Com Fuller, portanto, podemos falar em oito princípios que constituem a moralidade interna do direito; princípios formais de legalidade que, em si, representam as condições mínimas próprias de existência de um sistema jurídico *qua* sistema jurídico. De acordo com a estrutura principiológica, temos que as leis, para que sejam legítimas, devem ser (i) gerais, (ii) públicas, (iii) prospectivas, (iv) inteligíveis, (v) consistentes umas com as outras [i.e. não-contraditórias], (vi) praticáveis, (vii) estáveis e, finalmente, deve haver (viii) congruência entre a lei tal como anunciada e sua posterior administração por parte do Estado. É por serem condições mínimas para um exercício adequado de *sua própria função* que a inobservância de qualquer uma delas não resulta apenas em um sistema jurídico *ruim*, mas em algo que *sequer pode ser chamado legitimamente de sistema jurídico*. Cf. FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, pp. 33, 39, 98, 102, 106.

⁵⁸³ WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 18. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁸⁴ “*You may be irritated by how obvious my suggestions are. I hope you will redirect some of that irritation towards the philosophical theories of law, particularly positivist theories, that have largely ignored or downplayed these elements in contemporary jurisprudence*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 19-20. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

Primeiro, nenhum sistema pode ser *jurídico* se não tiver (i) *Cortes* — *i.e.*, instituições que aplicam as normas e diretivas estabelecidas em nome da comunidade política e, sobretudo, que o fazem por meio de procedimentos formais que permitem a participação argumentativa de todos envolvidos na (eventual) disputa que se apresenta. Se é verdade que isso parece óbvio, também é verdade que há muito pouco escrito sobre as cortes nas propostas conceituais da teoria positivista moderna. Mais do que isso, os pressupostos desse requisito, em Waldron, indicam a necessidade de que a aplicação das normas por parte das cortes deve respeitar a participação argumentativa do indivíduo a elas sujeito.⁵⁸⁵

Segundo, um sistema *jurídico* deve basear-se em (ii) *Normas gerais e públicas*: isto é, aquelas normas aplicadas pelas Cortes indicadas como primeiro requisito são “normas estabelecidas *em nome de toda a sociedade* por meio de *procedimentos rigidamente estruturados*”.⁵⁸⁶ É por isso que seu caráter de generalidade não é meramente contingencial: um sistema baseado em algo como decretos *ad hoc* não é, *não pode ser*, um sistema *jurídico*. Em si, a palavra “*lei*” já é, *a priori*, associada com a ideia de generalidade, em oposição a proposições particulares (*e.g.* “leis da natureza”, “lei moral” na ética *kantiana*, *etc.*); daí, segue-se que também a Teoria do Direito deve adotar os princípios de *impessoalidade* e *igualdade* que a palavra, ela própria, pressupõe. Naturalmente, as normas devem então também ser *públicas*: diretivas secretas não podem servir como pontos de referência de conduta. O positivismo, é verdade, reconhece a necessidade de *identificação* das normas como tais — isso está na própria ideia de regra de reconhecimento. Contudo, e retomando Hart, a regra de reconhecimento positivista é compatível com um reconhecimento *exclusivo* parte de uma *elite*; uma elite participante do sistema (supostamente) *jurídico* responsável pela aplicação das regras. Para o positivismo, é plenamente possível que os jurisdicionados em geral sob um sistema desconheçam a estrutura *jurídica* e seus critérios de validade.⁵⁸⁷ Para Waldron, contudo, é um erro conceber um sistema como *jurídico* sem que nele haja um meio publicamente acessível de identificação das normas gerais que regulam a conduta dos cidadãos. Não se trata de mera questão pragmática: a publicidade e a generalidade do Direito

⁵⁸⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 20, 25. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁸⁶ Grifos meus. “A *second feature is suggested by the way I characterized courts. I said that courts were institutions which apply norms established in the name of the whole society through the medium of tightly structured proceedings*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 25. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁸⁷ Cf. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 114.

passam pela ideia (que Waldron deve a Henry Hart e Albert Sacks) de *autoaplicação*; o Direito trabalha constantemente com a ideia de tornar cada vez mais possível a (auto)aplicação voluntária de suas normas,⁵⁸⁸ e isso é (também) uma questão de respeito aos jurisdicionados e sua capacidade de agir.⁵⁸⁹

O *terceiro* elemento waldroniano é a (iii) *Positividade*, no sentido de que um sistema jurídico, na medida em que trabalha com a ideia de *direito positivo* (i.e., direito produzido através da atividade humana), deve ter, além das cortes, *legislaturas, processos legislativos*. Isso tem a ver com a ideia de (i) tornar *explícito* que o Direito é *criado, modificado*, e não meramente *descoberto*, e (ii) desenvolver esse direito positivo a partir de um *processo legislativo legítimo*, e não através de uma atividade judiciária *ad hoc*.⁵⁹⁰

O *quarto* elemento sugerido por Waldron é uma (iv) *Orientação ao bem comum*. Parte da ideia de um sistema jurídico legítimo pressupõe que suas normas não são meros comandos emitidos por lideranças políticas, mas padrões *em nome e de preocupação de toda a comunidade política*. Veja-se: não se trata de uma posição jusnaturalista radical, ou de reipristinar o célebre adágio *augustiniano* segundo o qual *lex iniusta non est lex*; Waldron não está dizendo que um sistema que não *promove* o bem comum não é um sistema jurídico. Está, em verdade, dizendo que um sistema que não *pretende promover* o bem comum, que não *se orienta na direção do bem comum* não é um sistema jurídico legítimo.⁵⁹¹ Não é uma ideia substantiva, mas um ideal de *aspiração* — “ainda assim muito significativo”.⁵⁹² O Direito não será necessariamente justo, mas deve ao menos tentar; do contrário, não se trata de um sistema jurídico digno da qualificação.

O *quinto* elemento, de uma assumida dificuldade em sua definição, é a (v) *Sistematicidade*. Trata-se de algo similar àquilo que Waldron chama de caráter *cumulativo* do Direito. Basicamente, a ideia é a de que um sistema jurídico legítimo não é apenas uma

⁵⁸⁸ Nesse sentido, cf. WALDRON, Jeremy. Self-application. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 16-46, set. 2016. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2848578>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁸⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 24-29. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹⁰ Cf. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 29-32. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹¹ Nesse sentido, ver também WALDRON, Jeremy. Does Law Promise Justice? **Georgia State University Law Review**, vol. 17, n. 03, 03, 2001, pp. 759-788.

⁵⁹² “*Instead of saying that nothing is law unless it promotes the public good, we might want to say that nothing is law unless it purports to promote the public good, i.e., unless it presents itself as oriented in that direction. This is an aspirational or orientational idea, not a substantive one. It is nevertheless very significant*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 33-34. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

sucessão de normas autônomas, independentes; no Direito, não há um “*ano zero*”.⁵⁹³ Se adotarmos uma concepção crua de positivismo, estaremos fadados a compreender o Direito como “um amontoado de comandos”, ainda que seja impossível depreender qualquer sentido inteligível do conjunto.⁵⁹⁴ Ao Direito, segundo Waldron, não basta uma ideia fraca de coerência meramente institucional; o Direito é um sistema não somente em seu sentido institucional, mas num sentido “que tem a ver com lógica, coerência, e talvez até com aquilo a que Ronald Dworkin chama de ‘integridade’”.⁵⁹⁵ Na proposta de Waldron, portanto, um sistema jurídico legítimo é caracterizado também por um processo legislativo que respeite o ambiente jurídico no qual opera, sendo não apenas uma adição de novas leis a um amontoado de comandos apartados um do outro, mas “uma modificação do *corpus juris*”.⁵⁹⁶ É isso, afinal, que permite que a lei seja plenamente suscetível ao escrutínio público; a sistematicidade do Direito garante sua apresentação como um sistema unificado de governança que é coerente em si mesmo.

São esses cinco elementos, combinados um ao outro — (i) *cortes*, (ii) *generalidade e publicidade*, (iii) *positividade*, (iv) *orientação ao bem comum*, e (v) *sistematicidade* — que, para Waldron, caracterizam as exigências, os requisitos mínimos que um sistema deve observar para que seja um sistema legitimamente jurídico. Trata-se de uma questão de *dignidade*, de respeito à dignidade da argumentação e da racionalidade dos indivíduos cujo comportamento é regulado pelas normas do *corpus juris*; trata-se, portanto, de uma concepção na qual o *Direito* e o *rule of law* informam, definem, e protegem um ao outro, respeitando a liberdade e a dignidade de cada cidadão como um centro ativo de inteligência.⁵⁹⁷ Esse é o problema que Waldron identifica no positivismo casual, e seu débito para com Dworkin, se

⁵⁹³ “*Year Zero*”.

⁵⁹⁴ “*On the crudest positivist understanding, that is what the law of the society amounts to, that heap of commands, whether or not anyone can make sense of them all together*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 35. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹⁵ Grifos meus. “[L]aw is a system not only in an institutional sense, but in a sense that has to do with logic, coherence, and perhaps even what Ronald Dworkin has called ‘integridade’”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 36. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹⁶ “[L]egislation is not just the addition of a rule to the heap of laws; it is a modification of the *corpus juris*”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 36. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 38, 66. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

não fosse expresso, ficaria muito claro de qualquer forma. (Tomo liberdade para uma citação mais longa em razão de sua clareza e importância para meus pontos.)

Nenhuma teoria analítica do que é o Direito e o que diferencia um sistema jurídico de outras formas de governança pode ignorar [o caráter argumentativo] de nossa prática jurídica e o papel distinto que ele representa na consideração por parte de um sistema jurídico de seus cidadãos como centros ativos de inteligência. *A falácia do positivismo moderno* é sua ênfase exclusiva no aspecto de comando-e-controle do Direito, sem que se faça qualquer referência à *cultura argumentativa* que ele forma, incentiva e institucionaliza. O reconhecimento institucionalizado de uma série característica de normas pode ser um elemento importante. Mas, no mínimo, tão importante quanto *aquilo que nós fazemos no Direito com as normas que identificamos*. Nós não apenas obedecemos a elas ou aplicamos as sanções por elas prescritas; nós argumentamos adversariamente sobre elas, nós usamos nossas noções acerca do que está em jogo quando de sua aplicação para possibilitar um processo contínuo de troca de argumentos, e nós engajamo-nos em elaborados *exercícios interpretativos* sobre o que significa *aplica-las fielmente como um sistema aos casos que nos são apresentados*.⁵⁹⁸

Essa passagem é, a meu ver, paradigmática na obra de Waldron. Suas críticas ao positivismo casual, os elementos eminentemente *dworkinianos* latentes em sua proposta, a gravitação em torno de uma cultura argumentativa que define a prática jurídica.⁵⁹⁹ Sistemática, participação democrática, aplicação fiel das normas aos casos a partir da ideia de um *corpus juris* coerente. Subscrição ao argumento dos desacordos teóricos, recepção de uma abordagem valorativa-normativa, rejeição a uma ideia convencionalista a partir da qual o Direito, do ponto de vista conceitual, é uma questão de reconhecimento de normas do sistema. É com tudo isso em mente que Waldron rechaça um positivismo casual e orienta seus esforços à construção de uma proposta teórica diferente. E tudo isso, para mim, é mais, *muito mais*, do que (meramente) uma questão de um “positivismo normativo” (*i.e.*, aceitar um

⁵⁹⁸ Grifos meus, tradução livre. “*No analytic theory of what law is and what distinguishes legal systems from other systems of governance can afford to ignore this aspect [the argumentative character] of our legal practice and the distinctive role it plays in a legal system's respect for ordinary citizens as active centres of intelligence. The fallacy of modern positivism, it seems to me, is its exclusive emphasis on the command-and-control aspect of law, without any reference to the culture of argument that it frames, sponsors, and institutionalizes. The institutionalized recognition of a distinctive set of norms may be an important feature. But at least as important is what we do in law with the norms that we identify. We don't just obey them or apply the sanctions that they ordain; we argue over them adversarially, we use our sense of what is at stake in their application to license a continual process of argument back and forth, and we engage in elaborate interpretive exercises about what it means to apply them faithfully as a system to the cases that come before us.*”. WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 61. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 05 mar. 2019.

⁵⁹⁹ Esses pontos de convergência também ficam muito claros em WALDRON, Jeremy. Did Dworkin Ever Answer the Critics? In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 158-159.

positivismo inclusivo e prescrever um positivismo exclusivo). Waldron propõe uma teoria especializada e *democrática*: sua própria *democratic jurisprudence*.

3.2.2 *A democratic jurisprudence*

A palavra “*football*”, traduzida como “*futebol*”, pode ter significados distintos a depender do contexto. Veja-se: há muitos livros sobre o assunto *football* que tratam sobre aquilo a que chamamos de *futebol americano*, do tipo disputado nas faculdades dos Estados Unidos e, a nível profissional, na *NFL*.⁶⁰⁰ Igualmente, há muitos livros sobre *football* que tratam sobre o “nosso” futebol (*association football*; “*soccer*”, nos EUA), do tipo praticado por clubes como o Manchester United e o Dínamo de Kiev. Da mesma forma, há uma série de livros sobre *football* que tratam sobre o *rugby* neozelandês. Agora, há, ao mesmo tempo, pouquíssimos livros escritos para tratar do *football como tal* — da ideia de *football* como algo compartilhado pelo futebol americano, pelo futebol (“*soccer*”), pelo *rugby*. É fato que se pode desenvolver uma empreitada do tipo: não há nada de contraditório ou incoerente na ideia de um livro sobre *football* em geral, sobre aquilo que todos seus códigos específicos compartilham; mas o *interesse* nesse tipo de empreendimento seria “impressionantemente limitado”⁶⁰¹ se comparado aos estudos acerca da teoria e prática do *rugby*, do *soccer*, do futebol americano. É *nisso*, afinal, que as pessoas (com muita razão) têm interesse.⁶⁰²

“Será que não se pode dizer algo similar acerca da Teoria Geral do Direito [“*general jurisprudence*”], o estudo do Direito *como tal*?”. Afinal, há um sem número de livros, artigos, de material escrito “sobre direito romano, *common law*, direito canônico, direito islâmico, *lex mercatoria*, *civil law*, o direito do *laissez-faire*, o *Rechtsstaat*, direito administrativo, direito internacional, e por aí vai”.⁶⁰³ Em contraste com o exemplo do futebol, contudo, há, igualmente, uma série de livros e artigos que abordam o *Direito como tal*, na busca de uma definição acerca do que todos esses sistemas têm e guardam de relação entre si. No caso do exemplo, autores que tentassem escrever sobre o conceito de *football*, como tal, estariam

⁶⁰⁰ *National Football League*.

⁶⁰¹ “*Staggeringly limited*”.

⁶⁰² Cf. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? *Emory Law Journal*, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶⁰³ “*Might something similar be said about general jurisprudence, the study of law as such? There are lots of books and articles written on Roman law, common law, canon law, Islamic law, the lex mercatoria, civil law, the body of law associated with classic laissez faire, the Rechtsstaat, the law of the modern administrative state, international law, and so on*”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? *Emory Law Journal*, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

obrigados à produção de proposições vagas e abstratas como “todo *football* envolve regras que orientam o empreendimento de tentar mover uma bola de um lado do campo a outro contra um time adversário que tenta movê-la na outra direção”. *É exatamente o que acontece com os autores que se propõem a elaborar uma Teoria Geral do Direito*, que acabam por desenvolver proposições vagas e abstratas como “todo Direito envolve a governança de regras primárias por regras secundárias”.⁶⁰⁴ Waldron reconhece a importância do rigor analítico e do estudo teórico-conceitual acerca da natureza e dos fundamentos do Direito, mas entende também que o mesmo nível de “talento analítico”⁶⁰⁵ empregado por autores na busca de respostas a perguntas como “*O que é o Direito?*”, “*Qual é o conceito de sistema jurídico?*”, pode ser orientado a questões jurídicas mais substantivas. Nesse sentido, então, o autor sugere uma orientação a uma teoria jurídica mais especializada; uma *special jurisprudence*.

Poder-se-ia argumentar que uma teoria (mais) especializada exige, antes, uma Teoria Geral do Direito; falar sobre uma questão jurídica *específica* e/ou substantiva, afinal, exige, exigiria, e envolve(ria), antes, um conceito *geral* de Direito. Como falar, afinal, do direito inglês, por exemplo, sem que se saiba, antes, o que é *o Direito*, ponto? Contudo, assim como fez quando da discussão acerca do que vem antes entre *law* ou *rule of law*, Waldron diz que, de novo, não é necessariamente o caso que a ordem das coisas seja aquela que a lógica gramatical parece indicar. Esse é um importante pressuposto a servir de fundamento da proposta que Waldron desenvolve em sua teoria: em vez de uma Teoria Geral do Direito, uma *general jurisprudence*, uma teoria especial(izada): uma *teoria jurídica democrática* — uma *democratic jurisprudence*.

Na sua proposta de uma teoria democrática, Waldron não está interessado em uma abordagem jurídica acerca de tópicos como eleições, financiamento de campanhas, *etc.*; está interessado em uma teoria que indique como o Direito apresenta-se e deve apresentar-se em regimes democráticos. “Estou interessado”, diz Waldron, “em alguns elementos característicos do Direito em uma democracia”; não se trata de uma “análise do tipo gênero/espécie”, mas, sim, de demonstrar “como alguns dos elementos e teoremas enfatizadas pela abordagem eminentemente analítica do Direito *materializam-se* em uma teoria democrática”, de modo que, assim, dentro desse contexto, o *verdadeiro* sentido desses

⁶⁰⁴ Tradução livre e contextualizada. “*Just as our imagined writers about the general theory of football would have to produce vague and abstract propositions like, ‘All football involves rules governing the enterprise of trying to move a ball from one end of a field to the other, against the opposition of a team trying to move it in the other direction,’ so writers in general jurisprudence produce vague and abstract propositions like, ‘All law involves the governance of primary rules by secondary rules’*”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶⁰⁵ “*Analytical talent*”.

elementos teóricos, outrora (demasiadamente) abstratos, pode ser demonstrado,⁶⁰⁶ digamos (em termos *dworkinianos*), sob sua melhor luz.

3.2.2.1 A metodologia de uma teoria democrática

Um rápido ponto intermediário. Ao desenvolver seu argumento em favor de uma *democratic jurisprudence*, Waldron demonstra, de novo e de forma muito clara, seu distanciamento com relação ao positivismo metodológico tradicionalmente analítico. Afinal, a Teoria do Direito deve ser analítica ou normativa? Deve preocupar-se com o *valor* de certas práticas e instituições ou deve tão somente buscar *identificá-las* e *descrevê-las* de forma neutra e desengajada? Até aqui, ficou — espero ter ficado — claro que as diferenças entre as duas abordagens são muito bem definidas. Arquetipicamente, podemos tomar o debate Hart/Dworkin como dois polos opostos nessa questão. E Waldron? Em *The Concept and the Rule of Law*, e até mesmo nos escritos sobre um positivismo normativo, vimos que ele acaba por se afastar da proposta descritiva. Na exposição de sua *democratic jurisprudence*, Waldron expõe novamente o lado por ele tomado. “[A] abordagem puramente descritiva”, diz Waldron, “está equivocada”. Sua proposta, afinal, “explora as conexões e convergências entre o *valor* da democracia e o conceito de Direito”; a *democratic jurisprudence* de Waldron, portanto, vai ser “necessariamente” uma teoria valorativa, normativa. E, na visão dele, “em nada perde nesse sentido”.⁶⁰⁷

O que deve ainda ficar claro, porém, não é apenas que Waldron (*i*) opta por uma abordagem normativa; ele também (*ii*) *rejeita a proposta descritiva*. Dizer (*i*) não *necessariamente* quer dizer (*ii*), e (*ii*) é um importante elemento que reforça a rejeição de Waldron ao positivismo tradicional. Como vimos, em “*Can There Be a Democratic Jurisprudence?*”, Waldron diz que a abordagem puramente descritiva está “*equivocada*”.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ “I am interested in some distinctive features of law in a democracy. But instead of a straight genus/species analysis, I will show how some of the elements and theorems that are emphasized in the general analytic study of law come to life in democratic jurisprudence. I will argue that we can see the point of them in that context, whereas they seem rather mysterious abstractions in the context of the most general jurisprudential inquiry”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶⁰⁷ “I have said elsewhere that I think the purely descriptive approach is mistaken. The kind of democratic jurisprudence that I have in mind explores the connections and the consilience between the value of democracy and the concept of law. So a democratic jurisprudence is bound to be a value-laden jurisprudence, and in my view none the worse for that”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶⁰⁸ Referência à passagem anterior, mas agora com grifo meu.

Essa posição é reafirmada em um debate com Andrei Marmor,⁶⁰⁹ teórico do positivismo exclusivo que atribui à *jurisprudence* um caráter “basicamente *descritivo e moralmente neutro*”.⁶¹⁰

Em uma resposta a Marmor, que defende a ideia de que a Teoria do Direito deve, sim, ter um papel puramente descritivo e moralmente neutro, Waldron retoma sua analogia entre os termos “*Direito*” e “*democracia*”, sugerindo, uma vez mais, que — assim como sugeria Fuller — é possível conceber o Direito como um conceito essencialmente *funcional*; como consequência, também o Direito seria (já, de pronto) um conceito essencialmente *valorativo*.⁶¹¹ Exatamente como é o caso de “*democracia*”, Waldron sugere, também o Direito pode ter um conceito do tipo *denso* (“*thick*”, na terminologia de Bernard Williams ou, na referência de Waldron, Jonathan Dancy),⁶¹² ao envolver significados valorativos e descritivos

⁶⁰⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor’s *Philosophy of Law*. **Jerusalem Review of Legal Studies**, vol. 10, n. 01, 2014, pp. 81-92.

⁶¹⁰ Grifos meus. “[*Jurisprudence is still basically descriptive and morally neutral*”. MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 135.

⁶¹¹ Aqui, nesse sentido, cabe fazer referência às implicações que conceitos funcionais têm sobre a dicotomia fato/valor, tão essencial ao positivismo jurídico. Para tanto, retomo ponto de Alasdair MacIntyre, filósofo escocês. À tese de que nenhuma conclusão do tipo “*dever ser*” pode ser derivada a partir de premissas do tipo “*ser*” (“*No ‘ought’ conclusions from ‘is’ premises thesis*”), MacIntyre levanta um contra-argumento exatamente a partir dessa noção de conceitos funcionais. MacIntyre diz que, por exemplo, das premissas factuais (*f1*) “Este relógio é muito pesado para se carregar de maneira confortável” e (*f2*) “Este relógio é muito impreciso e irregular ao marcar as horas” deriva-se *logicamente* a conclusão *valorativa* (*v1*) “Este relógio é um mau relógio”. Da mesma forma, das premissas factuais (*f3*) “Ele é capaz de colher mais por acre lavrado do que qualquer outro fazendeiro do distrito”, (*f4*) “Ele tem o mais efetivo programa de renovação do solo que conhecemos” e (*f5*) “O leite de suas vacas ganha todos os prêmios da categoria” segue-se, de forma igualmente válida, a conclusão *valorativa* (*v2*) “Ele é um bom fazendeiro”. Esses argumentos, que derivam conclusões do tipo *ought* de premissas do tipo *is* são válidos precisamente por tratarem de conceitos funcionais: “fazendeiro” e “relógio” são ambos conceitos definidos em termos de seus propósitos, de suas funções. Se (*i*) MacIntyre tiver razão, e (*ii*) o Direito for mesmo um conceito funcional (como sugere Fuller, e como parece sugerir Waldron, a abordagem essencialmente (e *pretensamente*) “*descritiva*” de Marmor (e demais positivistas metodológicos) está desafiada. (“*From such factual premises as ‘This watch is grossly inaccurate and irregular in time-keeping’ and ‘This watch is too heavy to carry about comfortably’, the evaluative conclusion validly follows that This is a bad watch’. From such factual premises as ‘He gets a better yield for this crop per acre than any farmer in the district’, ‘He has the most effective programme of soil renewal yet known’ and ‘His dairy herd wins all the first prizes at the agricultural shows’, the evaluative conclusion validly follows that ‘He is a good farmer’. Both of these arguments are valid because of the special character of the concepts of a watch and of a farmer. Such concepts are functional concepts; that is to say, we define both ‘watch’ and ‘farmer’ in terms of the purpose or function which a watch or a farmer are characteristically expected to serve. It follows that the concept of a watch cannot be defined independently of the concept of a good watch nor the concept of a farmer independently of that of a good farmer; and that the criterion of something’s being a watch and the criterion of something’s being a good watch-and so also for ‘farmer’ and for all other functional concepts-are not independent of each other.*”) MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007, pp. 57-58.

⁶¹² Basicamente, conceitos “*thick*”, densos, são conceitos que combinam elementos valorativos e elementos não-valorativos (*i.e.* descritivos). A explicação é mais fácil através de um exemplo mais fácil. “Coragem” é um conceito que combina, ao mesmo tempo, uma *descrição* de firmeza em face de uma situação perigosa com a *recomendação da mesma conduta descrita* na forma de uma *virtude moral*. Cf. WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 140-141; DANCY, Jonathan. In *Defense of Thick Concepts*. FRENCH, Peter. A., UEHLING, Theodore. A., WETTSTEIN, Howard. K. (eds.). **Midwest Studies in Philosophy**, vol. xx: Moral Concepts. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996,

inter-relacionados. Essa ideia, do Direito como um conceito *thick* (e, sobretudo, *funcional*) permeia a obra de Waldron. Em outras passagens, o autor atribui o caráter *funcional* ao conceito de Direito através daquilo que chama de *hospital thesis*: só se pode compreender adequadamente o termo “*hospital*” se considerado *para que serve um hospital*; descrever um estabelecimento como um hospital implica em reconhecer a promessa de cuidado. Não é o mesmo com o Direito, que talvez prometa, no mínimo, uma *orientação* ao bem comum?⁶¹³ (Lembremos que Waldron sugere ser precisamente esse o caso.)

Para além disso, a desconfiança de Waldron com relação a uma *jurisprudence* puramente descritiva fica ainda mais clara na discussão que permeia grande parte do debate Waldron/Marmor: a tese de Waldron (e Stephen Perry) de que já em Hart o positivismo acabava por trazer consigo, inevitavelmente, elementos de cunho normativo — evidenciando, assim, o caráter *thick* do conceito de Direito. Em Hart, o conceito de *regras secundárias*⁶¹⁴ inclui uma dimensão essencialmente *valorativa*, na medida em que — nos próprios termos *hartianos* — a evolução de um sistema pré-jurídico para um sistema jurídico traria consigo (i) certos riscos (e.g. abuso de autoridade) e, ao mesmo tempo, (ii) benefícios (e.g. eficiência, segurança jurídica) para uma sociedade. Para Waldron,⁶¹⁵ e para Stephen Perry,⁶¹⁶ a ideia de *evolução*, de “*defeitos*”,⁶¹⁷ de “riscos” e “benefícios” (*morais*) “*provam falsa*” a reivindicação de Hart de um engajamento em uma teoria puramente descritiva.⁶¹⁸

Andrei Marmor rebate a tese de Waldron e Perry alegando que Hart estaria tão somente dizendo que a sociedade jurídica, em comparação com a sociedade pré-jurídica, tem um *Direito* melhor, e não que ela é uma *sociedade* melhor (do ponto de vista moral); segundo Marmor, Hart diz que *o Direito, somente o Direito enquanto Direito* é mais eficiente após a evolução por meio da emergência de regras secundárias, e que isso não prejudica a abordagem

p. 263; VÄYRYNEN, Pekka. Thick Ethical Concepts In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/thick-ethical-concepts/>>. Acesso em 06 mar. 2019.

⁶¹³ Cf. WALDRON, Jeremy. Legal and political philosophy. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 371.

⁶¹⁴ Cf. item 2.1.1.2. desta pesquisa.

⁶¹⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. All We like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. xii, n. 01, jan. 1999, pp. 169-186; WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 429.

⁶¹⁶ Cf. PERRY, Stephen. Hart's Methodological Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 311-354.

⁶¹⁷ “*Defects*”.

⁶¹⁸ Grifo meu. “[A]s Stephen Perry has rightly pointed out, [the thesis of advantages (and disadvantages) of legal over pre-legal] gives the lie to Hart's claim to be engaged in a purely descriptive jurisprudence”. WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 429.

descritiva, neutra, de Hart.⁶¹⁹ (De pronto, em si, o argumento de Marmor, ainda que correto com relação à proposta de Hart, não me convenceria — dizer que o Direito é *melhor*, ainda que melhor *qua* Direito, já me parece prejudicar a proposta puramente descritiva.) Waldron, por sua vez, apresenta bons argumentos contra o ponto de Marmor: diz, recorrendo a passagens do próprio Hart, que uma sociedade pré-regras secundárias talvez *sequer tenha Direito* (do contrário, talvez não fosse chamada por Hart de “*pré-jurídica*” (“*pre-legal*”), o que faz com que a transição não seja de um *Direito* pior para um *Direito* melhor, mas de uma *situação social* pior para uma *situação social* melhor, *melhorada pelo Direito*. Hart, então, *realmente está dizendo* que as regras secundárias melhoram a sociedade da qual elas passam a fazer parte.⁶²⁰

Seja como for, o que importa *mesmo* é o seguinte: Waldron não quer negar, ou desconsiderar, a importância de uma abordagem teórica desengajada. Quer, sim, insistir que, ao contrário do que diz Marmor, um desengajamento radical seja “a missão definitiva” da *jurisprudence*;⁶²¹ e que, afinal, se o positivismo tem razão ao dizer que o Direito, com todas suas vantagens, *pode ser* injusto, ele tem uma tarefa — uma tarefa *moral* — de explicar essa possibilidade.⁶²² Como dito, além de abrir espaço ao reconhecimento do Direito como um conceito funcional, Waldron define sua própria *democratic jurisprudence* como uma teoria essencialmente normativa, valorativa; e sua visão, lembremos, é a de que ela “em nada perde nesse sentido”.⁶²³ (Essa é a visão de Waldron; a *minha* é a de que não só ela *não perde* como tem muito a *ganhar*.)

⁶¹⁹ Cf. MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 119.

⁶²⁰ “*Indeed Hart is inclined to wonder whether the pre-secondary-rules society he hypothesizes has law at all; with the addition of secondary rules we do not move from worse law to better law, we move from a worse social situation to a social situation ameliorated by law in the true sense. So Marmor has misled us about what Hart is claiming. Hart really is saying that the secondary rules characteristic of law on his conception improve society. And so he really is doing what Marmor says he would be doing if the Waldron/Perry reading were correct*”. WALDRON, Jeremy. Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor’s *Philosophy of Law*. **Jerusalem Review of Legal Studies**, vol. 10, n. 01, 2014, pp. 81-92.

⁶²¹ “*I do not want to deny that there is room for a theoretical approach to law that is more detached than that. But I do want to insist, in the light of Hart’s comments, that it is probably a mistake to regard such radical detachment as definitive of the mission of the philosophy of law*”. WALDRON, Jeremy. Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor’s *Philosophy of Law*. **Jerusalem Review of Legal Studies**, vol. 10, n. 01, 2014, pp. 81-92.

⁶²² Cf. WALDRON, Jeremy. All We like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. xii, n. 01, jan. 1999, pp. 169-186.

⁶²³ “*I have said elsewhere that I think the purely descriptive approach is mistaken. The kind of democratic jurisprudence that I have in mind explores the connections and the consilience between the value of democracy and the concept of law. So a democratic jurisprudence is bound to be a value-laden jurisprudence, and in my view none the worse for that*”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

3.2.2.2 O positivismo revisitado (por que não a integridade?)

Waldron e Dworkin compartilham, então, um *acordo* a partir dos *desacordos*. Waldron *concorda* com Dworkin com relação ao argumento dos desacordos teóricos: o positivismo (metodológico, semântico, casual, tradicional...) falha, entre outras coisas, (também) por ser incapaz de levar em conta o caráter essencialmente *argumentativo*, *interpretativo*, da prática jurídica. O Direito, afinal, não é (apenas) uma questão de (reconhecimento e aplicação) de normas; é também uma questão de argumento, de discussão, de debate acerca do modo por meio do qual a aplicação dessas normas deve ser feita. Igualmente, tanto para Dworkin quanto para Waldron, o positivismo é demasiadamente complacente com relação aos requisitos mínimos para que um sistema possa qualificar-se enquanto sistema *jurídico*.

Como vimos, contudo, Waldron não é um interpretativista (no sentido *dworkiniano*) *all the way down*. Se o fosse, ainda que sua teoria seja mesmo apta de qualificação como uma terceira via possível — como me parece ser o caso —, Waldron dificilmente teria expressado tamanha identificação com uma vertente normativa de positivismo. E essa identificação (que o leva a ser rotulado como positivista, como vimos nos exemplos de autores como Gargarella, Martí, e, no Brasil, Georges Abboud) levanta dúvidas legítimas: afinal, ainda que o positivismo de Waldron seja (fosse) *normativo*, suas críticas ao positivismo que chama de *casual* não são por demais contundentes? Não há elementos *dworkinianos* suficientes em sua obra que o colocam em uma posição difícil para defender o positivismo, *qualquer que seja sua pretensão metodológica*? É nesse ponto que surge uma certa divergência entre Waldron e Dworkin; diferença teórica que (i), relacionada às suas concepções de democracia, têm as implicações práticas que veremos no próximo capítulo, e (ii) ajuda-me sobremaneira a explicitar, a partir da diferença própria, o caminho exato tomado por Waldron em face do debate Dworkin/positivismo.

Em Dworkin, as falências, as insuficiências do positivismo tradicional levam-no a rejeitá-lo em todo seu corpo teórico e todas suas premissas; em Waldron, essas mesmas insuficiências são o que exigem uma *releitura* do que pode haver de *valioso* nas premissas positivistas. A melhor definição, afinal, é a seguinte: Waldron não é um positivista; Waldron faz uma *releitura* do positivismo e adota algumas de suas premissas, *já reinterpretadas*, como

seu *ponto de partida* para a construção da *democratic jurisprudence*. Waldron: “Eu tenho mais fé que Dworkin na teoria positivista, e [...] uso seu corpo teórico como *meu ponto de partida* na exploração das *possibilidades* de uma *democratic jurisprudence*”. O autor segue dizendo não estar sugerindo que só há teoria democrática com positivismo, ou que o positivismo leva necessariamente a uma teoria democrática; o que ele diz, sim, é que a *democratic jurisprudence*, já constituída, permite, ela própria, uma “*interessante interpretação* de alguns elementos do positivismo contemporâneo que parecem *um pouco estranhos* quando tomados isoladamente”.⁶²⁴ Quais são esses elementos?

Waldron, acertadamente, define o positivismo — a teoria positivista — a partir de seus três elementos característicos: (i) Uma preocupação com as *fontes* das normas jurídicas; (ii) Uma ênfase no *reconhecimento* das normas enquanto normas jurídicas (e.g. regra de reconhecimento em Hart); e, claro, (iii) A tese da separabilidade entre Direito e Moral (i.e. uma norma é, pode ser jurídica independentemente de seu conteúdo moral). Muito bem. O próprio Waldron segue dizendo que a *democratic jurisprudence* por ele articulada “toma um caminho diferente” das formas tradicionais de positivismo, com base em *dois novos elementos*: (iv) O caráter fundamentalmente *público* do Direito, ao qual o positivismo — ao entender as normas jurídicas como normas reconhecidas por uma elite participante do sistema — dá atenção *insuficiente*, e, no mesmo sentido, (v) A *generalidade* das normas jurídicas, também deixada de lado pelas teorias positivistas. (Aqui, lembremos que, em Waldron, em sua associação entre os conceitos de Direito e império da lei, o caráter *público* e *geral* das normas passa a ser um *requisito* de um sistema jurídico legítimo.)

Dáí por que o positivismo é um possível ponto de partida para a proposta *waldroniana* de uma teoria democrática: o autor sugere que quando se coloca os elementos (iv) e (v), publicidade e generalidade, ao lado de uma *releitura democrática* dos elementos (i) e (ii), tese das fontes e reconhecimento das normas, emerge uma *democratic jurisprudence* — uma teoria que trata o elemento positivista (iii), tese da separabilidade, não como uma ideia conceitual *austiniana*, mas a partir da ideia de que, em uma democracia, é preciso saber separar a proposição de que (p1) Uma norma foi adotada *da forma certa* (do ponto de vista *procedimental*) de uma proposição (p2) A *norma certa* foi adotada. Trata-se, afinal,

⁶²⁴ Grifos meus. “I have more faith in positivist jurisprudence than Dworkin does, and in what follows, I shall use that body of theory as a starting point in my exploration of the prospects for a democratic jurisprudence. I do not mean to suggest that there can be no democratic jurisprudence except a positivist one. Nor do I mean to suggest that democracy is positivism’s destiny. The most I will claim is that democratic jurisprudence provides an interesting interpretation of some features of contemporary legal positivism that look a little odd standing on their own”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

exatamente de uma releitura dos pressupostos positivistas com uma ênfase muito maior nos elementos que Waldron considera necessários a um sistema jurídico digno do nome.⁶²⁵ E, na medida em que o próprio autor define o positivismo normativo como *aceitação das teses inclusivistas + prescrição das teses exclusivistas*, parece-me muito claro que a proposta de Waldron está para muito além disso. (Não me parece sem razão, pois, que Waldron use sempre o termo *democratic jurisprudence*, e não mais *positivismo normativo/ético*.)

Ao mesmo tempo, porém, em que Waldron concorda com Dworkin com relação ao caráter essencialmente argumentativo da prática jurídica — e, portanto, compartilhe das críticas interpretativistas ao positivismo —, acredito que sua maior insistência nas possibilidades *democráticas* de uma *releitura* de certos pressupostos positivistas tem a ver com algumas de suas ressalvas à concepção *dworkiniana*. Waldron é mais otimista que Dworkin com relação ao positivismo (como um ponto de partida, frise-se), mas bastante mais pessimista com relação ao ideal de integridade.

Segundo Waldron, o processo decisório de um juiz *dworkiniano* (Hércules) é demasiadamente difícil: “cada juiz deve, idealmente, considerar a gama completa de analogias possíveis (locais e remotas) entre o caso à sua frente e outros casos que podem ter sido decididos pelas cortes”; sendo assim, as “*exigências da integridade*” acabam por estabelecer uma série de questões cuja resolução torna-se praticamente impossível. (Não sendo, portanto, por menos que Dworkin tenha batizado seu juiz hipotético com o nome de um semideus.) E, na medida em que essas questões tornam-se inevitavelmente mais e mais complexas, é muito possível que dois juízes *igualmente responsáveis e de boa-fé* cheguem a resultados diferentes. “[Q]uando as questões são mais complexas e os ônus de julgamento maiores, desacordos são quase inevitáveis”.⁶²⁶ Waldron ilustra seu ponto no seguinte sentido: imagine dois juízes, chame-os de *Hércules* e *Heraclea*; Hércules⁶²⁷ é um juiz liberal; *Heraclea*, uma juíza

⁶²⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶²⁶ “*That is why the decision-problem faced by a Dworkinian judge is so difficult: each judge ought ideally to consider the full range of possible analogies (local and remote) between the case in front of him or her and other cases that have been decided by the courts. The requirements of integrity define an almost impossibly difficult array of questions for each judge to consider in Dworkinian jurisprudence. (This is why the judges are named for demigods.) It is to be expected that different judges reasoning their way to their utmost ability through these questions—reasoning competently and in a scrupulously objective spirit — will come up with different answers. [...] [W]here the questions are more complex and the burdens of judgment greater, disagreement is almost inevitable*”. WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 09, n. 01, 2008, pp. 185-216.

⁶²⁷ Sobre o juiz Hércules e Waldron, uma curiosidade: Waldron, em breve nota, diz que, por vezes, reflete e questiona-se se não teria sido mais interessante que Dworkin tivesse optado por um *advogado ideal* em vez de um juiz ideal, de modo a considerar também a presença de argumentos *adversariais* contrários a serem refutados — o que não ocorre no caso de um juiz que escreve sua *opinion* de seu gabinete. Cf. a nota n. 62 em

conservadora. *Ainda que ambos adotem a integridade como sua concepção*, e sigam os passos por ela prescritos, e obedeçam *in their hearts of hearts* todas suas exigências — ou seja, *ainda que o raciocínio subjacente a seus processos decisórios não seja arbitrário* —, *ainda assim* casos similares podem ter respostas diferentes.⁶²⁸ (Note-se que isso não é nenhuma injustiça de Waldron para com a proposta de Dworkin: os juízes *dworkinianos* consideram, sim, seus princípios próprios de moralidade e justiça; é verdade, apenas aqueles que acreditem, de boa-fé, fazerem parte de uma *interpretação geral coerente* da cultura jurídica e política da comunidade em questão.⁶²⁹ Ainda assim, princípios próprios. Da mesma maneira, o próprio Dworkin diz, expressamente, que as razões que sustentam as exigências da integridade persistem mesmo quando juízes discordam sobre a melhor interpretação da ordem política — admitindo, portanto, ao menos a possibilidade do cenário ilustrado por Waldron.)⁶³⁰

Alguém poderia dizer que voltamos ao início: a saída, então, seria a *prescrição* de um tipo de positivismo exclusivo, eliminando todo tipo de raciocínio moral que permeia o raciocínio judicial e recorrendo a leis mais facilmente aplicáveis, não?⁶³¹ Não exatamente. O mérito de Waldron — *um dos méritos* de Waldron — está em perceber que as coisas não são tão simples.⁶³² A interpretação e o caráter argumentativo, a *moralidade própria*, esses elementos são inescapáveis à prática jurídica. Afinal, “[o] que nós temos” no raciocínio

WALDRON, Jeremy. Did Dworkin Ever Answer the Critics? In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 171.

⁶²⁸ Ver a seguinte passagem: “*Suppose Hercules is a liberal (i.e., suppose he is convinced that certain liberal positions are the objectively right answers to exactly the questions that his role requires him to address). He will be aware that some defendants will think themselves lucky to have his Dworkinian reasoning deciding their case rather than the Dworkinian reasoning of another well-known judge (called Heraclea), who articulates and argues — in the same objective spirit — for different (more conservative) postulates of justice and different (more conservative) interpretations of the relation between one precedent and another. And Hercules may be aware that parties may sometimes complain that they have been unfairly treated because they did not get the benefit of his liberal reasoning as other people did, in cases similar to theirs*”. Em WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 09, n. 01, 2008, pp. 185-216.

⁶²⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 02.

⁶³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Londres: Belknap Press, 1986, pp. 239, 264, 412. (“*We want our officials to treat us as tied together in an association of principle, and we want this for reasons that do not depend on any identity of conviction among these officials, either about fit or about the more substantive principles an interpretation engages. Our reasons endure when judges disagree, at least in detail, about the best interpretation of the community’s political order, because each judge still confirms and reinforces the principled character of our association by striving in spite of the disagreement, to reach his own opinion*”. “*I have not devised an algorithm for the courtroom. No electronic magician could design from my arguments a computer program that would supply a verdict everyone would accept once the facts of the case and the text of all past statutes and judicial decisions were put at the computer’s disposal*”).

⁶³¹ “*It is tempting to see the musings of this Article as prelude to an argument for something like Exclusive Legal Positivism. The argument would go as follows: So long as there are prominent elements of moral reasoning in law, the outcomes of law-suits are bound to depend on the happenstance of a given case’s being argued before one judge rather than another. So let us eliminate that element altogether, and replace the sort of jurisprudence that calls for moral reasoning with a body of easily applicable law that does not*”. WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 09, n. 01, 2008, pp. 185-216.

⁶³² “*I am not sure this would improve the situation any more than integrity does*”. WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 09, n. 01, 2008, pp. 185-216.

judicial “é uma *mistura*”; uma mistura que, “em sua *riqueza e textura*, difere-se *consideravelmente* tanto de um raciocínio *puramente* moral quanto da versão de raciocínio ‘*letra-da-lei*’ que certos *positivistas ingênuos* podem imaginar.”⁶³³ Mais um importante ponto de transcendência de Waldron para com o positivismo, mesmo que em uma vertente normativa.

Seja como for, e ainda que rejeite o positivismo, Waldron dá mais valor que Dworkin aos ideais democráticos *que o próprio Dworkin reconhece e identifica*⁶³⁴ no positivismo em suas origens; ideais que, na concepção de Waldron, talvez sejam (mais) garantidos, melhor observados, se certos princípios democráticos que podem ser extraídos dos ideais positivistas clássicos (ou da releitura de teses positivistas modernas) sejam reforçados. Não se trata de rejeitar a integridade, mas de revitalizar a preocupação positivista com questões como *previsibilidade, autoridade*, e, sobretudo, *coordenação social e resolução de disputas e desacordos*. Coordenação social e resolução de desacordos é o que serve de ponte ao próximo tópico de discussão; afinal, se tanto Waldron quanto Dworkin desenvolvem, cada um à sua maneira, teorias jurídicas *normativas, e democráticas*, é natural que seus pressupostos teóricos tenham repercussões e consequências práticas; e se ambos dão ênfases diferentes, em níveis diferentes, a *princípios diferentes*, também esse desacordo terá consequências práticas.

Retomando a frase que serve de epígrafe à *Introdução* desta pesquisa: para Waldron, já passa da hora de a filosofia jurídica acordar para questões substantivas; chega de discutir o que Hart disse ou devia ter dito a Dworkin.⁶³⁵ Waldron parece sofrer do mesmo “*problema*” (ao menos, era um problema para John Gardner) que sofria Dworkin: a ideia de que a filosofia no Direito deve ser interessante.⁶³⁶ E se ambos *concordam* que a *jurisprudence* pode ser algo interessante, passemos àquilo que, *interessantemente*, materializa o seu *desacordo*: o *judicial review* (*i.e.* o controle difuso de constitucionalidade do tipo praticado nos Estados Unidos).⁶³⁷

⁶³³ Tradução livre, grifos meus. “*What we have [with legal reasoning] is a mélange of reasoning [...] which, in its richness and its texture, differs considerably from pure moral reasoning as well as from the pure version of black-letter legal reasoning that certain naïve positivists might imagine*”. WALDRON, Jeremy. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 02-24.

⁶³⁴ Dworkin atribui uma tônica democrática ao positivismo clássico, sobretudo em sua versão *benthamiana*. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 211.

⁶³⁵ WALDRON, Jeremy. “Partly Laws Common to All Mankind”. *Foreign Law in American Courts*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012, p. 23.

⁶³⁶ Em *Justice in Robes*, Dworkin conta um episódio em que, em um encontro com John Gardner em Oxford, disse pensar que a filosofia jurídica deve ser interessante. Gardner, incrédulo, teria respondido algo como “*Vê? Esse é seu problema!*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006, p. 186.

⁶³⁷ Mantenho a expressão original em vez de traduzi-la para evitar possíveis confusões com o controle judicial de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, é preciso que fique claro que falo do controle difuso de constitucionalidade nos EUA — que nasce da *Supremacy Clause* (VI, 2) da Constituição Norte-Americana, que exige de cada juiz a observância da supremacia do texto constitucional — em razão das características próprias da Constituição do país, muito diferente da nossa, analítica por excelência.

Do *acordo* com relação aos *desacordos* em Direito, passemos ao *desacordo* entre Waldron e Dworkin que se dá a partir do *acordo* de ambos sobre a necessidade de uma teoria normativa, interessante, democrática.

3.3 WALDRON E DWORKIN: DESACORDOS A PARTIR DOS ACORDOS

Antes, vimos que Waldron, embora concorde com Dworkin com relação às insuficiências do positivismo tradicional, propõe uma releitura democrática de teses tipicamente identificadas como teses positivistas; vimos que Waldron diz ter “mais fé” que Dworkin no positivismo, de forma que utiliza seu corpo teórico como um “ponto de partida” na construção de uma nova teoria democrática.⁶³⁸ Agora, retomando essa mesma passagem, é importante destacar uma das razões que Waldron identifica em Dworkin como (uma das) justificativa(s) para seu (maior) ceticismo com relação aos pressupostos positivistas:

Ronald Dworkin observa que o positivismo jurídico costumava ser associado a valores democráticos — na obra de Jeremy Bentham, por exemplo, ou na teoria jurídica progressista nos Estados Unidos na primeira parte do séc. xxi. [Aqui, Waldron refere-se à passagem já por mim mencionada de *Justice in Robes*, em que Dworkin fala sobre os valores subjacentes ao positivismo *benthamiano*.] Dworkin pensa que essa conexão foi *perdida* — em parte porque ele *associa a democracia a uma teoria jurídica de direitos reforçados pelo Judiciário* (e os positivistas, na sua visão, nunca foram muito contundentes nesse sentido), e em parte porque ele pensa que os filósofos analíticos, em seu posto de guardiões do último suspiro do positivismo, voltaram-se contra qualquer tipo de conexão política.⁶³⁹

Waldron concorda com Dworkin em apontar que os filósofos analíticos erram ao abandonar as conexões entre *jurisprudence* e teoria política; só que — e este é o ponto — *discorda fundamentalmente que a democracia esteja necessariamente associada a uma concepção de direitos reforçados pelo Poder Judiciário*. O acordo e o desacordo: para Dworkin e Waldron, (i) a teoria jurídica *pode e deve ser* liberal-democrática, mas ambos (ii) discordam sobre a

⁶³⁸ “I have more faith in positivist jurisprudence than Dworkin does, and in what follows, I shall use that body of theory as a starting point in my exploration of the prospects for a democratic jurisprudence”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

⁶³⁹ Grifos meus. “Ronald Dworkin has observed that legal positivism used to be associated with democratic values—in the work of Jeremy Bentham, for example, or in American Progressive jurisprudence in the first part of the twentieth century.²⁴ Dworkin thinks that this connection has been lost—partly because he associates democracy with a jurisprudence of rights enforced by the judiciary (and positivists, in his view, have never been strong on that) and partly because he thinks that analytic legal philosophers have turned against any sort of political connection in their capacity as guardians of positivism’s death rattle”. WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

melhor interpretação da ideia de *democracia* — que, afinal, é um termo contestável⁶⁴⁰ *par excellence* — e a atuação do Poder Judiciário dentro de suas perspectivas distintas.

3.3.1 Democracia e *judicial review*

As críticas de Waldron ao *judicial review* constituem, fundamentalmente, a parcela mais conhecida e discutida de sua teoria, especialmente em nosso contexto acadêmico (sendo “*nosso*” o contexto latino-americano). Trazê-la aqui, portanto, é importante por uma série de aspectos: (i) a própria relevância do assunto já torna importante a discussão, e (ii) demonstra que a proposta de *democratic jurisprudence* de Waldron tem repercussões práticas significativas. Além disso, trata-se (iii) da materialização do desacordo político-filosófico entre Waldron e Dworkin, de modo que explicar a posição do primeiro torna-se mais fácil se abordada em contraste com os argumentos do segundo.

Muito bem. Qual é o contexto do debate? Dworkin e Waldron concordam com relação à questão dos desacordos *teóricos* em Direito. Mas, uma vez resolvida a questão conceitual — e resolvida em favor de um Direito entendido como prática interpretativo-argumentativa —, como devem ser resolvidas as questões *morais* e *institucionais*? Dito de outro modo: como deve o Direito responder aos desacordos morais profundos em sociedades modernas? Afinal, se há poucos consensos em sociedade, paradoxalmente, um deles é precisamente o fato de que *discordamos* entre nós mesmos. Discordamos: todos concordam com isso. Somos muitos e são muitos nossos desacordos. “Não discordamos apenas sobre a existência de Deus e o sentido da vida”, diz Jeremy Waldron; “discordamos também sobre o que conta como termos

⁶⁴⁰ “*Democracia*” é exatamente o termo que Waldron toma como exemplo para explicar a definição de *contestabilidade*: “Um predicado *P* é contestável se (1) não for implausível dizer tanto ‘algo é *P* se também for *A*’ quanto ‘algo é *P* se também for *B*’ como *explicações alternativas* do significado de *P*; se (2) também houver um elemento *e** de *força valorativa ou normativa atrelada ao significado* de *P*; e se (3) como consequência de (1) e (2), houver um histórico do uso de *P* de forma a significar *padrões ou princípios rivais*, tais como ‘*A é e**’ e ‘*B é e**’. Exemplo: O termo ‘*democracia*’ é contestável porque (1) enquanto é plausível explicar seu significado em termos de representação, não é implausível explicá-lo em termos de participação direta; (2) o termo tem um sentido valorativo favorável (*e** = ‘*deve ser promovido*’, etc.) e (3) há, como consequência de (1) e (2), um histórico de usos do termo para reivindicar princípios políticos rivais, tais como ‘*Todo sistema político deve ter uma estrutura representativa*’ e ‘*Devemos encorajar a participação popular direta no governo*’”. (Grifos meus, tradução livre: “A predicate *P* is contestable if (1) it is not implausible to regard both ‘something is *P* if it is *A*’ and ‘something is *P* if it is *B*’ as alternative explications of the meaning of *P*; and (2) there is also an element *e** of evaluative or other normative force in the meaning of *P*; and (3) there is, as a consequence of (1) and (2), a history of using *P* to embody rival standards or principles such as ‘*A is e**’ and ‘*B is e**.’ Example: The term ‘*democracy*’ is contestable, because (1) while it is plausible to explicate its meaning in terms of representation, it is also not implausible to explicate its meaning in terms of direct participation in government; (2) the term has a favorable evaluative meaning (*e** = ‘ought to be promoted,’ etc.); and (3) there is, as a consequence of (1) and (2), a history of using the term ‘*democracy*’ to embody rival political principles such as ‘Every political system should have a representative structure’ and ‘We ought to encourage direct popular participation in government’”. WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. **California Law Review**, vol. 82, n. 03, 1994, pp. 509-540.)

justos de *cooperação entre pessoas que discordam* sobre a existência de Deus e o sentido da vida”. “Discordamos”, portanto, “também sobre o que devemos uns aos outros como uma questão de tolerância, respeito, cooperação e auxílio mútuo”.⁶⁴¹ Discordamos, portanto, sobre *justiça* e sobre *moralidade política*. Isso significa dizer que nossos desacordos não se dão somente com relação a questões que dizem respeito a nós próprios e ninguém mais. Nossas divergências relacionam-se também com aquilo que corresponde à melhor maneira de *resolver essas divergências próprias*, especialmente em sociedades formadas por cidadãos que sustentam diferentes perspectivas e concepções de justiça, de moralidade, do *bom*, do *justo*, do *certo*. E se o Direito é essencialmente argumentativo, nossos desacordos sobre, digamos, nosso sistema tributário não se encerram em uma lei que o organize; porque *também haverá desacordos* quando discutirmos o *sentido autêntico* por trás da norma, *a melhor interpretação* do significado subjacente à diretriz legislativa. É precisamente por isso que não basta definir o Direito com uma das instâncias responsáveis por regular nossos desacordos; é necessário também que se diga *como*.

Se é verdade, então, que Dworkin e Waldron concordam tanto (i) com relação ao papel que o Direito preenche nesse sentido — um papel de resolução *democrática* — quanto (ii) com relação à sua natureza interpretativa, argumentativa, também é verdade que ambos discordam com relação a algumas das perguntas que surgem *exatamente a partir desse acordo inicial*. Cada um deles, portanto, responde de forma diferente à pergunta que poderíamos elaborar da seguinte forma: se (i) o Direito é uma das instâncias que regulam nosso comportamento, e deve exercer sua função de maneira democrática; e (ii) enquanto sociedade, discutimos sobre a melhor interpretação desse exercício democrático, qual deve ser, então, o papel, (i) de um lado, dos legisladores, do Parlamento, e, (ii) de outro, dos juízes e das Cortes nisso a que chamamos ‘Direito’ e conferimos a competência de resolver nossos desacordos? Em outras palavras, e simplificando: *do ponto de vista institucional e democrático, quem deve ter a última palavra na resolução de nossos desacordos morais em sociedade?* A resposta de cada um dos autores, ao mesmo tempo, *indica* e também (já) *pressupõe* suas concepções de democracia.

Já tivemos uma pista, quando mencionada a passagem em que Waldron a ele atribui uma visão em favor de direitos reforçados pelo Judiciário, que, para Dworkin, não há que se

⁶⁴¹ “There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual-aid”. Com essas palavras, Waldron abre sua *magnum opus*. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 01.

falar em ofensa à democracia quando questões de direitos são resolvidas pelas Cortes. Em Dworkin, a democracia liberal é algo que transcende as noções que envolvem apenas um ideal (meramente) majoritário. Direitos (individuais, políticos) funcionam como “*trumps*”, como “trunfos” em face de argumentos que, porque baseados em (pré-)argumentos anteriores de cunho majoritário, podem muitas vezes carregar um viés utilitário-instrumental intrínseco.⁶⁴² A regra da maioria não tem qualquer valor por si só e em si mesma.⁶⁴³ É essencialmente com base nessas premissas de fundo, e *em razão delas*, que Dworkin sustenta que, em muitas questões sensíveis — tais como questões que envolvam relações raciais,⁶⁴⁴ por exemplo — “legisladores estão *sujeitos a pressões* às quais juízes não estão”; razão pela qual teríamos boas razões “para supormos que juízes estão mais propensos a chegar em *conclusões sensatas* sobre direitos”.⁶⁴⁵ Afinal — dirá Dworkin —, o processo majoritário, mesmo quando esclarecedor, “encoraja *compromissos* que podem *subordinar* importantes questões de princípio”.⁶⁴⁶ “É verdade”, Dworkin reconhece, “que quando controvérsias políticas são decididas por legislaturas” é “provável” que a decisão seja orientada por aquilo que a maioria deseja — o que seria obviamente “desejável quando uma questão volta-se ao que está no interesse da comunidade como um todo”. Em certos casos, é verdade, “os números devem contar”. Mas nem sempre: quando se estiver a discutir questões de “princípio fundamental”, como é o caso de decidir se os negros têm ou não um direito constitucional de proteção contra a discriminação, “é importante que o público participe da decisão não porque a comunidade deve chegar à decisão favorecida pela maioria”, mas porque “o respeito próprio exige que as pessoas participem como parceiros em uma empreitada comum do argumento moral sobre as regras sob as quais vivem”. Há uma diferença, portanto, entre o *poder* de um (único) cidadão sobre uma decisão coletiva — um poder praticamente “ilusório” em um país populoso — e seu *papel* enquanto agente moral, que é, por vezes “melhor protegido se os mecanismos de decisão não são, em última instância, majoritários”.⁶⁴⁷

⁶⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 59, 68, 82. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 01-37.

⁶⁴³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 348.

⁶⁴⁴ O exemplo é do autor.

⁶⁴⁵ Grifos nossos, e tradução livre para “*legislators are subject to pressures that judges are not, and this must count as a reason for supposing that, at least in such cases, judges are more likely to reach sound conclusions about rights*”. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 25.

⁶⁴⁶ Grifos meus. “*Even when the debate is illuminating [...] the majoritarian process encourages compromises that may subordinate important issues of principle*”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 30.

⁶⁴⁷ Trecho adaptado e traduzido livremente da seguinte passagem: “*It is true, of course, that when political controversies are decided by legislatures or other elected officials, the decision is likely to be governed by what most people want. That is desirable when an issue turns on the question of what is in the best interests of the*

Nesse sentido, o argumento de Dworkin é “teorético”, “*institucional*”,⁶⁴⁸ e, sobretudo, um argumento de moralidade política. Na medida em que é *a própria democracia* que exige a proteção de direitos individuais,⁶⁴⁹ o *judicial review* é uma prática (autenticamente) democrática que responde às insuficiências do majoritarismo, aparecendo como um elemento característico da democracia norte-americana; um elemento “invejado” e “copiado”, que “força o debate político a incluir argumentos sobre princípios, não apenas quando um caso chega à [Suprema] Corte mas também muito antes e muito depois”.⁶⁵⁰ É, portanto, uma prática *democrática*, e democrática porque retira algumas discussões do “campo de batalha” da “política do poder” e leva essas mesmas questões ao “*fórum de princípio*”, prometendo que os conflitos mais profundos e fundamentais entre indivíduo e sociedade serão tratados como “questões de justiça”.⁶⁵¹ Em síntese: em Dworkin, o *judicial review* é a prática institucional que possibilita que, em uma democracia, os direitos sejam trunfos sobre a maioria, garantidos não por políticas do jogo político, mas por princípio no fórum de princípio.

E Waldron? Retomar a epígrafe de seu *Law and Disagreement* — que serve igualmente de epígrafe ao primeiro capítulo desta pesquisa, em que trato do positivismo clássico — já garante uma indicação bastante elucidativa acerca de seu posicionamento nessa questão.

3.3.1.1 O argumento contra o *judicial review*

É em *Leviathan* que Thomas Hobbes diz que

community as a whole, and the gains to some group are balanced against losses to others. In such matters, numbers should count. But they need not count, at least not for that reason, in matters of fundamental principle, when the community must decide, for example, whether blacks have a constitutional right to be protected from discrimination [...]. In such cases, it is important that the public participate in the decision not because the community should reach the decision most people favor, but [...] [because] self-respect requires that people participate, as partners in a joint venture, in the moral argument over the rules under which they live. [There is] a distinction [...] between a single citizen's power over a collective decision, which in a large nation is all but illusory, and that citizen's role as a moral agent participating in his own governance, which is sometimes better protected if the mechanisms of decision are not ultimately majoritarian". DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 344.

⁶⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 28.

⁶⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 05.

⁶⁵⁰ “*Judicial review is a distinctive feature of our political life, envied and increasingly copied elsewhere. It is a pervasive feature, because it forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after*”. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 70.

⁶⁵¹ “*We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principle. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice*”. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 71.

quando os homens que se julgam mais sábios do que todos os outros clamam e exigem que o critério de julgamento seja a razão reta [*right reason*], objetivam nada mais senão que as coisas sejam determinadas não pela razão de outros homens, mas pela sua própria. Isso é tão intolerável na sociedade dos homens como no jogo, uma vez *escolhido* o *trunfo*, em todas ocasiões subsequentes, usar como trunfo aquela série de que se tem mais cartas na mão.⁶⁵²

A razão pela qual Waldron opta por essa passagem como destaque indicativo inicial de sua obra ilumina-se a partir de suas considerações sobre o *judicial review* em face do argumento *dworkiniano* de que direitos são trunfos contramajoritários. Como vimos, é inegável que “as pessoas discordam sobre justiça e sobre direitos”; e, na medida em que esses desacordos sejam *razoáveis*, sensatos e *de boa-fé*, essa circunstância política leva Waldron a sustentar que *a última palavra em decisões sobre direitos não deve caber a juízes*. Afinal, “se há desacordos sobre direitos em sociedade, então direitos *como tais* não podem ser trunfos sobre procedimentos majoritários”; é a esse tipo de procedimento que apelamos para determinar o posicionamento que deve ser mantido como *o* posicionamento social sobre direitos *apesar* dos desacordos profundos. “Nós precisamos de direitos jurídicos determinados”, Waldron reconhece, e é precisamente por isso que “precisamos de procedimentos políticos para selecionar *quais serão* esses direitos”; procedimentos decisórios que *não pressupõem*, como é o caso da ideia de direitos como trunfos, que *já decidimos entre nós mesmos que tipo de direitos temos e em que consiste fundamentalmente a ideia abstrata de justiça*. Então, se, em Dworkin, direitos são trunfos a serem reforçados de forma contramajoritária pelo Judiciário, Waldron, *hobbesianamente*, dirá que “*não podemos jogar trunfos se discordamos com relação aos naipes das cartas*”.⁶⁵³ Direitos não podem servir de

⁶⁵² “And when men that think themselves wiser than all others, clamor and demand right Reason for judge; yet seek no more, but that things should be determined, by no other mens reason but their own, it is as intolerable in the society of men, as it is in play after trump is turned, to use for trump on every occasion, that suite whereof they have most in their hand”. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], pp. 111-112.

⁶⁵³ As citações do trecho, traduzidas livremente, extraídas da seguinte passagem: “[P]eople disagree about justice and rights. The intractability of this disagreement, and the understanding that it is reasonable, good-faith disagreement, is the background to the general argument I have made against empowering judges to make final decisions about rights. I have argued that if there is disagreement about rights in society, then rights as such cannot be trumps over procedures like majority-decision which might have to be appealed to in order to determine the social position on rights that is to be maintained in spite of such disagreement. We cannot play trumps if we disagree about the suits. We need determinate legal rights, and we need political procedures for sorting out what these shall be. We must set up a decision-procedure to settle this matter, and we must argue for it in a way that does not presuppose—as the trumps idea presupposes—that we have settled already among ourselves what rights we have and what justice consists in”. WALDRON, Jeremy. Moral Truth and Judicial Review. *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, n. 01, jan. 1998, pp. 75-97.

trunfos sobre procedimentos majoritários se as pessoas discordam com relação a quais são e como se materializam esses direitos básicos.⁶⁵⁴

Dworkin é muito claro ao clamar pela transferência da discussão sobre direitos da política, o (suposto) centro de “poder”, para as Cortes, o (suposto) “fórum de princípio”. Para Waldron, esse tipo de argumento (i) reforça uma ideia de que a atividade legislativa é uma atividade essencialmente baseada em interesses espúrios, em negociatas, trocas de favores — uma atividade baseada em *tudo, menos* em processos decisórios de princípio —, e (ii) assim o faz exatamente para silenciar as possíveis *dificuldades democráticas* que emergem do ideal contramajoritário subjacente ao *judicial review*. Esse tipo de argumento, para Waldron, compara uma imagem cínica do processo legislativo com uma imagem idealizada das Cortes; é um argumento que não coloca as legislaturas, digamos, “*sob sua melhor luz*”, como uma possível fonte respeitável de Direito na qual representantes decidem os rumos comuns em nome das diferenças de opinião e princípios na comunidade em que representam.⁶⁵⁵ (Dito isso, é importante ressaltar: o argumento de Waldron não passa [*apenas, ou necessariamente*] por um [certo] ceticismo com relação ao Judiciário, ou por uma visão [mais] favorável do processo político-legislativo. A grande questão que o faz rejeitar o *judicial review* é exatamente a existência de desacordos sobre justiça em sociedade.)

Waldron reconhece que o processo democrático é imperfeito, e que, historicamente, a prática do *judicial review* garantiu decisões que reforçavam o compromisso social com direitos individuais. Por outro lado, essa é, praticamente, a única coisa boa que tem a dizer sobre o *review* judicial da legislação, um “modo de decisão final, resolutória, que é inapropriado a uma sociedade livre e democrática”.⁶⁵⁶ Seja como for, Waldron sustenta a possibilidade de um argumento contra o *judicial review* que independe de suas manifestações históricas e de eventuais efeitos particulares de decisões específicas, positivos ou negativos.⁶⁵⁷ Seu ponto central é, são o(s) seguinte(s): (i) esse tipo de processo, ao contrário do que alegam seus defensores, *não garante ou atrai* a atenção dos cidadãos ao que realmente importa nas questões sobre as quais eles discordam — uma vez que o *judicial review* envolve muitas

⁶⁵⁴ Ver também WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 13, n. 01, spring 1993, pp. 18-51.

⁶⁵⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 02.

⁶⁵⁶ “*That is almost the last good thing I shall say about judicial review [...] [which is] inappropriate as a mode of final [decision-making] in a free and democratic society*”. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, p. 1348.

⁶⁵⁷ “*What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects—the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down*”. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, p. 1351.

questões laterais acerca de interpretação judicial, respeito a ou afastamento de precedentes estabelecidos, *etc.* — e (ii) é *politicamente ilegítimo*, de modo que, retirando o peso do voto dos cidadãos ordinários e dos princípios de representação e equanimidade política, privilegia o voto *igualmente majoritário de um pequeno número de juízes não-eleitos*.⁶⁵⁸

Nesse sentido, Waldron esclarece que sua crítica é diretamente voltada ao controle judicial de legislação, e não de decisões administrativas; esclarece também que seus argumentos direcionam-se contra aquilo a que chama de “*strong judicial review*” — um controle *forte*, por meio do qual as Cortes têm a autoridade de abster-se de aplicar, ou de fixar a não-aplicação de um estatuto ou diretriz legislativa (por vezes, até de *revogar diretamente* a legislação). Waldron não tem problemas com um eventual “controle” *fraco* (“*weak judicial review*”), por meio do qual as Cortes revisam determinados estatutos que parecem não se conformar à ideia de direitos individuais e emitem uma espécie de declaração de incompatibilidade (com uma convenção internacional ratificada, por exemplo) — *sem*, contudo, a prerrogativa de revogar a lei ou fixar sua não-aplicação (é o que acontece, por exemplo, no Reino Unido, em que esse tipo de declaração autoriza ministros a iniciar um processo legislativo visando a remediar eventual incompatibilidade sem permitir que juízes abstenham-se de aplicar aquilo que foi aprovado pelo Parlamento).⁶⁵⁹

Essa não é a única premissa na qual o argumento de Waldron está baseado. Todas suas críticas ao *judicial review* serão válidas somente em uma sociedade com (i) “instituições democráticas aceitavelmente sólidas, incluindo uma legislatura representativa e eleita por meio de um processo de sufrágio adulto universal”; (ii) “uma série de instituições judiciárias, igualmente sólidas, formadas de forma não-representativa e aptas a solucionar conflitos e garantir o império da lei”; (iii) “o comprometimento da maioria dos membros da sociedade com a ideia de direitos individuais e direitos de minorias”; e (iv) *desacordos* persistentes, substantivos e *de boa-fé* com relação ao *significado* e às *implicações* desses direitos com os quais os membros dessa sociedade estão comprometidos. O ponto de Waldron é que uma sociedade *nessas condições* será mais democrática se a resolução desses desacordos couber às instituições legislativas, e que o argumento em favor da resolução final por meio das Cortes

⁶⁵⁸ Cf. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, p. 1353. Esse ponto acerca do princípio majoritário *entre os juízes*, tão frequentemente ignorado pelos defensores do *judicial review*, é reforçado em vários escritos de Waldron. Cf., por exemplo, WALDRON, Jeremy. Moral Truth and Judicial Review. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 43, n. 01, jan. 1998, pp. 75-97; WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? **The Yale Law Journal**, vol. 123, n. 06, abr. 2014, pp. 1692-1730.

⁶⁵⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, pp. 1353-1355.

em uma sociedade que satisfaça esses requisitos será muito pouco convincente.⁶⁶⁰ As críticas de Waldron, portanto, aplicam-se somente em sociedades cuja democracia é constituída e sólida, tornando seus argumentos em favor de procedimentos majoritários legítimos mesmo em face da premissa *dworkiniana* de que procedimentos democráticos só o são quando os cidadãos respeitam os direitos alheios.

Em síntese, repetindo, o(s) problema(s) de Waldron com o *judicial review* são (i) esse tipo de processo *não garante ou atrai* a atenção dos cidadãos ao que realmente importa nas questões sobre as quais eles discordam e (ii) é *politicamente ilegítimo*. Com relação a (i), vimos que Dworkin prefere a discussão no “fórum de princípio”, longe do “campo de batalha” da política. Waldron questiona: não é melhor, não seria mais correto que o local apropriado para (um)a discussão moral sobre direitos fosse onde a discussão não envolve doutrinas jurídicas, precedentes (e possíveis afastamento de precedentes), textos, interpretação e teorias da interpretação, *etc.*? Tudo isso faz parte, inevitavelmente, do raciocínio judicial; e, sendo assim, “se importantes decisões sobre questões divisivas devem ser tomadas”, Waldron diz ser apropriado que elas sejam feitas “em um ambiente institucional que é mais aberto — mais explícita e intencionalmente aberto — aos pontos de vista, comentários e contribuições da sociedade do que são as Cortes”.⁶⁶¹ Discutir questões como o aborto pode ser muito melhor se os princípios subjacentes sejam abordados diretamente, sem que seja necessário ater-se a um exercício de “caligrafia constitucional”,⁶⁶² sem que se precise discutir sobre a interpretação de um documento do século xviii; a discussão sobre a pena de morte pode ser muito mais acertada se abordar direta e extensivamente questões sobre política criminal, sobre princípios morais e substantivos, sem que se precise discutir a leitura e a interpretação correta de uma cláusula constitucional que proíbe penas cruéis.⁶⁶³ O raciocínio legislativo, afinal, é uma forma de raciocínio que deve ser estruturado em nome de toda a sociedade acerca de

⁶⁶⁰ “We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights”. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, p. 1360.

⁶⁶¹ “[I]f important ‘watershed’ decisions have to be made [...], it seems to me appropriate that they should be made in an institutional setting that is more open—and more explicitly and deliberately open—to societal inputs than courts are.” WALDRON, Jeremy. Refining the Question about Judges’ Moral Capacity. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 69-82.

⁶⁶² “Constitutional calligraphy”.

⁶⁶³ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 290.

importantes questões morais; exatamente por isso é importante que se proceda *sem* os limites impostos por textos, doutrinas, precedentes.⁶⁶⁴

E com relação à (ii) ilegitimidade político-democrática do *judicial review*? Dworkin, na sua concepção de direitos como trunfos, alega que, na medida em que a legislação pode contrariar princípios democráticos fundamentais, a decisão final com relação à sua validade deve caber à instituição que tiver mais probabilidade de chegar à *resposta correta*; a melhor instituição será, portanto, aquela mais apta a oferecer os *resultados democráticos certos*.⁶⁶⁵ Será? Para Waldron, haverá sempre um problema democrático intrínseco quando *uma visão* sobre os princípios democráticos é imposta por uma instituição *não-democrática, mesmo quando essa visão for a visão moralmente correta, e mesmo quando o resultado, analisado isoladamente, pareça democrático*. Não se pode resolver questões de democracia de forma antidemocrática, mesmo que a resposta seja certa; o procedimento é uma questão, afinal, de democracia.⁶⁶⁶

O ponto de Dworkin, contudo, não deixa de ser relevante: e se for a resposta correta? Afinal, uma objeção comum que se pode levantar aos argumentos de Waldron contra o *judicial review* seria algo como “Ora, você é um cético; você não acredita na objetividade, na possibilidade de *uma resposta certa, verdadeira*, sobre direitos individuais; é óbvio que vai preferir mera contagem de cabeças como um procedimento decisório”.⁶⁶⁷ Em face dessa (possível) objeção, Waldron dirá que *a objetividade moral é irrelevante*.

3.3.1.2 O argumento da irrelevância da objetividade moral

“Nós discordamos acerca de questões de princípio”, diz Waldron; “mas é claro que isso não significa que não haja respostas corretas”.⁶⁶⁸ Mas a possibilidade de que haja respostas corretas — *uma resposta correta* — *não tem, não deve ter* consequências na política.⁶⁶⁹ A objetividade moral é, portanto, *irrelevante* para o argumento de Waldron em favor dos procedimentos majoritários; procedimentos que *respeitam* os desacordos e os

⁶⁶⁴ Cf. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 02-24.

⁶⁶⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 34.

⁶⁶⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 291-294, 302.

⁶⁶⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. Moral Truth and Judicial Review. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 43, n. 01, jan. 1998, pp. 75-97.

⁶⁶⁸ “We disagree on matters of principle, but of course that does not mean there are no right answers”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 164.

⁶⁶⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 164.

indivíduos que discordam. Não se trata de negar a ideia de verdade, não se trata de um relativismo moral do tipo “você pensa que o aborto é correto, eu penso que é incorreto, concordemos em discordar”; respeitar os desacordos é tratar com respeito “as *crenças* de cada um acerca da justiça em circunstâncias nas quais *nenhuma delas é autocertificável*”.⁶⁷⁰ Quem bem define o ponto de Waldron nesse sentido é Andrea Faggion, que diz que, na leitura do autor “pode até existir mesmo uma única resposta objetivamente correta para cada uma das divergências que possam surgir entre nós”; o que *não* existe é “uma metodologia compartilhada por nós que nos permita provar a todos qual seria essa resposta”.⁶⁷¹

Expliquemos a partir do início da argumentação do autor. Vejamos: o *realismo moral* é “como os filósofos chamam a tese segundo a qual é possível falar em coisas como uma verdade moral objetiva e juízos morais objetivamente falsos”. (Dito de outro modo, realistas morais são aqueles que sustentam que proposições morais dizem respeito a *fatos*, e que essas proposições podem ser *verdadeiras* exatamente na medida em que reportem bem os fatos a que se referem; sustentam, portanto, que algumas proposições morais são verdadeiras.)⁶⁷² Logicamente, o *antirrealismo* é a antítese filosófica dessa alegação.⁶⁷³⁻⁶⁷⁴ A questão que Waldron coloca a partir disso — especialmente considerando que, *prima facie*, o realismo moral, se verdadeiro, parece ter consequências para nosso modo de pensar sobre os desacordos — é a seguinte: quais são as implicações dessas teses metaéticas às nossas posições sobre as relações entre juízos morais e juízos jurídicos? Ou, dito de outro modo e trazendo a discussão à questão substantiva que preocupa Waldron, *a eventual existência de uma resposta correta não legitima(ria) a prática do judicial review*? Embora o autor reconheça que a resposta afirmativa pareça ser a mais óbvia, a sua é negativa; Waldron, portanto, *ataca* a ideia comum de que realistas morais sentem-se, ou sentir-se-iam, muito mais

⁶⁷⁰ O Segundo grifo é meu. “*Respect has to do with how we treat each other’s beliefs about justice in circumstances where none of them is self-certifying*”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

⁶⁷¹ FAGGION, Andrea. Democracia Liberal vs. Neo-Feudalismo Libertário. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 dez. 2018. Estado da Arte. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/democracia-liberal-vs-neo-feudalismo-libertario/>>. Acesso em 12 mar. 2019.

⁶⁷² Cf. SAYRE-MCCORD, Geoff. Moral Realism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/moral-realism/>>. Acesso em 13 mar. 2019.

⁶⁷³ Tradução livre. “[M]oral realism’ is what philosophers call the thesis that there are such things as objective moral truth and objective moral falsity; and ‘anti-realism’ is the term for the philosophical denial of that thesis”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 164.

⁶⁷⁴ Para mais detalhes, e para a divisão específica dos não-realistas entre não-cognitivistas e adeptos da *error theory*, cf. SAYRE-MCCORD, Geoff. Moral Realism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/moral-realism/>>. Acesso em 13 mar. 2019.

confortáveis que antirrealistas com relação a juízes decidindo questões morais.⁶⁷⁵ Para ele, “decisões morais em Direito tendem a ser tão arbitrárias [...] para um realista moral quanto tendem a ser para qualquer um que se oponha à ideia de objetividade moral”.⁶⁷⁶

Lembremos o alerta do próprio autor: Waldron não está a derivar da existência de desacordos em sociedade a ideia de que não há respostas corretas, verdadeiras. Ele *concorda* com realistas — como Michael Moore,⁶⁷⁷ por exemplo — que dispõem que há um espaço lógico entre a existência de desacordos e a suposta não-existência de fatos morais objetivos; mas *discorda*, ao mesmo tempo, que essa seja a única questão que os desacordos morais impõem aos realistas: eles ainda representam uma “dificuldade persistente” ao realismo *ainda que não impliquem sua falsidade*, “na medida em que o realista fracassa em estabelecer conexões entre a ideia de objetividade e a existência de *procedimentos que resolvam* [esses] *desacordos*”.⁶⁷⁸ A título de exemplo: por mais problemática que seja uma abordagem científico-positivista de uma realidade já complexa por si só, há, nas ciências naturais, uma concepção minimamente ampla e aceita de método resolutório no caso de eventuais desacordos empírico-científicos; é dizer, um número muito significativo de membros que compõem a prática em questão resolvem seus desacordos a partir dessa concepção de método e, quando não são capazes de fazê-lo, ainda assim é possível referir-se aos termos do próprio método para explicar por quê. “*Entre filósofos morais, não há nada sequer remotamente comparável*. Em vez disso, cada visão segue sua própria teoria acerca do que conta como justificação”.⁶⁷⁹ Ainda no exemplo de Waldron, utilitaristas têm uma visão — frise-se, não apenas uma visão moral específica, mas uma visão igualmente específica acerca de um método de verificação —, *kantianos* têm outra, *cristãos* têm outra, e por aí vai; *aristotélico-tomistas*, *nietzscheanos*, *marxistas*, *etc.*, *etc.*, e *etc.*, “*todos reconhecem que seus desacordos são importantes*”; o caso é que, “*diferentemente de seus correspondentes na comunidade*

⁶⁷⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 169.

⁶⁷⁶ “[M]oral decision-making in law is likely to be as arbitrary [...] for a moral realist as it is for any opponent of moral objectivity”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 170.

⁶⁷⁷ Cf. MOORE, Michael S. Moral Reality. **Wisconsin Law Review**, n. 06, nov./dez. 1982, pp. 1061-1156.

⁶⁷⁸ Grifos meus, tradução livre e adaptação da seguinte passagem: “[M]oral disagreement remains a continuing difficulty for realism, even if it does not entail its falsity, so long as the realist fails to establish connections between the idea of objective truth and the existence of procedures for resolving disagreement”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 177.

⁶⁷⁹ “Among moralists, there is nothing remotely comparable. *Instead each view comes along trailing its own theory of what counts as justification*”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 178.

científica, eles não compartilham virtualmente *nada* em termos de *uma epistemologia* ou de *um método por meio do qual esses desacordos podem ser em princípio aproximados*".⁶⁸⁰

"[C]omo exatamente devemos verificar a veracidade ou falsidade de um juízo moral? O que esse processo de verificação envolve? Quais procedimentos? Que metodologia? Nunca nos é dito".⁶⁸¹ Ainda assim, há desacordos, e aqueles que acreditam em respostas corretas não são capazes, portanto, de concordar com relação a como podemos chegar nessa resposta. O que impõe a questão: na medida em que o Direito é uma das instâncias que lidam diretamente com esse(s) problema(s), como deve comportar-se *o juiz* em face desses desacordos? Mais especificamente: a existência de uma resposta correta — *i.e.*, o realismo moral — faz alguma diferença com relação aos problemas inerentes à *arbitrariedade* dos argumentos morais em Direito — problemas como a *imprevisibilidade*, a *irracionalidade*, e a *ilegitimidade democrática*?

Autores (realistas) como o já mencionado Michael Moore sustentam que antirrealistas, se honestos, devem sempre qualificar seus próprios juízos morais com proposições do tipo "*Eu acho que...*", "*Eu penso que...*", "*..., mas, é claro, isso é apenas a minha opinião*"; e que, por isso, para evitar a óbvia arbitrariedade que subjaz a esse tipo de afirmações, os juízes *devem acreditar na objetividade*. Um juiz cético, sustenta Moore, é o juiz que impõe sua "opinião" aos "desafortunados litigantes".⁶⁸² O ponto, porém — dirá Waldron —, é que, à luz de tudo que foi dito acerca da inexistência não de objetividade, mas de *uma epistemologia que a demonstre*, "[a]inda que o ceticismo seja rejeitado, ainda que *haja* fatos morais que tornam verdadeiros os juízos verdadeiros e falsos os juízos falsos", *ainda assim* "o melhor que um juiz pode fazer é impor sua *opinião* sobre os fatos tais aos 'desafortunados litigantes' que vêm a juízo".⁶⁸³ Afinal, mesmo que também os litigantes em questão sejam, como o juiz, realistas morais, eles questionarão por que a visão *do juiz* acerca dos *fatos* morais deve prevalecer sobre a sua. "A verdade do realismo moral (se ele é verdadeiro) não valida as crenças morais

⁶⁸⁰ "[They] *all acknowledge that the disagreements between them are important [...]. Yet unlike their counterparts in the scientific community, they share virtually nothing in the way of an epistemology or a method with which these disagreements might in principle be approached*". WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 178.

⁶⁸¹ "[H]ow exactly are we to assess the truth or falsity of a moral judgment? What does the assessment involve? What procedures? What methodology? We are never told". WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 179.

⁶⁸² "*Hapless litigants*". Cf. MOORE, Michael S. Moral Reality. **Wisconsin Law Review**, n. 06, nov./dez. 1982, pp. 1061-1156.

⁶⁸³ "*Even if scepticism is rejected, even if there are moral facts which make true judgements true and false judgements false, still the best a judge can do is impose his opinion about such facts on the 'hapless litigants' who come before him*". WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 181.

de qualquer indivíduo específico ou juiz específico”;⁶⁸⁴ ela, no máximo, altera a compreensão acerca do caráter dos desacordos, *sem, contudo*, aproximar-nos de saber quem está certo e quem está errado com relação a determinada questão (*mesmo que objetiva*).

Ou seja: na medida em que *há* desacordos, e *não há* uma metodologia compartilhada por meio da qual se possa resolvê-los, o juiz encarregado de juízos morais quando do processo decisório também deverá qualificar seus próprios juízos morais com proposições do tipo “*Eu acho que...*”, “*Eu penso que...*”, “*..., mas, é claro, isso é apenas a minha opinião*”, *mesmo que o realismo moral seja verdadeiro*. Seja ele um realista ou não, se ele entender que não é a única pessoa em sociedade que detém uma opinião sobre a questão moral à sua frente — e que seja essa questão *factual, objetiva* —, ele terá a consciência de que haverá ao menos um nível de arbitrariedade na prevalência de sua posição, seja ela uma (mera) *opinião* ou uma *crença* (genuína), sobre as outras.⁶⁸⁵

Voltemos, então, (i) aos três (principais) problemas identificados por Waldron como subjacentes à ideia de arbitrariedade nos juízos morais em decisões judiciais — *imprevisibilidade, irracionalidade, ilegitimidade democrática* — e (ii) a irrelevância da objetividade moral com relação a esses problemas próprios. *Primeiro*, com relação à (i) *imprevisibilidade*: a existência de respostas morais verdadeiras, objetivas, faria qualquer diferença com relação à previsibilidade de decisões judiciais que envolvem elementos morais? Dito de outro modo: em que pode(ria) contribuir a objetividade moral com relação à possibilidade de uma maior previsibilidade decisória? Sem uma epistemologia moral minimamente aceita de forma ampla, a resposta é, para Waldron, “em nada”.⁶⁸⁶

Segundo, com relação à (ii) *irracionalidade*: se a pergunta com relação à arbitrariedade judicial for colocada em termos de “*O juízo moral em questão é simplesmente posto, ou é derivado de considerações mais gerais?*”, o realista — ainda que diga ter razões para agir (no caso, para *decidir*) derivadas de fatos objetivos, extrínsecos —, na medida em que *não tem uma epistemologia*, não será capaz de *demonstrar* essas razões — e, sendo assim, estará na mesma posição justificatória do antirrealista.⁶⁸⁷

E *terceiro*, com relação à (iii) *ilegitimidade democrática*: se o realismo moral for verdadeiro, as *crenças* dos juízes podem entrar em choque com as *crenças* dos legisladores; se o realismo é falso, as *atitudes* e *preferências* dos juízes podem divergir das *atitudes* e

⁶⁸⁴ “*The truth of moral realism (if it is true) does not validate any particular person’s or any particular judge’s moral beliefs*”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 181.

⁶⁸⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 182.

⁶⁸⁶ “*Without an epistemology, the answer I think is ‘nothing’*”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 182.

⁶⁸⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 183.

preferências dos legisladores. Novamente, então, assim como fez em *The Dignity of Legislation*, Waldron alerta para a necessidade de uma comparação justa: o melhor das Cortes deve ser comparado com o melhor das legislaturas; o que as legislaturas têm de pior deve ser comparado com o que as Cortes têm de pior. No ponto, portanto, defensores do *judicial review* não podem restringir sua posição metaética favorita àquele órgão que lhe parece o mais indicado para ter a última palavra em questões constitucionais; como se as *crenças* dos juízes entrassem em choque com as *atitudes e preferências* dos legisladores; como se o “fórum de princípio” fosse um paraíso realista e a “arena da política” fosse um inferno emotivista. *You can't have it both ways*. Ademais, em face dos defensores do *judicial review* que, à la Dworkin, sustentam que juízes têm uma maior capacidade de decidir sobre questões morais, Waldron insiste uma vez mais que “os realistas morais não são capazes de produzir uma epistemologia correspondente a seus comprometimentos ontológicos”, de modo que a “inadequação epistêmica” do realismo moral tem consequências: “em questões práticas, os realistas estão desprovidos de quase tudo que poderiam dizer ou argumentar em favor da objetividade”.⁶⁸⁸ Assim, resumindo: se o realismo é falso, a eventual divergência entre Judiciário e Legislativo é uma colisão de meras preferências divergentes; se o realismo é verdadeiro, a eventual divergência é uma colisão entre crenças divergentes sobre questões de fato. Mas o fato de essas crenças serem sobre questões *factuais* não tira da hipótese o mesmo elemento de arbitrariedade latente na hipótese antirrealista, exatamente pela inexistência de uma metodologia verificatória compartilhada. “A arbitrariedade estará lá, em qualquer versão metaética”.⁶⁸⁹

O que deve ser repetido, reforçado, então, é basicamente o seguinte: ao se opor (i) em termos teóricos mais amplos, à moralização judicial, e (ii) em termos práticos mais específicos, ao *judicial review*, à última palavra do Judiciário sobre interpretação constitucional sobre questões divisivas, Waldron não está sustentando a ideia de que os desacordos em sociedade significam a inexistência de objetividade ou de respostas corretas. O ponto de Waldron é sua distinção entre aquilo que é uma questão de *ontologia* e aquilo que é uma questão de *epistemologia*: a existência de respostas corretas, de fatos morais, é uma coisa; uma metodologia compartilhada capaz de demonstrar essas respostas corretas, esses fatos morais, é outra. A mera existência de uma resposta correta não significa que o juiz vá,

⁶⁸⁸ “[M]oral realists can produce no epistemology to match their ontological commitments. [...] Thus the epistemic inadequacy of moral realism is far-reaching: in practical matters, it deprives realists of almost everything that they might want to say or argue for in the name of objectivity”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 185.

⁶⁸⁹ “[A]rbitrariness is there, on either meta-ethical account”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 186.

necessariamente, busca-la; muito menos significa que vai *alcança-la*. Afinal, “[d]iferentes juízes chegarão em resultados diferentes mesmo quando eles próprios estiverem buscando a resposta correta”,⁶⁹⁰ e, mesmo nesse cenário, “não há nada na ontologia de respostas corretas que dê a eles qualquer razão para pensar que a sua visão é mais correta que qualquer outra”.⁶⁹¹

Assim, ao final, não é (apenas, necessariamente) um subjetivismo que preocupa Waldron com relação à moralização judicial; são, exatamente pela ausência de uma epistemologia adequada e minimamente compartilhada, a existência própria dos *desacordos* morais, *tout court*. Havendo uma resposta correta ou não, sendo a moralidade uma questão de fato ou não, *havendo ou não objetividade moral*, ainda assim *haverá desacordos*. É por isso que a objetividade moral é irrelevante para o argumento contra o *judicial review*.⁶⁹² Na medida em que a existência de uma resposta objetivamente correta é uma questão ontológica, “*nada no que diz respeito a decisões sociais, políticas ou jurídicas pode ser resolvido quando se insiste que uma questão seja conduzida pela resposta correta a determinada questão*”.⁶⁹³

3.3.1.3 Positivismo constitucional?

Aqui, um parêntesis antes de prosseguir — parêntesis relevante porque, além de reforçar meu argumento principal, permite uma transição para o próximo ponto a ser abordado. É precisamente em seu ensaio/capítulo mais importante sobre o tema da irrelevância da objetividade moral, exatamente o *The Irrelevance of Moral Objectivity*, que Waldron alinha-se de forma mais clara e direta a uma vertente normativa de positivismo — dizendo, por exemplo, que não é necessariamente verdade que um positivista normativo seja um antirrealista moral, e aproximando-se muito claramente da tradição de autores como Hobbes e Bentham; é por isso que há, sim, elementos a partir dos quais alguns autores classificam e podem vir a classificar Waldron como um positivista normativo. Meu pontos são que (*i*) se, como vimos, *para o próprio Waldron* o positivismo normativo é uma espécie

⁶⁹⁰ E essa visão de Waldron fica bastante clara quando lembramos os elementos da concepção *dworkiniana* de *law as integrity* por ele rejeitados, e exemplificados a partir do exemplo de Hércules e Heraclea.

⁶⁹¹ “*Different judges will reach different results even when they all take themselves to be pursuing the right answer, and nothing about the ontology of right answers gives any of them a reason for thinking his own view is any more correct than any other*”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 187.

⁶⁹² Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 187.

⁶⁹³ “[*T*he existence of an objectively right answer to a given question is so far just a matter of ontology: nothing in the way of social or political or legal decision is settled when we insist that some issue be governed by the right answer to some question”. WALDRON, Jeremy. Legal and Political Philosophy. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 377.

de aceitação das premissas do positivismo inclusivo + uma prescrição das teses do positivismo exclusivo, sua obra vai para muito além disso; e (ii) ainda que tenha sido um dia um positivista normativo, Waldron abandonou essa posição à medida que desenvolveu e avançou as próprias teses. Reforço meu argumento a partir do próprio Waldron e também de Dyzenhaus.

Em um simpósio organizado pelo *International Journal of Constitutional Law*, em 2009, Waldron discutiu seus argumentos sobre a questão da moralidade no raciocínio judicial com David Dyzenhaus, Olivier Beaud, e Wojciech Sadurski.⁶⁹⁴ Em seu artigo, Dyzenhaus diz que, ao argumentar em favor da soberania do Parlamento em questões de interpretação constitucional — no sentido de que não cabe às Cortes controlar atos legislativos com base na sua interpretação do verdadeiro significado de cláusulas e diretrizes constitucionais —, Waldron “dá um passo além de sua versão *neo-benthamiana* de *positivismo político*”, já que um “positivista político” não discutiria questões de interpretação constitucional; exatamente como Bentham, um positivista político *opor-se-ia* a *bills of rights* e suas subjacentes noções de direitos individuais.⁶⁹⁵ Para Dyzenhaus, então, a posição de Waldron seria aquilo a que chama de “positivismo constitucional”,⁶⁹⁶ “uma posição que não apenas não objeta a ideia de direitos mas até mesmo admite que há boas razões para que ordenamentos adotem cartas de direitos”.⁶⁹⁷

Waldron, em resposta, diz o que segue (e tomo a liberdade de citar a passagem na íntegra, dada sua importância para meu argumento central):

David Dyzenhaus conclui, a partir de meu ensaio, que estou afastando-me de minha “versão neo-benthamiana de positivismo político”, no sentido de uma oposição à mera existência de uma *bill of rights* sobre a qual juízes podem vir a ter autoridade interpretativa. *Eu não estou certo de que eu tenha sido um dia um positivista político no sentido estrito especificado por Dyzenhaus; se é que o fui*, ele está certo, e eu agora *abandonei essa posição*. [...] *Suponho que eu seja um positivista constitucional, no sentido atribuído por Dyzenhaus ao termo*, porque, agora, eu acredito que é, sim, importante que sistemas jurídicos específicos representem por si próprios os princípios de

⁶⁹⁴ Cf. DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel. Roundtable: An exchange with Jeremy Waldron. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 07, n. 01, jan. 2009, p. 01.

⁶⁹⁵ “*In my view, Waldron’s argument takes him a further step away from his neo-Benthamite version of political positivism. [...] [P]olitical positivism does not engage with questions about who is to interpret such principles [fundamental principles of legal order], since the very idea of such principles, written or unwritten, is anathema to it*”. DYZENHAUS, David. Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 46-52.

⁶⁹⁶ “*Constitutional positivism*”.

⁶⁹⁷ “[A] position that not only does not object to the idea of rights but even allows that there are good reasons for legal orders to adopt bills of rights”. DYZENHAUS, David. Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 46-52.

direitos individuais — direitos humanos — com os quais se comprometem.⁶⁹⁸

Ou seja: Waldron diz sequer estar certo de um dia ter sido um “positivista político” no sentido *benthamiano* e que, sim, aceita as premissas elencadas por Dyzenhaus como aquelas que definiriam um “positivista constitucional”. Penso, contudo, que isso só reforça a ideia de Waldron como uma terceira via: não apenas a expressão é de Dyzenhaus, o próprio Waldron *(i)* diz ou nunca ter subscrito, ou não mais subscrever um positivismo normativo *à la* Bentham, e *(ii)* afirma que aquilo que caracteriza um “positivismo constitucional” é assim definido *pelo próprio Dyzenhaus*. A obra de Waldron, repito e reforço, está para muito além de uma tese que endossa direitos individuais mas propugna pela interpretação final e autoritativa por parte do Legislativo. Waldron *também* entende nesse sentido, mas me parece inadequado classificar como “positivista” — inclusivo, constitucional, normativo, *benthamiano*, *neo-benthamiano*, *hobbesiano*, o que for — um autor que se aproxima tão fortemente de Dworkin na questão conceitual e faz exigências tão sólidas com relação à legitimidade de sistemas jurídicos; e, se não inadequado, reducionista, porque os eventuais rótulos desse tipo serão sempre, como os de Dyzenhaus, aplicáveis e muito restritos a somente uma pequena parcela da *jurisprudence* de Jeremy Waldron.

3.4 UMA CONCLUSÃO PARCIAL, E OS ECOS DE UMA TEORIA DEMOCRÁTICA

Uma vez explorados os principais pressupostos da teoria jurídica de Waldron⁶⁹⁹ — a partir de *(i)* sua abordagem conceitual e metodológica, *(ii)* suas considerações sobre o fenômeno jurídico e as matrizes teóricas que o explicam, e *(iii)* sua concepção de democracia e a consequente oposição a uma *jurisprudence* avalorativa e, igualmente, à prática do *judicial review* —, torna-se bastante claro por que me parece adequado colocar o autor em uma posição diferente daquelas já ocupadas, de um lado, pelo positivismo tradicional e, de outro,

⁶⁹⁸ Grifos meus. “David Dyzenhaus infers from my essay that I am moving away from my ‘neo-Benthamite version of political positivism,’ in the sense of opposition to the sheer existence of a bill of rights over which judges might have some interpretive authority. 10 I am not sure I ever was a political positivist in the strict sense that Dyzenhaus specifies; if I ever was, I think he is right, and I have now abandoned that position. Once, I did set out some reasons why the formulations of a bill of rights might be unduly constrictive, but I did not understand those to be decisive. 11 I suppose I am a constitutional positivist, in the sense that Dyzenhaus defines it, because, now, I do think it is important for individual legal systems to represent for themselves the principles of individual rights—human rights—to which they take themselves to be committed”. WALDRON, Jeremy. Refining the Question about Judges' Moral Capacity. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 69-82.

⁶⁹⁹ E reforço que são os principais elementos de sua teoria *jurídica*; afinal, para além disso tudo, Waldron ainda é um *scholar* prolífico em diferentes subdivisões da filosofia política.

por Dworkin. Para os positivistas, o Direito tem *uma resposta*, e ela deve ser *descrita*; para Dworkin, trata-se de o Direito encontrar *a resposta certa*; para Waldron, é uma questão de encontrar *uma*, ou *a resposta da forma certa*.

3.4.1 Reconstruindo o trajeto

Waldron, vimos, não se satisfaz com uma teoria jurídica que se pretende puramente analítico-descritiva. À luz do que já haviam feito autores como Lon Fuller, Waldron sugere que o Direito pode ser considerado um conceito *funcional*, de modo que só se poderia abordá-lo a partir da consideração de elementos outros que, por sua natureza valorativa, impedem uma proposta meramente conceitual — ou, se não impedem, no mínimo, tornam a proposta condescendente com sistemas jurídicos que, por não cumprirem requisitos mínimos que constituem a função própria do Direito, não são dignos do rótulo. Vimos também que Waldron assim o faz ao sugerir que a melhor teoria é aquela que se aproxima *ao mesmo tempo* dos conceitos de *Direito* e *rule of law* sem uma cisão rígida; para o autor, só se entende o Direito de forma adequada se consideradas também as exigências do império da lei — exigências de impossível análise completa sem fundamentos natural e essencialmente normativos.

Isso indica aquela que o próprio autor toma como uma de suas tarefas: a construção de uma teoria *democrática* na filosofia jurídica — e, exatamente porque democrática, *normativa*. Daí, contudo — é o que sustento até aqui —, não se segue que Waldron seja um positivista normativo; afinal, (i) uma vez que *ele próprio* define o positivismo normativo como a *prescrição* de teses *exclusivistas* em um Direito que é corretamente *descrito* pelo positivismo *inclusivo*, sua proposta de *democratic jurisprudence* parece-me transcender essa ideia. Além disso, (ii) não apenas o próprio autor afirma ou nunca ter endossado, ou ter abandonado um positivismo *benthamiano* — e Bentham era o positivista normativo *par excellence* —, (iii) Waldron ainda concorda expressamente com Dworkin com relação ao argumento dos desacordos teóricos, um problema para *qualquer tipo de positivismo* (afinal, se descritivo, a descrição é insuficiente; se normativo, tanto as premissas quanto as propostas também o são, já que aceitar o argumento dos desacordos e prescrever um positivismo excludente seria, simplesmente, *ilógico*). Waldron e Dworkin, então, têm um *acordo* a partir dos *desacordos*.

Mas ambos têm também um *desacordo* a partir de seu *acordo* com relação à normatividade da Teoria do Direito e o valor da democracia em sua construção: um desacordo

com relação à (i) legitimidade da prática do *judicial review*, que é uma consequência prática (e natural) derivada de suas diferentes concepções de democracia e do valor do princípio majoritário. Para Dworkin, retomando, (i) direitos individuais são trunfos em face da maioria e (ii) têm uma resposta *correta* com relação à sua interpretação; e uma vez que (iii) o majoritarismo pode levar a políticas antidemocráticas, (iv) os juízes estariam legitimados *democraticamente* para o controle de constitucionalidade. Waldron rebate os pontos a partir da ideia de que o *judicial review* não garante uma melhor proteção aos direitos e carece dessa legitimidade política; não se trata de rejeitar a ideia de direitos ou mesmo a existência de uma resposta correta, mas o fato de (i) *haver* desacordos e (ii) *não haver* uma metodologia compartilhada capaz de demonstrar, *epistemologicamente*, a resposta correta, o procedimento majoritário é o mais adequado a respeitar os cidadãos e suas crenças.

3.4.2 Os caminhos a partir da terceira via

Seja como for, a oposição ao *judicial review* não é a única forma por meio da qual se materializa em termos práticos a proposta teórica de Waldron. Antes de encerrar, portanto, é positivo trazer à tona outros pontos que decorrem das concepções mais fundamentais do autor.

Um deles, e talvez *ainda mais importante* — na mesma proporção em que, a meu juízo, é negligenciado por aqueles que eventualmente comentam a obra do autor —, é aquele que se depreende das consequências que tem sua exigência de *systematicidade no Direito*:⁷⁰⁰ a noção de que o Direito deve ser *desenvolvido e interpretado* de modo a guardar uma *coerência própria com o sistema jurídico* tal como se apresenta. O Direito não é um conjunto de normas isoladas, mas forma um *corpus juris*: um corpo de padrões normativos que, somados um ao outro, formam o sistema a que pertencem. O próprio Waldron, como visto, reconhece a proximidade que essa noção guarda com uma ideia *dworkiniana* de integridade; penso, contudo, que é acertado dizer que a proposta de Waldron é menos ambiciosa (mais realista?) que a de Dworkin: enquanto a ideia de integridade do juiz Hércules passa por considerações bastante mais abstratas sobre integridade, valor, moralidade política, ajuste institucional, Waldron parece propugnar aquilo a que Gerald Postema chama de

⁷⁰⁰ Cf., nesse sentido, o quinto elemento da proposta de Waldron exposta no item 3.2.1.2. desta pesquisa.

“*sistematicidade doutrinal*”:⁷⁰¹ um tipo de sistematicidade que é “tanto um fato (normativo) quanto uma demanda ou projeto”⁷⁰² e, sendo assim, exige que aqueles que compõem a prática busquem não apenas uma consistência formal com a série de normas existentes, mas também uma espécie de *coerência prática e integridade sistemática*.⁷⁰³

É exatamente por isso que, na concepção de Waldron, em *hard cases*, os juízes têm a obrigação de perguntarem a si próprios que tipo de elemento *indireto e/ou implícito* no Direito — no *corpus juris*, ou seja, no *sistema jurídico estabelecido* — permite que a decisão seja jurídica. “O juiz deve manter-se em contato com o Direito”, deve buscar ao máximo relacionar os fundamentos das questões presentes com os padrões normativos preteritamente estabelecidos (*e.g.* diretrizes, regras, padrões, princípios), sem “*abandonar o Direito pelos encantos da moralidade ao primeiro sinal de dificuldade*”. Deve, portanto, perguntar a si próprio algo “como uma questão *dworkiniana*: o que a *melhor interpretação* do Direito implica para um caso como este, considerando que o direito existente não determina a questão direta nem explicitamente?”. Isso é mais do que mera sugestão de raciocínio jurídico por analogia; é, afinal, para Waldron, “o que o império da lei exige”.⁷⁰⁴ Waldron diz não saber se Dworkin está certo ao dizer que todos os casos, mesmo os *hard cases*, têm *uma* resposta correta; mas diz também não ser essa sua preocupação. Afinal (e novamente), haja *uma* resposta correta ou não, o ponto é que *faz sentido que os juízes abordem os casos com esse espírito*. A razão (ou as razões) de decisão, mesmo que não tenham sido previamente articuladas de forma direta e explícita, devem ser *jurídicas*; e, para que possam ser jurídicas, devem guardar coerência e integridade sistemáticas com os padrões normativos que *o Direito* apresenta.

⁷⁰¹ “*Doctrinal systematicity*”. Aqui, convém uma observação: Postema parece-me o autor que melhor comentou a obra de Waldron, dando a devida ênfase às considerações de Waldron com relação ao ideal de *rule of law* e o caráter eminentemente argumentativo do Direito. Enquanto eu sustento Waldron como uma terceira via, porém, Postema diz, em seu comentário, que, embora crítico da metodologia positivista, Waldron teria ainda assim uma concepção positivista acerca do Direito do ponto de vista substantivo; o ponto, e isso importa para quem deseja sustentar aquilo que sustento, é que o mesmo Postema diz que o trabalho mais recente de Waldron é fortemente crítico ao positivismo *também* do ponto de vista substancial: algo que reforça minha ideia de uma terceira via exatamente entre positivismo e Dworkin. Cf. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, pp. 565-570.

⁷⁰² “*Doctrinal systematicity, as Waldron characterized it, is both a (normative) fact and a demand or project*”.

⁷⁰³ Cf. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, pp. 568-569.

⁷⁰⁴ “*She [the judge] must stay in touch with the law; [...] She should not abandon the law for the siren charms of morality at the first sign of difficulty. She must ask herself something like a Dworkinian question: what does the best understanding of the law imply for a case like this, given that the existing law does not determine the matter directly or explicitly? [...] [T]his is what the rule of law requires*”. WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 01, out. 2012, p. 15.

Se isso parece uma noção positivista, não é o caso. Ela talvez seja, em alguma medida, (quase)⁷⁰⁵ *formalista*; mas o fato é que, para Waldron, como vimos, é exatamente o positivismo que não consegue dar conta de um Direito que, seja em aspectos conceituais ou práticos, opere para além de um mero amontoado de regras. O positivista, dirá Waldron, não concebe o Direito como um *sistema*, como uma *estrutura* de padrões que, além de regras, contém também princípios e também *propósitos* subjacentes; e é nesse sentido, em que há uma clara aproximação com Dworkin, que Waldron vai também *além de Dworkin*.⁷⁰⁶ O ponto é importante para uma compreensão mais completa de sua teoria no que diz respeito à interpretação jurídica, e, além disso, deixa também bastante clara a visão de Waldron acerca da necessidade de integridade sistemática.

Waldron parte do exemplo de um estatuto que contém centenas de dispositivos (algo de fácil visualização, especialmente para o leitor no âmbito do *civil law*). “Por vezes, em um estatuto complexo, há uma seção explicitando o propósito do estatuto”; em outros casos, contudo, “o propósito é implícito e devemos inferi-lo de nossa leitura do estatuto como um todo”.⁷⁰⁷ O mesmo cenário é válido quando tomamos áreas mais amplas e específicas do Direito (*e.g.* direito dos contratos, direito sucessório, direito penal, *etc.*), de modo que, por vezes, é possível existir uma diretriz específica na área que, “em virtude de sua força, clareza, e vivacidade, expressa o espírito que anima toda aquela área do Direito”; esse tipo de padrão torna-se “um tipo de emblema”, de *símbolo*, de “ícone do todo”; torna-se, assim, um “*arquetipo*” daquela área.⁷⁰⁸ “uma diretriz particular em um sistema de normas que carrega um significado que *transcende seu conteúdo normativo imediato*”; um significado derivado do fato de que esse padrão normativo “resume ou torna vívido o *ponto*, o *propósito*, o *princípio*, ou a *política* de *toda a área do Direito*”. “Como um princípio *dworkiniano*, o arquetipo representa uma função de *background*, de pano de fundo no sistema jurídico”; diferentemente dos princípios em Dworkin, contudo, operam *também* como disposições explícitas, como através de regras ou precedentes — só que, “*ao assim funcionarem*”, eles

⁷⁰⁵ E digo “quase” porque o próprio Waldron, ao reconhecer uma possível aproximação com o formalismo, explicita também divergências e ressalvas para com a corrente. Cf. WALDRON, Jeremy. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. **Columbia Law Review**, vol. 105, n. 06, out. 2005, pp. 1681-1750.

⁷⁰⁶ “[T]his is where I go beyond Dworkin”. WALDRON, Jeremy. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. **Columbia Law Review**, vol. 105, n. 06, out. 2005, pp. 1681-1750.

⁷⁰⁷ “Sometimes in a complex statute there is a section explicitly stating the statute’s purpose. In other cases, the purpose is implicit and we have to infer it from our reading of the statute as a whole”.

⁷⁰⁸ Grifos meus. “The same two possibilities arise with regard to larger clusters of law. Sometimes we have to infer the underlying principle or policy, *e.g.* in the way Dworkin suggests in his theory of interpretation. Sometimes, however — and this is where I go beyond Dworkin — there is one provision in the cluster which by virtue of its force, clarity, and vividness expresses the spirit that animates the whole area of law. It becomes a sort of emblem, token or icon of the whole: I shall say it becomes an archetype of the spirit of the area of law in question”.

“resumem o espírito de todo um corpo jurídico que *vai além daquilo que se pode pensar que eles exigem em seus próprios termos*”.⁷⁰⁹ A ideia de um *arquétipo* em Waldron, portanto, representa uma norma jurídica que, porque paradigmática e representativa da lógica e da *função* própria do sistema a que pertence, estabelece o significado jurídico autêntico da área em questão; ao assim funcionar, permite exatamente o tipo de interpretação que o império da lei exige dos juízes diante de *hard cases*. (Um dos exemplos do autor é o *habeas corpus*: sua importância “não se exaure naquilo que faz em si mesmo, por mais absolutamente importante que seja. O *habeas corpus* é também arquetípico de toda a orientação de nossa tradição jurídica”: em torno da ideia de liberdade, em torno da restrição que o Direito impõe à arbitrariedade estatal.)⁷¹⁰

Ainda com relação à interpretação em Waldron, é importante ainda uma última reflexão, um último esclarecimento. O autor define a si próprio, e fazê-lo de forma mais direta e explícita seria impossível, como um textualista (“*I am a textualist*”).⁷¹¹ Deve-se colocar, então, que o textualismo de Waldron *não* é ingenuamente literal, ou radicalmente conservador: isso seria contraditório com suas próprias considerações sobre o caráter argumentativo do Direito — caráter este que, para Waldron, não só faz parte do Direito como é *positivo*; e é positivo na medida em que um *argumento contínuo* em sociedade sobre o melhor significado de termos contestáveis é muito superior à pretensão de conclusões artificiais.⁷¹² O textualismo de Waldron é aquele a que Marmor chama de “textualismo

⁷⁰⁹ Grifos meus. “When I use the term ‘archetype,’ I mean a particular provision in a system of norms which has a significance going beyond its immediate normative content, a significance stemming from the fact that it sums up or makes vivid to us the point, purpose, principle or policy of a whole area of law. Like a Dworkinian principle, the archetype performs a background function in a given legal system. But archetypes differ from Dworkinian principles and policies in that they also operate as foreground provisions. They do foreground work as rules or precedents; but in doing that work they sum up the spirit of a whole body of law that goes beyond what they might be thought to require on their own terms. The idea of an archetype, then, is the idea of a rule or positive law provision that operates not just on its own account, and does not just stand simply in a cumulative relation to other provisions, but that also operates in a way that expresses or epitomizes the spirit of a whole structured area of doctrine, and does so vividly, effectively, publicly, establishing the significance of that area for the entire legal enterprise”. WALDRON, Jeremy. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. **Columbia Law Review**, vol. 105, n. 06, out. 2005, pp. 1681-1750.

⁷¹⁰ Trecho baseado na seguinte passagem, traduzida livremente: “The best example, I think, is given by the Habeas Corpus statutes. The importance of ‘the Great Writ’ is not exhausted by what it does in itself, overwhelmingly important though that is. Habeas Corpus is also archetypal of the whole orientation of our legal tradition towards liberty, in the physical sense of freedom from confinement. It is archetypal too of law’s set against arbitrariness in regard to actions that impact upon the rights of the subject”. WALDRON, Jeremy. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. **Columbia Law Review**, vol. 105, n. 06, out. 2005, pp. 1681-1750.

⁷¹¹ WALDRON, Jeremy. “Partly Laws Common to All Mankind”. Foreign Law in American Courts. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012, p. 156.

⁷¹² “Não concordamos com relação a muitas coisas em nossa sociedade, mas talvez possamos concordar com relação a isto: somos uma sociedade melhor ao continuarmos discutindo sobre certas questões do que seríamos se esses argumentos fossem conclusos de forma artificial”. (“We do not agree on many things in our society, but perhaps we can agree on this: that we are a better society for continuing to argue about certain issues than we

negativo”:⁷¹³ um tipo de textualismo para o qual a interpretação judicial não deve basear-se em questões como, por exemplo, a vontade do legislador ou o sentido original do texto;⁷¹⁴ um textualismo que, portanto, permite que as Cortes interpretem de inúmeras formas — mas que insiste na *autoridade legislativa* e na vinculação à *autoridade do texto* das normas democraticamente promulgadas, entendidas como *atos coletivos*.⁷¹⁵ É, a meu ver, uma questão muito mais *institucional* que qualquer outra coisa, funcionando como uma espécie de barreira contra possíveis tergiversações judiciais que apelem a elementos que carecem da autoridade que tem o texto enquanto texto legislativo. Nesse sentido, reforçando a ideia, Waldron é bastante claro em suas ressalvas às propostas originalistas de interpretação constitucional, dizendo que, no tipo de cláusulas que, por exemplo, versam sobre a “crueldade” de penas e punições — caso da Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos — ele *aceita o argumento de Dworkin* no sentido de que os juízes do século xxi têm a responsabilidade de enfrentar os juízos de valor relevantes “*por eles próprios*”, não lhes sendo exigido “*nem sequer permitido*” interpretar buscando como esses juízos teriam sido formados em 1791 quando da adoção das eventuais emendas. “Não se trata de supremacia judicial: trata-se de juízes seguindo as instruções *que lhes dá a [própria] Constituição*”.⁷¹⁶

3.4.3 Aquilo que fica

Finalmente, antes de concluir, pretendo externar aqui uma consideração que me é fundamental (em termos *waldronianos*, uma premissa que se pode dizer *arquetípica* do objetivo mais fundamental da pesquisa): seja sua matriz teórica uma terceira via ou não — e precisamente pelo fato de os rótulos importarem menos em um autor mais preocupado com a democracia do que com as meras análises conceituais —, o que importa, importa *mesmo*, é

would be if such arguments were artificially or stipulatively concluded”. Em WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. **California Law Review**, vol. 82, n. 03, mai. 1994, pp. 509-540.

⁷¹³ “*Negative textualism*”.

⁷¹⁴ Cf. MARMOR, Andrei. The Immorality of Textualism. **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 38, dez. 2005, pp. 2063-2079.

⁷¹⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 144-146.

⁷¹⁶ Tradução livre, grifos meus: “*I accept Ronald Dworkin’s argument that when language like this is used (e.g. in the US Constitution’s 8th and 4th amendments respectively), it is the responsibility of 21st century judges to make the relevant value-judgments for themselves: they are not required or even permitted to defer to the way in which such judgments would have been made in 1791, when these amendments were adopted. That is not judicial supremacy: that is the judges’ carrying out the instructions that the constitution gives them*”. WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 14-57, out. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2510550>>. Acesso em 15 mar. 2019.)

que também Waldron deu à prática jurídica e à Academia exatamente aquilo que ele atribui a Dworkin: “uma teoria viva, que creditou à prática do Direito a razão e a reflexão, e não apenas uma aplicação mecânica de regras”.⁷¹⁷

Assim, se é verdade que “[e]stamos ocupados brigando sobre o que H. L. A. Hart devia ter respondido a Ronald Dworkin já há muito tempo”, e que “já é hora de os filósofos analíticos do Direito acordarem” a questões substantivas,⁷¹⁸ o melhor que aquele que pretende abordá-la pode fazer à teoria de Waldron é dedicar atenção e respeito a tudo que implica sua proposta e aos elementos democráticos de sua teoria; elementos que têm muito a contribuir e a auxiliam a iluminar os caminhos para aqueles que compartilham da noção de que uma teoria jurídica coerente com as exigências da democracia e do império da lei pode ser mais valiosa e mais interessante.

⁷¹⁷ Parte da passagem que serve de epígrafe ao segundo capítulo da pesquisa, que, se repita, é parte do tributo de Waldron quando do falecimento de Dworkin. (“[A] *living jurisprudence, one which credited the practice of law with reason and thoughtfulness, not just the mechanical application of rules.* WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-39, jul. 2013.)

⁷¹⁸ Passagem que serve de epígrafe à *Introdução*. (“*We have been too busy squabbling about what H. L. A. Hart should have said to Ronald Dworkin. I think it is high time analytic legal philosophers woke up to some of these issues*”. Em WALDRON, Jeremy. “**Partly Laws Common to All Mankind**”. Foreign Law in American Courts. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012, p. 23.)

CONCLUSÃO

“A pluralidade dos sentidos que atribuímos a um ato revela não a incapacidade, mas os limites do nosso saber e a complexidade do real. É explorando um mundo por essência equívoco que se pode atingir a verdade. O conhecimento não é inacabado por nos faltar onisciência, mas por estar a riqueza de significações inscrita no objeto.”⁷¹⁹

(Raymond Aron)

Deixado claro aquilo que fica, aquilo que mais importa neste projeto de pesquisa, chega a hora de retomar sinteticamente o que foi trabalhado até que se pudesse chegar à conclusão fundamental: a classificação da teoria jurídica de Jeremy Waldron como uma terceira via que, independentemente de rótulos analíticos, ilumina caminhos possíveis na construção de uma *jurisprudence* voltada aos ideais de democracia e império da lei. Naturalmente, a grandeza do desafio exigiu um caminho longo até aqui; caminho dividido em três. No primeiro capítulo, contextualizações, e as origens do positivismo no *common law*; no segundo, o positivismo dos séculos xx e xxi e a concepção de Ronald Dworkin; finalmente, no terceiro capítulo, a obra de Waldron *per se*, abordada de forma direta. Assim, para concluir, lembremos os principais conceitos trabalhados em cada uma dessas partes.

No *primeiro capítulo*, tratou-se de investigar as origens daquilo a que se convencionou chamar *positivismo jurídico*. Primeiro, é claro, o mais fundamental: o que é, afinal, o positivismo jurídico? Com base em autores tradicionais — autores que aderem e outros que se opõem às teses positivistas — vimos que, em seu sentido mais amplo, o positivismo é a aceção fundamental segundo a qual o Direito como ele *deveria ser* é diferente do Direito tal como ele *é*, de modo que não é necessariamente verdade que o Direito vai sempre satisfazer a eventuais exigências substantivas de justiça e moralidade.

Com isso posto, a contextualização: o surgimento do positivismo anglo-saxão em meio à teoria clássica do *common law*, personificada especialmente por autores como *Sir Edward Coke* e, depois, *John Selden* e *Sir Matthew Hale*. Depois de uma exposição dos conceitos e ideias fundamentais que davam forma à teoria clássica anglo-saxônica, vimos o nascimento

⁷¹⁹ « La pluralité des sens que nous attribuons à un acte révèle non l'incapacité, mais les limites de notre savoir et la complexité du réel. C'est en explorant un monde par essence équivoque que l'on a chance d'atteindre la vérité. La connaissance n'est pas inachevée parce que l'omniscience nous manque, mais parce que la richesse de significations est inscrite dans l'objet. » ARON, Raymond. *L'opium des intellectuels*. Paris: Calmann-Lévy, 2004, p. 147.

do positivismo — que não levava esse nome à época — com Thomas Hobbes, que desafiou as noções dominantes à época segundo as quais o Direito era baseado na razão e no costume imemorial. Nesse sentido, essa parte do primeiro capítulo mostrou a origem das teses positivistas na obra de Hobbes, a partir de suas considerações sobre autoridade, sobre lei civil e lei natural, sobre moralidade e natureza humana.

Depois de Hobbes, passou-se à obra jurídica Jeremy Bentham, que, como o primeiro, desafiou as noções que dominavam o *common law* à época. Bentham, filósofo do utilitarismo, ridicularizava os ideais jusnaturalistas que imperavam no direito anglo-saxônico; para ele, o Direito era *imperativista*: era uma questão de comando do soberano, e, sendo assim, o *common law* não seria Direito legítimo. Bentham, então, muito influenciado por David Hume (e articulando de forma muito clara a dicotomia entre *is* e *ought* que perpassa todo o positivismo), divide sua teoria jurídica entre a parte *expositória* (*expository jurisprudence*) e *censória* (*censory jurisprudence*): a primeira, responsável por descrever o que é o Direito; a segunda, por dizer como esse Direito deveria ser. Assim, ainda no primeiro capítulo, vimos o desenvolvimento do pensamento jurídico de Bentham, o casamento por ele celebrado entre o utilitarismo e o positivismo, suas críticas ao *common law*, e, com isso, todo seu ideal político radical reformista (para não dizer revolucionário).

Depois de Bentham, passou-se à obra de John Austin, seu discípulo. Para Austin, Bentham acertava em sua noção imperativista do Direito. Diferentemente do mestre, contudo, Austin inaugurou a metodologia que é *até hoje* dominante no positivismo: uma proposta analítica que, porque analítica, preocupa-se muito mais com aquilo que Bentham chamava de *expository jurisprudence*: isto é, uma proposta que pretende *analisar e descrever* o Direito tal como ele é, ponto. É por isso que, por vezes, é possível encontrar livros que classificam John Austin como o primeiro positivista: enquanto Hobbes e Bentham desenvolveram vertentes normativas, *políticas*, de positivismo, foi Austin quem inaugurou aquela que seria sua característica metodológica tradicionalmente dominante, desenvolvendo, articulando e estabelecendo uma tradição centrada em uma noção imperativista sobre o fenômeno jurídico.

Como dito, Austin inaugurou a tradição dominante do positivismo, a preocupação analítico-descritiva. Assim, tomando essa questão como um elemento de transição, passou-se ao *segundo capítulo*, que começa com aquele que personificou o positivismo jurídico anglo-saxão no séc. xx: H. L. A. Hart. Foi Hart quem rompeu com o domínio *austiniano* que vigorava até então na explicação acerca da natureza do Direito — sem, contudo, abandonar a proposta de metodologia descritiva. Hart define seu projeto como uma “*sociologia descritiva*”, e, a partir da filosofia da linguagem ordinária, modernizou e sofisticou o projeto

de Austin, já inadequado ao contexto da época que não mais podia ter como suficiente uma noção imperativista de Direito. Assim, com Hart, inauguraram-se conceitos fundamentais até hoje na Teoria do Direito: noções de *regras primárias* e *regras secundárias*, *regra de reconhecimento*, conceitos que definem sua proposta teórica e inauguram as mais importantes características que, em maior ou menor grau, definem grande parte do positivismo jurídico até hoje. Afinal, é a partir da obra de Hart que temos as duas grandes teses positivistas articuladas de forma clara: a *tese da separabilidade entre Direito e moral* e a *tese das fontes sociais*.

Depois de Hart, o segundo capítulo aborda aquele que mais *desafiou* o positivismo jurídico até hoje: Ronald Dworkin, para quem o positivismo jurídico teria ainda uma terceira tese característica: a *tese da discricionariedade judicial*, que lhe era inconcebível. Assim, ao longo dos anos, Dworkin desenvolveu uma série de críticas ao positivismo e, não só isso, desenvolveu uma teoria própria e muito original. Ronald Dworkin trouxe à tona a existência de *princípios* no Direito; inaugurou a ideia de um Direito entendido enquanto um conceito *interpretativo*; defendeu a ideia de interpretação construtiva, de coerência e integridade, de uma resposta correta em casos difíceis nos quais positivistas e pragmatistas capitulariam. Tudo isso define a concepção *dworkiniana* de *law as integrity*, o Direito como integridade: uma matriz teórica cujos pressupostos acabaram por se adequar ao projeto holístico de Dworkin, uma obra filosófica ampla sobre moralidade, justiça, interpretação, sobre a vida boa, a partir da ideia de unidade do valor. Por fim, ainda, abordou-se rapidamente o positivismo jurídico contemporâneo e sua divisão pós-Dworkin.

Finalmente, o *terceiro capítulo* aborda a obra de Jeremy Waldron *per se*. A ideia foi apresenta-la em contraste com o positivismo e com a proposta de Dworkin, explicando-a a partir de seus próprios elementos. Assim, para compreender a terceira via de Waldron, vimos suas considerações sobre a relação conceitual entre Direito e império da lei; a suas críticas à metodologia positivista (e seu *acordo* com Dworkin); sua concepção de democracia e seu desacordo com Dworkin. Vimos, em meio a isso, as implicações práticas da proposta teórica de Waldron, seus reflexos nas críticas ao *judicial review* e na interpretação e decisão judicial.

Assim, em síntese, o que se viu foi (i) a primeira via: o positivismo jurídico em suas vertentes clássicas e modernas; (ii) a segunda via: o Direito como integridade, o interpretativismo *dworkiniano*; e (iii) a *terceira via*: a teoria democrática de Jeremy Waldron e os caminhos por ela inaugurados. Argumentei, portanto, que a obra de Waldron tem elementos suficientes a exigir uma nova classificação; mas, sobretudo, argumentei que seu valor está para muito além de qualquer rótulo, e que aquilo que mais importa nessas páginas é a noção de que é possível uma teoria jurídica adequada à democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARON, Raymond. **L'opium des intellectuels**. Paris: Calmann-Lévy, 2004.

AUSTIN, John. A Plea for the Constitution. In: SCARROW, Susan E. **Perspectives on Political Parties: Classic Readings**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2002, pp. 135-139.

_____. **Lectures on Jurisprudence**, or the Philosophy of Positive Law. 5. ed., vols. I e II. Editado por Robert Campbell. Londres: John Murray, 1873.

_____. **The Province of Jurisprudence Determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832].

BECCARIA, Cesare. **On Crimes and Punishments**. Tradução de David Young. Indianápolis: Hackett, 1986 (1764).

BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies; being an Examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **'Nonsense upon Stilts'; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man**. Londres: Methuen, 1987, pp. 46-76.

_____. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005.

_____. Chrestomathia. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The Works of Jeremy Bentham**, vol. 8. Edimburgo: William Tait, 1843.

BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica: Ascensão e influência no pensamento moderno**. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

_____. **The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**. Editado por Henry Henry, prefaciado por Michael Ignatieff. Princeton: Princeton University Press, 2013.

BERMAN, Harold J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. **The Yale Law Journal**, v. 103, n. 07, 1994, pp. 1651-1738.

BERMAN, Harold; WITTE, John. The Integrative Christian Jurisprudence of John Selden. In: HELMHOLZ, R. H.; HILL, Mark (eds.). **Great Christian Jurists in English History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 139-161.

BIX, Brian. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003.

_____. John Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University.

Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 18 out. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Tradução de Daniela Gobetti. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Breve História do Positivismo Descritivo: O que Resta do Positivismo Jurídico Depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 20, n. 1, jan.-abr. 2015, pp. 309-327.

CHERNISS, Joshua; HARDY, Henry. Isaiah Berlin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/berlin/>> Acesso em 25 fev. 2019.

CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Contracorrente, 2017.

COHON, Rachel. Hume's Moral Philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/hume-moral/>>. Acesso em 04 out. 2018.

COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

_____. **The Practice of Principle**: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2003.

COTTERRELL, Roger. **The Politics of Jurisprudence**: A Critical Introduction to Legal Philosophy. 2. ed. Londres: LexisNexis, 2003.

COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 16, n. 2, jul. 2003, pp. 243-270.

CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/bentham/>>. Acesso em 17 set. 2018.

CROMARTIE, Alan. **Sir Matthew Hale 1609-1676**: Law, Religion and Natural Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

DANCY, Jonathan. In Defense of Thick Concepts. FRENCH, Peter. A., UEHLING, Theodore. A., WETTSTEIN, Howard. K. (eds.). **Midwest Studies in Philosophy**, vol. xx: Moral Concepts. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996.

DINWIDDY, John R. **Bentham**: Selected Writings of John Dinwiddy. Edited with an Introduction by William Twining. Stanford: Stanford University Press, 2004.

DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel. Roundtable: An exchange with Jeremy Waldron. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, p. 01.

DRIVER, Julia. The History of Utilitarianism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2014 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em:
<<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em 17 set. 2018.

DUXBURY, Neil. English Jurisprudence between Austin and Hart. **Virginia Law Review**, vol. 91, n. 01, mar. 2005, pp. 02-91.

DYZENHAUS, David. Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts? **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 46-52.

_____. Hobbes on the Authority of Law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 186-209.

_____. Hobbes and the Legitimacy of Law. **Law and Philosophy**, vol. 20, n. 05, set. 2001, pp. 461-498.

DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press, 2006.

_____. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

_____. No Right Answer? **New York University Law Review**, vol. 53, n. 01, abr. 1978.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FAGGION, Andrea. Democracia Liberal vs. Neo-Feudalismo Libertário. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 dez. 2018. Estado da Arte. Disponível em:
<<https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/democracia-liberal-vs-neo-feudalismo-libertario/>>.

FERRARO, Francesco. Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of the Judges. Cambridge, **Utilitas**, vol. 25, n. 2, jun. 2013, pp. 140-160.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FINNIS, John. Natural Law: The Classical Tradition. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

FOISNEAU, Luc. Pluralismo e concepção do bem em Thomas Hobbes. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). **Norma, Moralidade e Interpretação: Temas de Filosofia Política e do Direito**. Porto Alegre: Linus, 2009.

FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Rotterdam: Springer Netherlands, 2013.

FULLER, Lon L. **The Law in Quest of Itself**. Boston: Beacon Press, 1940.

_____. **The Morality of Law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio Preliminar. La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí e Águeda Quiroga, com estudo preliminar de Roberto Gargarella e José Luis Martí. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. xli-xliii.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios Privados, Benefícios Públicos? A Ética na Riqueza das Nações**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

GOLDSMITH, M. M. Hobbes on law. In: SORELL, Tom (ed.). **The Cambridge Companion to Hobbes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GRAY, John. **The Two Faces of Liberalism**. Nova York: The New Press, 2000.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>>.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

HALPIN, Andrew. Austin's Methodology? His Bequest to Jurisprudence. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, pp. 15-40.

HAIURY, Ofir. **John Selden and the Western Political Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

HARRISON, Ross. The equal extent of natural and civil law. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 22-38.

HART, H. L. A. Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, pp. lxxix-cxii.

_____. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HAYEK, F. A. **Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy**. Cornwall: Routledge, 1998.

HIMMA, Kenneth E. Inclusive Legal Positivism. Cf. MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Judicial Discretion and the Concept of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 19, 1999, pp. 71-82.

HOBBS, Thomas. **De Cive**, The English Version, entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society. Oxford: Oxford University Press, 1987 [1643].

_____. **Diálogos entre um Filósofo e um Jurista**. Prefácio de Renato Janine Ribeiro e tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Leviathan**. Editado com introdução de C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651].

HUME, David. **A Treatise of Human Nature: Being an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects**. Reprinted from the original edition in three volumes, and edited, with an analytical index, by L. A. Selby-Bigge, M.A. Oxford: Clarendon Press, 1960 [1738-40].

KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018.

LACEY, Nicola. **A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LIEBERMAN, David. **The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

LOBBAN, Michael. Custom, Nature, and Authority: the roots of English legal positivism. In: LEMMING, David (ed.). **The British and their Laws in the Eighteenth Century**. Woodbridge: The Boydell Press, 2005, pp. 27-58.

_____. The common law mind in the age of Sir Edward Coke. **Amicus Curiae**, n. 33, jan./fev. 2001, pp. 18-21. Disponível em <<http://sas-space.sas.ac.uk/3766/1/1348-1484-1-SM.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

LOBBAN, Michael. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 08. A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900. Nova York: Springer, 2016.

LONGWORTH, Guy. John Langshaw Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/austin-jl/>>. Acesso em 07 dez. 2018.

LOUGHLIN, Martin. The political jurisprudence of Thomas Hobbes. In: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

_____. Hume on “is” and “ought”. In: HUDSON, W. D. (ed.) **The Is/Ought Question: A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy**. Basingstoke: Macmillan, 1969, pp. 35-50.

MARIS, Cees; JACOBS, Frans (eds.). **Law, Order and Freedom: A Historical Introduction to Legal Philosophy**. Tradução de Jacques de Ville. Amsterdam: Springer, 2012.

MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. The Immorality of Textualism. **Loyola of Los Angeles Law Review**, vol. 38, dez. 2005, pp. 2063-2079.

MASON, Elinor. Value Pluralism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2018 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism/>>. Acesso em 25 fev. 2019.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MILL, John Stuart. **Autobiography** and other Literary Essays. Edited by John M. Robson and Jack Stillinger. Toronto: University of Toronto Press, 1981.

_____. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2001 (1863).

MOORE, Michael S. Moral Reality. **Wisconsin Law Review**, n. 06, nov./dez. 1982, pp. 1061-1156.

NENNER, Howard. **By Colour of Law: Legal Culture and Constitutional Politics in England, 1660-1689**. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

OAKESHOTT, Michael. **Hobbes on Civil Association**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975.

_____. **The Politics of Faith and the Politics of Scepticism**. Avon: The Bath Press, 1993.

_____. **Rationalism in Politics** and other essays. Londres: Methuen, 1962.

PEREIRA COUTINHO, João. **As Ideias Conservadoras** Explicadas a Revolucionários e Reacionários. 2. ed. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

PERRY, Stephen R. Judicial obligation, Precedent, and the Common Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 07, n. 02, jul. 1987, pp. 215-257. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ojls/7.2.215>>. Acesso em 21 fev. 2019.

PIGLIUCCI, Massimo. Is Ethics a Science? **Philosophy Now Magazine**, Londres, Anja Publications, mai./jun. 2006, p. 25.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. Classical Common Law Jurisprudence (Part I). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 02, n. 02, 2002, pp. 155-180.

_____. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). **Oxford University Commonwealth Law Journal**, vol. 03, n. 01, 2003, pp. 01-28.

_____. **University of Northern Colorado Legal Studies Research Paper Series**, Working Paper n. 1785400, mar. 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1785400>>. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Legal Positivism: Early Foundations. **University of North Carolina Legal Studies Research Paper Series**, Working Paper n. 1975470, dez. 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1975470>>. Acesso em 14 mar. 2018.

_____. The Soul of Justice. In: ZHAI, Xiaobo; QUINN, Michael (eds.). **Bentham's Theory of Law and Public Opinion**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 40-62. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2294730>>. Acesso em 26 set. 2018.

POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011.

PUTNAM, Hilary. **The Collapse of the Fact/Value Dichotomy** and other Essays. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RATNAPALA, Suri. **Jurisprudence**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

_____. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RODRIGUEZ-PEREYRA, Gonzalo. Nominalism in Metaphysics. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2016 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/nominalism-metaphysics/>>. Acesso em 25 out. 2018.

ROSEN, Fred. Introduction. In: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. An Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, with a new Introduction by F. Rosen, and an Interpretive Essay by H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 2005, pp. xxxi-lxx.

SABINE, George H. **A History of Political Theory**. 3. ed. Londres: George G. Harrap and Co., 1963.

SAYRE-MCCORD, Geoff. Moral Realism. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/moral-realism/>>. Acesso em 13 mar. 2019.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

_____. Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, pp. 271-290.

SCHOFIELD, Philip. Jeremy Bentham: Legislator of the World. **Current Legal Problems**, Oxford, v. 51, n. 1, jan. 1988, pp. 115-147.

SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. Fully annotated with an Introduction by Burton Raffel, with an essay by Harold Bloom. New Haven: Yale University Press, 2006 [1596-99].

SHAPIRO, Scott J. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper**

Series, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 28 fev. 2019.

_____. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

_____. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)? In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar (eds.). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

SILTALA, Raimo. **Law, Truth, and Reason – A Treatise on Legal Argumentation**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011, p. 113.

SIMPSON, A. W. B. The Common Law and Legal Theory. In: SIMPSON, A. W. B. (ed.) **Oxford Essays in Jurisprudence**, second series. Oxford: Oxford University Press, 1973, pp. 77-99.

STEWART, Duncan. Thomas Hobbes. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/hobbes/>>. Acesso em 25 out. 2018.

STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. Tradução de Elsa M. Sinclair. Chicago: University of Chicago Press, 1952.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11. ed., revista, atualizada e ampliada, com prefácio de Ernildo Stein. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed., revista, modificada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

SWIFT, Jonathan. **Gulliver's Travels**. Londres: Penguin Classics, 2003 [1726].

SYTSMA, David S. Matthew Hale as Theologian and Natural Law Theorist. In: HELMHOLZ, R. H.; HILL, Mark (eds.). **Great Christian Jurists in English History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 163-186.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Estado de Nações: Hobbes e as Relações Internacionais no Século XXI**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

VÄYRYNEN, Pekka. Thick Ethical Concepts In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab,

Stanford University. Disponível em:

<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/thick-ethical-concepts/>>.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **System of the Modern Roman Law**, vol. I. Traduzido por William Holloway. Chennai: J. Higginbotham, 1867.

WALDRON, Jeremy. All We like Sheep. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. xii, n. 01, jan. 1999, pp. 169-186.

_____. Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's *Philosophy of Law*. **Jerusalem Review of Legal Studies**, vol. 10, n. 01, 2014, pp. 81-92.

_____. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 13, n. 01, spring 1993, pp. 18-51.

_____. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 03, 2009, pp. 675-712.

_____. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

_____. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, abr. 2006, pp. 1346-1406.

_____. Does Law Promise Justice? **Georgia State University Law Review**, vol. 17, n. 03, 03, 2001, pp. 759-788.

_____. Did Dworkin Ever Answer the Critics? In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 155-182.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? **The Yale Law Journal**, vol. 123, n. 06, abr. 2014, pp. 1692-1730.

_____. Jeremy Bentham's *Anarchical Fallacies*. In: WALDRON, Jeremy (ed.). **'Nonsense upon Stilts'; Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man**. Londres: Methuen, 1987, pp. 29-45.

_____. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 02-24.

_____. Judicial Review and Judicial Supremacy. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 14-57, out. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2510550>>.

_____. Jurisprudence for Hedgehogs. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-45, jul. 2013. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2290309>>.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Legal and Political Philosophy. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth E; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 09, n. 01, 2008, pp. 185-216.

_____. Moral Truth and Judicial Review. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 43, n. 01, jan. 1998, pp. 75-97.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 410-434.

_____. **"Partly Laws Common to All Mankind"**. Foreign Law in American Courts. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012.

_____. Refining the Question about Judges' Moral Capacity. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, jan. 2009, pp. 69-82.

_____. Ronald Dworkin: An Appreciation. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-39, jul. 2013. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2276009>>.

_____. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 01, out. 2012, pp. 01-31.

_____. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. **Columbia Law Review**, vol. 105, n. 06, out. 2005, pp. 1681-1750.

_____. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. **California Law Review**, vol. 82, n. 03, 1994, pp. 509-540.

_____. Who Needs Rules of Recognition? **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 09-21, abr. 2009. Disponível em <<https://www.ssrn.com/abstract=1358477>>.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ZARCA, Charles Yves. **Hobbes and Modern Political Thought**. Tradução e introdução de James Griffith. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2016.