

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

**FRANCISCO KLIEMANN A CAMPIS**

**ONDE O DIREITO E A MORAL SE ENCONTRAM:**

**Introdução hermenêutica ao Positivismo jurídico inclusivo de Matthew Kramer**

**Porto Alegre**

**2023**

Francisco Kliemann a Campis

**INTRODUÇÃO HERMENÊUTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO:  
A teoria do Direito de Matthew Kramer**

Projeto de dissertação apresentado como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

Porto Alegre

2023

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: “**INTRODUÇÃO HERMENÊUTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO: A teoria do Direito de Matthew Kramer**”, elaborada pelo mestrando Francisco Kliemann a Campis, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 13 de dezembro de 2023.

  
Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Francisco Jose Borges Motta \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. André Luiz Olivier da Silva \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto \_\_\_\_\_ *Participação por Webconferência*

C197o Campis, Francisco Kliemann a.  
Onde o direito e a moral se encontram: introdução  
hermenêutica ao positivismo jurídico inclusivo de Matthew  
Kramer / Francisco Kliemann a Campis. – 2023.  
140 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.  
“Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.”

1. Incorporacionismo. 2. Jurisprudence. 3. Kramer, Matthew.  
4. Positivismo Jurídico. 5. Positivismo Jurídico inclusivo. I.  
Título.

CDU 34

## AGRADECIMENTOS

O emérito professor de Direito, Luís Alberto Warat (2000, p. 15), já dizia “Somos sujeitos castrados quando não sentimos a necessidade de um confronto com o instituído, quando não vemos a importância de expor os poderes estabelecidos frente aos conflitos que os desestabilizam, quando não podemos fazer (porque não percebemos a necessidade) uma prática descentrada e desierarquizada do político e, sobretudo na medida em que não sabemos transformar o político, o saber e os sentimentos em um espaço simbólico sem proprietários”. Acho que é isto que move este trabalho, uma condição de re-velar as relações estabelecidas no âmbito do Direito e da organização do poder, para explicitar como funciona esse frágil equilíbrio, que permite que tenhamos acesso às maravilhas da Democracia.

Agradeço aos meus pais, Luiz Augusto e Helena pelo enorme apoio, que é a mais fundamental condição de possibilidade dessa pesquisa.

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq, pela concessão da bolsa de estudos.

Agradeço aos queridos professores Gerson Neves, André Olivier, Anderson Vichinkeski e Francisco Motta que em certo momento podem nem ter percebido, mas suas palavras foram extremamente importantes para que esse trabalho se concretizasse.

E claro agradeço ao meu orientador professor Lenio Streck que ajudou a transformar parte de minha angústia em angústia epistemológica e direcioná-la na academia.

“A vida virtuosa é aquela inspirada pelo amor guiada pelo conhecimento”  
(Bertrand Russell, 2017, p.44)

[...] “O que torna verdadeira uma convicção não é o prazer nem o conforto que proporciona. [...] As descobertas da investigação as vezes são errôneas, mas isso não as torna subjetivas. [...] Os que insistem em que a verdade é algo maleável e subjetivo não compreendem que, com tal critério, a investigação é impossível.” (Bertrand Russell, 2016, p.452)

O que é bonito no homem é a dignidade.  
Carolina Maria de Jesus

*Yo no nací sin causa  
Yo no nací sin fe  
Mi corazón pega fuerte  
Para gritar a los que no sienten  
Así perseguir a la felicidad  
Natalia Lafourcade*

“O mundo é um bom lugar e vale a pena lutar por ele.”  
Ernest Hemingway

## RESUMO

Esta dissertação tem como seu principal objetivo uma investigação da proposta teórica de Matthew Kramer à Teoria do Direito; uma investigação que, revelando os principais pressupostos e as principais implicações da história do Positivismo Jurídico visa situar o Positivismo jurídico Inclusivo de Kramer. 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 primeiro capítulo (i) Algumas noções introdutórias e importantes considerações à discussão do Positivismo jurídico, o contexto histórico de surgimento do positivismo jurídico no âmbito da teoria clássica do common law e (ii) a teoria de Edward Coke e os Positivistas que o sucederam e formaram a tradição anglo-saxã: Hobbes, Bentham e Austin; no segundo capítulo, a investigação volta-se (i) para Herbert Hart e a superação de uma teoria do comando por um teoria normativo-descritiva e o desenvolvimento do Positivismo jurídico junto à filosofia da Linguagem; (ii) para então introduzir o “*general attack*” de Ronald Dworkin ao Positivismo jurídico e seus contrapontos hermenêuticos que geraram uma cisão no Positivismo jurídico; finalmente, no terceiro capítulo busco demonstrar (i) como o “*general attack*” de Dworkin gerou um cisão no positivismo jurídico, (ii) no consiste o Positivismo jurídico inclusivo e (iii) quais são os argumentos de Matthew Kramer que sustentam a sua visão de Positivismo jurídico inclusivo e como ele relaciona o Direito com a moral. Nesse sentido, o que se conclui é que Kramer tem uma abordagem inédita e muito original do Positivismo jurídico e da sua relação com a moralidade, que supera muitos de seus problemas, dando respostas a muitas das perguntas de Dworkin, mas sendo um precário diante da interpretação e da compreensão do Direito como um fenômeno interpretativo e não criterialista, problema que todos os positivistas jurídicos possuem.

**Palavras-chave:** Jurisprudence. Matthew Kramer. Positivismo jurídico. Positivismo Jurídico Inclusivo. Hermenêutica.

## ABSTRACT

This dissertation aims to investigate Matthew Kramer's theoretical proposal within Legal Theory. Through an exploration of the main assumptions and implications of the history of Legal Positivism, the research seeks to position Kramer's Inclusive Legal Positivism. To achieve this goal, and based on a bibliographic review conducted under the phenomenological method (underlying the tradition of Legal Hermeneutics Critique by Lenio Streck), the study, structured in three chapters, addresses the following topics: in the first chapter, (i) Some introductory notions and important considerations regarding the discussion of Legal Positivism, the historical context of the emergence of legal positivism in the classical common law theory, and (ii) the theory of Edward Coke and subsequent Positivists who shaped the Anglo-Saxon tradition: Hobbes, Bentham, and Austin; in the second chapter, the investigation turns to (i) Herbert Hart and the transition from a command theory to a normative-descriptive theory and the development of Legal Positivism within the philosophy of language; (ii) then introduces Ronald Dworkin's "general attack" on Legal Positivism and its hermeneutic counterpoints that led to a division within Legal Positivism; finally, in the third chapter, I aim to demonstrate (i) how Dworkin's "general attack" caused a division in legal positivism, (ii) what Inclusive Legal Positivism entails, and (iii) the arguments put forth by Matthew Kramer supporting his view of Inclusive Legal Positivism and its connection between Law and morality. In this sense, the conclusion is that Kramer offers a novel and highly original approach to Legal Positivism and its relationship with morality, addressing many of Dworkin's questions but proving inadequate in interpreting Law as an interpretive rather than criterial phenomenon, a problem shared by all legal positivists.

**Keywords:** Jurisprudence. Matthew Kramer. Legal Positivism. Inclusive Legal Positivism. Hermeneutics.

## ZUSAMMENFASSUNG

Diese Dissertation hat zum Hauptziel, die theoretischen Ansätze von Matthew Kramer in der Rechtstheorie zu untersuchen. Durch die Aufdeckung der wichtigsten Annahmen und Implikationen der Geschichte des Rechtspositivismus beabsichtigt die Forschung, den inklusiven Rechtspositivismus von Kramer zu verorten. Zu diesem Zweck und auf Grundlage einer bibliografischen Recherche, die unter der "phänomenologischen Methode" (im Kontext der Tradition der Rechtshermeneutik von Lenio Streck) durchgeführt wurde, behandelt die Studie in drei Kapiteln die folgenden Themen: Im ersten Kapitel werden (i) einige einführende Begriffe und wichtige Überlegungen zur Diskussion des Rechtspositivismus erörtert, der historische Kontext des Aufkommens des Rechtspositivismus im Rahmen der klassischen Common-Law-Theorie und (ii) die Theorie von Edward Coke sowie die Positivisten, die ihm folgten und die anglo-sächsische Tradition prägten: Hobbes, Bentham und Austin; Im zweiten Kapitel wendet sich die Untersuchung (i) Herbert Hart und dem Übergang von einer Befehlstheorie zu einer normativ-deskriptiven Theorie zu sowie der Entwicklung des Rechtspositivismus innerhalb der Sprachphilosophie zu; (ii) führt dann den "generellen Angriff" von Ronald Dworkin gegen den Rechtspositivismus ein und seine hermeneutischen Gegenpunkte, die zu einer Spaltung im Rechtspositivismus führten; schließlich zielt das dritte Kapitel darauf ab zu zeigen, (i) wie der "generelle Angriff" von Dworkin eine Spaltung im Rechtspositivismus verursachte, (ii) was der inklusive Rechtspositivismus beinhaltet, und (iii) die Argumente, die Matthew Kramer für seine Sicht des inklusiven Rechtspositivismus und dessen Verbindung zwischen Recht und Moral vorbringt. In diesem Sinne kommt die Schlussfolgerung zu dem Ergebnis, dass Kramer einen neuartigen und äußerst originellen Ansatz zum Rechtspositivismus und seiner Beziehung zur Moral bietet, viele der Fragen von Dworkin anspricht, aber sich als unzureichend bei der Interpretation des Rechts als Phänomen der Interpretation und nicht der Kriterien herausstellt, ein Problem, das alle Rechtspositivisten teilen.

**Schlagwörter:** Rechtstheorie. Matthew Kramer. Rechtspositivismus. Inklusiver Rechtspositivismus. Hermeneutik

## RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objectif principal d'investiguer la proposition théorique de Matthew Kramer dans la Théorie du Droit. En révélant les principales hypothèses et implications de l'histoire du Positivisme Juridique, la recherche vise à situer le Positivisme Juridique Inclusif de Kramer. À cette fin, et à partir d'une recherche bibliographique menée selon la méthode phénoménologique (sous-jacente à la tradition de la Critique Herméneutique du Droit de Lenio Streck), l'étude, structurée en trois chapitres, aborde les thèmes suivants : dans le premier chapitre, (i) Certaines notions introductives et importantes considérations sur la discussion du Positivisme Juridique, le contexte historique de l'émergence du positivisme juridique dans la théorie classique de la common law, et (ii) la théorie d'Edward Coke et des positivistes qui lui ont succédé et ont façonné la tradition anglo-saxonne : Hobbes, Bentham et Austin ; dans le deuxième chapitre, l'investigation se tourne vers (i) Herbert Hart et le passage d'une théorie du commandement à une théorie normative-descriptive, et le développement du Positivisme Juridique dans la philosophie du langage ; (ii) puis introduit l' "attaque générale" de Ronald Dworkin contre le Positivisme Juridique et ses contrepoints herméneutiques qui ont conduit à une division au sein du Positivisme Juridique ; enfin, dans le troisième chapitre, j'essaie de démontrer (i) comment l' "attaque générale" de Dworkin a provoqué une division dans le positivisme juridique, (ii) ce qu'implique le Positivisme Juridique Inclusif, et (iii) les arguments avancés par Matthew Kramer étayant sa vision du Positivisme Juridique Inclusif et sa relation entre le Droit et la morale. Dans ce sens, la conclusion est que Kramer propose une approche novatrice et très originale du Positivisme Juridique et de sa relation avec la morale, répondant à de nombreuses questions de Dworkin, mais se révélant insuffisante dans l'interprétation du Droit en tant que phénomène interprétatif plutôt que critérialiste, un problème partagé par tous les positivistes juridiques.

**Mots-clés:** Théorie juridique. Matthew Kramer. Positivisme Juridique. Positivisme Juridique Inclusif. Herméneutique.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: .....	12
<b>1. AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO À LUZ DA HERMENÊUTICA.....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 Ícaro entre sir Edward Coke e Thomas Hobbes .....</b>	<b>22</b>
1.2.1 Edward Coke, a <i>judge made law</i> e as origens do <i>judicial review</i> . <i>Seria Coke um hermeneuta?</i> .....	23
1.2.2 O caso Bonham e a origem histórica da <i>judicial review</i> .....	26
1.2.2 Thomas Hobbes e a importante “tese dos fatos sociais”:.....	31
1.2.3 Conclusões parciais .....	36
<b>1.3 Os utilitaristas e a separação entre direito e moral .....</b>	<b>37</b>
1.3.1 Jeremy Bentham: a tese dos fatos sociais encontra o utilitarismo: .....	38
1.3.2 John Austin: a separação analítica entre direito e moral .....	42
1.3.2.1 Austin um Jusnaturalista ético e um Positivista metodológico .....	44
1.3.2.2 Detalhando o conceito de direito em John Austin .....	47
<b>1.4 Algumas considerações finais sobre o positivismo jurídico anglo saxão antes do séc. xx.....</b>	<b>49</b>
<b>2 O DEBATE HART DWORKIN E A CISÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....</b>	<b>51</b>
<b>2.1 H.I.a. Hart e o positivismo jurídico contemporâneo.....</b>	<b>51</b>
2.1.1 – As críticas de Hart a uma teoria do sanção e a superação de uma teoria sancionadora por uma teoria normativa .....	53
2.1.2 O Conceito de direito de Hart .....	59
2.1.3 O mínimo conteúdo do direito natural: .....	62
2.1.4 Zona de penumbra, ceticismo de regras, e discricionariedade .....	64
2.1.5 Considerações parciais .....	67
<b>2.2 Dworkin e o positivismo: um contraponto hermenêutico .....</b>	<b>69</b>
2.2.1 O <i>general attack</i> ao positivismo jurídico .....	70
2.2.2 A hermenêutica, os princípios e o fechamento interpretativo em Dworkin .....	73
2.2.2.1 O caso Riggs vs Palmer .....	74
2.2.3 Desacordos e o aguilhão semântico .....	79
2.2.4 A questão da interpretação. ....	82
2.2.5 Hércules, o sábio e valoroso juiz da coerência e da integridade .....	89
2.3 Conclusões parciais: .....	91
<b>3 O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO (<i>INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM</i>).....</b>	<b>94</b>

<b>3.1 A cisão do positivismo jurídico .....</b>	<b>94</b>
<b>3.2 O que é isto: o positivismo jurídico inclusivo? .....</b>	<b>100</b>
<b>3.3 Onde o direito e a moral se encontram: o positivismo jurídico inclusivo de Matthew Kramer .....</b>	<b>101</b>
3.3.1 Inclusivismo vs incorporacionismo .....	104
<b>3.4 O Objetivismo Moral e seu papel no Direito segundo Kramer .....</b>	<b>108</b>
3.4.1 Problemas iniciais da metaética .....	108
3.4.2 O realismo moral de Kramer e seu papel no direito .....	109
3.4.3 O princípio da liberdade de expressão e a aplicação prática dos princípios de Kramer: .....	114
<b>3. 5 A Teoria do Direito de Kramer: o direito e a moral se encontram .....</b>	<b>119</b>
<b>3. 6 Considerações parciais .....</b>	<b>122</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>125</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>130</b>
<b>Documentos iconográficos: .....</b>	<b>136</b>
<b>APÊNDICE 1: OS GRANDES POSITIVISTAS DO SÉCULO PASSADO, KELSEN E HART: .....</b>	<b>137</b>
<b>Positivismo e nazismo: fazendo justiça a Kelsen e aos positivistas: .....</b>	<b>139</b>

## INTRODUÇÃO:

No seu livro, intitulado “O que é isto: a Filosofia”, Heidegger deixa claro que para se compreender adequadamente os sentidos e significados por trás de um tema precisamos nos voltar para a sua história, somente assim poderemos nos aproximar de sua facticidade.

Se para Heidegger falar sobre filosofia era falar sobre os gregos e seu modo de pensar o mundo, para se falar sobre Direito e Moral, temas tão caros à Filosofia também podemos recorrer aos gregos, pelos menos para começar este trajeto hermenêutico em direção aos sentidos e significados que esta tradição assume na contemporaneidade.

É em Sófocles, mais especificamente em sua peça Antígona que podemos perceber um dos mais marcantes conflitos deste trabalho, qual seja, o conflito entre o Direito da pólis, positivado pelos homens e a Moral, entendida em Sófocles como sendo parte das leis divinas.

Antígona tem início com a morte dos dois filhos de Édipo, Etéocles e Polinices, que se assinaram mutuamente na luta pelo trono de Tebas. Com isso ascendeu ao poder Creonte, parente próximo da linhagem de Jocasta. Seu primeiro édito dizia respeito ao sepultamento dos irmãos Labdácidas. Creonte estipulou que o corpo de Etéocles receberia todo cerimonial devido aos mortos e aos deuses. Já Polinices teria seu corpo largado a esmo, sem o Direito de ser sepultado e deixado para que as aves de rapina e os cães o dilacerassem. Creonte entendia que isso serviria de exemplo para todos os que pretendessem intentar contra o governo de Tebas.

Ao saber do édito, a heroína Antígona deixa claro que não deixará o corpo do irmão sem os ritos sagrados, mesmo que tenha que pagar com a própria vida por tal ação. Mostra-se insubmissa “**às leis humanas**” por estarem indo de encontro “**às leis divinas**”. Adaptando à modernidade um conflito nos parece claro: o conflito entre os valores imanentes que nos parecem justos à priori e o decretado pelas leis dos homens, ou seja, pela lei das autoridades devidamente constituídas.

Para Sérgio Buarque de Holanda (2007, p.141) “ninguém exprimiu com mais intensidade a oposição e mesmo a incompatibilidade fundamental entre os dois princípios do que Sófocles”. Para o sociólogo “o conflito entre Antígona e Creonte é

de todas as épocas e preserva sua veemência ainda em nossos dias”, de forma que “o processo pelo qual a lei geral (dos homens) suplanta a lei particular (divina) faz-se acompanhar de crises mais ou menos graves e prolongadas, que podem afetar profundamente a estrutura da sociedade”.

O que este trabalho, através da remontagem de um tradição que tem como precursor Thomas Hobbes busca responder é: Existe um meio termo? Direito e Moral podem se encontrar? São fenômenos separados? E no que consistem estes fenômenos?

Seria o caso de se encontrar um caminho justo entre Antígona, que apela para valores morais, e entre Creonte que apela para a autoridade? Ou são caminhos completamente separados?

Desde Sófocles passamos por muitos desenvolvimentos no que diz respeito às respostas para este tema. De forma que este trabalho pretende reunir algumas das melhores respostas para estas e outras perguntas que nos foram fornecidas por uma tradição de pensadores, a tradição do Positivismo Jurídico que apesar de claramente não ser perfeita, nem sequer estar perto disto, nos proporcionou avanços civilizatórios enquanto sociedade democrática onde a lei geral deve suplantar a lei pessoal.

## 1. AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO À LUZ DA HERMENÊUTICA

Falar de Positivismo Jurídico é como falar de bandas de Rock, existem várias, vários estilos e vários subgêneros. Existem Positivismos franceses, alemães, americanos e britânicos. O objeto central de estudo do presente trabalho é um subgênero do Positivismo jurídico anglo-saxão chamado Positivismo Jurídico Inclusivo.

Dentro do Positivismo existem algumas grandes subdivisões, as primeiras, como já mencionamos são as das (1) **tradições nacionais** que possuem suas grandes subjetividades. A segunda grande subdivisão (e a que gera a maior parcela de dúvidas e mal-entendidos) é a (2) entre **Positivistas ideológicos e Positivistas metodológicos**, essa divisão se caracteriza por uma forte divergências de cunho moral e metodológico. A terceira grande divisão entre os positivistas é mais contemporânea e remonta ao debate Hart-Dworkin onde uma diferença inconciliável sobre a natureza do Direito, mais especificamente sobre a tese dos fatos sociais poder ou não incluir fatos morais nas suas regras de reconhecimento fez os juristas terem que adotar uma de duas posições, a (3) do **Positivismo Jurídico Inclusivo** (da moral) ou a do **Positivismo Jurídico exclusivo** (da moral).

Matthew Kramer, o autor que é objeto central desta pesquisa, é um autor incluído no contexto anglo-saxão da Teoria do Direito, ele é um Positivista metodológico e um grande defensor e teórico do Positivismo jurídico inclusivo. Para chegarmos até a sua obra teremos um longo percurso hermenêutico para percorrermos.

Caracterizar a concepção positivista de Direito é muito difícil, ao menos muito mais do que caracterizar a de jusnaturalismo<sup>1</sup>. Isso porque o termo positivismo é acentuadamente ambíguo: ele faz referência a posturas diferentes que nem sempre têm relação entre si; ou que em muitos casos foram rejeitadas explicitamente por alguns autores considerados positivistas, e apoiadas por outros juristas positivistas,

---

<sup>1</sup> Para Carlos Santiago Nino (2010, p.32), a concepção jusnaturalista consiste na simples defesa conjunta de duas teses, nas palavras do próprio autor:

“a) Uma tese de filosofia ética, que afirma a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana.

b) Uma tese relativa à definição do conceito de Direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser classificados como "jurídicos" se estão em desacordo com aqueles princípios morais ou de justiça.”

Em geral, se alguém rejeitar uma dessas teses, mesmo que aceite a outra (supondo que isso seja possível), não será considerado um jusnaturalista.”

mas não como parte essencial do Positivismo por eles defendido. (NINO, 2010) O "positivismo jurídico", conforme descrito por autores como Hart (2009) e Gardner (2012), implica um pensamento que separa a natureza do Direito de suas prescrições éticas; em outras palavras, é uma concepção abrangente que argumenta que a validade do Direito não depende obrigatoriamente de sua conformidade a um padrão moral específico, o que abrange valores substantivos, considerações sobre justiça, injustiça, noções divinas e transcendentais.

Apesar destas diferentes vertentes, e de suas diversas peculiaridades podemos esboçar um traço em comum: O Positivismo é um movimento jurídico-filosófico em que o material jurídico, ou seja a base do que é propriamente Direito é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada. A diferenciação entre Fato e Valor também é algo que sempre presente para os positivistas. Fato enquanto uma ontologia, algo que existe, que é (uma lei devidamente outorgada por uma autoridade com poderes para isso). E valor enquanto uma deontologia, algo que deveria ser (algo que é correto e justo), isto pois "o positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos". (Streck, 2017, p.159). Nas palavras de Bobbio (2006) o Positivismo é uma teoria que emprega uma abordagem avaliativa do Direito, onde o que importa são os fatos e não o valor. Disso extraímos que para o Positivismo a existência e o conteúdo do Direito dependem de fatos sociais, e não da satisfação de certos valores substantivos e de difícil determinação como "o bem" ou aquilo que é certo. Todos os Positivistas sabem e afirmam que uma questão é o que o Direito é (*is*) e outra é o que ele deveria ser (*ought*).

O Positivismo Jurídico surgiu como um movimento amplo onde dois objetivos eram comuns: 1) dar mais clareza e determinação ao conceito de Direito; 2) determinar que para algo ser Direito propriamente deveria surgir como o comando de um autoridade competente e não precisaria estar adequado a um certo valor subjetivo. O positivismo jurídico pode, por enquanto, ser adequadamente definido como a teoria de que todas as leis devem sua origem e existência à prática humana e a decisões que se referem ao governo de uma sociedade, e que não têm necessariamente uma correlação com os preceitos divinos ou de uma moral ideal. (MacCormick, 2010)

Bobbio (2006), o grande compilador Italiano em seu livro *Positivismo Jurídico* conceitua sete pontos centrais do Positivismo Jurídico, quatro<sup>2</sup> dos quais são pouco controversos e nos podem ser muito uteis:

- 1) Os positivistas “abordam o Direito como um fato e não como um valor” (Bobbio, 2006, p.131) ou seja a validade de uma lei é diferente de sua capacidade de ser justa.
- 2) O Juspositivismo antigo define o Direito através do elemento da coação<sup>3</sup>. E com H.L.A. Hart e Kelsen passa para a normatividade.
- 3) O Positivismo jurídico costuma afirmar a legislação como fonte preeminente e principal do Direito<sup>4</sup>.
- 4) O Positivismo é uma teoria imperativista do Direito, isto pois segundo essa abordagem -apesar de existirem normas permissivas – o Direito normalmente busca comandar através de mandamentos.

Um ponto central para uma devida compreensão do Positivismo Jurídico é a divisão entre 1. Positivismo ideológico e 2. Positivismo metodológico, pois só com a devida compreensão desse aspecto conseguiremos ter um entendimento adequado do tema.

Positivistas metodológicos creem que quanto mais clareza e determinação tivermos na descrição do Direito melhor ele será e melhores serão as críticas a ele, Positivistas metodológicos creem que leis injustas não deixam de ser leis, mas isso não quer dizer que profissionais do Direito tem o dever moral de aplicá-las, a maioria absoluta dos autores Positivistas são Positivistas metodológicos, ou sejam acham que quanto mais clareza e determinação tivermos na descrição do Direito e do fenômeno jurídico separando-o de critérios subjetivos melhor conseguiremos trabalhar com ele. Para estes Positivistas o Positivismo jurídico é um método e não uma ideologia, dentre notórios Positivistas metodológicos podemos ver Jeremy

---

<sup>2</sup> Os outros três são extremamente controversos e podem resultar em interpretações vulgares acerca do tema. Tais pontos estão no campo do Positivismo ideológico e não no campo do Positivismo metodológico, como a suposta teoria da obediência absoluta da lei que Bobbio coloca na sétima posição de sua lista. Teoria que este trabalho busca desmistificar e que é simplesmente negada por quase todos os positivistas contemporâneos, inclusive por Kelsen (2000) e Hart (2009).

<sup>3</sup> Veremos que com Herbert Hart (2009) o argumento da coação fica muito mais sofisticado, inclusive a teoria da Coatividade do Direito foi o seu maior ponto de crítica em relação aos seus antecessores para quem segundo ele o Direito era pouco mais do que ameaças de um gangster.

<sup>4</sup> Quanto a isto veremos que muitos divergem. Bentham (1974) apontava os problemas da common law inglesa por estar abertas a subjetivismos de juízes, e, portanto, foi um grande defensor da codificação em massa da legislação, enquanto Austin (2009), seu discípulo, acreditava que a *Judge Made Law* costumava ser melhor e mais justa.

Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Hart, Joseph Raz, Matthew Kramer, entre outros.

Tal como os demais Positivistas Jurídicos, -os suposto- Positivistas ideológicos também veriam a necessidade de clareza na legislação como algo importante (portando também são partidários do método Positivista) a diferença é que eles creem que a legislação promulgada por um soberano ou uma autoridade, necessariamente precisa ser obedecida em qualquer situação pelos intérpretes e agentes da lei e esse é um valor moral inegociável e superior a todos os outros, a posição do Positivismo ideológico já foi há muito superada e hoje em dia é usada apenas como um espantalho para atacar o Positivismo Jurídico. Em Hobbes que escreveu a quase 500 anos atrás até poderíamos ver alguns traços de Positivismo ideológico quando o autor afirmava que até o pior regime de governo é melhor que a anarquia, mas o próprio autor dizia que um soberano que não protegesse devidamente seus cidadãos poderia ser deposto. Nos escritos do século XVIII de Bentham, bem como nos de Austin já vemos a superação e refutação do Positivismo ideológico.

Mas o que é o Positivismo ideológico, quem o representa? Atualmente se desconhece qualquer autor vivo que se classifique assim e defenda que o único valor moral que um juiz deve levar em conta na aplicação é a “letra fria da lei” e obediência das cadeias de comando. O Positivismo jurídico ideológico não passa, portanto, de um espantalho criado por jusnaturalistas para atacar o Positivismo jurídico e atrelar a ele teses como a de que o Positivismo Jurídico é contra as vontades de deus, contra as leis divinas e preponderantemente injusto. Teses toscas como a de que o Positivismo jurídico legitimou o nazismo, entre outras desinformações, também são derivadas desse espantalho.

A visão de que todo Positivismo é necessariamente ideológico é uma das falácias que este trabalho busca combater e refutar. Nino (2010, p.38) em uma brilhante introdução prática à Teoria do Direito desenha com precisão o espantalho do Juiz positivista ideológico. O fantasma do “Positivismo Ideológico pretende que os juízes assumam uma postura moralmente neutra e que se limitem a decidir conforme o direito vigente. Porém, essa pretensão é ilusória.”

“Em suma, o positivismo ideológico é uma *postura valorativa* que defende que os juízes devem considerar, em suas decisões, um único princípio moral: o que prescreve observar tudo o que o direito vigente dispõe.” (NINO, 2010, p.39) E tão

somente isto. Um Positivista ideológico aplica um único valor, o da lei, e dirá que se uma norma tiver os critérios para ser uma norma jurídica, os juízes serão necessariamente obrigados a aplicá-la.

Em um exercício teórico Nino (2010) remonta o julgamento de Nuremberg<sup>5</sup> e coloca vários modelos de juízes para julgar autoridades jurídicas nazistas responsáveis por processos burocráticos que resultaram nas mortes de milhões de judeus. São vários os modelos citados por Nino que escreve as sentenças fictícias dos magistrados seguindo a lógica da teoria que se vinculam, cada um julga e condena os nazistas a punição fundamentando sua sentença em diferentes razões: o jusnaturalista, o interpretativista e o positivista metodológico condenam os agentes do estado a punição, apenas um juiz absolve os nazistas, o positivista ético que acredita que o único valor moral é a obediência a lei, esse positivista ético não representa nenhum dos autores que que este trabalho apresenta.

O grande teórico do Direito Argentino nos mostra que com esta constatação o distanciamento da realidade prática e a fragilidade radical do positivismo ideológico ficam demonstrados, pois em geral, embora o seu princípio moral aparentemente se justifique (há razões de ordem, segurança e certeza que o apoiam), ele não é o único princípio válido, nem o único a ser considerado pelos juízes em suas decisões e seria até um pouco tolo o fazer. Por problemas metodológicos e de ordem prática o Positivismo ideológico é algo basicamente extinto na teoria do Direito, de forma que desde os escritos de Jeremy Bentham que remontam a 1765 é algo extremamente superado.

O Positivismo metodológico (ou conceitual) não se opõem a existência de princípios morais e de justiça, “essa linha de Positivismo não envolve uma tese de filosofia ética e não implica necessariamente a adesão a uma postura cética em

---

<sup>5</sup> O Julgamento de Nuremberg refere-se a uma série de julgamentos realizados após a Segunda Guerra Mundial para processar líderes políticos, militares, e outros indivíduos de alto escalão do regime nazista da Alemanha. Esses julgamentos tiveram lugar na cidade de Nuremberg, na Alemanha, entre 1945 e 1946, e foram conduzidos por tribunais militares internacionais.

O principal e mais conhecido desses julgamentos foi o Julgamento Principal de Nuremberg, oficialmente denominado "Tribunal Militar Internacional" (IMT, na sigla em inglês). Este julgamento teve início em 20 de novembro de 1945 e envolveu 24 líderes nazistas de alto escalão, incluindo Hermann Göring, Rudolf Hess e Joachim von Ribbentrop. Os réus foram acusados de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.

O Julgamento de Nuremberg estabeleceu importantes precedentes legais, incluindo a definição do crime de genocídio e a afirmação de que indivíduos podem ser responsabilizados por crimes internacionais, independentemente de estarem agindo sob ordens superiores. Este evento histórico teve um impacto significativo no desenvolvimento do direito internacional e na percepção mundial sobre a responsabilidade individual por atrocidades cometidas durante conflitos armados.

relação à justificação dos juízos de valor. Para tais Positivistas, como Bentham, Austin, Kelsen e Hart, o conceito de Direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas apenas de acordo com propriedades descritivas<sup>6</sup>. Para esses Positivistas é correto dizer que certo sistema é uma ordem jurídica ou que certa regra é uma norma jurídica, mas que esse sistema ou essa lei são demasiadamente injustos para serem respeitados e aplicados. Um exemplo clássico e prático disso é a “Teoria Comunista do Direito” de Kelsen (2021), obra em que o autor **descreve** a teoria do Direito apresentada por autores (alguns destes stalinistas) que aplicam, ou pretendem aplicar, os princípios do comunismo. Ou seja, o Positivismo Metodológico descreve e conceitua os sentidos assumidos pelo Direito, sem juízos de valor. É algo comparável aos estudos nos campos da Sociologia, Antropologia e História. Inclusive muitos autores Positivistas sustentam que uma descrição clara e analítica do Direito tal como ele é permite que a crítica moral da sociedade caia mais forte sobre ele. Portanto é de imensa importância reforçar a enorme diferença entre Positivismo ideológico e Positivismo Metodológico.

Temos que ter clareza de duas coisas antes de estudar o Positivismo Jurídico: Ele não se importa com valores e sim com fatos, ou seja, a questão da moralidade e da justiça não é seu objeto central de estudo. Positivistas jurídicos em sua maioria também não se importam com uma teoria da decisão, eles não pensaram a sua Teoria como uma Teoria da decisão e sim como uma teoria analítica do que seria o Direito.

Esse espantinho criado para atacar os Positivistas jurídicos na verdade não existe, pois eles não tem uma teoria da decisão concreta, em nenhum dos escritos dos autores analisados neste trabalho será possível encontrar afirmações como a de que o juiz ou os agentes da justiça tem a obrigação moral de sempre aplicar a letra da lei. Outrossim é possível ler em suas obras trechos em que algo é classificado ou não como lei, como sendo parte do fenômeno jurídico ou não e apenas isso. Não se entra no mérito do valor e sim se debruça sobre os fatos. Inclusive essa ausência de uma Teoria da decisão foi um dos pontos de partida das críticas de Ronald Dworkin ao Positivismo.

---

<sup>6</sup> É claro, que como apontado por Dworkin (1986), esta abordagem carece da análise de fatos importantes ao Direito (como os princípios), e abre margem para discricionariedade dos juízes na zona de penumbra da legislação, mas voltaremos a tal problema em diversos momentos no avançar desta dissertação.

Positivistas não pregam a aplicação da letra fria da lei, positivistas não pregam a separação do Direito e da Moral e sim a separação da Ciência do Direito e da Moral, a pureza do Direito a que se refere Kelsen (2000) em sua principal obra não é a pureza do fenômeno jurídico e sim da ciência do Direito. Positivistas reconhecem o Direito e a moral enquanto fenômenos relacionados, mas distintos. (Hart, 2009)

O Positivismo Jurídico em uma determinada época pode ter sido considerado uma grande evolução -em alguns casos até mesmo algo com características revolucionárias-, pois imaginemos que nossos direitos civis dependessem de ordenações divinas às quais só alguns poucos monges seriam considerados aptos para dar um parecer confiável, ou imaginemos que a lei fosse simplesmente aplicada conforme a razão e a sabedoria de alguns poucos notórios conhecedores e aplicadores da justiça, que se baseariam em decisões antigas sobre estes casos registrados em grandes livros de jurisprudência escritos à mão. Jeremy Bentham, um dos mais importantes positivistas da história inclusive era um grande reformista liberal e defensor de grandes mudanças democráticas e populares no sistema judiciário e político de sua época, Herbert Hart tentou legitimar de uma maneira mais democrática a coação exercida pelo estado e Positivistas contemporâneos propõem teses como as de que as razões do Direito devem se adequar as razões daqueles que a ele estão subordinados<sup>7</sup>.

Com isso vemos que longe de caber em qualquer simples jargão, o Positivismo é um movimento complexo e cercado de nuances. Os próximos capítulos terão dentre seus objetivos derrubar mitos como aqueles que dizem que Positivismo é seguir a letra fria da lei, ou que ele acaba com o subjetivismo dos julgadores que serão bocas da lei, ou pior ainda, que o Positivismo legitimou movimentos de terror como o nazismo. Mas este trabalho tampouco busca louvar o Positivismo como a melhor solução, pelo contrário busca apontar as suas principais consequências negativas como os problemas derivados da “zona de penumbra” e da baixa compreensão dos “Princípios” por esta escola.

Lenio Streck (2017), nos ensina que o Positivismo Jurídico é um fenômeno complexo, e a abordagem que melhor pode expressá-lo em suas nuances é a da Filosofia no/do Direito, de maneira a não apenas descrever suas características,

---

<sup>7</sup> Um claro exemplo é Joseph Raz (2009) para quem uma autoridade só se justifica se for capaz de nos ajudar de acordo com as razões que temos.

mas, também, desvelar os paradigmas filosóficos como *standards*/vetores de racionalidade que lhe dão sustentação. Para tanto trazer esses vetores em sua origem é uma tarefa que se impõe àqueles que queiram ter uma compreensão adequada sobre o tema. A tese de que o Direito era algo posto por uma autoridade humana legitimada, que desde H.L.A. Hart conhecemos por (1) “**Tese dos Fatos Sociais**” representou um avanço paradigmático para a teoria do Direito e por consequência para o estado liberal, e ao lado da (2) Separação entre Ciência do Direito e Moral e da (3) Discricionariedade dos julgadores quando houver um zona de penumbra na legislação compõe “as três características fundamentais do Positivismo”

Herbert Hart é um autor chave para entender os paradigmas e os *standarts* positivistas, pois além de ser um dos mais originais e importantes teóricos dessa escola também foi seu mais importante esquematizador, revisador e organizador enquanto tradição.

MacCormick (2010) afirma que a linha utilitarista/ Positivista de pensamento começa com o trabalho de filósofos como Thomas Hobbes (1588-1679) e David Hume (1711-1776), mas a influência mais direta sobre Hart veio de Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859) e do discípulo deles, John Stuart Mill (1806-1873). Como veremos, a teoria moral crítica de Hart (1907-1992) reafirma ideias liberais sobre a liberdade sob o Direito, embora as adapte à filosofia política social-democrata. Por outro lado, o trabalho analítico de Hart é fundamentado em uma crítica das teorias de Bentham e de Austin do Direito como sempre derivado da vontade de um soberano. O interesse de Hart no trabalho deles se manifesta não apenas em muitos artigos acadêmicos, mas também na atuação como editor de seus trabalhos. Em 1954, ele publicou uma introdução a uma edição de *Province of Jurisprudence Determined* de John Austin; mais tarde em sua carreira profissional, ele contribuiu de maneira essencial para pôr em andamento o vasto projeto de editar a enorme quantidade de textos (muitos dos quais não publicados) deixados por Bentham. Como contribuição ao projeto, ele editou, juntamente com J.H. Burns, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação) e *Comment on the Commentaries and Fragment on Government* (Comentário sobre os Comentários e Fragmento sobre o Governo) de Bentham e, como único editor, *Of Laws in General*. (Sobre a natureza das leis em geral), também de Bentham. (MacCormick, 2010).

Estas teses na forma que conhecemos hoje tiveram seu primórdios nas discussões entre os pensadores proeminentes do Direito Anglo-saxão do Século XV e XVI, especialmente nos escritos, ações e conclusões do importante Jurista e político Sir Edward Coke (1552-1634) e nas críticas às suas conclusões feitas por Thomas Hobbes. Bem como na tradição Positivista que sucedeu Hobbes, encabeçada por Jeremy Bentham e John Austin, esses dois que tiveram as obras amplamente estudadas, criticadas e reelaboradas por H.L.A Hart, de quem Matthew Kramer, autor que este trabalho busca apresentar para leitores brasileiros, é um grande discípulo.

Parafrazeando Henrique Abel (2017, p.1), a ideia de "pós-positivismo" é equivocada e abriga um comodismo perigoso, pois ignora dois fatos fundamentais para a compreensão do status do positivismo jurídico na contemporaneidade. "O primeiro ponto é o fato de que a alardeada "morte" intelectual do positivismo jurídico é colocada em xeque pela perseverante sobrevivência que esta corrente de pensamento vem recebendo nos meios acadêmicos," em diferentes versões e concepções, como podemos perceber em Matthew Kramer, Wilfrid Waluchow, Scott Shapiro, Joseph Raz, Andrei Marmor e Jules Coleman. Nas próximas páginas tentaremos ilustrar um breve quadro das origens históricas, da evolução e da atualidade desta tradição.

## 1.2 Ícaro entre sir Edward Coke e Thomas Hobbes

- Jurista: O que leva o senhor a dizer que o estudo do Direito é menos racional que o da Matemática?

- Filósofo: Não digo isso, pois todo estudo é racional, ou então de nada vale. O que digo é que grandes mestres da matemática não erram com tanta frequência quanto os grandes profissionais do Direito.<sup>8</sup>(Hobbes, 2019, p.9)

O debate entre Edward Coke e Thomas Hobbes foi uma das mais importantes discussões sobre o poder e o papel do Estado no século XVII, e vários dos tópicos de divergência entre os autores ainda são parte do Debate contemporâneo sobre Direito e Justiça. Edward Coke era um jurista e político inglês, conhecido por sua defesa da "*Common law*" e da liberdade individual contra o poder absoluto do rei. Já Thomas Hobbes era um filósofo inglês, que conhecemos principalmente por sua

---

<sup>8</sup> É evidente que razão Aristotélica/Thomasiana nas ciências humanas não é tão precisa e certa quanto a determinação e a razão matemática, nem por isso ela é menos importante ou menos válida. Nesse sentido capítulo: "A atualidade hermenêutica de Aristóteles" no livro verdade e método de Gadamer (2000) é de extrema valia.

teoria do contrato social e sua defesa do poder absoluto do Estado como forma de garantir a paz e a segurança dos indivíduos.

Edward Coke argumentou que o poder do rei deveria estar sujeito à lei e que a *common law* era uma fonte de poder mais legítima do que o poder absoluto do rei. Ele argumentou que a *common law* tinha raízes profundas na história inglesa e que a autoridade do rei deveria ser limitada pela lei, especialmente quando se tratava de questões que afetavam a liberdade individual. Coke também defendeu o Direito de julgar o rei em casos de abuso de poder, o que representou uma reivindicação importante para o papel da magistratura na Inglaterra. (Boyle, 2004)

Por outro lado, Thomas Hobbes argumentou que o Estado deveria ter um poder absoluto sobre seus cidadãos, já que esse era o único meio de garantir a paz e a segurança. Segundo ele, a natureza humana é egoísta e violenta, e somente o poder absoluto do Estado pode controlar esse comportamento. Hobbes defendia que os indivíduos deveriam abdicar de sua liberdade e entregar seu poder ao Estado, que, por sua vez, deveria agir de maneira imparcial para garantir a ordem social.

O debate entre Coke e Hobbes é importante porque ajuda a compreender as divergentes visões sobre o papel e o poder do Estado na sociedade. Pois enquanto Coke defendia a limitação do poder do Estado e a proteção da liberdade individual, Hobbes argumentava que o poder absoluto do Estado era necessário para garantir a paz e a segurança. Essas ideias têm implicações importantes para a teoria política e do Direito, bem como para a prática política e jurídica na Inglaterra e em outros países, e por isso continua sendo objeto de debate até os dias de hoje.

### 1.2.1 Edward Coke, a *Judge made law* e as origens do *Judicial review*. Seria Coke um *hermeneuta*?

Sir Edward Coke possui uma história pessoal interessantíssima e totalmente entrelaçada com o sistema de Justiça Britânico, a sua história, se bem compreendida nos fornece um ótimo vislumbre sobre o que eram a justiça e o Direito Anglo-saxão antes do Positivismo Jurídico. É dialogando com a sua obra que Thomas Hobbes (2019) escreveu: “O Diálogo entre um filósofo e um jurista” obra chave para a Constituição do Positivismo Jurídico. Mais do que mera miscelânea, a compreensão dos feitos de Coke nos fornece enormes *insights* sobre os avanços da

Teoria do Direito, sobre a separação entre Direito e moral, sobre os significados e os sentidos que o Direito assumiu no passado, bem como sobre as razões que fizeram tais fenômenos se metamorfosearem no que são hoje em dia.

Allen Boyle (2003), um dos maiores estudiosos e biógrafos de *Sir Edward Coke* (1552-1634) narra a sua história com maestria, mostrando como o notório jurista, político e polemista foi influente na teoria e na prática jurídica tendo sido Procurador Geral da Inglaterra e do país de Gales e líder parlamentar da oposição à realeza.

Nascido em uma família de classe alta, Coke foi educado no *Trinity College*, Cambridge, antes de sair para estudar no *Inner temple*, quando foi então considerado apto para arguir casos na corte em nome de terceiros em 20 de abril de 1578. Como advogado (*lawyer*), participou de vários casos notáveis, incluindo o caso de Slade, antes de ganhar notoriedade política suficiente para ser eleito para o Parlamento, onde atuou primeiro como procurador-geral e depois como presidente da Câmara dos Comuns.

Após a promoção ao cargo de Procurador Geral, ele liderou a acusação em vários outros casos notáveis, incluindo o dos católicos envolvidos na Conspiração da Pólvora<sup>9</sup> (*Gunpowder plot*). Como recompensa por seus serviços, ele foi primeiro condecorado como “Sir” e, em seguida, constituído como Chefe de Justiça das demandas Comuns<sup>10</sup>.

Como chefe de justiça, Coke restringiu o uso do *ex officio*<sup>11</sup> (*Star Chamber*) e, no Caso das Proclamações, declarou que o Rei estava sujeito à lei, e no Caso do

---

<sup>9</sup> A conspiração da pólvora de 1605, anteriormente conhecida como a conspiração da traição da pólvora ou a traição jesuíta, foi um fracassado intento de assassinato contra o rei James I por um grupo de católicos ingleses liderados por Robert Catesby que buscavam restaurar a monarquia católica na Inglaterra após décadas de perseguição contra os católicos. (Haynes, 2004)

<sup>10</sup> O chefe de Justiça das demandas comuns chefiava a Corte das Demandas Comuns, também conhecida como Banco Comum ou Lugar Comum, que foi o segundo mais alto tribunal de Direito comum no sistema jurídico inglês até 1875, quando, juntamente com os outros dois tribunais de Direito comum e os tribunais de equidade e probatório, tornou-se parte do Supremo Tribunal de Justiça que remanesce até hoje.

<sup>11</sup> Segundo Rubinfeld (2005), o juramento *ex officio* desenvolveu-se na primeira metade do século XVII (1600 a 1650), e foi usado como uma forma de coerção, perseguição e autoincriminação forçada nos julgamentos religiosos daquela época. Ele tomava a forma de um juramento religioso feito pelo acusado antes de ser interrogado pela *Star Chamber* (tribunal suplementar de exceção), para responder sinceramente todas as perguntas que poderiam ser feitas. Isso deu origem ao que ficou conhecido como o “trilema cruel” onde o acusado se encontrava forçado entre uma violação do juramento religioso (levado extremamente a sério naquela época, um pecado mortal e perjúrio), *contempt of court* pelo silêncio, ou autoincriminação. O nome deriva do questionador colocando o acusado sob juramento *ex officio*, ou seja, em virtude de seu cargo ou posição.

*Dr. Bonham* declarou que as leis do Parlamento seriam anuladas se violassem o "direito comum e a razão" ("*common right and reason*") (Boyle, 2003). Avanços extremamente importantes para o Direito e para a construção do Estado democrático de Direito<sup>12</sup>. Nas palavras de Coke (2006, p.111)

In many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.

Entretanto essa série de ações “progressistas” acabaram ocasionando na transferência de Edward Coke para o cargo de “Chefe da justiça do assento do Rei” (*Chief Justiceship of the King's Bench*), onde em razão da temática do Tribunal se acreditava que Coke causaria menos danos ao *Status quo*, algo que se provou inverídico.

Com seu novo cargo, Coke por meio de sua “hermenêutica” restringiu sucessivamente a definição de traição, inclusive tendo declarado uma carta real ilegal, o que levou à sua demissão do *King's Bench* em 14 de novembro de 1616.

Sem chance de recuperar seus cargos judiciais, ele retornou ao Parlamento, onde rapidamente se tornou um dos principais membros da oposição. Durante seu tempo como membro do Parlamento, ele escreveu e fez campanha para o Estatuto dos Monopólios, que restringiu substancialmente a capacidade do monarca de conceder patentes – algo extremamente importante na época-, foi autor e foi fundamental na aprovação da Petição de Direito (*Petition of Right*), um documento considerado um dos três documentos constitucionais cruciais da Inglaterra, juntamente com a Magna Carta e a Declaração de Direitos de 1689.

Em termos teóricos, e de maneira analítica, a *jurisprudence* de Coke centra-se na hierarquia dos juízes, do monarca e do Parlamento na legislação. Coke argumentou que os juízes da “*commom law*” eram os mais adequados para fazer lei, seguidos pelo Parlamento, e que o monarca era obrigado a seguir quaisquer regras legais (Boyle, 2004).

Essa hierarquia foi justificado pela ideia de que um juiz, através de sua formação profissional, internalizava -o que o historiador político e teórico Alan

---

<sup>12</sup> As ideias de Coke sobre uma certa abertura do Direito à razão também pode nos remeter ao caso *Riggs vs Palmer*, usado por Dworkin (1986) para nos revelar que a leitura dos Positivistas sobre o Direito era incompleta pois esquecia dos princípios.

Cromartie (2006) se refere como:- "uma infinidade de sabedoria", algo que meros políticos ou leigos não conseguiam entender devido à complexidade da lei.

Neste contexto se insere o conceito de *artificial reason* (razão artificial) que justificou a ideia de que os juízes podem invalidar leis ou decisões de autoridades com poder de criar normas, devido à capacidade dos magistrados de "compreender melhor o Direito", de forma que segundo essa lógica juízes são capazes de basear as decisões na *artificial reason* de casos passados aplicados pelo costume jurídico.

Na tradição da *Common law* Coke é mais conhecido nos tempos modernos por seus Institutos, descritos por John Rutledge como "quase os fundamentos de nossa lei", e seus Relatórios, que foram chamados de "talvez a série mais influente de relatórios nomeados". (Boyer, 2004)

Historicamente, Edward Coke, além de ser um dos expoentes da argumentação jurídica foi uma figura política importantíssima, tendo sido um juiz e um político altamente influente. Dentro da Inglaterra e de Gales, suas declarações e obras foram usadas para justificar o Direito ao silêncio, enquanto o seu Estatuto dos Monopólios é considerado uma das primeiras ações no conflito entre o Parlamento e o monarca que levou à Guerra Civil Inglesa. Nos Estados Unidos, a decisão de Coke no Caso dr. Bonham foi usada para justificar a anulação tanto da Lei dos selos de 1765<sup>13</sup>, o que levou à Guerra da Independência americana; após o estabelecimento dos Estados Unidos, suas decisões e escritos influenciaram profundamente a Terceira e Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos. (Boyer, 2004)

### 1.2.2 O caso Bonham e a origem histórica da judicial review

Georges Abboud (2019), nos ensina que o controle de constitucionalidade teve sua origem no processo Bonham. Este processo, que teve Coke como protagonista argumentativo, contém uma das mais famosas e discutidas sentenças judiciais, uma vez que tal sentença constitui o precedente da moderna instituição

---

<sup>13</sup> A Lei do Selo de 1765 (Direitos nas Colônias Americanas Act 1765; George III, c. 12) foi um ato do Parlamento da Grã-Bretanha que impôs um imposto direto às colônias britânicas na América e exigiu que muitos materiais impressos nas colônias fossem produzidos em papel carimbado produzido em Londres, carregando um selo de receita em relevo. Os materiais impressos incluíam documentos legais, revistas, cartas de baralho, jornais e muitos outros tipos de papel usados em todas as colônias, e tinham que ser pagos em moeda britânica, não em dinheiro em papel colonial. (Ivester, 2009)

conhecida como controle de constitucionalidade. (Destaque-se a importância dos precedentes na *common law*)

O caso Bonham (*Bonham's case - The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham*) figura entre os casos mais importantes em que atuou Sir Edward Coke e serve para compreendermos na prática as “inovações hermenêuticas de Edward Coke”.

Este caso é considerado o antecedente mais importante para a formação e consolidação da técnica da judicial review também consagrada no caso Marbury vs. Madison. Além da judicial review, o caso Bonham também traria os antecedentes históricos necessários para a estruturação do preceito judicial da razoabilidade.

Antes de se examinar o que foi decidido no caso Bonham, faz-se necessário examinar seu antecedente histórico que é a doutrina Jenkins (*Jenkins Doctrine*). Tanto o caso Jenkins, quanto o Bonham são oriundos de conflitos judiciais envolvendo o Colégio de Médicos da Inglaterra, instituição criada pelo *Lord Chancellor*<sup>14</sup> Card Wolsey, em 1518, sob o reinado de Henrique VIII. (Boyle, 2004)

O Colégio de Médicos era a instituição responsável pela concessão de licença para a prática da medicina. Em 1540, foi promulgada, pelo Parlamento Inglês, a lei (*Act of Parliament*) que concedeu amplos poderes para o Colégio. A partir dela, o Colégio de Médicos, além de admitir e expulsar associados, passou a poder apenar com prisão os infratores que praticassem medicina sem licença ou fizessem mau uso dela, mantendo-os presos durante o tempo que considerasse oportuno.

O Colégio de Médicos era uma instituição que não possuía vínculo com nenhuma universidade e, utilizou de seus vastos poderes para perseguir diversos médicos. Um desses médicos era Roger Jenkins que havia recusado se submeter à autoridade do Colégio que prontamente realizou a sua prisão.

Em seguida, Jenkins impetrou habeas corpus, a fim de obter sua liberdade provisional para o Tribunal (*Common pleas*). O mérito do *Habeas corpus* foi julgado pelo *Chief justice* Popham que decidiu a favor do colégio de médicos, afirmando que ele teria competência suficiente para decretar a prisão dos infratores, afirmando, ainda, que os tribunais não podem decidir sobre a liberdade dos infratores, mas tão somente, apreciar as formalidades da decisão do Colégio dos Médicos.

---

<sup>14</sup> Capelão do rei, seu braço direito e executor das vontades do monarca.

Desse modo, antes de surgir o caso Bonham, o Tribunal (*Common Pleas*) já havia corroborado a autoridade regulatória e sancionatória do Colégio de Médicos de Londres. As análises de Abboud (2020) são valorosas interpretações do caso Bonham.

No ano de 1605, o médico Thomas Bonham, que havia estudado medicina em Cambridge, submeteu ao Colégio uma petição solicitando o Direito de administrar medicamentos.

O Colégio de Médicos negou o pedido. Em seguida, Thomas Bonham quando convocado, apresentou respostas que foram consideradas impertinentes pelo Colégio e em função disso, exerceu a medicina por algum tempo claramente sem autorização para tanto.

A atitude de Bonham lhe rendeu multas impostas pelo Colégio de Médicos. Além das multas, após comparecer perante o Presidente do Colégio (Henry Atkins), Bonham contestou a autoridade do Colégio e afirmou que essa instituição não teria poder contra os universitários graduados em medicina. Em seguida, Bonham foi preso por desacato.

Após a prisão, em menos de uma semana, o advogado de Bonham conseguiu obter um *habeas corpus* no Tribunal (*Common Pleas*), presidido nesse momento pelo Chefe de Justiça, Edward Coke. Entretanto, a concessão desse *habeas corpus* contrariava o que havia sido estabelecido na *Jenkins doctrine*. O Colégio de Médicos, após consultar um comitê seletivo de juizes, e por estar plenamente confiante no precedente *Jenkins*, resolveu levar o assunto para os tribunais do *common law*.

A lide travada entre Bonham e o Colégio de Médicos foi instaurada no Tribunal (*Common Pleas*) naquele momento presidido por Coke. Nesse processo, Bonham reclamava cem libras a título de danos particulares em razão de *false imprisonment* por parte do Colégio. Ocorre que o texto da Lei de 1540 era claro em estabelecer a possibilidade de o Colégio de Médicos “apenar quem exercesse medicina sem licença (prática ilícita) ou fizesse mau uso dela (*malpraxis*). A Lei também outorgava ao Colégio a possibilidade de realizar prisões”. (ABBOUD, 2019, p. 967)

Por sua vez, Bonham defendia seu ponto de vista com fundamento no **espírito da lei**. Afirmava que a Lei tinha a intenção de prevenir práticas médicas incorretas que seriam as realizadas por impostores. Todavia, ele era médico

formado na Universidade de Cambridge e, por possuir título universitário, estaria isento da jurisdição do Colégio de Médicos.

Paralelamente ao julgamento no Tribunal do common law, o caso foi decidido pelo Tribunal do *Kings Bench* e Bonham foi condenado por prática ilícita de medicina e condenado a pagar sessenta libras. Por não ter essa quantia, foi decretada sua prisão.

“Após um ano, o caso foi decidido a favor de Thomas Bonham pelo Tribunal (*Common Pleas*). A votação foi por maioria, três votos favoráveis e dois contra”. (Abboud, 2019, p.969)

Neste sentido percebemos que a tese favorável a Bonham prevaleceu em virtude da sofisticada decisão proferida por Edward Coke. A decisão de Coke começa com premissa de que a autoridade concedida pelo rei ao Colégio de Médicos concedia dois poderes distintos, com fundamento em duas cláusulas também distintas. A primeira referia-se à prática ilícita, que permitia ao Colégio multar quem exercesse a medicina sem sua licença. A segunda, dizia respeito ao exercício da má (errônea) prática médica que poderia ser apenada com a prisão.

Para Coke, não era lícito ao Colégio apenar com prisão quem praticasse a medicina sem a licença do colégio, mas, de maneira adequada. Contudo, essa conduta somente poderia ser multada. Coke afirmava que existiria grande diferença entre praticar a medicina sem licença e praticá-la de maneira incorreta.

Nesse sentido, além da importância para a construção da judicial review, Coke parece ter antecipado princípios fundamentais do Direito sancionador no Estado de Direito, isso é, o Direito penal figurar como a última *ratio* para o Estado agir e a obrigatoriedade de examinar a proporcionalidade (razoabilidade) das penas.

Coke realiza sua argumentação afirmando que a cláusula que permitia ao Colégio apenar a prática de medicina sem licença, consistiria em cláusula contraditória e absurda (*repugnant*), "uma vez que permitiria que o Colégio de Médicos fosse ao mesmo tempo juiz e parte no processo. (Coke, 2006)

Desse modo, a lei que permitia ao Colégio de Médicos, a um só tempo, sancionar o exercício de medicina sem licença, por meio de procedimento no qual ele seria ao mesmo tempo parte (acusadora e beneficiária de eventual sanção) e juiz, seria desamarrada (*repugnant*), porque iria contra o preceito já consolidado no common law de que ninguém pode ser simultaneamente juiz e parte no mesmo processo."

Assim, Coke, ainda que de maneira marginal (*dictum*), admite a correção e a imitação da legislação vigente com fundamento em preceitos jurídicos consagrados historicamente pelo *common law*.

Nicola Matteucci (1998) afirma que pode haver dúvidas quanto à interpretação exata da extensão e do papel do caso Bonham, contudo é inegável que, tanto para a Inglaterra quanto para os Estados Unidos, o *Bonham's case* constitui o início do desenvolvimento da máxima que admite a revisão da lei pelo Poder Judiciário (*judicial review*), qual seja, o próprio controle de constitucionalidade das leis.

Na referida decisão, Coke (2006) destacou que o common law regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões, julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento **é contrário ao Direito e à razão comum**, o common law o controlará e o julgará nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um Direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, essa somente adquire validade substancial, quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes do common law. O racional referido por Coke pode ser entendido como o estar de acordo com a historicidade. Com efeito, ao Judiciário caberia exercer o controle dos demais atos de Poder Público que fossem violadores dos Direitos fundamentais historicamente assegurados aos cidadãos, ainda que parte desses atos estivesse em consonância com a legislação vigente, mas em confronto com a historicidade (*common law*).

O que aparece de forma bastante evidente é que Coke (2006) estabeleceu novas formas de argumentação dentro do Direito, de modo que as decisões, e por consequência o próprio sentido do Direito deveriam seguir certos *standarts* de sua lógica interna e da razão comum. Coke com toda a sua experiência e formação conseguia de certa forma perceber a fenomenologia do direito e entender bem as sua historicidade e por consequência as razões que o fundavam. Como alguém que olha para os sentidos que justificam as coisas e não simplesmente para o que está posto Coke pode ser visto como um hermeneuta, como alguém que *avant la lettre* trouxe melhores justificativas para o direito à sua melhor luz. Coke foi alguém que entendeu a importância de o direito obedecer certos padrões de coerência e integridade e de respeitar os sentidos que sustentam a prática jurídica antes do que está meramente posto por alguma autoridade.

Destarte parece razoável dizer que em Coke temos esboços dos fundamentos iniciais de uma hermenêutica no/do Direito. É também claro na obra de Coke um princípio forte do que hoje em dia chamamos de controle de constitucionalidade de atos do poder público.

Desse modo, faz-se evidente, a partir das assertivas de Coke - e do desenvolvimento posterior dessa “tecnologia” pelo constitucionalismo estadunidense -, a importância da *judicial review* e do controle difuso de constitucionalidade como direito fundamental do cidadão. Da mesma maneira que a atividade do Parlamento impõe limites ao poder real, a supremacia dele não pode ser interpretada como absoluta soberania. Assim, para Coke o Judiciário, por meio da *judicial review*, tem a função primordial de limitar os dois outros poderes, buscando resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Talvez Coke, tal como Ícaro, voasse muito alto, de forma que sua teoria pudesse ser “queimada” por problemas nas fontes do Direito, o excessivo poder dos juízes de sua teoria e prática poderia fazer derreter a cera que une as asas que impedem a teoria e a prática do Direito de cair e afundar no mar da discricionariedade. Mas as suas “técnicas de voo” eram de fato impressionantes.

#### 1.2.2 Thomas Hobbes e a importante “Tese dos Fatos Sociais”:

“Hobbes reconstitui, no nível da reflexão, as formas do político que os homens constituíram no nível da experiência: deplorando "as trevas" em que os filósofos se deleitaram séculos a fio, ele deseja, diz, graças a uma "reflexão industriosa", expor à luz "os fundamentos" e os "princípios racionais" do poder civil.” (Goyard-Fabre, 2002, p.32)

Em sua autobiografia, Thomas Hobbes (1588-1679) relatou que "ao nascer, sua mãe teria dado à luz a gêmeos: Hobbes e o medo", devido ao parto prematuro causado pelo receio da Armada Espanhola (a Invencível Armada), que ameaçava atacar a Inglaterra. Embora os temas do medo e de seu poder avassalador surgissem posteriormente em suas obras, os primeiros anos de vida de Hobbes foram bastante tranquilos. Seu pai era o vigário de Charlton e Westport, cidades próximas de Malmesbury, mas uma disputa com outro vigário o levou a se mudar para Londres. Como resultado, aos sete anos, Thomas Hobbes ficou sob a tutela de seu tio Francisco. Hobbes iniciou seus estudos em Malmesbury e posteriormente em

Westport, onde demonstrou suas habilidades intelectuais nos estudos clássicos. Aos catorze anos, em 1603, seu tio Francisco financiou seus estudos, possibilitando que Hobbes ingressasse na Universidade de Oxford.

Thomas Hobbes realizou uma extensa viagem pela Europa em 1610, observando a decadência da escolástica e fortalecendo seu distanciamento do aristotelismo. Ao retornar à Inglaterra, suas interações com Francis Bacon consolidaram seu pensamento independente. Posteriormente, Hobbes atuou como guardião do Duque de Devonshire e, durante uma estadia na França, influenciou-se pelo círculo intelectual de Mersenne e conheceu Galileu. Em 1640, apresentou suas teorias a um grupo de intelectuais franceses. Após ser professor do Príncipe de Gales em Paris, retornou à Inglaterra em 1651. Sua obra "Leviatã", publicada nesse ano, desencadeou disputas, especialmente com o bispo John Bramhall. Hobbes enfrentou críticas da Royal Society, e seus livros foram queimados em Oxford em 1666. Hobbes foi um verdadeiro polímata tendo realizado importantes estudos na matemática, nas ciências naturais e nas ciências humanas. Apesar da oposição, o inglês continuou sendo um escritor prolífico até falecer aos 91 anos, deixando um legado controverso e amplamente lido. (Sorell, 2023)

Com Hobbes os sistemas jurídicos passam a ser sistemas de leis e regras. E não mais sistemas medievais. Muito se diz a respeito de o britânico, na sua clássica obra "Leviatã", ter sido assentador das bases do positivismo jurídico<sup>15</sup>, ao instituir um modelo de estado em que o poder e o Direito não eram mais justificados por um Direito divino, por uma moral popular, ou por um conhecimento técnico especial dos juristas, mas sim por um contrato social por meio do qual as massas concordavam em renunciar a suas liberdades individuais em nome de um "bem maior": a proteção do soberano. Com Hobbes, nascem as raízes do positivismo jurídico, na medida em que ele funda a ideia de que não será qualquer concepção de justiça, substantiva, o critério a partir do qual se identifica o Direito (Streck, 2017).

Matthew Kramer (2019), por sua vez, afirma que o positivismo jurídico prescritivo foi notavelmente proposto no início da era moderna por Thomas Hobbes e Jeremy Bentham. Segundo Kramer (2004), o positivismo de Hobbes consiste

---

<sup>15</sup> Segundo os argumentos sustentados neste trabalho, Hobbes é, de fato, o precursor do juspositivismo, mas é importante reconhecer que essa interpretação não é uma unanimidade acadêmica. Dyzenhaus (2001) destaca que não há uma interpretação incontroversa do pensamento jurídico de Hobbes, e mesmo que sua visão de fundador do positivismo jurídico seja tradicionalmente aceita e difundida, ele ressalta a falta de consenso nessa questão.

basicamente na proposição de que uma série de leis, em determinada jurisdição, devem ser formuladas de modo a garantir que o processo por meio do qual se pode atribuir caráter de juridicidade a determinadas proposições raramente ou nunca envolvam juízos morais de seus aplicadores, algo que dificilmente entraria em consenso com expoentes do Common Law da época, como Edward Coke (2004) e o seu *judge made law*, conforme examinaremos mais adiante.

Thomas Hobbes pode ser considerado o precursor do positivismo jurídico, pois sua visão da "lei civil" alinha-se com as principais teses positivistas. Hobbes utiliza o termo "civil law" em vez de simplesmente "law" porque, na época, havia a suposição de uma lei preexistente: a lei natural. Essa introdução do direito natural levanta questões sobre a compatibilidade com o positivismo e a máxima *auctoritas, non veritas facit legem*.

Podemos dizer que a epistemologia político-jurídica de Hobbes opera uma espécie de *ressignificação* do jusnaturalismo. Isso porque a teoria hobbesiana rejeita toda e qualquer fundamentação metafísica de Direitos, ao mesmo tempo em que concede a existência de *um único* Direito natural, específico e fundamental, qual seja: *o direito à autopreservação e defesa*. Este é o único Direito que o indivíduo que vive no Estado de Natureza (o selvagem e incivilizado mundo pré-estatal) efetivamente possui - e é justamente esta promessa (de assegurar o exercício efetivo deste direito) que legitima a autoridade do Estado, "O Deus Mortal ao qual devemos nossa paz e defesa" (Hobbes, 2004).

David Dyzenhaus (2001) argumenta que, de acordo com Hobbes, a ordem legal é uma característica fundamental para a manutenção da ordem na sociedade civil. Segundo essa perspectiva hobbesiana, as instituições jurídicas devem ser estruturadas de maneira a reconhecer como intrinsecamente legítima apenas a autoridade que age de acordo com o rule of law.

Assim, ao mesmo tempo em que, para Hobbes, é o *jus civile*, ao contrário do direito natural, que introduz a normatividade na sociedade dos homens, por outro lado a legitimidade do Soberano se assenta sobre a garantia de promoção deste único direito natural reconhecido por Hobbes. Por este motivo, Dore (2007) observa que talvez seja mais apropriado qualificar Hobbes como sendo um "propositivista" do que como um positivista jurídico na acepção clássica da terminologia, na medida em que a teoria hobbesiana – ao mesmo tempo em que rejeita o jusnaturalismo e a fundamentação ética do Estado ou do Direito - estabelece um vínculo moral entre o

pressuposto de um contrato social universalmente aceito e a legitimidade de uma autoridade soberana - em contraste com a definição positivista clássica de uma fundação (do Direito e da autoridade) estritamente amoral.

Este elemento moral subjacente (que opera como uma espécie de “concessão mínima” de Hobbes ao jusnaturalismo) nos ajuda a compreender a impropriedade da ideia, popularizada no senso comum dos dias atuais, no sentido de que Hobbes seria um “defensor do absolutismo”. Na realidade, Hobbes era um apologista do *Poder Absoluto* – o que não é a mesma coisa. Defender o *absolutismo* implicaria em sustentar que o Soberano gozaria de alguma espécie de direito divino de exercer o poder levando em conta única e exclusivamente os caprichos de suas vontades e desejos. Esse é justamente o tipo de cenário que Hobbes buscava combater com suas construções teóricas. Para ele, o poder precisa ser exercido de forma *absoluta* porque qualquer possibilidade de contestação da autoridade implicaria em fracionamento do poder, instabilidade político-social e, conseqüentemente, em conflitos armados e no fim da segurança dos súditos.

A preocupação de Hobbes com o potencial catastrófico de tais cenários não era meramente teórica, na medida em que ele tinha em mente as divisões religiosas (e as virulentas guerras disso decorrentes) que dizimaram boa parte dos europeus à época. Para compreender os princípios que orientam a teoria exposta no *Leviatã*, é fundamental ter em mente o pano de fundo histórico diante do qual essas ideias foram concebidas. Hobbes nasce num contexto de proliferação exacerbada de guerras religiosas destrutivas, com as “leis dos homens” sendo frequentemente colocadas em xeque por grupos de descontentes e revoltados que sustentavam que apenas as “leis de Deus” seriam legítimas. É neste contexto que Hobbes busca uma fundamentação científica para o exercício do poder – sem qualquer compromisso político com formas de governo específicas.

Mas o exercício do Poder Absoluto, ao contrário do que ocorreria em uma teoria *absolutista*, não permite que o Soberano faça qualquer coisa ou que governe de qualquer jeito. Pelo contrário: a legitimidade do poder do Soberano só existe até o momento em que este mostra-se capaz e eficiente em seu trabalho de defesa e proteção dos súditos. É por isso que, nas palavras de Hobbes, a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los. (Hobbes, 2007).

Assim, ao mesmo tempo em que a teoria hobbesiana do poder rejeita o jusnaturalismo e qualquer epistemologia ético-moral do Direito, ela sustenta também que o exercício do Poder Absoluto pelas mãos do Soberano, se por um lado não está sujeito a ser desafiado pelos súditos (por exemplo, por argumentos de natureza moral ou religiosa), por outro impõe o fato de que o próprio Soberano é, *também ele*, um *súdito de Deus* - e, em razão disso, encontra-se vinculado à obrigação de respeitar a *lei da natureza*, que vem a ser o direito dos seus súditos à segurança, proteção e defesa visando a continuidade pacífica e tranquila de suas existências individuais. Dito de outro modo, Hobbes não aceita que o poder político busque legitimação em qualquer espécie de poder ancestral (divino, aristocrático etc.) que não possa ser revisto pela sociedade contemporânea, o que só confirma a sua *rejeição* ao absolutismo – o que, conforme já explicitamos, não se confunde com a sua defesa do Poder Absoluto. Hobbes justifica a legitimidade de uma lei não na conformidade com valores subjetivos como o direito natural, mas sim na autoridade, Hobbes (2014, p.212) era de fato um positivista pois nas suas próprias palavras :

A lei natural e a lei civil contêm-se uma na outra, e sua extensão é idêntica. Assim, as leis naturais, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e em outras virtudes morais destas dependentes na condição de mera natureza [...] não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência. As leis existem desde o momento em que o Estado é constituído, não antes. Por conseguinte, tratam-se de ordens do Estado e, portanto, de leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecê-las. (Hobbes, 2014, p.212)

Como se vê, para Hobbes o que justifica uma lei é o poder soberano, é a fonte de onde irradiam, e não a conformidade com algum valor. Hobbes tinha boas razões para almejar uma teoria jurídica capaz de separar o Direito da moral. No entanto, ao mesmo tempo em que entra para a história como um precursor do juspositivismo e como um pioneiro na construção intelectual deste que é um dos pilares do Positivismo jurídico, Hobbes também deixa como legado as graves consequências lógicas deste divórcio entre Direito e moral. Bobbio observará que, na teoria hobbesiana, não é possível fazer distinção entre “príncipe” e “tirano” - e que essa distinção não existe, em Hobbes, pelo simples motivo de que “não existe a possibilidade de distinguir o bom governo do mau governo” (Bobbio, 2000). Como visto, a separação entre Direito e moral promovida por Hobbes só nos permite fazer

distinção entre o governo legítimo (aquele apto a garantir a segurança e defesa dos súditos) e o ilegítimo (aquele que se torna incapaz de fazê-lo).

### 1.2.3 Conclusões parciais

Para analisar o significado contemporâneo do Positivismo jurídico precisamos olhar para as suas raízes e para os autores e os contextos históricos que o originaram. Quando se fala de Positivismo, muitas vezes sem compreender plenamente sua evolução ao longo dos séculos, é comum haver confusão, achar que o Positivismo é interpretar e aplicar a letra fria da lei é um dos erros mais comuns, o Positivismo é movimento complexo com muitas divergências e linhas. No entanto, entre todas as vertentes do Positivismo existe um ponto comum: trata-se de um movimento em que o direito é estabelecido por uma autoridade humana legitimada, ou seja, a chamada tese dos fatos sociais. A ideia central do Positivismo é de que uma autoridade socialmente legitimada cria uma norma, dando-lhe validade, e foi Thomas Hobbes quem primeiro propôs essa tese dos fatos sociais.

Já Coke (2004) destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, para Coke, essa somente adquire validade substancial, quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes do common law.

Abboud (2019), nos mostra que o racional referido por Coke pode ser entendido como o estar de acordo com a historicidade. Com efeito, ao Judiciário caberia exercer o controle dos demais atos de Poder Público que fossem violadores dos direitos fundamentais historicamente assegurados aos cidadãos, ainda que parte desses atos estivesse em consonância com a legislação vigente, mas em confronto com a historicidade (*common law*).

Hobbes reestabelece o poder de uma autoridade soberana e favorece a determinação do conceito de Direito com a tese dos fatos sociais. Coke por outro lado tentava estabelecer condições de liberdade individual restringindo o poder da monarquia em prol da “racionalidade e do direito comum”, isso, no entanto poderia levar a decisões judiciais fundadas em solipsismos ou preconceitos do julgador, o positivismo então surge como uma tentativa de reestabelecer a autoridade por meio da tese dos fatos sociais. E como já exposto antes por Kramer (2004), o Positivismo

de Hobbes consiste basicamente na proposição de que “uma série de leis, em determinada jurisdição, devem ser formuladas de modo a garantir que o processo por meio do qual se pode atribuir caráter de juridicidade a determinadas proposições raramente ou nunca envolvam juízos morais de seus aplicadores”. Temos, portanto, um voo de Ícaro, que sobe muito aos céus com Coke e suas tentativas liberais de controlar o exercício do poder absolutista e desce das alturas com Hobbes, que tenta aproximá-lo do mar com as correntes da Tese dos fatos sociais.

Vários outros autores têm suas próprias opiniões sobre as condições de voo ideais para esse Ícaro, alguns mais ao céu e outros mais à terra. Falaremos de alguns deles em seguida.

### **1.3 OS UTILITARISTAS E A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL**

Herbert Hart (2010), o grande positivista anglo-saxão nos ensina que entre o final do século dezoito e o início do dezenove, os pensadores mais sérios na Inglaterra na área dos problemas jurídicos e sociais, e os arquitetos das grandes reformas, eram os grandes utilitaristas. Dois deles, Bentham e Austin, constantemente insistiam na necessidade de se distinguir, de maneira firme e com o máximo de clareza, entre o direito como ele é (fato), e o direito como deveria ser (valor). De forma que este tema está em toda sua obra. Os utilitaristas condenavam com veemência os pensadores do direito natural -como Blackstone - precisamente por haverem obscurecido uma distinção, aparentemente simples, mas fundamental ao Estado de Direito como a entre Direito e moral.

Bentham e Austin não eram analistas frios, perdidos em distinções verbais enquanto a sociedade sofria. Eles eram a vanguarda de um movimento apaixonado e bem-sucedido de melhoria social e legal. Então, por que eles enfatizavam a separação entre o direito tal como é e o direito tal como deveria ser? Hart (2010, p. 59-60) nos ensina:

O que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos em afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica.

A principal razão para essa insistência dos dois pensadores era fazer com que a sociedade pudesse ver consistentemente as questões exatas decorrentes da

existência de leis moralmente más, e entender o caráter específico da autoridade de um comando jurídico. A receita geral de Bentham para a vida sob o governo das leis era simples: "obedecer pontualmente; censurar livremente" (Hart, 2010, p.57)

Os Utilitaristas de certa forma, tentaram reunir a paixão por reformas e o respeito aos direitos, com um equilíbrio mental claro. Eles também reconheceram a necessidade de controlar o abuso de poder, mesmo quando vinha das mãos de reformadores. Nas obras de Bentham, é possível identificar os elementos de um *Rechtstaat* e todos os princípios de defesa de certos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, de imprensa, o direito de associação, a exigência de publicação e divulgação das leis antes de sua implementação, o controle dos entes administrativos, a exigência de culpa para responsabilidade criminal e a importância do princípio da legalidade. Embora alguns considerem a visão política e moral dos Utilitaristas simples, Hart (2010) faz questão de nos lembrar que não devemos confundir simplicidade com superficialidade e tampouco podemos esquecer a superioridade dessas simplicidades em comparação com a profundidade de outros pensadores.

### 1.3.1 Jeremy Bentham: A Tese dos Fatos Sociais encontra o utilitarismo:

O desejo de um direito não é um direito, uma interpretação subjetiva de uma escritura sagrada não é um direito, Jeremy Bentham nascido em 15 de fevereiro de 1748 e falecido em 6 de junho de 1832 em Londres percebeu bem isso.

Bentham foi uma criança prodígio, aos quatro anos de idade já sabia ler em grego e latim e aos cinco anos já era chamado de Jeremy, o filósofo (Monro, 1967). Ele era o filho mais velho de um advogado, Jeremiah Bentham e de sua primeira esposa, Alicia Whitehorn. Bentham iniciou sua formação jurídica em Oxford, de onde seguiu para ingressar no Tribunal do *King's Bench*, Westminster Hall como parte de sua preparação para uma carreira jurídica. Lá, ele esteve presente em importantes discussões jurídicas, na condição de pupilo. Nestas participações iniciais como operador do Direito em formação, Bentham começou a formar sua convicção a respeito dos diversos problemas da *common law*, como o seu caráter de estar aberta a subjetivismos e ser de difícil acesso.

O jovem jurista retornou brevemente a Oxford em 1763-64 para assistir a palestras dadas por William Blackstone (1723-1780), o mais influente professor de Direito Inglês naquele momento -inclusive posteriormente tais palestras foram publicadas em quatro volumes célebres chamados de “*Comentários sobre as Leis da Inglaterra*” (1765-69). (Crimmins, 2021)

Bentham (1974) não ficou impressionado, detectando “falácias gritantes no raciocínio da lei natural de Blackstone”. Nos anos seguintes, outros aspectos da teoria de Blackstone receberam sua atenção crítica, notavelmente sua defesa do governo "misto e equilibrado" da Inglaterra e da *common law* inglesa. Depois disso, Blackstone foi associado na mente de Bentham à escola de apologética legal e política "tudo-como-deveria-ser".

O jovem Bentham começou a trabalhar como advogado em 1769, mas sua carreira jurídica durou apenas um curto período. Naquele ano, ele descobriu o princípio da utilidade e ideias relacionadas nos escritos de Hume, Helvétius e Beccaria e, em vez da advocacia, escolheu uma carreira acadêmica e intelectual dedicada à jurisprudência analítica, a reforma da lei e melhoria social e política. (Crimmins, 2004)

De forma geral, Jeremy Bentham é mais conhecido por ter sido um dos fundadores do conceito de utilitarismo<sup>16</sup>, filosofia segundo a qual o governo, em todos os seus atos, deve atentar para o princípio da felicidade, buscando, por meio de suas ações, o maior contingente de felicidade para o maior número de pessoas (Russell, 2018). O seu conceito de Panóptico também foi muito explorado e desenvolvido por Foucault (2008). Mas suas contribuições à teoria do Direito são no mínimo tão interessantes e abrangentes quanto as suas ideias utilitaristas. As bases de sua teoria do Direito partem de uma união entre o utilitarismo e Positivismo jurídico. De forma muito vaga, é correto dizer que seus esforços incidem no sentido de buscar maior determinação ao que era tido por Direito, a fim de evitar arbitrariedades e incoerências por parte do aplicador da lei, pois assim a felicidade seria maior.

---

<sup>16</sup> Muito se discute sobre as origens intelectuais que serviram de base para sua principal ideia intelectual, o princípio do utilitarismo, e o mais plausível é que Bentham o tenha encontrado em forma ainda precária na *Dei Delitti e delle Pene* (1764) de Beccaria, onde o reformador da lei italiana anunciou que o único critério válido para avaliar o mérito de uma lei é “*la massima felicità divisa nel maggior numero*” – a maior felicidade do maior número. É isto que nos informa Crimmins (2021).

Em *Uma Introdução Aos Princípios da Moral e da Legislação (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation)*, sua principal obra deste período inicial, Bentham (1974) descreveu a utilidade como "aquela propriedade em qualquer objeto" que "tende a produzir benefício, vantagem, bem ou felicidade", e o princípio da utilidade como "aquele princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, de acordo com a tendência que parece ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão". Bentham daria a esses postulados básicos suporte argumentativo e refinamento adicional nas décadas seguintes, mas foi a operacionalização do princípio da utilidade que absorveu a maior parte de sua energia e tempo durante uma vida profissional longa e altamente produtiva.

O autor lançou oficialmente sua carreira como teórico jurídico em 1776 com o anonimamente publicado *A Fragment on Government*. Este pequeno volume é um desdobramento de uma crítica maior de Blackstone que não foi publicada até o século XX, – por meio de uma compilação e de edições feitas por Herbert Hart- e agora é conhecida como *A Comment on the Commentaries*<sup>17</sup>.

Morbach, (2020, p. 91) nos mostra que 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".

Bentham tinha a visão de que os fundamentos do Direito estão no costume, ou em uma espécie de convenção. Concordando com Hobbes, Bentham insistiria que o critério de validade de uma convenção (o direito) não estava em qualquer padrão substantivo ou do julgador, mas no fato simples e próprio de vir do soberano – a *autorictas*. Essa opção de Bentham por uma concepção de Direito, que está atrelada à vontade do soberano, claramente tem suas bases em Hobbes, mas se diferencia, principalmente, em razão de Bentham ter uma visão de Estado totalmente diferente, para qual o que realmente importa é a máxima felicidade dos cidadãos, e não uma imposição de força contra a violência dos bárbaros. A sua busca pela maior felicidade para o maior número de pessoas o fez criticar duramente a *Common law* inglesa, que para ele merecia a alcunha de *dog law*.

---

<sup>17</sup> No Fragmento, Bentham (2009) já afirmava seu "axioma fundamental" de que "é a maior felicidade do maior número que é a medida do certo e do errado", e "a obrigação de ministrar à felicidade geral era uma obrigação primordial e inclusiva de todas as outras"

Como nos ensina Streck (2017, p.169), Bentham dizia que o Direito inglês era um Direito para Cachorros, isso pois o cidadão inglês aprendia as regras do direito "do mesmo modo que um cachorro aprendia a não fazer algo: apanhando".

Bentham (1974) atribuía isso principalmente ao fato de a *common law*, uma entidade fictícia que dentre muitas coisas se nutria de fontes como o subjetivismo dos juízes e sofria com grandes defeitos, como o de ser um direito *ex post facto*, isto é, com força retroativa.

Para Bentham (1974) a falta de determinação da *common law* e os subjetivismo que a formavam faziam com que ela nem sequer pudesse ser considerada propriamente como Direito. Pois para ele o Direito deveria ser algo que se identifica partir dos comandos do soberano, estabelecido de forma clara à população que tem o costume de obedecer a esse indivíduo ou um grupo (como um parlamento) que de maneira semelhante detém a soberania. Por essa razão, "Bentham foi um defensor da codificação buscando uma maior segurança jurídica" (Streck, 2017, p. 170), pois para ele o direito deveria ser construído através da legislatura, e só desta maneira ele conseguiria se adequar ao seu utilitarismo promovendo a maior felicidade do maior número de pessoas através dos legisladores e não dos subjetivismos e da insegurança jurídica de uma legislação feita preponderantemente por uma casta juízes.

Streck (2017, p. 169) afirma que Bentham foi um precursor na importantíssima tese da Diferenciação entre Fato e Valor, tão cara ao Direito, isso pois Bentham

"defendia que o Direito deveria ser analisado assim como ele é, em distinção as apreciações de como deveria ser. O caráter científico do Direito estaria em considerá-lo como um "fato", e não como um "valor". Em consequência, estaria a teoria jurídica separada da moral, pois esta era entendida com um campo de valorações. Fato não tem valor. Fato deve apenas ser descrito. Portanto, a positividade do Direito não estaria numa complexa realidade social. Diferentemente, esta era compreendida nas relações lógico-sistemáticas das premissas jurídicas.

O que Bentham buscava com a tese Positivista das fontes sociais, é bem constatado por Dworkin (1999), para quem o Positivismo Benthamiano era uma **teoria do Direito baseada na eficiência em garantir o bem-estar e a maior felicidade dos cidadãos**. Bentham acreditava que testes morais dentro dos requisitos de validade do Direito seriam uma forma direta de ameaça à eficiência do Direito. Uma vez que esses testes, em forma de 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.

Por meio de seu Positivismo, Bentham, de certa forma, tentava combater o jusnaturalismo reacionário, o solipsismo (herança da modernidade) e o não cognitivismo de alguns magistrados que até hoje, muitas vezes, colocam seus valores acima da legislação. É possível dizer que o formato de Estado, focado no bem dos cidadãos, e a separação de Direito e Moral propostas por Bentham, serviram para formar a base do Positivismo moderno. Nas palavras do próprio John Stuart Mill (1981), grande discípulo do utilitarismo benthamiano, o pai do utilitarismo teria mostrado que termos como "*recta ratio*", "direito natural", eram todos "dogmatismos disfarçados", a partir dos quais se impunha os próprios "sentimentos" travestidos de razão.

Se John Stuart Mill (1806-1873) pode ser considerado o grande discípulo de Bentham no que diz respeito ao utilitarismo, John Austin (1790-1859) foi o seu mais importante discípulo no Direito. Austin, que é considerado o maior jurista inglês do Século XIX, tinha como maior interesse construir uma teoria do Direito que identificasse o fenômeno jurídico como ele efetivamente era, para, a partir daí, descrevê-lo (Streck, 2017). É por isso que se credita a Austin a fundação daquilo que se convencionou chamar posteriormente de *analytical jurisprudence*, que nada mais é do que a abordagem analítico-descritiva do Direito.

### 1.3.2 John Austin: a separação analítica entre Direito e Moral

Austin foi acusado de muitos pecados; alguns deles ele certamente cometeu. Mas a demonstração de precisamente onde e por que ele estava errado se provou uma constante fonte de iluminação. (Hart, 1998, p. 18)<sup>18</sup>

Após o seu casamento, John Austin (1790-1859) e sua esposa -e maior apoiadora Sarah Austin- se mudaram para Londres, onde se tornaram vizinhos de duas famílias notáveis, a de Jeremy Bentham e a de John Stuart Mill, e por 12 anos viveram no epicentro intelectual de um movimento de reforma liberal.

---

<sup>18</sup> Tradução livre de: Austin has been accused of many sins; some of them he certainly committed. But the demonstration of precisely where and why he is wrong has proved to be a constant source of illumination; (HART, 1998, p. 18)

O que tornou a obra de Austin tão relevante, foi a sua capacidade de segregar as doutrinas do Positivismo Jurídico das discussões políticas e filosóficas em que estavam inseridas e reafirmá-las com uma nova firmeza, compreensão de detalhes e precisão, de modo que advogados e pensadores políticos pudessem não apenas entendê-las, mas usá-las para dissipar a névoa que ainda obscurecia as distinções entre o direito, moralidade e religião e que obstruía a crítica racional às instituições legais. (Hart, 1998)

Hart (1998, p.16) diz que há pouco de original em Austin: “ele foi inspirado acima de tudo por Bentham, de quem herdou o ódio ao misticismo e à irrealidade e uma tripla paixão pela classificação, legislação e codificação”. As principais doutrinas de A “Província da Jurisprudência Determinada”, sua mais importante obra, podem ser facilmente identificadas nos predecessores de Austin: as definições de "lei", "sociedade soberana" e política" podem ser encontradas quase *ipsis literis* em Bentham e Hobbes e a concepção das regras da moralidade como baseada no princípio da própria Utilidade o índice dos mandamentos de Deus pode ser encontrado em Paley e Berkeley, e de forma menos definida, em Locke e Hobbes. (Hart, 1998).

O que mais interessa a este trabalho, é que John Austin, tal como seu professor, adotava o método positivista, e, portanto, “acreditava que a existência do Direito seria independente de seus méritos morais/valorativos” (Streck, 2017, p. 170). As suas diferenças em relação a Bentham eram mais de caráter político e ético do que de caráter metodológico. Enquanto Bentham era um liberal reformador que acreditava que a codificação traria benefícios e avanços sociais, Austin era um conservador e, portanto, defendia mais cautela nas mudanças e ainda via grandes vantagens na criação do Direito pelos juízes como era feita a séculos. Conforme bem observa Thomas Bustamante (2015 *in* Streck, 2017, p.169),

“em Bentham há uma divisão entre *expository jurisprudence* e *ensorial jurisprudence*. Esta seria aquela preocupada, com base no utilitarismo, em apontar como o Direito deve ser; aquela seria a teoria do Direito preocupada em apenas descrever o Direito, de forma objetiva e neutra. Como Austin era um conservador político, a *ensorial jurisprudence* lhe foi de pouca utilidade e praticamente desapareceu em suas obras.”

Outro ponto que acaba distanciando Bentham e Austin é a questão da *judge-made law*. Austin não só aceitava a *judge-made law* como a achava positiva, ao ponto de afirmar que "as partes das leis que, nos países, foram produzidas pelos

juízes têm sido muito melhores do que as partes que foram aprovadas pelos estatutos do legislativo" (1998, p. 178).

Streck (2017), todavia nos mostra que Austin não repudiava a codificação. Pelo contrário, entendia como necessária, pois para Austin todas as decisões judiciais que não aplicavam os estatutos -ou seja a legislação codificada- não passavam de decisões arbitrárias, na medida em que misturavam e confundiam a *judge-made law* com a arbitrariedade

Na obra de Austin está presente com muita força o método do Positivismo mas não o Positivismo enquanto ideologia, pois o autor que era um cristão devoto tinha as suas próprias ideias do que era justo, o ponto é apenas que segundo Austin para um norma poder ser considerada como "Direito" não precisava estar de acordo com o critério de justiça de ninguém, precisava apenas se encaixar em algumas circunstâncias, quais sejam os fatos sociais.

Sintetizando: pode-se descrever a *analytical jurisprudence* de John Austin (1998, p.184) com sua clássica máxima Positivista:

A existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo com 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.<sup>19</sup>

Mas essa máxima sozinha não basta, pois para termos um compreensão adequada do que o autor buscava, e não cairmos em confusões e interpretações vulgares sobre a sua teoria e sobre o Positivismo jurídico como um todo, mais contextualizações são necessárias.

### 1.3.2.1 Austin um Jusnaturalista ético e um Positivista metodológico

Já está demonstrado que John Austin acreditava que a existência do Direito seria independente de seus méritos morais/valorativos. Este é um ponto chave para entender o Positivismo Jurídico enquanto método, mas que precisa ser mais bem explicado para desmistificar algumas ideias que o cercam.

---

<sup>19</sup> Tradução livre de: *The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be 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.*

O Positivismo jurídico sempre combateu e ainda combate o Jusnaturalismo como **método**, mas não como ética, isso fica claro já no século XIX nas passagens em que Austin crítica o método de Blackstone, mas não a sua ética, vejamos:

Sir William Blackstone, por exemplo, diz em seus "Comentários", que as leis divinas são superiores, em obrigação, a todas as outras leis; que não se poderia aceitar que qualquer lei humana a elas se opusesse; que as leis humanas carecem de validade se a elas são contrárias; e que todas as leis válidas derivam sua força do original divino. Bem, ele pode querer dizer que todas as leis humanas deveriam se conformar à lei divina. Se é este o sentido pretendido, concordo sem hesitação[...] Talvez, entretanto, ele queira dizer que os legisladores humanos estão, eles mesmos, obrigados pelas leis divinas a elaborar as leis que impõem segundo aquele padrão último, porque, se não o fizerem, Deus os punirá. Com isto, também, concordo inteiramente[...]

Mas o sentido dessa passagem de Blackstone, se é que tem um sentido, parece na verdade ser este: nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é obrigatória ou vinculante (*binding*); em outras palavras, nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é uma lei. (Austin, 1998, p.184-185)

Em sequência Austin (1998, p.185) defende seu Positivismo metodológico, que parte de uma abordagem analítica e não de uma abordagem moral:

Dizer que leis humanas que entram em conflito com a lei divina não são obrigatórias ou vinculantes, ou seja, não são leis, é falar bobagens gritantes. As leis mais perniciosas e, portanto, as que mais se opõem à vontade de Deus, foram e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais judiciais. (Austin, 1998, p. 185)

Austin (1998, p.185) afirma sua análise dizendo que o direito divino de uma suposta lei de deus não é aceito pelos sistema como direito propriamente, e que inclusive maldades e injustiças são cometidas sob o pálio do direito sem que deixem de ser direito, pois para Austin, direito é uma forma, um fato e não um valor:

Suponhamos que um ato inócuo, ou positivamente benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer este ato, serei julgado e condenado, e se eu me opuser à sentença, que é contrária à lei de Deus, que ordenou que os legisladores humanos não proibam atos que não tenham consequências maléficas, o Tribunal de Justiça demonstrará a inconclusividade do meu raciocínio me executando, em virtude da lei da qual impugnei a validade.

Aqui com Austin, vimos aquilo que Nino (2010) - citado no começo deste trabalho- já apontou: existe uma clara diferença entre Positivismo enquanto método e Positivismo enquanto ética. Um Positivista metodológico como Bentham e Austin que estivesse na condição de magistrado deixaria de aplicar um lei extremamente injusta como as do regime nazista, mas ainda a consideraria uma lei. Em nossa legislação podemos ver leis que consideramos injustas, por exemplo alguém pode sustentar que leis que criminalizam a venda e o comércio de cannabis são injustas, mas nem por isso ela deixará de ser uma lei, isso pois (1) ela posta por um

soberano, (2) tem força cogente (*binding*) e (3) se você a descumprir as ameaças previstas no código penal se concretizarão, e você sofrerá as suas consequências. Ao menos este é o ponto de Bentham e Austin (outros positivistas mais contemporâneos justificam que esta norma é realmente direito, mas por outras razões, discordando principalmente no que diz respeito à formalização e às ameaças).

O que Austin e Bentham buscavam criticar em Blackstone era a antiga ideia do Jusnaturalismo católico proveniente de que “lei injusta não é lei” (nos termos de Thomas de Aquino *Lex iniusta non est Lex*) que segundo os autores além de estar metodologicamente equivocada abria uma margem enorme para a discricionariedade e o reacionarismo de magistrados.

Em Hart (1998) fica bem claro que o direito positivo na obra de Austin é um elemento em uma divisão tripla de regras para a conduta humana; os outros dois são a moralidade positiva e as leis de Deus. A moralidade positiva é usada por Austin como um termo abrangente para todas as regras feitas pelo homem para a conduta humana que não possuem a diferença essencial do Direito positivo; ela inclui muito além das regras morais no sentido ordinário, por exemplo, as regras de um jogo ou de um clube, códigos de maneiras ou etiqueta, bem como o direito internacional e o direito constitucional fundamental. Para Austin, as leis de Deus são leis propriamente ditas (porque são comandos), mas não são direito positivo (porque não são feitas pelo homem); algumas são reveladas e outras não são, mas os seres humanos têm um guia ou índice nesses princípios de utilidade geral (Hart, 1998). Em Austin (1998), como já demonstrado, existe um claro jusnaturalismo ideológico (em contraponto ao juspositivismo metodológico<sup>20</sup>) de caráter religioso, pois para ele, as leis de Deus reveladas ou descobertas dessa forma constituem o teste supremo das regras de direito positivo e moralidade positiva, pois este “padrão divino” determina não o que elas são, mas o que deveriam ser (Austin, 1998). Para o bem ou para o mal esta ideia de Austin parece estar devidamente entranhada na prática jurídica contemporânea, pois se um juiz (ao menos no Brasil) deixar de aplicar uma lei com justificativa de contrariar a Bíblia ou algum estamento de sua religião sofrerá represálias.

---

<sup>20</sup> Este é um ponto importante, pois em Kramer (2004) também vemos essa divisão. É claro que de maneira mais sofisticada e com um Jusnaturalismo pautado em princípios seculares.

### 1.3.2.2 Detalhando o conceito de Direito em John Austin

“Austin foi um dos principais nomes da Jurisprudência-Analítica, que procurava pensar o Direito a partir de critérios lógico-descritivos a fim de identificar seus conceitos e categorias, que seriam deduzidos de modo empírico e factual dos ordenamentos positivos e da prática judiciária.” (Streck, 2017, p. 169)

Superadas estas questões importantes vamos a mais pontos relevantes da Teoria de Austin. Streck (2017, p. 171) demonstra que para Austin, o “Direito seria constituído de comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autorictas non veritas facit legis*). E em algumas situações os juízes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. “Portanto, põe o “fato”. Positiva”.

Criticando os jusnaturalistas que obscureciam o conceito de Direito e dificultavam a sua compreensão, John Austin em *The Province of Jurisprudence Determined*, foi direto e defendeu que “a existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra” (1998, p. 184).

Para Hart (1998), foi a maestria analítica de Austin de explicitar os avanços da Filosofia no Direito e os separar de questões metafísicas que o tornou notável. A essência da doutrina de Austin em “*The Province of determined jurisprudence*” consiste em trazer clareza e determinação aos sistema jurídico.

Seu objetivo neste trabalho preliminarmente declarado é identificar as características distintivas do direito positivo e, assim, libertá-lo da confusão perene com os preceitos da religião e da moralidade, que foram incentivados pelos teóricos do Direito Natural e explorados pelos oponentes da reforma legal.

Para atingir seu propósito, Austin utiliza duas noções: a primeira é a de (1) um comando que ele analisa como uma expressão de desejo expressada por uma pessoa que tem o propósito e algum poder para infligir um mal caso o desejo seja desconsiderado<sup>21</sup>; a segunda é a de (2) um hábito de obediência a uma pessoa determinada.

---

<sup>21</sup> É justamente por Austin ver o Direito como uma ameaça sustentada por uma sanção que Hart (2009) o critica, dizendo que segundo a doutrina de Austin as ameaças de um assaltante que aponta

Com base nesses dois elementos, ele define sucessivamente estar sob um dever ou obrigação (sendo passível de um mal da pessoa que comanda no caso de desobediência). Alguns outros conceitos-chaves que complementam a doutrina de Austin e são condição de possibilidade para ela consistem nas seguintes significados atribuídos a certas afirmações, qual sejam:

1. Sanção: o mal que provavelmente será incorrido no caso de um comando ser desobedecido;

2. Superior: uma pessoa ou pessoas que podem compelir os outros a obedecer.

3. Sociedade política independente: uma sociedade na qual a maioria tem o hábito de obedecer a um superior comum determinado que não tem tal hábito de obediência a outro;

4. Soberano: um superior humano determinado que não tem o hábito de obediência a um superior semelhante, mas que recebe obediência habitual da maioria de uma determinada sociedade.

A essência da doutrina de Austin em "*The Province*" pode ser resumida brevemente como uma tentativa de identificar as características distintivas do Direito positivo e, assim, libertá-lo da confusão perene com os preceitos da religião e da moralidade, que foram incentivados pelos teóricos do Direito Natural e explorados pelos oponentes da reforma legal (tal como William Blackstone, que tanto Bentham como Austin se esforçam para refutar e as vezes até ridicularizar).

Portanto, para Austin leis propriamente ditas são definidas como comandos que obrigam uma pessoa ou pessoas a um curso de conduta e a "diferença essencial" do Direito positivo é encontrada no fato de que ele é estabelecido por um soberano para os membros de uma sociedade política independente (Hart, 1998). Algo muito diferente do jusnaturalismo cristão de Blackstone para quem a lei para ser válida e vinculante deveria estar de acordo com a vontade divina. O papel de Austin e seu método na prática jurídica também teve uma relevância enorme, pois foi ele

“quem primeiro demonstrou aos advogados ingleses, em seu próprio idioma, como a compreensão mesmo do direito inglês não sistematizado

[...], poderia ser aumentada e sua exposição melhorada pelo uso de uma estrutura teórica e análise precisa. (Hart, 1998, p. 17)<sup>22</sup>

Hart (1998) também mostra que antes de Bentham, mas principalmente de Austin, os advogados ingleses pensavam o direito como algo a ser aprendido apenas por um processo de imitação de outros juristas. Nas universidades britânicas o Direito não era um curso formal, não existiam concursos para cargos, nem exames, nem nada, a forma de ensino e de organização da justiça nas terras inglesas era extremamente precária. Mas em 1861, dois anos após a morte de Austin isso mudou: as ordens profissionais tinham organizado instrução e exames, e o direito tornou-se um assunto reconhecido nas universidades.

#### **1.4 Algumas considerações finais sobre o Positivismo jurídico anglo saxão antes do séc. XX**

O Jusnaturalismo foi enfraquecido com Bentham e Austin de forma que o Positivismo ascendeu ao ponto de ser considerado um sinônimo de Filosofia do Direito por séculos.

Colocando o presente capítulo em contato com a síntese histórica que este trabalho busca revelar, podemos perceber que Hobbes, Bentham e Austin sugerem uma teoria imperativista do Direito, concebendo o fenômeno jurídico como um comando de uma autoridade soberana, dotada de certas prerrogativas de poder.

Bentham, com o seu utilitarismo, aprimora a ideia base do Positivismo, determinando que o estado deve operar para garantir a maior felicidade para o maior número de cidadãos. Os escritos de Bentham também ajudaram a trazer maior determinação para o conceito de direito, além de mais robustez para a corrente positivista. Nesta tarefa, é então sucedido por seu aluno John Austin, que, com a sua analytical jurisprudence fortalece o Positivismo moderno, tornando ainda mais evidente a separação entre direito e moral e tornando mais acessível à prática jurídica o conteúdo dos avanços filosóficos do Positivismo jurídico.

---

<sup>22</sup> Tradução livre de :” it was Austin who first demonstrated to English lawyers in their own idiom how the understanding even of unsystematized English law, with its forest of details, could be increased and its exposition improved by the use of a theoretical structure and precise analysis.”

Nas obras de Hobbes e de Bentham, bem como na analytical Jurisprudence de Austin, o foco do Positivismo jurídico foi o de, de uma forma ou outra, aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moralidade como fenômenos sociais distintos, embora relacionados. Assim, foram traçados os parâmetros centrais do Juspositivismo moderno, do qual Herbert Hart, foi o grande herdeiro e desenvolvedor mais sofisticado com suas regras primárias e secundárias e com seu estudo da Filosofia da linguagem ordinária.

Até esse momento foram narrados os parâmetros centrais do Juspositivismo moderno, movimento que foi continuado com muito refinamento por H.L.A Hart, de quem trataremos em seguida.

## 2 O DEBATE HART DWORKIN E A CISÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

### 2.1 H.I.a. Hart e o positivismo jurídico contemporâneo

É impossível falar sobre o Positivismo Contemporâneo sem saber sobre que chão ele está firmado, e para isso, os trabalhos de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) são fundamentais. Filho de um alfaiate Judeu Polonês, Hart foi um prolífico aluno de Oxford. Em 1932 foi aprovado no exame de admissão da ordem dos advogados (*chancery bar*) e exerceu a profissão até 1940, quando em razão da segunda guerra mundial ingressou no serviço secreto britânico, o MI5 onde teve contato com outros acadêmicos que também haviam sido recrutados e que instigaram seu apetite pela Filosofia. Com o fim da guerra em 1945, Hart aceitou um convite para lecionar em Oxford como *Fellow* e Tutor. Em 1952 foi eleito para a cátedra de *jurisprudence* de Oxford, no seu trabalho como teórico do Direito foi um divisor de águas na Tradição Anglo-saxônica rompendo com a ideia de que um Direito sancionado para criar uma ideia de um Direito normativo. Neil Duxbury (2005) diz que, entre 1832, quando Austin deixou o posto de professor Teoria do Direito na University College London, e 1952, quando Herbert Hart foi indicado à cátedra de *jurisprudence* de Oxford, poucos foram os avanços na teoria do Direito dignos de nota.

MacCormick (2010, p.25) em sua excelente biografia intelectual do grande positivista do século XX demonstra que “Se Hart não tivesse chamado a nossa atenção de nenhuma outra forma, ele seria uma figura importante simplesmente por sua contribuição à ideologia da democracia social-liberal.”

A demonstração das visões políticas e da vida de Hart nos permitem ter contato com seus *insights* que motivaram a forma pela qual construiu sua teoria, um deles é que se conseguíssemos descrever o mais claramente o Direito conseguiríamos resolver os problemas decorrentes de sua confusão com a metafísica e a imposição de subjetivismos de caráter metafísico dos julgadores. Permitindo que o Direito – quando a resposta estivesse positivada – fosse decorrente da vontade popular e das instituições democráticas e não um simples voluntarismo dos juízes. Mas além de confrontar a metafísica, Hart buscava superar os escritos de seus antecessores como Austin, para quem o Direito era propriamente Direito por estar sustentado por ameaças, Hart em razão de sua forte proximidade com a democracia via grandes problemas nessas afirmações que

também julgava incompletas do ponto de vista analítico, para ele o Direito era mais do que uma ordem sustentada por uma ameaça, para ele, um sistema propriamente jurídico era um sistema normativo, um sistema de regras e não de ameaças, para ele eram as regras (como a constituição) que faziam os soberanos e não os soberanos que faziam as regras.

MacCormick (2010) nos mostra que por esse motivo, é importante enfatizar que a descrição analítica de Hart dos sistemas jurídicos é complementada em grande parte por sua Filosofia Moral Crítica. A obra de Hart, como um expoente dos princípios da democracia social liberal, é a resposta dele às demandas morais de sua posição positivista, segundo a qual o Direito, como ele é, deve estar sempre aberto à crítica e à reforma. Na crítica moral do Direito positivo e ao promover o que, pelos seus princípios morais, eram reformas altamente desejáveis, Hart desempenhou seu papel de teórico com impacto social.

Leituras que afirmam que Hart pregava a inexistência de fatos morais são equivocadas, pois não tem um olhar atento à trajetória e à obra do autor e confundem seu Positivismo Metodológico com um Positivismo Ético.

É importante entender que apesar de a teoria de Hart conter problemas ela era de certa forma motivada por seus ideias sociais democráticos e por suas crenças na filosofia analítica. Sem as construções de Hart é extremamente provável que não teríamos uma Teoria do Direito tão avançada e tão profunda em densidade prática e teórica, pois o que não foi por ele analisado ou criado, provém de ideias que só poderiam ter se desenvolvido a partir de insights críticos a sua Teoria. Até hoje em dia é considerado o autor mais importante do Positivismo Anglo-saxão dando nome ao mais importante seminário anual de Teoria do Direito mundial realizado na Universidade de Oxford, a *Hart's lecture*.

Quem lê a obra de Hart não pode ignorar que ele viveu na Europa durante a ascensão do nazi-fascismo e observou, como um intelectual de família de origem judaica, o crescimento e depois a destruição do fascismo e do nazismo e das suas cópias britânicas. Durante o tempo em que atuou como advogado, ele viveu em um meio intelectual em que a maioria das pessoas estava comprometida com tendências rivais de inspiração socialista como uma resposta atraente ao fascismo, à tirania e à injustiça do homem contra o homem. O peso do seu compromisso com certa concepção de liberdade humana deve ser visto diante desse pano de fundo. (MacCormick, 2010)

Hart era extremamente próximo de Sir Isaiah Berlin, biógrafos de Hart inclusive afirma que Berlin era seu melhor amigo e sua filosofia também precisa ser vista sobre a forte influência democrática de Berlin.<sup>23 24</sup>

O compromisso com a ideia de liberdade o levou a ser hostil aos regimes marxistas na década de 1930, antes de muitos de sua geração. Sua aversão ao fascismo e ao conservadorismo moral era igualmente intensa. Ao contrário de outros contemporâneos, como Jenifer Williams, sua amiga e futura esposa, ele nunca foi persuadido pelas virtudes do partido comunista como alternativa à abordagem política da Sociedade Fabiana ou da social-democracia. No entanto, suas crenças e compromissos políticos só se tornaram públicos depois da guerra, apesar de seu trabalho ajudando refugiados alemães durante os anos 1930 e dando seminários sobre brechas fiscais para grupos de trabalhadores do Partido Trabalhista. Na verdade, as principais declarações sobre suas posições nessas questões só foram publicadas no início dos anos 1960, após a publicação d'O conceito de Direito. (MacCormick, 2010) (Kramer, 2021a).

Longe de ser um teoria simplista o Positivismo de Hart possui várias nuances e representa diversos avanços em relação aos seus antecessores, como veremos a seguir.

### 2.1.1 – As críticas de Hart a uma teoria do sanção e a superação de uma teoria sancionadora por uma teoria normativa

“Para Austin e Bentham o soberano faz as regras, para Hart, as regras fazem o Soberano” (Morbach, 2020, p.139)

---

<sup>23</sup> É impossível não lembrar aqui que Dworkin – grande crítico de Hart- nomeou seu livro “*Justice for hedgehogs*” em um resposta crítica aos escritos de Sir Isaiah Berlin em específico um artigo em que fala sobre a raposa e o porco espinho em mitos gregos. Parece que a implicância de Dworkin não era apenas com Hart e sim com a dupla de amigos.

<sup>24</sup> Berlin defende a existência da pluralidade de princípios e valores, de forma que critica o monismo (unidade dos princípios em torno de um único valor como a liberdade ou a igualdade) em duas frentes: primeiro, a dificuldade de estabelecer uma hierarquia de valores para preservar a unidade; segundo a tendência do monismo em ser abrangente, possibilitando a opressão de muitas pessoas através de ideologias como o nacionalismo, marxismo e fascismo. Em vez de buscar uma ordem hierárquica que una liberdade e igualdade, Berlin defende o pluralismo de valores, reconhecendo a diversidade moral e aceitando a coexistência de valores distintos. Ele acredita que ao abraçar a pluralidade, podemos reduzir a crueldade e opressão humanas. Berlin expressa uma preferência pelo liberalismo político e uma predileção pela liberdade negativa em relação à liberdade positiva.

H. L. A. Hart é amplamente reconhecido por sua significativa contribuição para a evolução do positivismo jurídico, ao redirecionar sua trajetória. Enquanto ele continuou enfatizando a importância de uma clara separação conceitual entre as esferas do direito e da moralidade, isto é, a distinção entre descrever o que é o direito e defender o que deve ser o direito, Hart também passou a criticar as tentativas de uma análise puramente empírica do direito. Nesse sentido, ele acompanhou uma visão em ascensão e influente, que sugeria que as ciências sociais poderiam se beneficiar do uso de técnicas científicas como clareza e precisão, mas que exigiam uma abordagem distinta daquela empregada pelas ciências naturais. A abordagem preconizada para as ciências sociais baseava-se, então, na compreensão não apenas das ações que ocorrem, mas também no entendimento do significado que essas ações teriam para os participantes das práticas ou instituições analisadas.<sup>25</sup> Dessa forma, a importância de H. L. A. Hart reside, em parte, em sua habilidade de transformar o positivismo jurídico ao abraçar essa abordagem mais abrangente e contextual. (Bix, 2020)

Na principal obra de Hart, o Conceito de Direito, vemos uma tentativa de compreender o Direito em nossa sociedade que se assemelha as tentativas dos antropólogos de compreender o funcionamento de sociedades isoladas (o próprio Hart descreve sua teoria como uma teoria sociológico descritiva do Direito). Em vários momentos Hart inclusive se refere a sociedades tribais e a estudos realizados sobre elas. É justamente por ver que nossas complexas sociedades organizadas em torno de ideias da democracia liberal se diferem muito de sociedades como as tribais que Hart critica os escritos de seus antecessores, em especial os de John Austin para quem o Direito era um conjunto de ordens sustentadas por ameaças e sanções. Hart ao olhar para as sociedades contemporâneas, ou até mesmo sociedades antigas como a Romana não conseguia concordar que nessas

---

<sup>25</sup>Falando sobre a necessidade de uma ciência própria do Direito (interna), "Hart enfatizava a diferença entre regras e hábitos, uma diferença baseada principalmente nas percepções dos participantes sobre aquilo que eles próprios fazem, e nas suas reações a e suas atitudes diante de ações. Quando uma ação é feita "como regra" e não "como hábito", a regra é dada como uma razão para agir, e é igualmente tomada como base para críticas (inclusive autocrítica) diante de eventuais comportamentos que estejam em desconformidade com as ações prescritas pela(s) regra(s). Em contraste, tendemos a não ter qualquer justificativa à mão (ou explicações de qualquer tipo) sobre nossos hábitos, e certamente não criticamos ou esperamos críticas quando há desvios com relação aos padrões desses hábitos. Uma abordagem puramente científica, "externa", sobre o direito misturaria ações habituais e ações que seguem regras, e é por isso que, segundo Hart, esse tipo de abordagem perderia, inevitavelmente, aspectos que fazem parte da própria essência do direito." (Bix, 2020, p.66)

sociedades o Direito fosse de fato um mero conjunto de normas sustentado por ameaças, ele achava que esta visão era muito simplista e reducionista diante da complexidade destes sistemas e foi partindo dessa percepção que o inglês construiu sua teoria normativa do Direito.

Dworkin (1977) nos explica que Hart foi um poderoso crítico da teoria do comando (de Hobbes, Bentham e Austin), pois ele argumentava que a lei não existe a menos que a população, ou pelo menos a parte da população que administra a lei, aceite uma regra que dê àqueles que exercem o poder a autoridade para fazê-lo. De forma que segundo Hart, na maioria das sociedades não existe apenas uma aceitação de um poder em razão do medo de uma sanção, mas sim um sentimento de que o poder é legítimo porque exercido de acordo com alguma regra constitucional que a população aceita.

Para Hart, “o Direito não é meramente produto da atividade de um soberano, mas algo que, por si, ajuda também a constituir aquilo que conta como soberania” (Bix, 2020, p.62). A ideia Hobbesiana que Bentham e Austin aprimoram, de que o Direito depende apenas de um comando do soberano sustentado por uma sanção, era vista por Hart como descritivamente errada e preocupante, de forma que o autor a compara com o caso de um assaltante que diz ao funcionário de um banco: “entregue-me o dinheiro ou atiro”. Para isso, Hart, com o uso da **filosofia da linguagem**, Hart estabelece diferenças entre ser obrigado e ter uma obrigação. Segundo Bix (2020, p.64)

Sentimo-nos obrigados a agir tal como ordenado por alguém armado porque tememos as consequências se não agirmos assim. Contudo, no momento em que o medo das possíveis consequências não mais se faz presente, não vemos qualquer razão para agir como ordenado. Ter uma obrigação sob qualquer sistema normativo válido (sejam as regras de um jogo que jogamos, o cânone da religião de alguém, ou as regras jurídicas de uma sociedade) é algo muito mais complexo, psicologicamente falando. Aquele que se sente obrigado age como age porque acredita que deve agir assim, não (somente) porque teme as consequências da hipótese em que aja em contrário.

A Filosofia da linguagem ordinária é um desdobramento da filosofia analítica, escola para a qual ideias claras requerem enunciações claras e não elaboradas construções de sistemas filosóficos. Tem quem argumente que Hart teve como principal façanha ter trazido os elementos da filosofia da linguagem ordinária para dentro do Direito.

N'O conceito de Direito, Hart tem como uma de suas principais preocupação definir, por meio da análise linguística, as delimitações do que seria o Direito. Sua

teoria descritiva tinha como finalidade ter um olhar mais atento à justificação do poder e da coação e de certa forma (mesmo falhando) buscava reduzir e conter o número de arbitrariedades dentro do sistema jurídico. Em 1961, ele publicou o livro *O conceito de Direito*. O propósito por trás dessa obra é o desenvolvimento de uma teoria descritiva do Direito, a partir de uma atenção dedicada à linguagem jurídica.

MacCormick (2020, p.25) nos mostra que “embora muitos de seus trabalhos tenham como objetivo serem descritivos ou puramente analíticos (exigindo, assim, um afastamento deliberado de questões de compromisso pessoal em assuntos de moral e política), isso não deve encobrir a seriedade dos compromissos que ele expressa em seus outros trabalhos. Ninguém pode se surpreender com essa seriedade uma vez que se levem em conta as experiências diante das quais os seus compromissos foram firmados. Ter total consciência disso é essencial como um prelúdio à consideração do contexto e da natureza do trabalho analítico de Hart.”

Hart (2009) queria ter um método próprio do Direito, que o separasse das outras ciências. Portanto, um dos principais méritos do Britânico foi o de desenvolver elementos da filosofia da linguagem ordinária no âmbito do Direito. Influenciado pela noção wittgensteiniana de “seguir regras”, Hart argumentará contra a ideia compartilhada por autores como Hobbes e Austin, por exemplo, de que o Direito consistiria em um simples ato de vontade ou mandamento de um soberano detentor da força. Afinal, como distinguir este conceito de Direito de uma mera ordem de um criminoso seguida de ameaça?

Para Hart, o Direito não consiste apenas em regras que impõem obrigações, mas, também, em regras antecedentes que conferem validade normativa às primeiras. Assim, a estrutura do Direito não está amparada meramente na autoridade. Ela pressupõe a noção de justificação. O fundamento do Direito, nesse sentido, será encontrado em uma regra do segundo tipo, a qual é compartilhada intersubjetivamente. O seu desenvolvimento não se dá de forma pontual ou voluntária, sendo o resultado da interação social e linguística em um sentido muito próximo ao explorado por Wittgenstein a respeito dos jogos de linguagem. Vejamos a seguinte passagem onde esse argumento fica bastante marcado:

Relembremos a situação do assaltante. A ordena a B que lhe entregue seu dinheiro e ameaça atirar nele se não for obedecido. De acordo com a teoria das ordens coercitivas, essa situação ilustra a noção de obrigação ou dever em geral. A obrigação jurídica é coisa idêntica, apenas em maior escala. A é o soberano obedecido habitualmente, e as ordens devem ser gerais,

prescrevendo linhas de conduta e não ações isoladas. A plausibilidade da afirmação de que o caso do assaltante exemplifica o significado de obrigação reside no fato de que se trata de um caso em que poderíamos dizer que, se B obedecesse, teria sido "obrigado a entregar seu dinheiro. Entretanto, é igualmente certo que estaríamos descrevendo mal a situação se disséssemos, sobre esses fatos, que B tinha a "obrigação" ou o "dever" de entregar o dinheiro. Assim, desde o início fica claro que precisamos de algo mais para compreender a ideia de obrigação. Há uma diferença, ainda por ser explicada, entre as afirmações de que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa e de que tinha a obrigação de fazê-lo. A primeira é frequentemente um enunciado sobre as convicções e os motivos envolvidos em determinado ato: "B foi obrigado a entregar seu dinheiro" pode significar simplesmente, como no caso do assaltante, que ele acreditava que algum mal ou outras consequências desagradáveis poderiam lhe advir se não o fizesse, e ele o entregou para evitar essas consequências. Nesses casos, a perspectiva do que poderia suceder ao agente caso desobedecesse torna menos vantajoso fazer algo que ele de outra maneira preferiria ter feito (conservar o dinheiro). (Hart, 2009, p.107)

Quando compreendemos o sentido atribuído por Hart à regra de reconhecimento, percebemos que ela não possui uma regra que a anteceda normativamente, carecendo, assim, de justificação. Nesse sentido, o Direito, para Hart, não deixa de ter um fundamento meramente convencional, ainda que este seja distinto da mera vontade ou intenção soberana relacionada a teses positivistas como a de Hobbes ou Austin, acima mencionados.

Por isso, para ele, o que cria o Direito e o diferencia de mera coação é a existência de regras primárias e secundárias. As regras primárias estabelecem deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias indicam como reconhecer as regras primárias existentes (1. regras secundárias de reconhecimento<sup>26</sup>), como alterá-las (2. regras de secundárias de modificação) e como resolver as pendências que surgem diante da questão sobre se uma determinada regra foi ou não violada (3. regras secundárias de julgamento). Simplificadamente, podemos dizer que as regras primárias são aquelas com as quais o cidadão tem contato direto no dia a dia, como o artigo 121 de nosso código penal, que prevê que matar alguém é um crime passível de pena, essa regra é primária pois tem contato direto com a vida de todos os cidadãos. Enquanto as regras secundárias<sup>27</sup> estão previstas em nossa

---

<sup>26</sup> Segundo Bix (2020, p. 66): "A regra de reconhecimento expressa, ou simboliza, aquele que é o pilar básico do positivismo jurídico: a de que há critérios convencionais, sobre os quais os funcionários de um sistema concordam, para a determinação de quais regras fazem parte do sistema jurídico e quais não fazem."

<sup>27</sup> É possível traçar um paralelo entre o Positivismo do alemão Hans Kelsen e o Positivismo de Hart. Os autores possuem semelhanças e diferenças bem acentuadas. As semelhanças consistem no fato de que ambos desenvolvem teorias normativas do Direito (em oposição a Teorias sancionadoras), todavia enquanto para Hart o que diferencia o Direito de mera coação é a presença de normas secundárias para Kelsen o que diferencia é a presença da norma fundamental. As normas

constituição e na legislação processual, e são “as leis sobre as leis”. Hart (2009, p.122) define que “enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias.”

Segundo a análise Sociológica de Hart, nas sociedades modernas, o Direito é muito diferente de mera coação, pois está relacionado com a identidade de uma autoridade legítima, com a introdução das regras secundárias em nossas sociedades, um mero conjunto de normas passa a ser aquilo que seria um sistema propriamente jurídico. Hart quer nos mostrar o que separa nossos sistemas jurídicos contemporâneos de sistemas normativas de comunidades primitivas. Para a partir disso nós mostrar o que propriamente significa o direito.

Para Hart é natural em todas as sociedades a existência de regras primárias que limitam o comportamento, em sociedades tribais, como por exemplo as descritas por Freud (1996) em totem e tabu as regras primárias existem, o incesto é punido com morte. Nestas sociedades certas condutas são proibidas e existem penas para quem incidir nessas condutas, mas não existem regras sobre como fazer estas regras, tampouco existem regras para resolver o conflito entre essas regras ou regras sobre como mudá-las tampouco existem regras ditando como o processo de aplicação dessas sanções deve ser feito. Existe, portanto, uma grande diferença entre sistemas tribais de coerção e sistemas jurídicos modernos, e a teoria de Hart foi a primeira a descrever as razões que os diferenciam por meio de suas regras secundárias ou regras de pedigree.

Vejamos o que escreveu o próprio Hart (2009, p.105-106) sobre esse tipo de regras:

A ideia de norma não é absolutamente uma ideia simples: [...]a necessidade de discriminar, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, entre dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou (secundárias) em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas

---

secundárias de Hart são construções humanas percebidas empiricamente, enquanto a norma fundamental de Kelsen é algo transcendental inato aos seres humanos que querem viver em sociedade, é uma forma que deriva de um imperativo categórico kantiano na medida que trata de noções básicas de respeito e tolerância que os seres humanos adotam uns com os outros, como não fazer aquilo que não quero que façam para mim, é uma espécie de concordância tácita transcendental. Enquanto Hart tem uma justificativa mais britânica à la Hume, Kelsen tem um justificativa mais germânica à la Kant.

antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações.

Esta é para Hart, a diferença de um sistema meramente sancionador para um sistema jurídico: As regras secundárias ou regras sobre regras. Inicialmente em sociedade primitivas existem apenas normas primárias, mas com o agravamento de sua complexidade, Hart nos ensina que **como parasitas** a essas normas primárias começam a surgir essas regras secundárias e por meio de uma simbiose com estes “parasitas” um sistema meramente sancionador passa a ser um sistema normativo ou um sistema propriamente jurídico. As normas secundárias especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas.

Um sistema de controle social que não possua normas que permitam identificar as normas primárias para Hart, é um sistema arcaico completamente indeterminado e que não pode devidamente ser caracterizado como jurídico. De forma bem sintética, o Direito para Hart (2009, p.122) “pode ser caracterizado como uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias”.

### 2.1.2 O conceito de Direito de Hart

N’o conceito de Direito, partindo do método analítico e da Filosofia da Linguagem<sup>28</sup>, Hart (2009) reduz a grande questão de “o que é o Direito?” Em três perguntas essenciais, às quais se esforça em responder: I) O que diferencia o Direito de mera coerção? II) Quais são as relações, semelhanças e diferenças entre obrigações morais e jurídicas? III) O que são regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído? Por meio de seu rigor analítico e métodos sociológicos de análise, Hart entende a moral e o Direito como fenômenos distintos, porém relacionados. Vejamos um esboço das respostas de Hart a essas perguntas:

---

<sup>28</sup> Essa influência é tão clara que está até no título da obra. MacCormick (2010, p. 26) nos informa que a abordagem descritiva de Hart é a mesma de vários autores discípulos da filosofia analítica, a exemplo do livro “*The Concept of Mind* (O conceito de mente) de Gilbert Ryle, ” cujo título se viu ecoado mais tarde no principal livro do próprio Hart, O Conceito de Direito.”

## I) O que diferencia o Direito de mera coerção?

Esta pergunta já foi respondida anteriormente, mas a título de fixação e organização reforçaremos mais uma vez a sua resposta. A ideia de que até então acompanhava a tradição Positivista, de que o Direito depende apenas de um comando do soberano, preocupava muito Hart, que a compara com o caso de um assaltante que diz ao funcionário de um banco: “entregue-me o dinheiro ou atiro”. Compreendendo que nas sociedades contemporâneas, o Direito era algo muito diferente de meras ameaças, Hart diferenciava 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, o que definitivamente não está presente em meras ameaças. Por isso, para ele, o que diferencia o Direito de mera coação é a existência de regras primárias e secundárias. As regras primárias estabelecem deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias indicam como reconhecer as regras primárias existentes (regras secundárias de reconhecimento), como alterá-las (regras de secundárias de modificação) e como resolver as pendências que surgem diante da questão sobre se uma determinada regra foi ou não violada (Regras secundárias de julgamento). Portanto, em Hart (2009) podemos definir o Direito como um sistema de regras primárias e secundárias de forma que os sistemas jurídicos não consistem apenas em regras, mas são também fundados nelas.

## II) Quais são as relações, semelhanças e diferenças entre obrigações morais e jurídicas?

As obrigações morais referem-se a normas e princípios de comportamento que são internalizados pelos indivíduos com base em valores, crenças e ética pessoal. Para Hart, as obrigações morais não dependem de uma autoridade externa ou sistema jurídico. Elas são originadas internamente, a partir da consciência e da sociedade em que a pessoa está inserida.

As obrigações morais são geralmente acompanhadas por sanções sociais ou autocondenação moral, mas não por punições do estado. Quando alguém viola uma

obrigação moral, pode sentir culpa ou ser criticado pelos outros membros da comunidade moral. Já as obrigações jurídicas são aquelas impostas pelo sistema jurídico de uma sociedade. Elas fazem parte do direito positivo e são promulgadas pelas autoridades competentes. De acordo com o positivismo jurídico de Hart, as obrigações jurídicas derivam de uma fonte de autoridade reconhecida dentro de uma sociedade. Essa autoridade pode ser o Estado, um legislador ou um sistema jurídico estabelecido. Ao contrário das obrigações morais, as obrigações jurídicas são frequentemente acompanhadas por sanções formais. Isso significa que, se alguém violar uma obrigação jurídica, pode enfrentar punições legais, como multas, prisão ou outras medidas coercitivas.

Ambas as obrigações (morais e jurídicas) tem elementos normativos, ou seja, estabelecem padrões de comportamento. Tanto as obrigações morais quanto as jurídicas influenciam o comportamento das pessoas na sociedade.

A grande diferença é que em sociedades sustentadas por sistemas jurídicos: As obrigações morais são internalizadas e fundamentadas em valores e consciência pessoal, enquanto as obrigações jurídicas são externas e fundamentadas na autoridade legal. As sanções associadas às obrigações morais são predominantemente sociais e baseadas em julgamentos e reações da comunidade moral, enquanto as sanções das obrigações jurídicas são formais e impostas pelo sistema jurídico.

### **III) O que são regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído?**

As regras sociais são normas que regulam o comportamento dos indivíduos em uma sociedade, mas não necessariamente têm a autoridade formal do sistema jurídico. Elas são padrões de comportamento internalizados e aceitos pela comunidade, mas não são impostas por uma autoridade legalmente constituída. As regras sociais podem incluir costumes, tradições, convenções sociais e normas éticas.

Já o sistema jurídico/Direito é composto por regras que têm uma característica especial: autoridade legal. Essas normas são criadas e reconhecidas por uma autoridade legítima, como um governo ou um órgão legislativo, e são aplicadas através de instituições judiciais e mecanismos de cumprimento da lei. O Direito é

considerado uma forma mais complexa de normas, que possuem uma sanção formal e uma estrutura hierárquica.

A essência do sistema jurídico está nas regras reconhecidas como tal por meio das regras de reconhecimento, que são parte das regras secundárias que foram mencionadas anteriormente.

Em suma, o Direito é composto principalmente por regras reconhecidas pelas regras de reconhecimento, que são estabelecidas por uma autoridade legalmente competente e aplicadas por meio das regras de adjudicação e sanções formais. Segundo Hart (2009), as regras sociais (como veremos na parte sobre conteúdo mínimo do direito natural) podem influenciar a criação do Direito e serem levadas em consideração em algumas decisões jurídicas, mas, por si só, não constituem nada perto de um sistema jurídico formal.

### 2.1.3 O mínimo conteúdo do Direito natural:

Alguns comentadores optaram por dar grande destaque à discussão de Hart sobre um "conteúdo mínimo de Direito natural", tratando-a como um grande concessão que enfraqueceria tudo que o autor havia dito anteriormente sobre a separação entre direito e moral. Essa visão, contudo, parece-me ser um claro mal-entendido sobre o ponto de Hart" (Bix, 2020, p.73)

Para Hart é natural aos seres humanos, animais sociais o estabelecimento de certas regras básicas de padrões de conduta, como não matar ao outro, mas é algo natural em um sentido científico pois esse mínimo conteúdo permite que a espécie humana consiga conviver em relativa harmonia entre si. Nesse sentido Hart vê uma semente de verdade nas teorias que passaram a ser conhecidas como as teorias do "Direito Natural". Pois para o inglês há aspectos naturais da existência humana que tornam necessário que os seres humanos (ao menos aqueles que têm o desejo de sobreviver) participem das ordenações sociais. "Isso fornece a base para um conteúdo mínimo de Direito Natural essencial para a sobrevivência coletiva." (MacCormick, 2010 p. 39)

O argumento específico sobre o conteúdo mínimo de direito natural é que existem fatos contingentes da condição humana que persistem ao longo do tempo, como nossa mortalidade, vulnerabilidade, escassez de recursos e dependência mútua. Embora esses fatos sejam contingentes, ou seja, poderiam eventualmente

mudar com avanços científicos, é provável que algumas consequências decorram deles. Por exemplo, Hart especulava que qualquer sistema jurídico ou moral que não oferecesse proteções mínimas contra crimes como assassinato, agressão grave ou roubo, resultaria em um declínio da sobrevivência de pelo menos uma parte da população. (Bix, 2020)

MacCormick (2010) também nos chama a atenção para como os valores morais representam compromissos profundos para os indivíduos que os possuem, aqueles que exercem poderes legais de julgamento e alteração em sociedades desenvolvidas podem ver razões para assegurar que o Direito expresse a moral legítima de acordo com a visão deles. De uma forma talvez conflitante, certamente eles verão razões também para evitar afrontar os compromissos morais de qualquer grupo de tamanho considerável entre os cidadãos. Isso pois dessa forma, a eficácia do sistema poderia ser posta seriamente em risco.

“Por isso, mesmo em lugares em que o Direito e a moral se tornaram diferenciados em resultado da evolução de um sistema jurídico, há sempre alguma sobreposição no conteúdo das ordens jurídica e moral, e uma influência recíproca considerável entre elas”. (MacCormick, 2010 p.41)

Por essa razão, o argumento do mínimo conteúdo de direito natural não é estritamente conceitual, mas sim uma descrição razoável à respeito de um conteúdo mínimo para um sistema jurídico existir e ser eficiente. Mesmo considerando o conteúdo mínimo de direito natural como uma concessão aos defensores do direito natural, ele é de certa forma trivial e descritivo, não propositivo. O teste do "conteúdo mínimo" não reflete as principais divergências entre positivistas e defensores do direito natural. Aqueles que sustentam a validade jurídica baseada em critérios morais têm padrões mais rigorosos, que vão além do mínimo moral hobbesiano discutido por Hart. Esses teóricos não considerariam sistemas legais ou regras injustas como efetivamente legais, enquanto sistemas injustos poderiam atender aos padrões mínimos conforme apresentados por Hart.

Sinteticamente, Hart (2009) explica que as crenças morais convencionais afetam o desenvolvimento do Direito, e as ideias sobre como queremos que a sociedade e o Direito funcionem influenciam a interpretação das leis. O conceito de "conteúdo mínimo de direito natural" é uma extensão dessa linha de pensamento, demonstrando como Direito e moral frequentemente se relacionam, embora não haja uma conexão intrínseca entre elas, conforme a divisão delineada por Hart entre positivismo jurídico e teoria do direito natural.

#### 2.1.4 Zona de penumbra, ceticismo de regras, e discricionariedade

"Quando a lei fala de modo universal, então, e surge um caso não coberto pela proposição universal, então é certo, quando o legislador falha e peca pela simplificação, que se corrija a omissão - que se diga o que o próprio legislador teria dito se presente estivesse, o que próprio teria colocado na lei se tivesse conhecimento." (Aristóteles, 1976, p. 1796)

Hart queria marcar a separação do Direito e da moral para manter a tradição que superou o jusnaturalismo. A discricionariedade diante da zona de penumbra foi o jeito dele de responder à questão, um jeito que inclusive Aristóteles (1976) já havia pensado.

De forma geral pode-se dizer que a Teoria do Direito de Hart representou um enorme avanço em relação à teoria de John Austin superando muitos de seus problemas com suas regras primárias e secundárias, isto já está claro.

Mas ainda assim existem diversas formas pelas quais as regras jurídicas podem deixar lacunas, não abrangendo situações factuais menos comuns que possam surgir. Uma dessas formas foi proposta por Hart, que introduziu o conceito de "textura aberta". Se os legisladores estabelecem uma regra destinada a lidar com um conjunto específico de circunstâncias, como um juiz deve aplicá-la a uma situação totalmente diferente? Um exemplo dado por Hart é a regra "proibido veículos no parque", criada para evitar carros na área; no entanto, essa regra se aplica também a motocicletas? E patins? Ou a outros objetos que podem ou não ser considerados "veículos"? (Hart, 2009) (Kramer, 2021)

Hart sustentava que todas as regras gerais possuem um "núcleo de certeza" - casos centrais nos quais a aplicação é clara - e uma "zona de penumbra", na qual a aplicação da regra é incerta. Isso se deve, em parte, à incompletude ou imprecisão da intenção legislativa. Os legisladores não podem prever todas as situações possíveis, e, mesmo que a intenção deles seja clara, ela não abarca todos os problemas que possam surgir na aplicação das regras. Outra parte do argumento diz respeito à própria imprecisão da linguagem; em muitas ocasiões, pode ser incerto se um termo geral (como "veículo") é aplicável ao objeto específico em questão (como "patins").

Com base nessas premissas, Hart concluía que os juízes inevitavelmente devem usar sua discricionariedade para criar direito nas ocasiões em que há "textura

aberta" nas regras legais. Ele argumentava que um Judiciário que legisla nas margens é algo positivo, uma vez que considera a necessária flexibilidade na aplicação das regras. (Bix, 2020) Esta foi a solução de Hart, para evitar a maculação do Direito pela moral.

E Hart, em muitas frentes conseguiu barrar a discricionariedade e a moralidade dos julgadores interviesse no Direito. Pois em suas obras Hart também queria responder aos realistas norte-americanos que estavam em ascensão e que tinham entre suas ideias afirmações como as de que o Direito é o que os tribunais dizem que ele é. Um dos capítulos mais importantes do conceito de Direito, é o capítulo 7 onde Hart responde aos realistas e ao seu ceticismo de regras. De fato, muitas das ideias propostas pelos realistas são catastróficas, mas no conteúdo de suas obras questionamentos relevantes estavam colocados. MacCormick (2010 p.168) aponta isso:

Alguns absurdos foram ditos pelos realistas jurídicos norte-americanos e por seu ceticismo sobre as regras, e a respeito deles foram ditos mais absurdos ainda. Mas havia uma mensagem simples e central no elemento do ceticismo sobre as regras presente nos abrangentes trabalhos realistas sobre o Direito. Essa mensagem está essencialmente correta. Os formalistas que representam a atividade jurídica como se fosse sempre e apenas uma questão de aplicar regras claras e perfeitamente coerentes aos fatos averiguados de casos específicos apresentam uma visão ideal da ordem jurídica que nunca existiu e nunca existirá em lugar algum. Os realistas que examinaram a prática jurídica e relataram a falsidade de visão formalista estavam certos.

Hart (2009) repreende os realistas por negarem que existem regras jurídicas e afirmarem que o Direito é apenas o que os juízes e outras autoridades fazem para resolver as disputas. Ele argumenta que, obviamente, nenhuma versão forte dessa doutrina tem sentido, pois não poderia haver juízes ou outras autoridades se não houvesse pelo menos algumas regras de julgamento secundárias razoavelmente claras nomeando indivíduos para posições judiciais e outras posições oficiais.

Uma reflexão sobre o papel judicial nos leva, porém, à questão tipicamente hartiana sobre a regra de reconhecimento. Os indivíduos que decidem as disputas consideram a si próprios como obrigados a aplicar standards predeterminados ou não? Os outros na sociedade compartilham dessa sua concepção do dever? E essa questão de legitimação é só conversa ou os "juízes" realmente agem, de maneira geral, como exige a concepção publicamente anunciada do seu dever?

MacCormick (2010) nos mostra que para responder a tais questionamentos será necessário examinar também se os juízes geralmente buscam decidir casos aplicando regras estabelecidas. Portanto, é tão importante para Hart quanto para qualquer analista observar não apenas o que os juízes dizem, mas também o que fazem. A passagem a seguir de MacCormick (2010, p.167) é perfeito pois sintetiza de maneira inigualável o grande mérito e o grande problema da Teoria de Hart:

Em O Conceito de Direito, portanto, o trajeto a ser percorrido por Hart exigia complicadas manobras. Por um lado, o seu objetivo era restabelecer a tese de que as leis são genuinamente regras, explicáveis como aquele tipo especial de regras que encontramos em uma "união das regras primárias e secundárias". Por outro lado, ele desejava, com a mesma intensidade, contestar a visão formalista das regras jurídicas e demonstrar que a sua teoria estava longe de ser formalista. sua estratégia para alcançar essa finalidade foi explicar (no capítulo 7 de C.D.) Como embora as leis sejam regras, é da natureza das regras jurídicas que tanto deixem deva deixar um espaço considerável para a discricionariedade dos juízes e outras autoridades ao lidar com casos específicos. O objetivo era enfatizar os erros do formalismo identificados pelos "céticos sobre as regras" e, ao mesmo tempo, aplicar uma correção a qualquer forma radical do próprio ceticismo sobre as regras.

A partir das constatações de MacCormick fica claro que apesar de avanços, a tese Positivista continuava esbarrando em casos complexos em que a lei não possuía respostas concretas. Assim, nos casos em que a resposta não pudesse ser explicitamente encontrada na lei (*hard cases*), o julgador teria pouco além de sua discricionariedade para o conduzir sua decisão. A questão central da problemática que cerca o Positivismo de Hart é que a sua pretensão de fazer uma teoria descritiva do funcionamento do Direito não desenvolveu – pois nem tinha essa pretensão- uma teoria sobre como os juízes devem decidir, falta a Hart uma teoria da decisão.

Em casos em que existisse uma zona de penumbra, Hart se aproximava dos realistas (isso inclusive acontece intencionalmente como vemos no capítulo 7), de forma que sustenta que a decisão nestes casos deveria ser dos juízes para decidirem “[...]do modo que nos seja mais satisfatório, uma escolha entre os interesses conflitantes” (Hart, 2009, p. 126), ou seja, a escolha deles teria altos traços de discricionariedade realista. Em frente às dificuldades de respostas sobre como lidar com problemas relativos a respostas que não podem ser encontradas na legislação (zona de penumbra), que acaba resultando na ausência de uma teoria da decisão propriamente dita, nesse ausência, o Positivismo Jurídico que buscava apenas descrever o fenômeno jurídico, encontrou o seu maior desafio teórico que até hoje aparenta não ter sido devidamente resolvido.

A teoria de Hart sobre a determinação do conceito de Direito como um sistema de regras primárias e secundárias esbarra fortemente nos *hard cases* sobre os quais a lei não possui previsibilidade, como bem explica Streck (2017, p.178-179), para Hart:

o Direito não poderia depender da moralidade para a sua identificação, critério de validade ou determinação de seu conteúdo. Deste modo, as fontes sociais deveriam excluir, em tese, a dimensão moral. Consequentemente, para além dos limites do Direito, não haveria critérios públicos para verificar a correção de uma decisão judicial ou para delimitá-la. Assim, nos casos em que isso se evidenciasse (*hard cases*), o julgador teria discricionariedade em sua decisão.

Portanto, para Hart, nesses casos a decisão deve ser dos juízes que decidem, “[...]do modo que nos seja mais satisfatório, uma escolha entre os interesses conflitantes” (Hart, 2009, p. 126), ou seja, a escolha deles deveria ser discricionária, algo que Ronald Dworkin não pode aceitar.

#### 2.1.5 Considerações parciais

Hart se situa entre o inferno do formalismo e o inferno do autoritarismo/realismo e como qualquer positivista, pregava a Tese da separabilidade (entre direito e moral). O inglês sustentava uma visão sociológica de análise do Direito. Por meio de seu descritivismo, ele tentava captar melhor o funcionamento dos sistemas jurídicos e o significado que o Direito assumia dentro da sociedade. Para Hart, tal como para seus antecessores, o Direito não poderia depender da moralidade para a sua identificação, critério de validade ou determinação de seu conteúdo. Deste modo, as fontes sociais deveriam se proteger, em tese, da dimensão moral. Consequentemente, para além dos limites do Direito, não haveria critérios públicos para verificar a correção de uma decisão judicial ou para delimitá-la.

De forma geral pode-se afirmar que em suas obras Hart desenvolveu uma Teoria descritiva, cuja pretensão era a descrição objetiva do Direito, a ser realizada por um observador neutro. Segundo MacCormick (2010), Hart teria exagerado na proeminência das regras de direito e atenuado a importância de outros tipos de *standard* jurídico como os princípios.

Como explicita MacCormick, a sua argumentação é identificar que o método de análise hartiano é bom e que sua aplicação mais rigorosa elimina certas dificuldades nas conclusões que Hart traçou.

Após a morte de Herbert Hart, os frutos de algumas de suas reflexões posteriores surgiram sob a forma de um Pós-Escrito esboçado para a sua *magnum opus*, O Conceito de Direito. O grande amigo e ex-aluno Joseph Raz, junto com Penny Bulloch, a pedido da esposa de Hart, Jenifer, editaram-no para a publicação como a parte final de uma nova edição póstuma do Conceito de Direito. Os editores observam que o pós-escrito estava incompleto do ponto de vista das intenções do próprio autor, pois este havia terminado apenas a primeira parte do que esperava escrever, e mesmo esta estava apenas esboçada, exigindo uma intervenção editorial amiga para prepará-la para a publicação.

Essa primeira parte, em seis seções, consistia em uma resposta bastante detalhada às críticas de Ronald Dworkin a respeito da Teoria Geral do Direito de Hart, combinada, naturalmente, com uma crítica de Hart ao que ele considerava como defeitos do trabalho do próprio Dworkin. Uma planejada segunda seção tratando de comentários e críticas de outros acadêmicos, às vezes aceitando-os, ficou bastante incompleta, em forma de notas esquemáticas. Assim, resta-nos apenas especular sobre o que Hart teria dito a respeito de outros acadêmicos (e talvez até a respeito da primeira edição deste livro) caso houvesse sido capaz de completar seu projeto. (MacCormick, 2010)

Neil MacCormick (2010, p.15) relata o impacto dos escritos de Dworkin na continuação dos trabalhos de Hart:

“Certamente, porém, o Pós-Escrito, mesmo em sua forma incompleta, revela o quanto a tentativa dele de lidar com as ideias e observações críticas do seu sucessor em Oxford e responder a elas absorveu-lhe a energia intelectual durante os últimos anos de vida. O Pós-Escrito não é uma reflexão ampla sobre a filosofia jurídica à luz da imensa e variada resposta gerada por sua obra. É uma resposta a Dworkin com algumas referências subsidiárias a uma ou outra figura significativa.”

Neste momento fica claro, que a história do Positivismo jurídico passa por um antes e um depois de Ronald Dworkin.

Hart (com Wittgenstein e John L. Austin) percebeu que o mundo das regras não se mantém só com sintaxe (relação de signos com signos) e com semântica (relação dos signos com objetos que designam). Mas também tem que ter relação com o mundo que o cerca, para isso Hart recorreu à pragmática (na decisão e na

zona de penumbra), quando as coisas não estão claras ele (tal como Kelsen) apelava para o sujeito, para a discricionariedade.

Hart não precisava ter recorrido à discricionariedade. Ele já tinha a filosofia da linguagem. Com Wittgenstein e J.L. Austin ele já tinha arsenal para não precisar recorrer à discricionariedade. No caso dos cães na plataforma<sup>29</sup> o juiz não tem discricionariedade para proibir o cão guia do cego nem para permitir o urso. Ele tem obrigação de decidir adequadamente.

O sujeito (como no caso Riggs vs Palmer que veremos no próximo capítulo) não pode matar o avô e achar que vai ganhar a herança. Isso já está posto nos sentidos da sociedade. Como apontado por Dworkin, Hart caiu no paradoxo do positivismo. Que quer trazer clareza e determinação, mas que joga no colo da discricionariedade do juiz todos os casos que estão na zona de penumbra.

Dworkin até pode ter ganhado o debate. Mas em muitos pontos ele e Hart falam de coisas diferentes, tratam de temas diferentes. E Hart tem muito mérito, até nos temas em que foi superado por Dworkin, pois trouxe mais determinação, e inclusive entender onde e por que ele errou (parafrazeando-o quando fala sobre Austin) é uma enorme fonte de iluminação.

Mas ao lermos Hart e refletirmos sobre as suas ideias temos que ter em mente o que Bernard Williams (1985, p.133) argumentou, no sentido que "o desacordo não deve ser necessariamente superado". De fato, "ele pode permanecer como um traço importante e constitutivo de nossas relações com os outros, e também ser visto como algo a ser simplesmente esperado à luz das melhores explicações que temos sobre como tal desacordo surge".

## **2.2 Dworkin e o Positivismo: um contraponto hermenêutico**

Ronald Myles Dworkin (1931-2013), nascido em Worcester, Massachusetts, fez sua graduação na Universidade de Harvard e na Universidade de Oxford, onde estudou sob a orientação de Sir Rupert Cross no Magdalen College.

Após concluir sua graduação, ele frequentou a Harvard Law School, obtendo seu LLB, depois deste período serviu como assessor do juiz Learned Hand na corte

---

<sup>29</sup> Caso fictício muito usado pelo professor Lenio Streck para introduzir problemas da teoria do direito. Neste caso fictício existe uma norma que proíbe cães em uma plataforma de observação marítima. O fiscal da plataforma em questão não permite a entrada de cães de companhia, o que é um caso fácil. Mas a realidade impõe mais desafios. Para mais informações ver a página 71.

de apelações do Second Circuit dos EUA. Ele também foi sócio do respeitado escritório de advocacia Sullivan and Cromwell em Nova York até decidir privilegiar a sua trajetória acadêmica quando veio a ser empossado como professor de Direito na Universidade de Yale, ocupando a Wesley N. Hohfeld *Chair of Jurisprudence* de 1962 a 1969. Em 1969, ele foi nomeado para a Chair of *Jurisprudence* na Universidade de Oxford, sucedendo a H. L. A. Hart que inclusive o indicou ao posto. Durante algum tempo, ele dividiu suas atividades acadêmicas entre Oxford e a New York University, onde foi distinguido como Frank Henry Sommer *Professor of Law*.

Na NYU, Dworkin lecionou nos programas de pós-graduação em Direito e Filosofia e coorganizou o Colóquio em *Legal, Political, and Social Philosophy* com seu colega, o grande filósofo Thomas Nagel. Após sua aposentadoria em Oxford, Dworkin assumiu a *Chair of Jurisprudence* no University College da Universidade de Londres, recebendo o título de Quain *Professor of Jurisprudence*.

Além de suas atividades acadêmicas, Dworkin foi membro da *British Academy* e da *American Academy of Arts and Sciences*, e contribuiu como articulista para a prestigiosa *New York Review of Books*. Foi um notório intelectual público debatendo pautas sociais na arena pública por meio de artigos de opinião e entrevistas. Dworkin foi autor de vários livros influentes sobre temas jurídicos, mas também sobre temas não diretamente relacionados ao Direito, incluindo: "*Taking Rights Seriously*" (1977), "*A Matter of Principle*" (1985), "*Law's Empire*" (1986), "*Philosophical Issues in Senile Dementia*" (1987), "*A Bill of Rights for Britain*" (1990), "*Life's Dominion*" (1993), "*Freedom's Law*" (1996), "*Sovereign Virtue*" (2000), "*Justice in Robes*" (2006), "*Is Democracy Possible Here?*" (2006), "*Justice for Hedgehogs*" (2011) e "*Religion Without God*" (2013).

Esses livros abordam uma ampla gama de questões jurídicas, filosóficas e políticas, demonstrando a profunda reflexão e a influência de Dworkin no campo do Direito, da democracia e da filosofia. Suas obras, traduzidas para várias línguas, incluindo japonês e chinês, continuam a ser estudadas e debatidas em todo o mundo.

### 2.2.1 o *General Attack* ao positivismo jurídico

Desde o princípio temos que ter em mente que Dworkin articula um discurso jurídico não tradicional, isto é diferente e contrário ao Jusnaturalismo e ao Positivismo jurídico que vimos até aqui. Dworkin propõe um novo caminho através da hermenêutica, o caminho de uma nova e paradigmática escola teórica, a do **interpretativismo**. O interpretativismo de Dworkin necessariamente se contrapõe a todas as concepções teóricas de Direito anteriores e suas teorias inclusive causam uma cisão dentro do Positivismo jurídico (como veremos no próximo capítulo). É extremamente razoável dizer que desde ao menos Hobbes (1588-1679), Dworkin foi o mais paradigmático e importante autor dentro da tradição da filosofia do Direito.

Dworkin ganha notoriedade acadêmica com o seu *general attack* ao Positivismo Jurídico. Inicialmente publicado no ano de 1967 na revista *University of Chicago law review* o artigo intitulado "*The model of rules*" foi o passo inicial que construiu a sua enorme reputação. (Guest, 2010).

Nos capítulos anteriores restou demonstrou como o Positivismo jurídico responde a casos em que a legislação não tem uma resposta concreta. A teoria que buscava trazer mais clareza e determinação para o Direito resolve os *hard cases* de uma maneira extremamente arbitrária. Dando discricionariedade para o juiz decidir nestes casos como se fosse o legislador e a determinação e a segurança jurídica se esfacelam diante da inevitável falibilidade da legislação que não consegue contemplar todos os casos práticos em seu conteúdo. Dworkin não aceitava essa leitura.

O professor Lenio Streck em suas aulas nos propõe que imaginemos de maneira figurativa que quando Hart diz: -Eu termino aqui onde o juiz tem discricionariedade, Dworkin diria: -Aqui onde você termina é onde vou me debruçar e é onde vou achar a solução. E a solução de Dworkin foi extremamente adequada, pois ele sabia que democracia não é compatível com discricionariedade.

Em Morbach (2020) está bem descrito o esqueleto do Positivismo jurídico desenhado por Dworkin em três elementos-chave:

(i) O direito de uma comunidade pode ser determinado por meio de critérios específicos, mediante testes que não se relacionam com o conteúdo das regras, mas sim com a sua "genealogia".

(ii) As regras que emergem desse teste de validade estabelecem de forma abrangente o âmbito do direito, implicando que "se o caso de alguém não for claramente abrangido por uma regra dessas (...), então tal caso não pode ser

resolvido através da aplicação do direito"; ele deve ser, portanto, "decidido por um funcionário, como um juiz, 'exercendo sua discricionariedade'" o que, segundo a interpretação de Dworkin, "significaria procurar além do direito em busca de outro tipo de critério para orientar a criação de uma nova regra ou o complemento de uma regra existente". (Essa é, portanto, a tese da "discricionariedade" associada ao positivismo: formulada por Dworkin, aceita por alguns, rejeitada por outros.)

(iii) Por fim, na visão de Dworkin, o positivismo implica a ideia de que, na ausência de uma regra jurídica válida, não há obrigação jurídica; conseqüentemente, quando um juiz decide uma questão específica com base em seu poder discricionário, ele não está conferindo validade a um direito em relação a essa questão.

Dworkin (2014) afirmava que o Positivismo declara a independência absoluta entre os sistemas do Direito e da Moral, de forma que para os Positivistas, o Direito dependeria somente de questões factuais históricas: depende, em última análise, daquilo que a comunidade em questão aceita como direito em matéria de costume e de prática. Se uma lei injusta atende aos critérios aceitos para determinar o que é Direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juizes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer lei - a lei injusta é lei e ponto-final. O interpretativismo, tese proposta por Dworkin, por outro lado, nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Portanto, afirma que o Direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os **princípios** que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas.

Um dos grandes, se não o maior dos trunfos de Dworkin (1986) consiste em se debruçar e esclarecer o uso dos princípios para dentro do Direito, que, segundo o autor, deve seguir padrões de "Coerência e Integridade". Coerência para com o que foi legislado e decidido, e Integridade para com o resto do Direito, de forma que uma única frase solta ou trecho de uma legislação não poderia contrariar todo um *ethos* moral que permeia um sistema jurídico.

Dworkin (1986) de maneira irônica aponta que para o Positivismo o que distingue o Direito de outras regras é o Pedigree. Pedigree que apenas as leis ou outros atos normativos que passaram pelas regras secundárias de

reconhecimento<sup>30</sup> podem ser considerados aptos a serem levados em conta pelos juízes e agentes do estado. Os princípios, portanto, seriam como cachorros vira-latas, que não tem o pedigree da regra dos fatos sociais para serem considerados normativamente válidos.

Todavia o que percebemos em Dworkin é que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos. Dworkin (1986), por meio de ideias sobre interpretação e linguagem de pensadores como Wittgenstein (2005) e Gadamer (1997), desenvolveu a teoria Interpretativista do Direito.

Dworkin percebeu que a legislação e o direito possuem uma carga de sentido, de coerência e integridade. Percebeu que o Direito era um fenômeno interpretativo e que uma lei não poderia ser coerentemente aplicada sem se ter em consideração o contexto, os fatos sociais e as justificativas morais que a sustentam e dão base.

### 2.2.2 A hermenêutica, os princípios e o fechamento interpretativo em Dworkin

#### - MacCormick (improvisação na orquestra)

Dworkin percebeu que a prática jurídica de certa forma também levava os princípios em conta, e que a teoria descritiva de Hart pecava inclusive em sua descrição do fenômeno jurídico, que há muito já estava carregado com os sentidos dos princípios. O positivismo, diz Dworkin, está errado. Está errado porque há, na prática jurídica, desacordos *teóricos* sobre os fundamentos do direito. Há **desacordos exatamente sobre os critérios**. O direito, portanto, não pode ser um conceito criterial e sim deve ser um conceito *interpretativo*. Para isso Dworkin narra o famoso caso Riggs vs Palmer que é fundamental para a compreensão da Teoria de Dworkin.

---

<sup>30</sup> Ver página 77.

### 2.2.2.1 O caso Riggs vs Palmer

Em 1889 foi a julgamento o direito de herança de Elmer Palmer que diante do temor que seu avô pudesse alterar o testamento que o beneficiava, assassinou seu avô envenenando-o. Embora existisse uma lei criminal para punir Elmer pelo assassinato, não havia nenhum estatuto, seja na lei de sucessões ou na lei penal, que invalidasse sua reivindicação à herança com base em seu papel no assassinato. Todavia Elmer não teve direito à herança.

Em *Riggs vs Palmer* a Corte de Apelações de Nova York decidiu que Elmer Palmer, assassino do próprio avô, não tinha direito à herança. A razão de decidir não estava presente em algum estatuto ou precedente — ou seja, não estava em uma *regra* ou em algum critério objetivo; pelo contrário. Fosse o direito um sistema composto apenas por regras e critérios objetivos, a herança seria de Elmer, dado que não havia qualquer regra a proibir que um assassino herdasse de sua vítima caso figurasse em testamento. Mesmo assim, Elmer não pôde herdar. Porque, afinal, havia um *princípio jurídico*, que assim determinava: o princípio segundo o qual a ninguém é dado beneficiar-se dos próprios crimes ou atos ilícitos, conhecido também na afirmação de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Os juízes do caso Riggs vs Palmer já haviam em 1889 resolvido um problema significativo do Positivismo jurídico. Nas palavras do próprio Dworkin (1986, p.20)

"(...) a disputa sobre Elmer não se tratava de saber se os juízes deveriam seguir a lei ou ajustá-la em prol da justiça. Pelo menos, não era, se aceitarmos as opiniões que descrevi de forma literal e... não temos justificativa para interpretá-las de outra maneira. Era uma disputa sobre o que a lei era, sobre o que o estatuto real que os legisladores promulgaram realmente dizia."<sup>31</sup>

Dworkin portanto afirmava que na prática jurídica não eram levados em conta apenas a jurisprudência e o que estava legislado (critérios fechados), mas também princípios que não serviam apenas para ser invocados aqui e acolá, mas sim que na verdade eram as bases sustentadoras da legislação. Dworkin não inventou isso, a

---

<sup>31</sup> Tradução livre de: "[T]he dispute about Elmer 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, 1986, p.20)

prática jurídica já levava isso em conta (inclusive em Coke já víamos um raciocínio semelhante, mas não tão desenvolvido).

Em Gadamer (2006), vimos que o intérprete não pretende outra coisa que “compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que luz o sentido e o significado do texto. E para compreender isso ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra.” Os magistrados (e todos os intérpretes) estão obrigados a relacionar o texto com essa situação, se é quiserem entender algo nele. Portanto, Dworkin que era leitor de Gadamer, dizia que o direito é um conceito interpretativo e não um conjunto de critérios fechados. E isso é algo muito importante, mas difícil de entender.

Para o positivismo, direito/não direito é uma questão de critérios; para Dworkin, há desacordos sobre os *próprios critérios*. Ou seja, para os positivistas para algo ser direito deve necessariamente estar adequado aos critérios estabelecidos pela legislação, ou seja, a tese das fontes sociais, à regra de pedigree ou regras secundárias. Para Dworkin a questão é mais complexa critérios estabelecidos são vagos (é impossível que sejam estabelecidos critérios para todas as situações), não levam em consideração a coerência e a integridade do direito e abrem margem à discricionariedade. No caso *Riggs vs Palmer* se os juízes fossem criterialistas eles diriam que não existe critério jurídico que proibisse o neto assassino do avô de herdar e, portanto, ele estaria autorizado a herdar. Porém para Dworkin existem padrões jurídicos que não funcionam como *regras*, o interpretativista recorre ao trunfo hermenêutico dos princípios.

Morbach (2018) sintetiza muito bem ao mostrar que para Dworkin os princípios operam de forma muito distinta de regras - estas são articuladas através de proposições, como nos exemplos: 'a velocidade máxima permitida em horários de pico é de 60 mph' ou 'um testamento é inválido a não ser que seja assinado por três testemunhas'. Fica demonstrado que para Dworkin, a diferença entre princípios e regras jurídicas", portanto, é uma distinção lógica. Ainda que "ambos os padrões apontem para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias particulares", eles são diferentes em caráter e na direção que indicam. As regras, para Dworkin, funcionam de maneira "tudo ou nada"; ou seja, aplicam-se ou não; são válidas ou não. Já

[o]s princípios, por outro lado, têm uma "dimensão de peso". Eles fornecem uma razão que orienta a argumentação e o raciocínio judicial em uma direção, mas não exigem uma decisão particular. É possível que haja

princípios que apontem para direções conflitantes, mas a prevalência de um não significa que o outro não faça parte do sistema jurídico. Isso se deve à dimensão de peso, que pode ser decisiva em outro caso subsequente. Por outro lado, as regras, devido à sua própria natureza, quando conflitantes, necessariamente resultam na invalidade de uma delas. (Morbach, 2018, p.161)

É partindo do argumento dos princípios que Dworkin (1978) dirige sua mais poderosa crítica ao Positivismo. Pois os positivistas não admitiam os princípios como fontes do direito e, portanto, necessariamente o Positivismo sempre estaria acompanhado da discricionariedade. Ao descrever o Positivismo Dworkin coloca como um de seus elementos centrais e constituintes como sendo a **discricionariedade**. De forma sintética: Para Dworkin (bem como para os positivistas até então<sup>32</sup>) (i) os princípios não possuem o *pedigree* necessário para serem considerados como parte do direito pelo Positivismo. (ii) É logicamente evidente que o legislador humano não consegue fazer regras de *pedigree* prevendo todas as possibilidades que podem gerar conflitos e litígios, tampouco consegue a jurisprudência. (iii) Portanto sem ter os princípios e recorrendo apenas às regras de *pedigree* na sua zona de penumbra nos *hard cases* as decisões para o Positivismo devem se dar com a discricionariedade.

Dworkin – e este é um ponto central para entender o capítulo final desta dissertação- diz que é impossível que os princípios estejam todos elencados em uma legislação ou de acordo com uma regra de reconhecimento (algo que os Positivistas Inclusivos vão discordar veementemente) Não há como, diz Dworkin (1978, p.40) "conceber qualquer fórmula que sirva de teste com relação a quanto e que tipo de suporte institucional é necessário para estabelecer um princípio como jurídico, muito menos qualquer tipo de teste capaz de "fixar seus pesos em uma ordem de magnitude particular"<sup>33</sup>

Portanto para Dworkin, a regra de reconhecimento não é a único nem último critério de determinar o que é Direito válido. Os Positivistas jurídicos inclusivos – como veremos- vão discordar de tal tese, dizendo que os princípios podem sim ser postos dentro da legislação e, portanto, seguirem a tese das fontes sociais.

Vamos dar mais um exemplo prático para entendermos o funcionamento do direito em Dworkin. Digamos que em nossa jurisdição exista uma lei que diz que

<sup>32</sup> Veremos que no positivismo de Kramer, Waluchow e Coleman os princípios têm um papel importante.

<sup>33</sup> Tradução livre de "Yet we could not advise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude"

veículos não podem trafegar a mais de 60km/h em estradas rurais. Toda via você estava em um parque afastado com sua companheira que é extremamente alérgica a picadas de abelhas e que não possui qualquer forma de se tratar que não seja em uma unidade hospitalar. Pois bem, sua companheira é picada por uma abelha, e dentro de 15 minutos ela terá um choque anafilático. Se você dirigir dentro do limite de 60km/h em toda a via rural você não chegará a tempo no hospital. Segundo a doutrina do positivismo desenhada por Dworkin você estaria desobedecendo os critérios devidamente estabelecidos e, portanto, deveria ser multado caso as autoridades percebessem a sua conduta que não está em conformidade com os critérios estabelecidos. Dworkin por outro lado vai afirmar que precisamos olhar com mais atenção para a situação, que existiria uma dimensão de peso nos comportamentos adequados e que não podemos adotar somente critérios pré-estabelecidos para julgar uma situação *sui generis* e extrema como essa. Portanto, nesse exercício teórico, Dworkin diria que a multa não se aplicaria em face do contexto e da justificativa que sustenta a legislação.

Outro caso muito interessante para refletirmos, e que sempre é lembrado pelo professor Lenio Streck em suas aulas é o caso dos cães na plataforma. Neste caso hipotético existe uma lei municipal que diz que são proibidos cães na plataforma marítima. E um fiscal é colocado na entrada da plataforma para organizar o fluxo de entrada de pessoas. Inicialmente chega um casal com seus dois *golden retrievers*, animais de companhia extremamente energéticos e alegres, mas que podem causar perturbações na plataforma. A questão é simples, o critério diz que cães não são permitidos na plataforma e o fiscal diz que o casal não pode passar acompanhado dos animais. Mas a realidade não é tão simples assim para sempre se enquadrar dentro de critérios, e um certo dia um homem cego chega acompanhado de seu cão-guia. A lei é silente sobre cães-guia na plataforma. E num outro dia chega um cidadão acompanhado de um urso na plataforma, a lei também é silente sobre ursos. Como deve o intérprete marcado na figura do fiscal decidir?

Se esse intérprete seguir meramente uma lógica criterialista fechada ele proibirá o cão-guia e permitirá o urso. Dworkin aponta que o positivismo é fechado para além dos critérios estabelecidos e que a teoria acaba caindo diante de problemas relativamente simples. Dworkin, por ser um hermeneuta defende que devemos olhar para os sentidos das práticas sociais e se uma lei proíbe cães na plataforma é porque tal lei quer evitar qualquer forma de incidentes, o que

certamente não acontecerá com um cão-guia adestrado, mas que tem grande potencial para acontecer com a presença de um animal massivo como um urso em uma plataforma. O julgador no modelo interpretativista vai levar em conta a fenomenologia da questão, as origens históricas e valores como a inclusão (do cego) para tomar a sua decisão. Num modelo de regras fechadas isso não seria possível. E aqui é importante destacar que não se está afirmando que Hart e os positivistas pré-Dworkin proibiram o cão-guia e permitiram o urso, eles eram sujeitos sensatos, mas a sua teoria sobre o que é o direito não permitiria respostas como as de Dworkin por se prender a critérios pré-estabelecidos.

Lenio Streck (2023, p.473) em sua *magnum opus*, *Hermenêutica jurídica e(m) crise* nos brinda com uma brilhante interpretação de Dworkin. Segundo o professor

[...]na medida em que o direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente *sofre um deslocamento em direção ao mundo prático*, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais. Definitivamente, a realidade, os conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais não estavam no rol das preocupações do positivismo e de suas derivações.

Streck (2023) nos mostra através de Dworkin que as questões jurídicas devem ser abordadas em relação ao Estado Democrático de Direito, em particular à realização dos direitos, superando a ficcionalização promovida pelo positivismo jurídico ao longo da história. Para os interpretativistas, a ficcionalização positivista afastou as questões concretas da sociedade do debate jurídico. Além disso, o significado da Constituição e do constitucionalismo depende da compreensão das condições que tornam possível a compreensão desses fenômenos. (Os inclusivistas parecem ser os únicos que conseguem/tentam dar respostas adequadas a tais questões).

A hermenêutica de Dworkin desafia as posturas positivistas que ainda dependem da subjetividade do intérprete na aplicação do direito, especialmente em casos difíceis. Essas questões estão presentes nas obras de Hart (e nas de Kelsen), que representam o núcleo do positivismo contemporâneo. O problema dos "casos difíceis" é subestimado por Kelsen, que deixa a resolução dessas situações nas mãos dos juízes por meio de um "ato de vontade", caracterizando o "decisionismo kelseniano". Hart, por sua vez, confia plenamente nos juízes para resolver os casos difíceis desde que o façam dentro da "zona de penumbra" da norma. (Streck, 2023)

Nesse sentido, abordagens positivistas, axiológicas, realistas e pragmáticas, de diferentes maneiras, se opõem ao paradigma jurídico que exige a superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência em direção à intersubjetividade. Isso representa uma mudança de paradigma, ocorrendo exatamente no contexto da superação do sujeito solipsista, que deve ser acompanhada pela superação do positivismo jurídico. Estas duas questões estão intrinsecamente ligadas. Em última análise, segundo Streck (2023, p.471) “a hermenêutica filosófica e o positivismo jurídico são incompatíveis, e isso tem implicações significativas para a discussão das condições necessárias para a implementação do novo constitucionalismo, que se distancia do positivismo”.

Como apontado por Streck (2023), a importância do debate de Dworkin com os positivistas reside no fato de que o paradigma jurídico estabelecido pelo Estado Democrático de Direito permite a superação do modelo de regras no direito, tornando isso possível por meio da introdução de princípios no discurso constitucional, o que representa a efetiva oportunidade de resgatar a realidade prática anteriormente negligenciada pelo positivismo.

### 2.2.3 Desacordos e o agulhão semântico

“Em direito [...] grande parte das divergências é teórica, não empírica.”  
(Dworkin, 1999, p.56)

Como já havia feito anteriormente em seus escritos sobre modelos de regras, Dworkin parte de uma crítica às visões mais amplamente aceitas pelos estudiosos (principalmente pelos positivistas) para demonstrar seus graves problemas e construir a sua própria visão a respeito do tema. É para isso que usa da ideia do “agulhão semântico” (*semantic sting*), metáfora construída para dizer que os teóricos do direito até então estavam paralisados por uma ferroada que levaram por terem uma visão equivocada da interpretação e dos significados de práticas sociais. Dworkin diz que os teóricos até então são ferroados pelo agulhão semântico pois não sabem interpretar fenômenos simples adequadamente, quem dirá um fenômeno complexo como o direito.

É picado pelo agulhão semântico aquele que acha que a maior parte dos desacordos jurídicos se dá em razão de divergências factuais e não sobre divergências históricas e valorativas. Dworkin (1999, p.55) chama:

de agulhão semântico o argumento [...] que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda. Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. (Dworkin, 1999, p.55)

Em Morbach (2019) vimos que para que possa inaugurar o argumento do agulhão semântico, 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 (“O que aconteceu? O réu em questão realmente desviou dinheiro de obras públicas para gastos particulares?”); (ii) desacordos teóricos (“Qual é a lei aplicável? Em que crime o agente supostamente incidiu, existem circunstâncias em que o Direito permite que se desviem recursos públicos para particulares?”); e (iii) desacordos morais (“Se o Direito não pune alguém que desvie recursos públicos e portanto pratique corrupção, isso é injusto? E se é, os juízes devem ignorar a lei e garantir a punição de qualquer forma?”).

Morbach (2019) nos mostra que 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 “bastante diferente, mas também familiar”. É, afinal, bastante frequente que as pessoas divirjam sobre o que é certo e errado.

Dworkin aborda o desacordo teórico sobre o Direito, que se refere a divergências sobre os fundamentos do Direito, em oposição ao desacordo empírico.

Ele ilustra isso com um exemplo em que juízes podem concordar sobre quais estatutos e precedentes são relevantes em um caso envolvendo desvio de recursos públicos, mas ainda assim discordam sobre o significado e alcance dos fundamentos jurídicos subjacentes. Dworkin rejeita a ideia de que essas divergências são apenas questões de semântica, comparando o conceito de "Direito" a algo simples como a definição de uma "casa". Ele argumenta que o desacordo teórico é mais do que uma disputa verbal e que a prática jurídica não pode ser explicada como uma mera questão de uso de palavras. Ele acredita que a defesa do Direito como um conceito criterial com casos limítrofes é além de engessadora, desrespeitosa, pois sugere que juízes e advogados estão agindo de forma arbitrária e simplista e não pautados em formas de agir social legítimas. Morbach (2018, p.170) nos detalhe essa argumentação mostrando que

[...]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”.

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”.

Nas palavras do próprio Dworkin (1999, p.57), no “direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica.”<sup>34</sup>

O "agulhão semântico" mina, portanto, uma semântica criterial de conceitos em geral, do conceito de direito em particular, e do positivismo jurídico substancial que a respalda. Dessa forma, o argumento do *semantic sting* abre o caminho para a visão de que o direito é um conceito interpretativo.

---

<sup>34</sup> Dentro da teoria jurídica de Ronald Dworkin, as distinções entre conceitos e concepções desempenham um papel fundamental. Os conceitos, tais como "justiça", "direitos" e "deveres", são considerados elementos abstratos e gerais que constituem as noções fundamentais do direito. Dworkin destaca que esses conceitos são abertos à interpretação, permitindo que diferentes teorias atribuam significados distintos a eles.

Por outro lado, as concepções representam interpretações específicas dos conceitos. Elas respondem a perguntas mais específicas sobre como aplicar esses conceitos em situações concretas. Nesse contexto, diferentes teorias jurídicas podem apresentar concepções diversas sobre o significado de termos como "justiça" em casos particulares.

Ao determinar o que é o direito, não identificamos critérios compartilhados para a aplicação do termo. Em vez disso, defendemos certas premissas normativas substantivas e orientamos nossa análise do que é o direito de acordo com elas.

Esse é, portanto, o argumento do agulhão 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*. Aquele que não consegue visualizar as esferas de desacordos e acha que temos apenas desacordos criteriosais e semânticos também é picado. Essa defesa semântica do Direito enquanto conceito criterial com casos limítrofes é, para Dworkin, um insulto, por caracterizar juízes e advogados como “tolos”. A maioria das divergências entre operadores do direito é teórica, é moral e não semântica. Para Dworkin (1999, p.56) “aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por um imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência.” Portanto, Dworkin argumenta que o positivismo analítico distorce a verdadeira prática de advogados e juízes em sistemas jurídicos contemporâneos e, portanto, oferece uma compreensão inadequada dessas práticas. Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por um imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência.

#### **2.2.4 A questão da interpretação.**

Interpretar é julgar! (Steiner, 2005, p.37)

Em *O império do Direito (Law's Empire)*, Dworkin atinge a plena maturidade de sua obra. O livro se traduz em um trabalho de esquematização de suas ideias até então bem como em um refinamento do seu pensamento. No livro ideias de críticos literários e conceitos de intérpretes da arte são discutidos e usados como ferramenta para entendermos o fenômeno jurídico, de todos os autores usados por Dworkin, talvez o que ele tenha maior débito seja Gadamer que é citado com muita frequência. Tanto Gadamer quanto Dworkin enfatizaram a relevância do contexto e da tradição na interpretação. Gadamer argumentou que o horizonte do intérprete desempenha um papel crucial na compreensão, na mesma medida Dworkin defendeu a importância de interpretar o direito à luz de princípios e valores que fazem parte da tradição jurídica. O filósofo de Heidelberg enfatizou a natureza

dialogical da interpretação, argumentando que a compreensão emerge do diálogo entre o intérprete e o texto. Como veremos adiante, Dworkin também valorizou o diálogo na interpretação jurídica, especialmente no contexto de debates judiciais e na busca por uma interpretação coerente das leis.

A relação entre Dworkin e Gadamer reside na incorporação de elementos da hermenêutica de Gadamer na abordagem de Dworkin à interpretação jurídica. Embora Dworkin faça parte de uma longa tradição de filósofos e teóricos do direito conhecidos por sua associação com a filosofia analítica, sua disposição para integrar ideias da hermenêutica filosófica gadameriana<sup>35</sup> enriqueceu o seu pensamento e os fez transpor as barreiras do positivismo jurídico.

Para nos situar um pouco melhor dentro desse problema e introduzir o mundo da fenomenologia interpretativa Dworkin usa o exemplo da **cortesia**- que com certa liberdade tentarei explicar em seguida.

Imaginemos uma sociedade aristocrática em que um regime monárquico existe. Nessa sociedade pessoas de castas inferiores como agricultores e trabalhadores de baixo escalão devem se curvar diante de membros da nobreza e os tratar com uma deferência diferente

à qual usam com pessoas de suas mesma casta. A cortesia deste jeito portanto se dá na razão pela qual o sistema é organizado e pela qual as relações de poder se sustentam. Se um camponês for descortês com um nobre sofrerá consequências diferentes das que sofrerá se for descortês com alguém de seu estrato social.

Dworkin argumenta que as concepções das pessoas sobre o respeito e suas bases apropriadas podem variar de acordo com fatores como posição social, idade, sexo e outros atributos. Isso implica que o principal alvo do respeito pode mudar ao longo do tempo, com diferentes grupos sociais sendo considerados merecedores de respeito em momentos diferentes.

Além disso, as opiniões sobre a natureza do respeito podem mudar, indo desde a ideia de que a demonstração externa constitui respeito até a perspectiva oposta, que considera o respeito como uma questão de sentimentos. Há também

---

<sup>35</sup> Gadamer (1999) afirma que nossa experiência é linguisticamente moldada e que o mundo não é diferente das visões que dele temos. A linguagem, sendo constitutiva de nossa experiência, abrange diversas relações vitais, incluindo mudanças na vida humana, e nos permite entender as mudanças culturais e de valores. Isso é possível porque a linguagem não é apenas uma criação da razão, mas também uma expressão genuína de nossa relação com o mundo em que vivemos.

mudanças possíveis nas opiniões sobre se o respeito é valioso ao ser direcionado a grupos ou decorre de atributos naturais, em contraste com o respeito com base na realização pessoal de indivíduos. Dworkin demonstra que o intérprete olha para os motivos históricos das práticas, propondo um exercício teórico onde:

Vamos supor que, antes de a atitude interpretativa entrar em vigor com seus dois componentes, todos presumam que a finalidade da cortesia esteja na oportunidade que ela oferece de demonstrar respeito aos membros superiores da hierarquia social. Não se questiona se as formas tradicionais de respeito são, de fato, aquelas que a prática exige. Estas são, pura e simplesmente, as formas de deferência, e as opções disponíveis são a conformidade ou a revolta. (Dworkin, 1999, p.58)

Dworkin sugere que, se as pessoas não considerarem mais importante ou até mesmo considerarem errado o respeito de um certo tipo, isso exigirá uma nova interpretação da prática. A cortesia, que estava originalmente vinculada ao respeito, pode perder sua importância e assumir um papel menos significativo na vida social. Isso pode levar ao declínio da atitude interpretativa em relação ao respeito e ao retorno a uma prática mecânica e estática.

Mas voltemos à nossa sociedade imaginária. Nessa sociedade em que pessoas se curvam perante a nobreza uma revolução acontece e uma grande democracia participativa é então instalado no formato de um regime liberal. Algumas pessoas continuam a se curvar diante de membros da extinta aristocracia em sinal de cortesia. Mas o hermenêuta não.

O intérprete vai olhar para esse prática social e se negar a segui-la. Pois ela não se legitima mais. Para Dworkin, a história nos ensina. Não é uma pulsão individual sobre o que seria justo, mas sim uma dimensão fenomenológica interpretativa do que nos cerca<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Streck (2013, p. 473) nos explica que “no campo filosófico, operou-se uma verdadeira invasão da filosofia pela linguagem, proporcionando uma revolução no modo de compreender o mundo. Supera-se, assim, o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Afinal, se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna “na mente” (consciência de si do pensamento pensante), nessa verdadeira guinada pós-metafísica os sentidos passam a se dar na e pela linguagem. Em outras palavras, é possível dizer, desde logo, que a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica;”

O valor e conteúdo se confundem, pois são os novos valores sociais que sustentam a desnecessidade de cortesia para antigos extratos sociais, são estes valores que sustentam a igualdade entre as pessoas. O intérprete extrai os melhores sentidos para justificar as suas ações e práticas e não existem mais sentido social de se curvar perante uma nobreza em uma democracia.

Ao explicar Dworkin e seu interpretativismo, o professor Lenio Streck sempre nos fala de um interessante e criativo exemplo. Neste exemplo o protagonista é um antropólogo que visita a população nativa de uma ilha.

A população de tal ilha sobrevive através da pesca e da coleta, atividades como o mercado e a troca de bens não existem. Quase toda a dieta dos habitantes da ilha é baseada no consumo de peixes e frutos do mar.

Ao analisar a vida dos nativos o pesquisador em questão percebe que a maioria dos habitantes da ilha está desnutrida, apresentando muitos sinais de saúde debilitada. O pesquisador também percebe que na ilha os pescadores assim que tiram os peixes (por menores que sejam) de suas redes ou anzóis cortam as suas cabeças e rabos e descartam tais partes no mar. O antropólogo fica intrigado com os motivos desta prática e se pergunta por quais razões, mesmo diante da falta de alimento, partes extremamente nutritivas dos peixes são descartadas. E por isso vai ter com vários anciões da ilha para entender o que justifica tal prática. Muitos não sabem, simplesmente dizem que sempre foi assim, mas uma senhora muito idosa sabe e explica a prática ao estrangeiro: segundo ela antigamente os peixes eram extremamente abundantes e tão grandes que os pescadores não conseguiam colocá-los nas suas cestas, por isso assim que os tiravam do mar cortavam e descartavam tais partes dos peixes. Entretanto diante da escassez de recursos e da desnutrição de muitos membros da comunidade essa prática certamente não se justifica mais.

O papel do hermeneuta/interpretativista portanto é agir tal como o antropólogo, o intérprete deve entender as origens e as justificativas de um certo fenômeno para entender se ele se justifica ou não.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Vamos trazer essa lógica para um contexto jurídico cotidiano e brasileiro. Pensemos o crime de injúria racial previsto na lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023 em seu art. 2º-A que diz que injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional é um crime passível de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. A injúria racial não se aplica para quem chama uma pessoa branca de alemão ou de palmito da mesma forma que se aplica a alguém que chama um negro de macaco. O intérprete dessa lei para saber aplicá-la deve saber que no Brasil por mais de 300 anos pessoas de pele negra foram escravizadas por pessoas brancas. A

A prática interpretativa em Dworkin (tal como em Gadamer) passa por 3 fases.<sup>38</sup> Dworkin diz que para conseguirmos adequadamente analisar o direito enquanto prática social precisamos de uma interpretação construtiva que se dá por meio de seu interpretativismo. O autor estabelece uma distinção analítica entre as três etapas da interpretação, (I) pré-compreensão. (II) interpretação (III) compreensão. De forma que

[p]rimeiro, deve haver uma etapa "pré-interpretativa" na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são textualmente identificados romances, peças, etc., isto é, a etapa na qual o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances.) Coloco "pré-interpretativo" entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso-talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa - se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia. Dworkin (1999, p.81)

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática. Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa.

O jurista Anglo-americano discute a ideia de redefinir a interpretação como uma ferramenta apropriada para o estudo do direito enquanto prática social. Retomando de forma sintética, Dworkin estabelece três etapas distintas na interpretação:

1. Etapa Pré-interpretativa (pré-compreensão): Nesta fase, identificam-se as regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática. Dworkin reconhece que mesmo nesta etapa, alguma forma de interpretação é necessária, uma vez que as regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. No entanto, um alto grau de consenso é necessário para as

---

historicidade por trás da discriminação contra os negros é o que justifica essa legislação. Existe uma clara diferença fenomenológica e histórica por trás desses dois fatos.

<sup>38</sup> Sobre este tópico recomenda-se a leitura do verbete método hermenêutico do Dicionário de hermenêutica do professor Lenio Streck.

classificações nesta etapa, a fim de estabelecer uma base sólida para a interpretação subsequente.

2. Etapa Interpretativa: Nesta etapa, o intérprete se concentra em justificar os principais elementos da prática identificados na etapa pré-interpretativa. Isso envolve uma argumentação sobre a conveniência de manter essa prática em sua forma geral. A justificativa não precisa abranger todos os aspectos da prática, mas deve ser suficiente para que o intérprete possa considerar-se como alguém que interpreta a prática existente, em oposição a alguém que está criando uma nova prática.
3. Etapa Pós-interpretativa (compreensão): Nesta fase, Dworkin sugere que os intérpretes podem reformular sua interpretação para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa. Isso pode envolver a adaptação da prática de acordo com a justificativa aceita, introduzindo exceções ou até mesmo descartando regras ou padrões inteiros, dependendo do que a justificativa requer.

Dworkin destaca que, em sua sociedade imaginária, a interpretação seria menos deliberada e estruturada do que a estrutura analítica que ele descreveu. As pessoas veriam mais imediatamente as dimensões de sua prática, seu propósito ou objetivo e as consequências da prática pós-interpretativa desse propósito. Isso implica que a interpretação real pode ser mais fluida e intuitiva, dependendo do contexto e das necessidades da comunidade.

A interpretação de Dworkin se concentra nos propósitos em vez das causas, sendo os propósitos determinados pelo intérprete, não necessariamente pelo autor. Em resumo, a interpretação construtiva envolve a imposição de um propósito a um objeto ou prática para otimizá-lo de acordo com um gênero ou forma imaginada. É imprescindível deixar claro que a interpretação criativa **não permite que o intérprete transforme uma prática ou obra de arte em qualquer coisa que deseje** (a interpretação em Dworkin não permite espaços para solipsismos<sup>39</sup>), pois, a história e a forma da prática ou objeto impõem limites às interpretações possíveis.

Portanto, a interpretação criativa é uma interação entre propósito e objeto do ponto de vista construtivo. Dessa forma não faz sentido falar em criação de normas jurídicas na decisão ou em outras palavras de ato discricionário do magistrado, para

---

<sup>39</sup> O prefácio do livro *Hermenêutica jurídica e(m) crise* deixa isto muito claro quando fala do juiz Hércules.

Dworkin a discricionariedade é errada e antidemocrática. Ao contrário do que dizia Hart de que o direito é um conceito descritivo-criterial, para Dworkin há que se falar em interpretação e não em descrição ou normatividade.

Diferente de Hart que fala na obediência de critérios e de fontes sociais, a explicação de Dworkin será histórica: “a instituição tem a continuidade - para usar a conhecida imagem de Wittgenstein- de uma corda constituída de inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu comprimento nem a abarca em toda a sua largura”. (Dworkin, 1999, p.81)

Dworkin (2014) afirmava que o positivismo declara a independência absoluta entre os sistemas do direito e da moral, de forma que para os positivistas, o direito dependeria somente de questões factuais históricas: depende, em última análise, daquilo que a comunidade em questão aceita como direito em matéria de costume e de prática. Se uma lei que contraria todos os valores de uma comunidade e toda a sua historicidade atende aos critérios aceitos para determinar o que é direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juízes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer lei - a lei contrária à moralidade é lei e ponto-final. O interpretativismo, tese proposta por Dworkin, por outro lado, nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Portanto, afirma que o Direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os **princípios** que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas.

Portanto o direito para Dworkin consiste em um conceito interpretativo, o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz dessas práticas o melhor possível.<sup>40</sup> Para algo ser propriamente jurídico não basta que esteja de acordo com critérios e que decorra de fontes sociais e das devidas autoridades. Segundo Guest (2010), a interpretação do Direito para Dworkin significa vê-lo como um corpo de doutrina **coerente e integrado**, uma tarefa digna de um herói resistente como Hércules.

---

<sup>40</sup> É mister citar o Princípio da caridade. Segundo o qual para Dworkin consiste em interpretarmos um argumento sobre a sua melhor luz, bem como de interpretar o direito da maneira que melhor justifique os seus objetivos. A “caridade[...] têm o efeito de transformar aquilo que a pessoa diz no melhor exemplo de comunicação possível”. (Dworkin, 1999, p.81)

### 2.2.5 Hércules, o sábio e valoroso juiz da coerência e da integridade

Em vários de seus escritos Dworkin critica a ausência de uma teoria da decisão judicial no positivismo jurídico, em especial quando se fala de desacordos, de *hard cases* ou da zona de penumbra. Os positivistas de fato não tinham a intenção de se envolver em tais questões, pois de forma geral entendiam que a decisão era um ato de vontade em que o juiz poderia usar de sua discricionariedade. As suas pretensões era descritivas e não prescritivas. Dworkin tinha ambições diferentes. Para apontar esses problemas e criar um modelo de julgador ideal o interpretativista constrói a figura imaginária do juiz Hércules, inspirada na mitologia, como um modelo para os juízes do *common law* ao decidir questões jurídicas.

Hércules é guiado pelos princípios da coerência, da integridade e da equidade, aplicando a tradição e a historicidade na interpretação do direito sem transformá-lo em mera aplicação de método ou técnica criterial.

Hércules é retratado como um juiz que deve dominar todos os princípios e ter uma visão total do direito vigente, mantendo **coerência e integridade** em suas decisões. A comunidade ideal para esse juiz é a "comunidade de princípios," onde os membros aceitam ser governados por princípios como justiça e igualdade, debatidos pela política. O papel do juiz influencia diretamente essa comunidade, que só existe concretamente nas decisões judiciais.

Dworkin aborda o conceito de justiça como uma redundância da integridade política, que é um ideal político perseguido pelo Estado através de princípios coerentes. Hércules deve justificar suas decisões de acordo com a lei e os princípios políticos, com base na coerência, na integridade e na equidade, para garantir a igualdade na distribuição de bens, oportunidades e recursos. Hércules não é Hermes, mas é seu irmão e tem o DNA de hermeneuta. Por isso Hércules sempre olha para a historicidade e para os significados das práticas sociais.

A coerência, de acordo com Dworkin, significa aplicar os mesmos preceitos e princípios em casos idênticos, garantindo a integridade do Direito com base na força normativa da Constituição. Ela assegura a igualdade ao garantir que casos diferentes recebam consideração igual do Poder Judiciário. A coerência só pode ser alcançada por meio do interpretativismo que relaciona os diferentes fenômenos que acontecem na sociedade de maneira adequada. Em Streck (2017) vimos que

coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

O **direito como integridade** se opõe às concepções rivais, segundo as quais o direito é uma questão de descobrir e aplicar determinadas convenções sociais (especiais), voltando-se para o passado (convencionalismo), ou uma questão da consecução da felicidade geral, constituindo-se as proposições jurídicas em programas instrumentais voltados, exclusivamente, para o futuro (pragmatismo). (Streck, 2017) A integridade, de acordo com Dworkin (1999), consiste em um princípio que insta os legisladores a buscar a coerência moral nas leis e um princípio jurisdicional que requer que as leis sejam interpretadas de forma coerente. Ela orienta os juízes a construir argumentos integrados no contexto do Direito, evitando interpretações arbitrárias e, assim, contrapõe-se ao voluntarismo, ativismo e discricionariedade jurídica. A integridade é uma salvaguarda contra interpretações isoladas e arbitrárias por meio da promoção da coerência moral nas leis e na interpretação.

Também é muito cara para Dworkin a metáfora do "romance em cadeia" que o autor usa para expressar sua visão sobre como o direito deve ser entendido e interpretado. Como já vimos, ele argumentava que o direito não é apenas um conjunto de regras rígidas e estáticas, mas um complexo e contínuo processo de construção e interpretação que se assemelha a um romance em constante evolução.

Já está claro que Dworkin acreditava que o direito era mais do que simplesmente um conjunto de normas positivas emanadas de autoridades legislativas ou judiciais. Ele sustentava que o direito incluía princípios morais, valores políticos e considerações de justiça que desempenhavam um papel fundamental na determinação das decisões jurídicas.

A metáfora do "romance em cadeia" se refere ao fato de que as decisões jurídicas não são tomadas isoladamente, mas estão interligadas como os capítulos de um romance. Cada nova decisão deve ser interpretada e construída com base nas decisões anteriores, formando uma continuidade e coerência no sistema jurídico. Isso significa que as decisões não são simplesmente baseadas em regras claras e objetivas, mas são moldadas por um processo interpretativo que leva em consideração a história e os princípios subjacentes do direito. Além é claro da coerência e da integridade, bases do seu sistema.

Dworkin argumentava que os juízes devem procurar princípios e padrões morais que permeiam o sistema jurídico e usá-los para guiar suas decisões. Ele acreditava que, ao considerar o contexto mais amplo do direito e suas implicações morais e políticas, os juízes poderiam construir um "romance em cadeia" que refletisse a integridade do sistema jurídico como um todo.

Essa metáfora também destaca a natureza interpretativa e evolutiva do direito. Assim como um romance se desenvolve ao longo do tempo e deve manter coerência e integridade com os capítulos anteriores, mas também não deve ser algo estático, o como um romance o direito deve ir incorporando novas perspectivas e até mesmo passar por reviravoltas, o direito também deve evoluir para lidar com novas questões e desafios à medida que surgem na sociedade. Para o norte-americano o Conceito de Direito também inclui as regras que decorrem de princípios justificadores, muito embora tais regras nunca tenham sido promulgadas.

Portanto, Dworkin via o direito como uma narrativa em constante construção, na qual os princípios, valores e decisões anteriores interagem para moldar a interpretação e a aplicação do direito em casos subsequentes. Isso implica que o direito não pode ser reduzido a um conjunto estático de regras, mas deve ser visto como uma trama complexa e em evolução que reflete as aspirações e os ideais da sociedade em constante mudança. Em outras palavras, o interpretacionismo de Dworkin (1986) trata o raciocínio jurídico do modo que devemos tratar todo o raciocínio interpretativo: trata o conceito de Direito como um conceito interpretativo.

### **2.3 Conclusões parciais:**

Dworkin ganhou notoriedade com o *general attack* ao Positivismo que nunca mais foi o mesmo após suas críticas. Desconstruindo o Positivismo jurídico, mas também construiu muitas coisas. A sua incorporação dos princípios e da hermenêutica na Teoria do Direito é algo que ainda está muito longe de ser superado (e talvez jamais seja).

Alguns Positivistas exclusivistas Contemporâneos, como Scott Shapiro (2020), argumentam que a teoria Interpretativista oferece riscos à independência do Direito. Dworkin (2014, p. 614-615), no entanto, argumentava que a visão desses pensadores é limitada, pois o Direito:

também inclui as regras que decorrem de princípios justificadores, muito embora tais regras nunca tenham sido promulgadas. Em outras palavras, o interpretacionismo trata o raciocínio jurídico do modo pelo qual afirmo, neste livro, que devemos tratar todo o raciocínio interpretativo: trata o conceito de Direito como um conceito interpretativo.

O estabelecimento do Direito como um conceito interpretativo fez com que Dworkin trouxesse os princípios para dentro do Direito, o que o tornou mais coeso, pois um simples artigo de uma lei não poderia contrariar a coerência e a integridade de todo o Direito (Dworkin, 2017).

Como veremos claramente no próximo capítulo construções doutrinárias de Dworkin são um forte ataque ao Positivismo Jurídico, e geraram uma cisão dentro desse movimento, que fez com que os seus adeptos tivessem que escolher um entre dois caminhos, incluindo - ou não - a moral como regra de reconhecimento do que é ou não direito. Aqueles que incluem a moral como uma ferramenta de reconhecimento do que é Direito foram chamados de Positivistas inclusivos (da moral), e aqueles que acreditam que a moral não se encontra entre as fontes de reconhecimento do que é ou não Direito foram chamados de Positivistas exclusivos (da moral) - a partir da discussão com Dworkin, o próprio Hart (2009) reviu muitos de seus pensamentos, e se aproximou mais de um Positivismo Inclusivo, tendo, em texto postumamente publicado, considerado que sua visão sobre o direito corresponde “àquilo que foi designado como ‘Positivismo flexível’”.

Em Dworkin os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete, de forma que a hermenêutica e fenomenologia se colocam como uma blindagem contra relativismos. (Streck, 2017) O autor percebeu que a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia e usou o trunfo democrático dos princípios.

Os princípios que são tão caros a Dworkin nunca haviam sido aceitos pelos positivistas, pois para eles os princípios são cachorros vira-latas que não possuem o necessário pedigree das regras secundárias.

Mas fazendo justiça ao Positivismo, os positivistas e os interpretativistas tem pretensões diferentes. Hart nunca pensou um modelo de juiz como Hércules pois esse não era um de seus objetivos.

A teoria de Dworkin é voltada para estados democrático e Dworkin é sutil quanto a isso, a sua pretensão é diferente da dos Positivistas. Hart, Kelsen e outros

positivistas queriam fazer através de um método analítico uma descrição precisa do fenômeno jurídico -fosse ele na união soviética ou em sociedades mais primitivas. Dworkin faz mais do que um descritivismo, para Dworkin o intérprete também tem um papel ativo na figura dos *officials* e dos juízes. O positivismo até então não se importava com uma teoria da decisão.

Interpretações vulgares da teoria de Dworkin dizem que ele inventou os princípios no Direito e que Alexy (2009) refinou sua teoria, algo como Dworkin inventou os limpadores de para-brisa e Alexy pegou e colocou-os para o lado de fora do carro. Tais interpretações são erradas<sup>41</sup>. Dworkin é o que temos de mais sofisticado no que diz respeito ao uso e a compreensão de princípios no direito. Entre o paraíso ceticista e o inferno textualista Dworkin achou um caminho do meio que não recorre à discricionariedade, mas sim à fenomenologia hermenêutica.

Dworkin não inventou os princípios, eles já existiam na prática (Dworkin inclusive relata isso descrevendo a prática como no caso *Riggs vs Palmer*). Em Edward Coke já víamos a existência de uma certa principiologia lógica. Uma descrição da realidade jurídica cotidiana deveria levar em conta os princípios. Dworkin não os descobriu, eles já eram levadas em conta na prática cotidiana, ele apenas os incorporou à sua descrição do que seria a prática jurídica e à sua prescrição do que seria um decisão judicial correta.

---

<sup>41</sup> Para se aprofundar no tema sugere-se ver o verbete “Ponderação” do Dicionário de hermenêutica do professor Lênio Streck, onde fica evidente que Alexy simplesmente mudou a discricionariedade de forma que ela ainda permanece.

### 3 O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO (*INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*)

#### 3.1 A cisão do positivismo jurídico

As construções doutrinárias de Ronald Dworkin (1986) foram um forte ataque ao Positivismo Jurídico, e geraram uma cisão dentro desse movimento, que fez com que os seus adeptos tivessem que escolher um dos dois caminhos, o do Positivismo jurídico Inclusivo (PJI) ou o do Positivismo jurídico Exclusivo (PJE). Essa cisão entre os Positivistas envolveu uma diferença inconciliável na interpretação da tese central do Positivismo: A de que por natureza o Direito, não estabelece nenhum teste moral necessário de validade jurídica na sua regra de reconhecimento.

Nos anos 1960 e 1970, Dworkin dirigiu várias críticas a Hart, uma das quais questionava a capacidade do positivismo jurídico em considerar adequadamente o papel dos princípios morais como fundamentos vinculantes nas decisões de juízes e administradores, especialmente em casos difíceis. Mais tarde, Dworkin ampliou essa teorização anti-positivista, aplicando-a a todos os casos, mas antes disso, explicou a motivação de suas reflexões, destacando o papel dos princípios morais em situações complexas. (Kramer, 2021)

Diante das críticas de Dworkin, alguns positivistas tentaram explicar como os princípios morais podem ser incorporados no direito de uma jurisdição, enquanto outros positivistas negaram a possibilidade efetiva desses princípios serem integrados ao direito. Na elaboração de suas respostas, os positivistas exploraram as abordagens do Inclusivismo e do Incorporacionismo, bem como a abordagem do Exclusivismo. As duas primeiras abordagens podem ser combinadas, enquanto a terceira está em desacordo com as outras duas. (Kramer, 2021)

A principal divergência entre os dois grandes agrupamentos de positivistas diz respeito à posição da moral nos sistemas jurídicos. O PJE afirma que a moral nunca constitui condição de definição do direito, o PJI por outro lado sustenta que a moral não é *conditio sine qua non* da definição do direito, mas pode funcionar como tal em determinados sistemas jurídicos. (Dimoulis, 2006)

Aqueles Positivistas que incluem a moral como uma ferramenta de reconhecimento do que é Direito foram chamados de Positivistas inclusivos (da moral), e aqueles que acreditam que a moral não se encontra entre as fontes de reconhecimento do que é ou não Direito foram chamados de Positivistas exclusivos

(da moral) - a partir da discussão com Dworkin, o próprio Hart (2009) reviu muitos de seus pensamentos, e se aproximou mais de um Positivismo Inclusivo, tendo, em texto postumamente publicado, considerado que sua visão sobre o direito corresponde "àquilo que foi designado como 'Positivismo flexível ou incorporacionista'<sup>42</sup>".

Brian Bix (2020) afirma que, na medida em que para positivistas exclusivos como Joseph Raz, "a existência e o conteúdo das leis é completamente determinado por fontes sociais", para o Positivismo inclusivo, um determinado sistema jurídico particular pode, por uma regra convencional (ou seja, criada), fazer de critérios morais critérios suficientes ou necessários para a validade de um ordenamento dentro de um sistema específico. A partir da discussão com Dworkin, o próprio Hart (2009) reviu muitos de seus pensamentos, e se aproximou mais de um Positivismo Inclusivo, tendo, em texto postumamente publicado, considerado que sua visão sobre o Direito corresponde "àquilo que foi designado como 'positivismo flexível'". Aqueles Positivistas que incluem ou aceitam incluir a moral como uma ferramenta de reconhecimento do que é Direito foram chamados de Positivistas inclusivos (da moral), e aqueles que acreditam que a moral não se encontra entre as fontes de reconhecimento do que é ou não Direito foram chamados de Positivistas exclusivos (da moral).

Brian Bix (2020) afirma que, na medida em que para positivistas exclusivos como Joseph Raz, "a existência e o conteúdo das leis é completamente determinado por fontes sociais", para o positivismo inclusivo, um determinado sistema jurídico particular pode, por uma regra convencional (ou seja, criada), fazer de critérios morais critérios suficientes ou necessários para a validade de um ordenamento dentro de um sistema específico. Em uma resposta muito inicial a Dworkin, por exemplo, Joseph Raz (1972, p.823) observou que alguns princípios adquirem seu status jurídico por meio de promulgação nos preâmbulos de estatutos e constituições e Scott Shapiro, por exemplo, argumentou que o positivismo jurídico inclusivo priva o direito de sua capacidade de fornecer orientação prática. Os Positivistas Exclusivos argumentam que a própria natureza do direito entra em conflito tanto com a consideração dos princípios morais como leis quanto com seu papel como critérios de validade das leis. Os exclusivistas reconhecem que os

---

<sup>42</sup> Kramer (2004) aponta uma diferença entre o Incorporacionismo e o Inclusivismo como veremos no capítulo oportuno.

magistrados usam de princípios em suas decisões, mas para eles tais princípios não são jurídicos e a decisão não é muito mais do que um ato de vontade.

Para os Positivistas Exclusivos, os princípios morais não devem ser vistos como parte integrante do direito, mas sim como padrões extrajurídicos. (Kramer, 2021). Eles reconhecem que, na prática, os princípios morais são frequentemente invocados nas atividades judiciais e administrativas das autoridades oficiais. Contudo, sustentam que esses princípios afetam as decisões dos membros do sistema não porque sejam requisitos jurídicos, mas devido a sua influência extrajurídica. (Raz, 2000)

Assim, para os Exclusivistas, as decisões baseiam-se não apenas em considerações jurídicas, mas também em padrões éticos externos ao sistema jurídico. Essa perspectiva oferece uma visão distintiva em relação às abordagens Inclusivista e Incorporacionista, destacando a natureza extrajurídica dos princípios morais na moldagem das decisões, de acordo com a posição dos Positivistas Exclusivos. (Kramer, 2004)

Bix (2020, p. 75) defende que o argumento mais sólido em favor do positivismo inclusivo parece ser a forma como a tese se ajusta à maneira como os agentes da justiça e os próprios textos legais falam sobre o direito. "A moralidade parece ser um fundamento suficiente para o status jurídico de uma norma em muitos casos (e decisões nas quais princípios jurídicos têm papel importante)".

Quando o controle constitucional da legislação exige ou autoriza que determinada legislação que contraria padrões morais codificados na Constituição seja invalidada (por exemplo, com relação a princípios constitucionais como o devido processo legal, igualdade, ou a dignidade da pessoa humana), temos um demonstrativo do que os Positivistas Inclusivos sustentam como sendo a incorporação de princípios por vias legislativas. A visão inclusivista, sem dúvidas, permite que os teóricos aceitem muitas das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico sem que sejam abandonados elementos que esses teóricos veem como centrais e necessários ao Positivismo, fundamentos do direito centrados em fatos e convenções sociais sintetizados na "tese da separação" que é tão cara ao Positivismo.

O Positivismo inclusivo aceita que termos morais podem ser parte de critérios suficientes ou necessários de validade em um sistema jurídico, mas insiste que o uso desses critérios morais deva ser contingente, e não da natureza própria do

direito. O debate entre os inclusivistas e os exclusivistas continua a gerar muitas controvérsias entre os diferentes pensadores e com o presente trabalho se objetiva esclarecer um pouco mais as nuances destes debates.

De acordo com Bix (2020), no contexto do positivismo anglo-saxão contemporâneo, há um debate interno entre o que é denominado como "positivismo inclusivo" (também conhecido como "*soft*") e o "positivismo exclusivo" (também referido como positivismo "*hard*"). Este debate gira em torno da interpretação da tese fundamental do positivismo de que o direito, por sua natureza intrínseca, não impõe qualquer teste moral "necessário" para determinar sua validade jurídica.

Os positivistas exclusivos, conforme a visão de Bix, entendem essa tese de forma a afirmar que os critérios morais não podem ser nem condições suficientes, nem condições necessárias para que uma norma seja considerada jurídica. Em outras palavras, para os positivistas exclusivos, "a existência e o conteúdo das leis são inteiramente determinados por fontes sociais" (Raz, 2009, p. 46).

Por outro lado, os positivistas inclusivos, também respaldados por diversos estudiosos (Kramer, 2004), interpretam a separação entre direito e moral de maneira distinta. Eles argumentam que, embora seja verdade que nenhuma norma jurídica requer um conteúdo moral intrínseco, um sistema jurídico específico pode, por meio de convenção, estabelecer critérios morais como condições suficientes ou necessárias para a validade dentro desse sistema particular.

De acordo com Bix (2020), o argumento mais robusto a favor do positivismo inclusivo reside na maneira como essa perspectiva se alinha com a linguagem e a prática dos agentes públicos e com os próprios textos legais. Em muitos casos do *common law*, a moralidade parece ser um fator suficiente para conferir status jurídico a uma norma, especialmente quando uma norma jurídica é justificada principalmente com base na exigência moral. Waluchow (2021, p.496) um dos precursores do Positivismo Jurídico inclusivo faz uma interessante e importante menção direta ao artigo 5 de nossa Carta Magna para justificar a sua teoria:

De fato, existem muitos sistemas jurídicos que estipulam a conformidade com princípios morais como condição de validade legal. O Artigo 5 da Constituição Brasileira especifica que 'Todas as pessoas são iguais perante a lei, sem qualquer distinção'. Qualquer ato do Congresso que resulte em

uma negação de igualdade perante a lei pode ser rejeitado pelos tribunais como inconstitucional.<sup>43</sup>

Um exemplo significativo do escopo do positivismo inclusivo não se concentra apenas em fundamentos suficientes, mas também em fundamentos necessários. Isso se evidencia quando o controle constitucional da legislação permite ou exige que uma legislação que viola os padrões morais codificados na Constituição seja invalidada. Nesse contexto, os méritos morais de uma lei se tornam um fundamento necessário, embora não suficiente, para sua validade jurídica.

Adicionalmente, a perspectiva inclusivista possibilita que os teóricos considerem muitas das críticas apresentadas por Dworkin (1986) ao positivismo jurídico sem necessariamente abandonar o que esses teóricos veem como os elementos essenciais do positivismo, ou seja, os fundamentos do direito baseados em fatos e convenções sociais. O positivismo inclusivo reconhece que termos morais podem desempenhar um papel nos critérios suficientes ou necessários de validade em um sistema jurídico, mas enfatiza que o uso desses critérios morais é contingente e depende das escolhas e ações de determinados agentes do sistema, não sendo uma característica intrínseca do direito que estaria presente em todos os sistemas. Dentre os autores mais importantes do Positivismo Jurídico inclusivo se destacam Wilfrid Waluchow, Matthew Kramer e Jules Coleman.

Brian Bix afirma que na medida que para positivista exclusivos como Joseph Raz “a existência e o conteúdo das leis é completamente determinado por fontes sociais” (BIX, 2020) para o positivismo inclusivo um determinado sistema jurídico particular pode, por uma regra convencional, fazer de critérios morais critérios suficientes ou necessários para a validade<sup>44</sup> dentro daquele sistema específico. Para Matthew Kramer, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow, longe de serem incompatíveis, o positivismo jurídico e a moralidade ajustam-se um ao outro tranquilamente. Isso pois segundo Kramer (2004) nenhuma dessas teses pressupõe a outra, mas elas são absolutamente consistentes entre si.

---

<sup>43</sup> Tradução livre de: “There are, in fact, many legal systems that stipulate conformity with moral principle as a condition of legal validity. Article 5 of the Brazilian Constitution specifies that ‘All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever.’ Any act of Congress that results in a denial of equality before the law can be rejected by the courts as unconstitutional.” (Waluchow, 2021, p.496)

<sup>44</sup> Clara referência a Herbert Hart

Wilfrid Waluchow (2021) faz uma detalhada e minuciosas demonstração do que separa os dois positivismos, demonstração que pode ser reproduzida da seguinte forma:

No contexto do **positivismo jurídico exclusivo**:

C é um critério de validade jurídica para alguma lei, L, somente se C tiver a fonte social apropriada (na aceitação pelos funcionários do sistema).

L é uma lei válida se e somente se L mesmo tiver uma fonte social apropriada (por exemplo, promulgação legislativa ou decisão judicial).

Nessa interpretação do Positivismo jurídico exclusivo da tese social, nenhum critério, C, pode ser de natureza moral. Ele não deve tratar do conteúdo ou mérito moral de L, mas apenas da origem de L. Além disso, todos os critérios de validade devem ter fontes sociais, assim como todas as leis individuais validadas por esses critérios.

Por outro lado, no contexto do **positivismo jurídico inclusivo**:

C é um critério de validade jurídica somente se C tiver a fonte social apropriada (na aceitação pelos funcionários do sistema).

C pode, embora não seja obrigatório, ser uma condição moral de validade jurídica.

Portanto: É possível que uma lei individual, L, seja legalmente válida apenas se L satisfizer um critério de validade moral, não relacionado à origem, C.

Waluchow (2021) destaca que sistemas legais como o dos Estados Unidos, Brasil ou Canadá, adotam critérios morais de validade jurídica (presentes nas constituições), então mais do que a fonte social de uma lei pode contar para estabelecer sua validade jurídica. Isso distingue os defensores do positivismo jurídico inclusivo, não apenas de seus correlatos do positivismo jurídico exclusivo, mas também de Dworkin e dos defensores do direito natural que afirmam que a união entre direito e moral é necessária à luz da própria natureza ou conceito de direito. Para Waluchow (2021, p. 473 grifos meus), as diferenças cruciais entre essas três teorias podem ser resumidas da seguinte forma:

**Interpretativismo e direito natural:** A conformidade com o princípio moral é uma condição necessária para a validade jurídica.

**Positivismo jurídico exclusivo:** A conformidade com o princípio moral é necessariamente não é uma condição de validade jurídica.

**Positivismo jurídico inclusivo:** A conformidade com o princípio moral é uma condição possível, embora não necessária, para a validade (depende das práticas sociais relevantes).

Portanto, os defensores do positivismo jurídico inclusivo rejeitaram a tese da separação e a afirmação de Dworkin de que ela reflete os compromissos teóricos do

positivismo jurídico. Na medida que os positivistas exclusivos destacam e reforçam a importância da tese das fontes sociais e do papel da autoridade. Feitas as considerações iniciais sobre as distinções entre os Positivismos contemporâneos daremos um passo adiante para focarmos no Positivismo jurídico inclusivo.

### 3.2 O que é isto: O Positivismo jurídico Inclusivo?

Segundo os interpretativistas, a ficcionalização positivista afastou as questões concretas da sociedade do debate jurídico. É tentando reaproximar o Positivismo de questões concretas, bem como incrementando a sua descrição do fenômeno jurídico que os adeptos do Positivismo Inclusivo desenvolveram uma versão do Positivismo que incorpora a existência de princípios.

Como já vimos anteriormente, para o Positivismo inclusivo, um determinado sistema jurídico particular pode, por uma regra convencional, fazer de critérios morais critérios suficientes ou necessários para a validade dentro daquele sistema específico.

O Positivismo Jurídico inclusivo (*inclusive legal Positivism*) é também conhecido como *soft positivism* (termo traduzido para o português como: Positivismo moderado) -e as vezes é equivocadamente visto como sendo a mesma coisa que o Incorporacionismo. Essa abordagem é adotada por muitos autores contemporâneos, podendo citar, para além de Matthew Kramer, os nomes de David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow. Como apontado anteriormente, o próprio Hart, em texto postumamente publicado, considerou que sua visão sobre o direito corresponde “àquilo que foi designado como ‘Positivismo flexível’”.

Os autores distinguem entre o Direito visto como fato “duro” (*hard fact*) e o Direito analisado como convenção social (*social convention*). Segundo uma distinção feita por Coleman (1998), os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito. Mas, em certas sociedades, **pode haver** uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade de regras e para interpretar normas jurídicas. Essas sociedades, portanto, acreditam na (possível) existência de sistemas jurídicos que adotam “critérios de juridicidade de cunho moral” (Coleman, 2001, p.67), em tais sistemas, “O caráter jurídico de normas pode

depender algumas vezes de seus méritos (morais) substanciais e não somente de sua origem ou fonte social". (Coleman, 2001, p.100).

Pode ocorrer que, em determinado território e momento, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos feitos "conforme a justiça", "promovendo o bem-estar de todos", "segundo valores morais da comunidade", segundo a "moralidade política" (Waluchow, 2003, p. 2) ou, nas palavras de Hart (2009, p. 101), "conforme princípios morais e valores substantivos". Em tais situações, uma norma jurídica só é válida se for submetida e aprovada em um "exame moral", onde o examinador é o aplicador. Mas um ponto muito importante que não pode ignorado, é que, para os Positivistas inclusivos, os legisladores desta comunidade (a autoridade com esta prerrogativa) deve instituir esse "exame moral" dentro da legislação. Kramer se vincula à tradição dos Inclusivistas sem ressalvas e às ideias do Incorporacionismo com certas ressalvas como veremos.

### **3.3 Onde o Direito e a moral se encontram: o Positivismo jurídico inclusivo de Matthew Kramer**

Matthew Henry Kramer, nasceu em 1959 no estado estadunidense de Massachussets, que atualmente ocupa a posição de Professor de *Legal and Political Philosophy* na Universidade de Cambridge no prestigioso *Churchill College*. Suas áreas principais de atuação incluem metaética, ética normativa, filosofia do direito e filosofia política, sendo Kramer reconhecido como um destacado defensor do positivismo jurídico. Desde o ano 2000, ele desempenha o papel de diretor do *Cambridge Forum for legal and Political Philosophy*. Sua trajetória de formação acadêmica passa pelas Universidades Harvard e Cambridge. E eles escreveu algumas dezenas de livros sobre muitos temas dentro da suas áreas de interesse. As obras notáveis de Kramer incluem "*Liberalism with Excellence*" (2017), "*Where Law and Morality Meet*" (2004), "*Moral Realism as a Moral Doctrine*" (2009), "*The Quality of Freedom*" (2003), "*Objectivity and the Rule of Law*" (2007), "*In Defense of Legal Positivism*" (2001) e "*Freedom of Self-Expression as Self-Restraint*" (2021a). Essas obras abrangem uma variedade de temas relacionados à filosofia, direito e moral, destacando a contribuição significativa de Kramer para esses campos ao longo dos anos.

Foi justamente percebendo o imenso valor da obra de Hart (2009), e de toda a tradição Positivista, levando em conta questões morais relevantes levantadas por Ronald Dworkin, mas também discordando de outros Inclusivistas e incorporacionistas em alguns aspectos que Matthew Kramer (2004) desenvolveu sua própria versão do Positivismo Jurídico Inclusivo. Para Kramer, longe de serem incompatíveis, o Positivismo jurídico e uma espécie de moral objetiva (o realismo moral) ajustam-se perfeitamente um ao outro. Isso pois, segundo o autor, nenhuma dessas teses pressupõe a outra, mas elas podem ser absolutamente consistentes entre si.

Sucintamente o positivismo inclusivo de Kramer (2004) consiste na seguinte tese: pode ser o caso, apesar de não precisar ser o caso, que a consistência de uma norma **com alguns ou todos** os requisitos da moralidade, é uma pré-condição para o status da norma como lei nesta ou naquela jurisdição. Embora tal pré-condição para a validade jurídica não seja inerente ao conceito de direito, ela pode ser imposta como um teste limiar sob a regra de reconhecimento em qualquer regime específico.

Esse teste, que pode ser aplicado pelos funcionários de tal regime a todas as normas legais nelas ou a apenas algum subconjunto dessas normas, é um dos critérios que os funcionários usam para averiguar a lei. Na medida em que o critério limiar desse tipo prevalece em qualquer sistema jurídico particular, então algum grau de dignidade moral é uma condição necessária para a força legalmente autoritária de cada norma que é validada como lei dentro do sistema.

O Positivismo Jurídico, que prontamente aceita a possibilidade de tal estado de coisas, é inclusivo, porque permite que os princípios morais possam figurar entre os critérios que orientam os funcionários a averiguar a lei.

A versão de Kramer (2019) do Positivismo jurídico é parcialmente sobre a relação entre o direito e a moralidade *tout court* (i.e, a moralidade como um conjunto de princípios básicos cuja existência e conteúdo são independentes daquilo que se pense sobre eles). A sua posição na teoria do direito já pressupõe a correção de um realismo moral (no sentido metaético) como explicação sobre a natureza da moralidade, de forma que o autor supõe que a visão de que as doutrinas são incompatíveis se dá em razão da crença de que a insistência do Positivismo na separabilidade entre Direito e Moral significa uma asserção de um caráter não moral do Direito — uma asserção de que o direito não é suscetível a apreciações morais.

No entanto, para Kramer (2019), qualquer asserção desse tipo seria de fato incompatível com o realismo moral, o autor sempre destaca que nenhum positivista até hoje sugeriu que o Direito é um fenômeno não moral.

Diferente de Hart que tinha fundamentos eminentemente consequencialistas, Kramer tem fundamentos fortemente marcados por um cognitivismo deontológico. Mais do que isso, embora tenha-se baseado fortemente na concepção de causalidade no direito elaborada por Hart com Tony Honoré, a sua concepção vai além da deles em várias questões.

Os teóricos inclusivistas contemporâneos rejeitam a opinião de que todos os critérios para a apuração da lei em cada sistema jurídico credivelmente possível estão focados em questões não corretivas de procedência. Ao mesmo tempo, Kramer e os inclusivistas são positivistas, porque também rejeitam a visão do jusnaturalismo e do Interpretativismo de que todo sistema jurídico credivelmente possível se baseia em testes morais entre seus critérios de apuração da lei. Um Positivista Jurídico Inclusivo insiste em que tais testes são características contíguas, ao invés de características essenciais, do sistema de Direito em que são aplicados. (Kramer, 2004)

Em síntese, Kramer (2004) adapta a teoria de Hart e afirma ser possível inserir um teste de moralidade nos pré-requisitos (regras secundárias), sendo assim normas que estão em desacordo com tais princípios não teriam o pedigree necessário para serem consideradas leis. De forma que se uma lei ou uma jurisprudência estiver em pleno desacordo com esses princípios ela deixa de ter validade. Entretanto uma lei não precisa estar 100% compatível com esses critérios, até porque (apesar de Kramer considerar eles quase infalivelmente verificáveis) deve existir uma margem de tolerância.

Sintetizando, podemos dizer que no Positivismo inclusivo de Kramer, a Moral é inclusa nos pré-requisitos de validade, mas não na aplicação e sim no teste de verificabilidade. Algo que no Brasil vemos como um controle de constitucionalidade, também poderia ser um controle de moralidade por meio de princípios positivados.

Portanto, no Positivismo Inclusivo de Kramer (2004), o Direito e a moralidade se encontram nos requisitos de validade ou nos testes de *Pedigree* do Direito, apresentados no capítulo anterior, e pensados originalmente por Hart (2009) no que chamou de regras secundárias. Para Kramer, portanto, os legisladores poderiam (mas não necessariamente devem) adicionar aos testes de *Pedigree* uma

necessária conformidade a uma doutrina principiológica, ou até mesmo a uma espécie de objetivismo moral --como veremos no subcapítulo destinado a este tema.

### 3.3.1 Inclusivismo vs Incorporacionismo

Poucos são os estudiosos que se dedicaram a estudar o Positivismo jurídico inclusivo no Brasil e até autores que são referência no estudo do Positivismo em terras *brasillis* fazem confusões. A principal confusão se dá em torno da diferenciação entre o Positivismo Inclusivo e o Incorporacionismo. Como veremos Kramer é um defensor sem ressalvas do Inclusivismo e Incorpora parte dos argumentos do Incorporacionismo.

O incorporacionismo consiste numa versão mais agravada do Positivismo inclusivo, no sentido de dar mais flexibilidade às interações entre Direito e Moral. O que Kramer (2004) se esforça para defender sem reservas é a visão inclusivista de que a consistência com um princípio moral pode ser uma condição necessária para o status de uma norma como norma jurídica. O que é defendido com mais cautela por Kramer é a visão incorporacionista de que a correção como princípio moral pode ser condição suficiente para o status de norma como norma jurídica.

Em *Where law and morality meets*, a diferença entre as matizes teóricas fica clara. O Incorporacionismo, conforme compreendido por Kramer (2004, p.3), consiste na seguinte tese:

“pode ser o caso, muito embora não precise necessariamente ser o caso, que a correção de uma norma enquanto um princípio moral seja uma condição suficiente para que seu status enquanto norma jurídica seja assegurado nessa ou naquela jurisdição. Embora o papel da correção moral como condição suficiente para validade jurídica não seja inerente ao conceito de direito, ele pode ocorrer sob a Regra de Reconhecimento em qualquer regime jurídico específico. Um teórico Incorporacionista sustenta que princípios morais regularmente considerados por autoridades como determinantes legalmente são, de fato, normas legais, mesmo que nunca tenham sido estabelecidos em fontes explícitas, como atos legislativos ou decisões judiciais.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Tradução livre de “*Incorporationism, as understood throughout this book, consists in the following thesis: it can be the case, though it need not be the case, that a norm's correctness as a moral principle is a sufficient condition for its status as a legal norm in this or that jurisdiction. Albeit the role of moral correctness as a sufficient condition for legal validity is not inherent in the concept of law, it can obtain under the Rule of Recognition in any particular legal regime. An Incorporationist theorist maintains that moral principles regularly regarded by officials as legally determinative are indeed legal norms, notwithstanding that they have perhaps never been laid down in any explicit sources such as legislative enactments or judicial rulings.*” (Kramer, 2004, p.3)

Quando autoridades regularmente adotam a prática de considerar a correção (*soundness*) moral das normas como uma condição suficiente para a autoridade legal das normas, elas incorporam, assim, princípios morais ao direito de seu sistema de governança, mesmo antes de alguns ou todos os princípios aplicáveis receberem qualquer reconhecimento explícito. Segundo Kramer (2004, p.4):

“um teórico Incorporacionista, que aceita sem hesitação a possibilidade desse estado de coisas, ainda assim é um positivista jurídico, pois ele insiste que a incorporação de princípios morais ao conjunto de normas de um sistema legal é contingente e não inevitável.”

Na medida que a visão Inclusivista é defendida incondicionalmente por Kramer o Incorporacionismo é apenas defendido em parte e com cautela. O Positivismo Jurídico Inclusivo e o Incorporacionismo geralmente caminham de mãos dadas, mas não são a mesma coisa, pois mesmo apresentando uma compatibilidade notável -algo que o Incorporacionismo e o Positivismo exclusivo não possuem- as duas vertentes são diferentes.

A diferença está no fato de que para o Inclusivismo a consistência com um princípio moral pode ser uma condição necessária para o status de uma norma como norma jurídica (segundo tal visão se uma norma na legislação brasileira estiver em desacordo com os princípios positivados no artigo quinto não será considerada como uma norma válida).

A visão Incorporacionista por outro lado dita que a **correção**<sup>46</sup> através de um princípio moral pode ser uma condição suficiente para o status de uma norma como norma jurídica. Em síntese: o Inclusivismo quer dizer: A moralidade positivada pode determinar o que é direito e o que não é, pois se uma norma não estiver em acordo com determinados princípios morais ela não manterá o seu caráter jurídico. Já Incorporacionismo quer dizer que se o direito estiver em desacordo com os princípios morais promulgados ou autoevidentes ele pode ser corrigido/adequado moralmente por meio destes princípios. (Kramer, 2004) Inclusivismo diz respeito ao reconhecimento e Incorporacionismo diz respeito a *applicatio*.

---

<sup>46</sup> Tradução livre de *correctness*: qualidade de estar em acordo com os fatos verdadeiros ou com um padrão estipulado. Neste caso a adequação da norma ao princípio. O termo usado por vezes também é “*soundness*” que geralmente se refere à qualidade de ser sólido, válido, confiável ou em boas condições. No contexto da passagem fornecida “*soundness*” tem um significado específico relacionado à validade lógica de um sistema formal. Nesse caso, um sistema lógico é considerado “*sound*” se e somente se toda fórmula bem formada que pode ser provada no sistema é logicamente válida de acordo com a semântica lógica do sistema. Em resumo, “*soundness*” indica a solidez lógica e a validade das inferências dentro de um sistema formal.

O Positivismo Jurídico Inclusivo designa apenas uma das duas principais teses subscritas pela maioria dos filósofos que se classificam como Inclusivistas. A tese – que já vimos anteriormente- é a seguinte: Pode ser o caso, embora não necessariamente seja, que a consistência de uma norma N com alguma(s) ou todas as exigências da moralidade seja uma pré-condição para o status de N enquanto lei nesta ou naquela jurisdição. (Kramer, 2021, p.251)

Temos que ter presente que o autor está discutindo a possibilidade de a correção moral de uma norma ser o suficiente para que ela tenha validade jurídica. Então, isso não será sempre e necessariamente o caso. Mas se houver uma norma jurídica de direito positivo que assim estabeleça, não haverá impedimento para que assim seja - isso é, numa casca de noz, o incorporacionismo.

Pensemos no caso Riggs vs Palmer, é suficiente que a norma “ninguém deve se valer da própria torpeza” esteja correta do ponto de vista moral para que ela tenha valor jurídico? A resposta de Matthew Kramer seria: sim, se o sistema jurídico em questão optar pela correção moral “*qua*” critério de validade jurídica - o que ele não estaria obrigado a fazer

É fundamental entendermos que tal pré-condição inclusivista para validade jurídica não é vista como inerente à natureza do direito, e sim que ela é algo opcional/contingente, um norma imposta como um teste de saída sob a Regra de Reconhecimento vigente em uma determinada jurisdição. Nas palavras do próprio Kramer (2021, p. 252)

Um teste do tipo, que pode ser aplicado pelos membros oficiais em um sistema de governança Inclusivista a todas as normas jurídicas nele presentes, ou a apenas alguma série determinada de suas normas, é um dos critérios utilizados por operadores do estado na identificação do direito. Uma vez que um teste do tipo esteja presente em um sistema jurídico, a legitimidade moral de N é uma condição necessária para a validação de N enquanto lei que pertence ao sistema. O Positivismo Jurídico Inclusivo, que deixa em aberto a existência desse estado de coisas em qualquer dada jurisdição, é inclusivo porque afirma que preceitos morais podem constar entre os critérios que guiam e orientam a identificação de normas jurídicas por operadores do sistema.

Na obra em que melhor expressa a sua teoria do direito, Kramer (2004) defende o Positivismo Jurídico Inclusivo, dissociando-o do Incorporacionismo e tornando assim mais claras as distinções e as pretensões das duas teorias. Kramer também defende uma versão moderada do Incorporacionismo, dissociando-a de

uma versão descontrolada. O que marca o Positivismo de Kramer é a sua distância tanto do Positivismo Jurídico Exclusivo quanto do Incorporacionismo extremo.

Assim como o Positivismo Jurídico Inclusivo, a versão moderada do Incorporacionismo sustenta que as únicas restrições nos possíveis conteúdos dos critérios de determinação da lei são aquelas que produzem a regularidade que possibilita o funcionamento básico e a existência de um sistema jurídico como tal.

Pelo menos no contexto de qualquer sociedade credível mais extensa do que um punhado de famílias, uma Regra de Reconhecimento robustamente Incorporacionista não garantirá o grau necessário de regularidade ou uniformidade; portanto, o Incorporacionismo robusto como uma posição jurisprudencial geral é enganador e pouco esclarecedor aprendo espaço para muitos subjetivismos. O incorporacionismo extremo é muito subjetivo pois não limita a variedade de critérios possíveis para determinar a lei muito mais severamente do que é necessário para garantir a funcionalidade de um sistema jurídico.

Segundo Kramer (2004) fraquezas desse tipo são evitadas por uma teoria moderadamente Incorporacionista. Assim como o Positivismo Jurídico Inclusivo, a versão moderada do Incorporacionismo sustenta que as únicas restrições nos possíveis conteúdos dos critérios de determinação da lei são aquelas que produzem a regularidade que possibilita o funcionamento básico e a existência de um sistema jurídico como tal.

Enquanto uma Regra de Reconhecimento totalmente Incorporacionista tornaria cada decisão jurídica uma decisão moral, uma abordagem levemente Incorporacionista significa que a maioria das decisões judiciais envolve a aplicação de normas autorizadas identificáveis por indicadores independentes de conteúdo. Um sistema levemente Incorporacionista pode manter uma regularidade eficaz que é difícil de alcançar em um sistema robustamente Incorporacionista. Pois para o incorporacionismo moderado a correção moral só pode ser aplicada para garantir o funcionamento básico e a existência de um sistema jurídico como tal. De forma que para Kramer o juiz não pode em todos os casos decidir “*contra legem*” por entender que sua interpretação principiológica do caso em concreto é melhor e mais adequada do que o direito positivado. No âmbito da aplicação a correção moral deve ser uma ferramenta contingencial em casos graves – em que o funcionamento da justiça seja prejudicado- por exemplo revertendo a prisão de um réu – mesmo que em conformidade com o direito posto- que não teve acesso à defesa ou que não foi

citado nos autos. A correção deve ser para estes casos circunstanciais e não servir como um instrumento a serviço do solipsismo dos julgadores pois isso poderia agravar os problemas do funcionamento da justiça.

### 3.4 O Objetivismo Moral e seu papel no Direito segundo Kramer

#### 3.4.1 Problemas iniciais da metaética

Existem respostas certas ou erradas para dilemas éticos? Niilistas e demais não cognitivistas responderiam à pergunta de maneira negativa, os niilistas dizendo que não existem respostas corretas à maioria das perguntas. Já alguns dos demais diriam que não existem respostas corretas em dilemas éticos pois o conhecimento racional não é possível em tais dilemas, devido às muitas nuances da cognição humana, como as emoções, os traços de personalidade e os sentimentos que se misturam, impossibilitando respostas concretas. Entretanto, essa visão não cognitivista fica na contramão dos mais contemporâneos estudos sobre cognição e psicologia, como é o caso dos estudos de Pinker (2018) e de Sapolsky (2021). É também partindo da resposta dessa pergunta que Matthew Kramer (2009) desenvolve a sua versão do Positivismo inclusivo.

A metaética é uma área da filosofia que se concentra na análise e na compreensão dos fundamentos, natureza e significado da ética. Enquanto a ética normativa e a ética aplicada lidam com questões sobre o que é moralmente certo ou errado em situações específicas, a metaética vai além, investigando questões mais abstratas sobre a própria natureza da moralidade e da linguagem moral. Ela busca entender a natureza dos juízos éticos, a objetividade ou subjetividade da moralidade, e outros aspectos mais amplos relacionados aos conceitos éticos. As duas principais divisões da metaética são entre o Realismo Moral (cognitivism) e o Antirrealismo Moral (não cognitivism). A metaética fornece um panorama mais amplo e reflexivo sobre as bases da ética, explorando questões fundamentais sobre a natureza da moralidade e como podemos entender e justificar nossas crenças éticas. Kramer (2009) possui um livro dedicado exclusivamente a debater tais temas

Dentro do realismo moral existem algumas divisões, das quais as principais são: **Objetivismo:** Os realistas morais objetivistas defendem a existência de

verdades morais objetivas independentes das opiniões individuais. Argumentam que há fatos morais que podem ser descobertos e que as proposições éticas têm um valor de verdade ou falsidade. **Naturalismo Moral:** Uma forma de objetivismo que vincula as verdades morais a fatos naturais do mundo, muitas vezes fundamentando a moralidade em características observáveis na natureza humana ou em princípios científicos. **Intuicionismo Moral:** Os intuicionistas morais afirmam que algumas verdades morais podem ser conhecidas diretamente por intuição moral, sem depender de argumentos ou evidências empíricas.

Já no **Antirrealismo Moral**<sup>47</sup> predomina uma visão não cognitivista que nega que as proposições éticas expressem crenças ou juízos factuais. Em vez disso, os não-cognitivistas veem as expressões éticas como expressões de emoções, atitudes ou comandos, sem uma base factual.

### 3.4.2 O realismo moral de Kramer e seu papel no direito

Fortemente influenciado pelas teorias de Ronald Dworkin no campo da ética, Kramer (2009) é um realista moral que argumenta que "os requisitos morais são fortemente objetivos" e que "a objetividade da ética é ela mesma uma questão ética que repousa principalmente em considerações éticas". Em seu livro "*Moral Realism as a Moral Doctrine*", ele afirma que "[o] realismo moral - a doutrina de que a moralidade é realmente objetiva - é uma doutrina moral".

Em seus escritos Kramer detalha e organiza os diferentes aspectos e dimensões de moralidade – e por meio da doutrina do objetivismo moral contrasta a moralidade com a imoralidade, bem como permissibilidade com impermissibilidade, ou então o bom com o mau, ou o bem com o mal, ou de forma a contrastar o que é legítimo com o ilegítimo, e todos esses diferentes modos de definir um contraste com moralidade e imoralidade.

---

<sup>47</sup> Podemos elencar também no campo do anti-realismo o **Subjetivismo:** Os antirrealistas morais subjetivistas argumentam que a moralidade é dependente das opiniões individuais ou coletivas, sem uma base objetiva externa. E o **Construtivismo Ético:** Argumenta que as verdades morais são construídas pelos agentes morais, muitas vezes por meio de algum processo social ou racional, e não descobertas como fatos independentes.

Também podemos falar de Teorias Híbridas, pois algumas abordagens buscam combinar elementos de realismo e antirrealismo moral, tentando capturar nuances e desafios presentes em ambas as perspectivas como o quasi-realismo de Blackburn (2020).

Mas moralidade pode também ser contrastada com prudência, no sentido técnico filosófico do termo, então podemos contrastar razões morais como razões que são focadas primariamente ou exclusivamente no interesse de outras pessoas com razões prudentes, que são razões focadas primariamente ou exclusivamente no interesse próprio. Em síntese por meio de uma análise meticulosa desses fenômenos sociais e de seus contrastes Kramer faz uma definição razoável do que é correto e do que é incorreto no agir humano. Mas ao contrário de Dworkin, ele acredita que, embora haja uma resposta moral correta determinada para a maioria das questões morais, existe uma verdadeira indeterminação moral em relação a algumas raras questões morais, e é justamente por essa razão que Kramer defende a plena demarcação da separação entre direito e moral pois segundo as suas análises a moral carrega consigo um grau de indeterminação que o empirismo e a lógica não conseguem resolver. Dworkin por outro lado acredita que podemos ter certeza. Kramer também se distancia da defesa do monismo de valores feita por Dworkin.

Por ser um ateu, o professor obviamente pensa que moralidade tem nada a ver com a vontade de Deus, mas tem uma visão forte sobre a objetividade da moralidade, pois, para ele, princípios morais básicos são atemporais, universais e completamente independentes do que qualquer um pensa que eles sejam (Kramer, 2009). Nesse sentido, e apenas nesse sentido, Matthew Kramer se considera um teórico do direito natural, pois na filosofia moral e política quando a frase “direito natural” é usada, ela denota esses preceitos de atemporalidade, universalidade, etc., e assim, unicamente nesse sentido da frase “direito natural”, Kramer é um teórico de Direito natural.

No seu livro *“Moral Realism as a Moral Doctrine”* - em tradução livre, “Realismo moral como doutrina moral” -, Kramer (2009) afirma a objetividade da moralidade. Esse livro é sobre teoria de direito natural, nesse primeiro sentido da frase. Mas há um outro sentido ligado à essa frase, que é operante dentro da filosofia do direito, mais ainda que da filosofia política ou moral, e quando a frase “direito natural” é usada na filosofia do direito, ela denota uma gama de teorias que são opostas ao Positivismo jurídico, e que insiste em conexões importantes entre direito e moralidade.

Obviamente que o autor de *“In defense of legal Positivism”*- em tradução livre, “Em defesa do Positivismo jurídico” - não é um teórico de direito natural no segundo

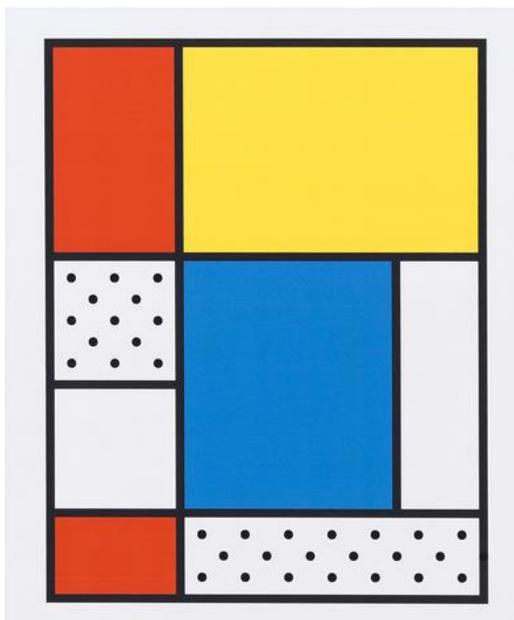
sentido da frase. **Precisamos ter muito cuidado para traçar a diferença entre esses sentidos, é central compreendermos que há uma grande divisão aqui entre Filosofia do Direito e política** (entre Positivismo metodológico e Positivismo ético), apesar de haver também muitas interconexões entre esses domínios.

Contudo, segundo Kramer (2009) um aspecto chave, devido ao qual a filosofia do Direito é diferente, é que alguns dos fenômenos chave que esse sistema contém – notavelmente o fenômeno de um sistema jurídico por si – é que esse é basicamente um fenômeno empírico. Claro que o conteúdo das normas nele é normativo e que muitas delas são deontológicas, mas a existência de operações no sistema jurídico, por si só, são questões empíricas e, no ponto de vista de Kramer, pode haver conexões morais em algo que é fundamentalmente empírico.

Mas há também outro contraste que precisa ser desenhado, definido, entre fenômenos morais e fenômenos empíricos, em que fenômenos morais são fundamentalmente normativos e deontológicos em essência, ao invés de empíricos, enquanto, apesar disso, claro, “[...]muitos julgamentos morais têm de ser parcialmente empíricos porque os julgamentos morais serão a respeito de descobertas morais de vários eventos no mundo[...]” (Kramer, 2021, p. 18). E, de forma a se saber o que está acontecendo, temos de realizar inquéritos empíricos, mas, ainda assim, os julgamentos morais por si, e não os empíricos, enquanto estão tratando de investigações científicas de cunho histórico ou social, são fundamentalmente questões empíricas, de modo que isso é ainda um outro aspecto sobre a dimensão da moralidade. Então, desenhamos um contraste diferente entre moralidade e coisas outras que moralidade, e nós temos, advindo disso, diferentes sentidos, dimensões ou aspectos de moralidade, e todos esses sentidos, dimensões e aspectos de moralidade são operantes nesses debates entre positivistas jurídicos e seus oponentes, assim que relações entre filosofia do direito e filosofia política são complicadas, em parte porque elas se dão dentro do domínio da filosofia política e dentro do domínio da filosofia do direito, e isso é complicado, muito mais complicado do que alguns *slogans* jurisprudenciais podem dar a entender.

Kramer (2009) acredita que certamente existem fenômenos empíricos que, quando julgados com referência a princípios morais, ganham significância moral, mas o que não é aceito pelo professor é que algo, cuja existência seria fundamentalmente uma questão empírica, seria um fenômeno inerentemente moral. Aqui está a central questão para o professor separa direito da moral, para ele o

direito deve poder ser empiricamente analisado, algo que não conseguimos fazer com a filosofia moral e com a ética. Vamos tentar ilustrar com a arte o ponto de vista do professor Kramer, para o professor o direito deve ser claro e determinado como na primeira obra de Gertrud Arndt e a moralidade é complexa e subjetiva como na segunda pintura de Wassily Kandinsky:



**Figura 1**<sup>48</sup>.



**Figura 2**<sup>49</sup>.

O autor até defende que a moralidade possa entrar no direito, desde que uma regra a autorize e delimite estes contornos. O direito para Kramer não pode ser tão abstrato. Mas a moralidade pode ser colocada dentro de um dos seus quadrados e pode ser usada nos casos em que se manifesta a “zona de penumbra”. A determinação total no campo da moral é algo empiricamente impossível de ser auferido segundo Kramer, mas alguns de seus *standarts* podem ser incorporados ao direito e usados como meio de um controle moral do que é e do que não é direito, positivistas exclusivos condenam essa prática e dizem que ela rompe com a tese da separação (entre direito e moral), aspecto central do positivismo.

<sup>48</sup> ARNDT, Gertrud. Exercise on the Effect of Basic Forms in the Primary Colours, from Wassily Kandinsky's class, 1924.

<sup>49</sup> KANDINSKY, Wassily. Linhas de interseção (Intersecting Lines), 1923. Óleo sobre tela. Ano de produção: 1923.

Kramer, todavia, entende que não existe apenas uma tese que designe como o direito e a moral devam ser separados,

[...]porque de fato, eu penso, é simplista, com o que eu quero dizer ser simples demais, no sentido de que uma coisa que eu procuro enfatizar, em alguns dos meus livros sobre filosofia do direito, é que não há única disputa, não há uma única tese que pode propriamente ser designada como "*The separability thesis*" [em tradução livre, "A tese da separabilidade"], uma frase que se ouve muito dentro da Filosofia do Direito, mas não existe tal coisa. Ao invés disso, há uma ênfase ou uma insistência na separabilidade do direito e da moralidade, e então há vários desafios nessa insistência. (Kramer, 2021b, p.16)

Sendo assim a maneira com que sua teoria do direito acopla a moral continua permitindo que ele seja designada como positivista.

Portanto Kramer, por meio de sua teoria do objetivismo moral, busca elucidar os caminhos em que a ciência empírica pode dar em forma de respostas para a filosofia do direito e para a filosofia política, pois muitas vezes respostas morais socialmente aceitas podem estar equivocadas, e tanto a história da religião quanto a da sociedade ocidental estão presentes para nos mostrar isso.

O objetivismo moral desenvolvido pelo autor resiste em certos pontos na sua crítica jurídica, para Kramer (2004) a noção de que operações morais de um sistema jurídico sejam propriamente entendidas como inerentemente morais, ou seja, como sendo tais que elas, em alguns aspectos importantes, ao menos, não possam estar em desacordo com a moralidade e a sua objetividade.

Uma certa moralidade pode ser posta dentro do Direito, mesmo que não seja uma moralidade que siga os critérios do realismo moral propostos por Kramer, mas ao menos em alguns aspectos importantes esta moralidade posta dentro do direito não pode estar em desacordo com a moralidade e a sua objetividade. Ou seja, a moral que entrar no direito não pode ser qualquer uma, ela deve respeitar alguns mínimos civilizatórios.

Kramer (2004) sugere que as operações morais de um sistema jurídico específico podem ser vistas como moralmente aceitáveis ou inaceitáveis. Em outras palavras, ele levanta a possibilidade de que as operações e decisões dentro do sistema jurídico não possam em conflito com determinados princípios éticos objetivos. Ele destaca a noção de que, pelo menos em alguns aspectos importantes, as ações do sistema jurídico não podem estar em discordância com a moralidade e a sua objetividade.

Assim, o autor está explorando a ideia de que as operações morais do sistema jurídico em questão necessitam, até certo ponto, ser alinhadas com as normas éticas e morais mais amplas, refletindo uma coerência entre o sistema jurídico e os princípios morais considerados objetivos. A seguir veremos no que consiste e como se fundamenta um dos mais importantes princípios para o autor.

### 3.4.3 O princípio da liberdade de expressão e a aplicação prática dos princípios de Kramer:

Em um de seus mais recentes livros *Liberdade de expressão como auto restrição (Freedom of Expression as Self-Restraint)*, o professor faz um longo e inovador estudo sobre a liberdade de expressão e defende princípio político da liberdade de expressão como auto restrição como sendo primordial (*Paramount*).

Este princípio segundo o autor está devidamente expressão na primeira emenda à Constituição norte americana (USS, 1791) que em tradução livre diz:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de discurso, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas

Este princípio, portanto, passa pelas normas secundárias que o qualificam como jurídico e -para o Positivismo de Kramer- passa inclusive a integrá-las como sendo uma norma secundária de reconhecimento e correção como veremos ao final deste subcapítulo. Mas voltemos agora ao sofisticado detalhamento acerca deste princípio feito por Kramer (2021b).

A primordialidade do domínio da liberdade de expressão é por vezes interpretado (pelos seus opositores) como a tese de que nenhum tipo ou exemplo de conduta comunicativa pode ser legitimamente proibido por um sistema de governança, esta tese extravagante não é o que o Kramer (2021b) promove. Pelo contrário, para o autor o princípio da liberdade de expressão impõe restrições absolutas aos propósitos - fins e meios que podem legitimamente ser perseguidos por um sistema de governança por meio de medidas que proíbem tipos ou exemplos de conduta comunicativa.

Essas restrições morais sobre os propósitos governamentais são inflexíveis, mas são consistentes com leis que buscam propósitos moralmente permitidos e que, no entanto, proíbem certos tipos ou exemplos de comunicações. (Kramer, 2021b)

A liberdade de expressão como autor restrição rigorosamente expõe as origens do princípio da liberdade de expressão e fornece uma nova fundamentação justificativa para ela. Para Kramer (2021a), sob esse princípio, um sistema de governança em uma sociedade pode legitimamente proibir várias formas de ação e expressão, mas **nunca pode proibi-las como formas de comunicação**. Como o professor de Cambridge argumenta, esse princípio é absoluto, no sentido de que não possui exceções; “ele impõe deveres gerais que são obrigatórios sempre e em todos os lugares para todo sistema de governança.” (Kramer, 2021b, p.212) É bem claro que para determinar a objetividade de um princípio moral Kramer sempre o contrata com um caso de não objetividade como um uso que pode se fato causar mal às pessoas, aí está a empiricidade de seu método. Proibir jornalistas de comunicar que a política econômica do país vai levar a um desastre econômico sem precedentes que pode resultar em desabastecimento e fome geral seria um exemplo negativo de contraste com a imoralidade que o não uso do princípio pode levar.

O princípio moral da liberdade de expressão que Kramer (2021b) defende consiste na seguinte tese: “Nenhum sistema de governança pode legitimamente sujeitar alguém a sanções ou outras desvantagens por se envolver em conduta comunicativa, quando a justificativa para as sanções ou desvantagens se concentra no teor comunicativo da conduta.” (Kramer, 2021b, p.215) Todo sistema de governança tem a obrigação moral de abster-se de penalizar qualquer atividade comunicativa que seja estritamente comunicativa. Em outras palavras,

“quaisquer restrições impostas por um sistema de governança a alguma atividade comunicativa são moralmente legítimas apenas se foram impostas não porque a atividade é comunicativa, mas sim porque ela exemplifica um tipo de má conduta cuja incorreção não é distintamente comunicativa.” (Kramer, 2021b, p.50)

Por exemplo, se alguém faz um discurso no qual defende o banimento de todos os muçulmanos para terras estrangeiras, sua expressão é motivada pelo ódio religioso, mas jamais poderá ser considerada um crime em uma jurisdição onde o sistema de governança predominante esteja em conformidade com o princípio da liberdade de expressão. Precisamente classificada como defesa em vez de

incitação, a ação é moralmente protegida por esse princípio e é legalmente protegida pelas garantias constitucionais aplicáveis, como a Primeira Emenda. Portanto, dado que o discurso cheio de ódio, mas que não faz incitações diretas não pode ser punível como crime, uma lei de crimes de ódio não pode ter aplicação sobre essa conduta meramente comunicativa. Mas Kramer não é ingênuo e sabe assim como John L. Austin (2000) que é possível fazer coisas com palavras, inclusive cometer crimes.

Kramer acredita que falas, símbolos ou outras formas de expressão que geram diretamente discriminação não são protegidas por esse princípio, na verdade são apostas a ele. Símbolos de ódio como a suástica, placas que incitem a agressão direta ou que insinuem que um grupo de uma minoria étnica não é bem-vindo em um espaço são apostos à primordialidade da liberdade de expressão pois extrapolam o mero agir comunicativo e promovem uma discriminação de fato. Quando uma proibição legal é direcionada contra sinais racistas ou antissemitas enquanto atos de discriminação em si, em vez de enquanto atos de comunicação, isso está inteiramente de acordo com o princípio da liberdade de expressão. Para Kramer um defensor liberal do princípio da liberdade de expressão prontamente aceitará que tais sinais podem constituir atos de discriminação passíveis de proibição, mesmo quando os sinais não estão combinados com práticas adicionais de exclusão.

Kramer se envolve extensamente com argumentos de feministas a favor de restrições legais à pornografia e com argumentos proeminentes em favor da proibição da defesa de credos odiosos. Embora ele aceite que alguns tipos ou instâncias de pornografia e incitação ao ódio podem ser adequadamente proibidos, ele sustenta que a maioria dos tipos e instâncias dessas formas de comunicação são moralmente protegidos pelo princípio da liberdade de expressão. Pois segundo ele condutas apenas comunicativas não podem ser punidas. Essas condutas podem sim ser punidas quando geram prejuízos ou danos concretos como em casos de racismo em que um dano moral que pode ser demonstrado é causado à vítima. Para exemplificar Kramer defende que a pornografia infantil e a pornografia proveniente de vídeos de estupros seja proibida, mas não pelo teor do que comunica e sim por envolver ações que geram danos e prejuízos gravíssimos as suas vítimas. Uma conduta não pode ser proibida simplesmente por comunicar algo deve ter algo a mais por trás como um resultado que gera um prejuízo ou uma discriminação concreta a alguém.

O inclusivista também acredita que mentiras fraudulentas também são apostas ao que o princípio da liberdade de expressão significa. Nem todas as mentiras são corretamente classificáveis como fraudulentas. Mas afirmações deliberadamente falsas (ou altamente enganadoras) que tenha a intenção de proporcionar um benefício desonesto para o interlocutor ou para alguém favorecido por ele, ou que tenha a intenção de infligir um prejuízo desonesto a outra pessoa devem ser recriminadas.

Uma declaração mentirosa é fraudulenta apenas quando tem como objetivo proporcionar um benefício ou infligir um prejuízo. Como no caso de dizer que vacinas não funcionam para promover uma campanha de desinformação que favorecerá o seu projeto político ou como negar o holocausto para fortalecer a sua ideologia discriminatória. “Como um exemplo de fraude, uma declaração com esse objetivo pode ser sujeita a sanções legais em plena conformidade com o princípio da liberdade de expressão.” (Kramer, 2021b, p.87)

Esse princípio está relacionado com um ideal de auto restrição governamental que se conecta à responsabilidade moral primordial de todo sistema de governança: criar as condições políticas, sociais e econômicas sob as quais cada membro de uma sociedade pode ter um amplo senso de autorrespeito garantido.

O caso do princípio da liberdade de expressão de Kramer nos serve para demonstrar no que consiste um princípio para o autor, bem como para exemplificar como a sua filosofia moral se conecta com o direito na prática.

É importante destacarmos que o princípio da liberdade de expressão pode ser segundo Kramer empiricamente verificado na primeira ementa à constituição do estados unidos, portanto ele foi incorporado à lei por meio das fontes sociais adequadas e, portanto, segundo o positivismo de Kramer possui força normativa visto ter o *pedigree* mais do que adequado.

Esse princípio também possui fortes desdobramentos filosóficos que são desenvolvidos por Kramer através de uma estruturação lógica e moral proveniente do seu realismo moral, como vimos ele afirma que é um princípio absoluto (*Paramount principle*) da moralidade política. Por ter sido devidamente qualificado como princípio pela convenção social que o positivou e por estar em adequação com um básico de objetividade moral este princípio pode ser usado como ferramenta jurídica para dizer se uma determinada norma pode ser classificada como jurídica (positivismo inclusivo) ou se uma determinada norma pode ser adequada/corrigida

em sua aplicação para ser classificada como jurídica (incorporacionismo). Exemplificando:

Na tese do Positivismo inclusivo de Kramer uma norma “x” promulgada hoje proíbe que as pessoas se expressem a favor da mais legalização do aborto no Estado Unidos, segundo Kramer essa norma não poderia ser classificada como jurídica pois ao tentar passar no filtro das normas de conhecimento (normas secundárias) não estaria adequada a este teste moral e, portanto, não passaria no teste de *Pedigree*, não podendo ser aceita pelos aplicadores do direito e devendo ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte estadunidense.

Agora vejamos a tese do incorporacionismo moderado defendido por Kramer na prática. Uma norma “y” proíbe o consumo de cocaína e crack no Estado Unidos e um filósofo discorda desta proibição por entender que a cocaína possa ter propriedades muito boas às pessoas e, portanto, lança um livro e faz discursos defendendo a sua legalização e o seu consumo. Um promotor entende que este filósofo ao divulgar suas ideias está incidindo num tipo penal de incitação ao crime, pois por mais que ele esteja apenas agindo comunicativamente e apenas expressando uma ideia e não defendendo ações objetivas e concretas (como o consumo, a distribuição e a venda de cocaína na *times square* às 14h do próximo domingo) ele está segundo a sua interpretação incidindo neste crime. Segundo o incorporacionismo moderado de Kramer um juiz no Estados Unidos não deve acatar esta denúncia pois ao corrigir/adaptar a interpretação do tipo penal de incitação ao crime com o princípio da liberdade de expressão ele percebe que a conduta não é criminosa pois o princípio legislativamente promulgado corrige/adequa a legislação para não ser aplicada em tais casos. Nas palavras do próprio Kramer (2001, p.5)

o processo de determinação da lei pode se desdobrar como uma investigação factual rigorosa nas fontes relevantes de normas legais que foram constituídas por decisões legislativas e judiciais anteriores. Embora qualquer sistema jurídico específico (como o sistema americano) possa obrigar e capacitar seus funcionários a aplicar certos testes morais ao identificar a lei, o papel desses testes é uma característica puramente contingente.

Portanto o uso dos princípios, mesmo de um princípio como o da liberdade de expressão é contingencial e não é um base do direito e sim apenas mais uma parte dele. Agora que entendemos no que consiste e como se aplica um princípio para Kramer vamos nos voltar novamente ao seu positivismo.

### 3. 5 A Teoria do Direito de Kramer: o direito e a moral se encontram

“princípios morais não precisam ser incorporados ao direito de nenhuma jurisdição, não precisam estar no nível de padrões de leis validadoras em nenhuma jurisdição em particular, mas eles podem!” (Kramer, 2021c, p.20)

Um dos principais livros de Matthew Kramer pode ter seu título traduzido como: Em defesa do Positivismo jurídico: "Lei Sem Firulas"<sup>50</sup>. O livro dele é uma defesa inflexível do positivismo jurídico que insiste na separabilidade do direito e da moral. Após distinguir entre três aspectos da moralidade, Kramer explora diversas maneiras pelas quais o direito tem sido percebido como integralmente conectado a cada um desses aspectos. O livro conclui com uma discussão detalhada sobre a obrigação de obedecer à lei - uma discussão que destaca as construções do positivismo jurídico tanto no domínio da filosofia política quanto no domínio da jurisprudência. Essa expressão sugere uma abordagem direta e sem excessos na aplicação da lei, enfatizando a simplicidade ou a ausência de adornos ou elementos desnecessários como ele destaca que as teorias opostas ao positivismo como o interpretativismo e o jusnaturalismo tem. Kramer (2001) defende a constância e a prudência com valores centrais e necessários à sua teoria do direito.

Kramer (2001, p.4) crítica autores que -como Dworkin- entendem que direito e moral são fenômenos indissociáveis pois segundo ele a moralidade tem um grau de indeterminação, pois “[e]mbora legalidade e moralidade sejam, é claro, combináveis, elas também podem ser dissociadas. Tentativas de negar isso, tentativas de estabelecer a importância intrinsecamente moral da lei, todas acabarão por se frustrar.” Mais detalhadamente, Kramer (2001, p.5) acha equivocado dizer que direito e moral sempre vão estar relacionados, em suas palavras

O que exatamente se quer dizer com a afirmação de que lei e moralidade são sempre separáveis? Isso claramente não significa que lei e moralidade são sempre distintas. Separabilidade não implica [...] pode haver qualquer número de conexões contingentes entre requisitos legais e requisitos morais. Uma recusa em reconhecer a possibilidade de tais conexões seria pelo menos tão tola e equivocada quanto insistir que elas devem realmente ocorrer em todas as circunstâncias. O que este livro sustenta não é que requisitos legais e requisitos morais necessariamente sempre vão divergir, mas que sempre podem vir a divergir. Laços necessários entre lei e

---

<sup>50</sup> Tradução livre de: “*In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*”.

moralidade, ao contrário de laços contingentes, são o que o positivismo jurídico refuta.

Temos que ter em mente que o Inclusivismo de Kramer foi concebido para minar a queixa de Dworkin de que o positivismo jurídico não pode explicar adequadamente a presença de princípios morais na lei de algumas jurisdições (Kramer, 2004).

Kramer, acredita que Dworkin estava correto em pensar que qualquer teoria jurisprudencial satisfatória deve ser capaz de chegar a um relato plausível da presença de princípios morais. No entanto, discorda dele, quando subestima a desenvoltura do Positivismo jurídico - que, em seu Inclusivismo e formas incorporacionistas, é capaz de explicar perfeitamente bem como princípios morais podem entrar na lei. Pois, diferente dos Positivistas Legais Exclusivos, que recorrem a todas as formas de contorções para responder às críticas de Dworkin, os positivistas inclusivistas admitem que o direito incorpore, dentro da sua essência, princípios morais, na medida em que, para eles, os requisitos morais podem figurar entre os critérios, de referência a que os funcionários de um sistema jurídico possam usar para averiguar a existência e o conteúdo das leis, no que seria algo que se aproxima de um controle de constitucionalidade. A questão central que diferencia o entendimento dos princípios em Kramer para o entendimento em Dworkin é que **diferente de Dworkin, Kramer defende que os princípios não são guias para criar razões, mas tão somente ferramentas para encerrar disputas** como em casos que caíram na zona de penumbra. Nas palavras do próprio autor:

[...]esses princípios não são guias para criar razões, mas ferramentas para encerrar disputas. Embora esses princípios não forneçam orientação, sua capacidade de encerrar disputas substitui essa função. Isso é particularmente relevante em casos difíceis, nos quais a ausência de orientação legal adequada faz com que a prioridade dos juízes seja resolver os pontos em disputa. Enquanto a falta de orientação pode ser problemática em todo o sistema jurídico, é inevitável e menos problemática quando restrita às normas invocadas em casos complexos que estão fora dos limites das leis existentes baseadas em fontes. (Kramer, 2004, p.44)

Tendo arguido diversas respostas aos ataques de Dworkin no Positivismo Jurídico como teoria geral, Kramer também têm de lidar com as objeções levantadas pelos Exclusivistas. De acordo com essas objeções, os Inclusivistas não compreendem consistentemente certas propriedades elementares do Direito como: sua reivindicação à autoridade, sua capacidade de orientar o comportamento, sua convencionalidade, sua regularidade e sua estratificação institucional limitada por

alguns tribunais primordiais. Contrariar as objeções exclusivistas envolve, portanto, uma reconsideração de cada uma dessas propriedades. Disputas intrapositivistas entre excludentes e inclusivistas alcançam profundamente as camadas da estrutura conceitual que envolve o pensamento e a obra de Matthew Kramer.

Kramer se aventura em meio a essas discussões para manter o legado hartiano, defendendo a variante do Positivismo jurídico que - segundo ele -, pode melhor resistir aos ataques de Dworkin, sem perder de vista as características essenciais da lei, tão bem captadas pelo positivismo.

O que marca o positivismo de Kramer é a sua distância tanto do Positivismo Jurídico Exclusivo quanto do Incorporacionismo extremo. Isso pois segundo Kramer (2004, p.43) “O Positivismo Jurídico Exclusivo imagina restrições indevidas nos possíveis conteúdos dos critérios de determinação da lei, enquanto a versão robusta do Incorporacionismo imagina restrições insuficientes nesses conteúdos.”

Kramer tenta equilibrar uma certa determinação objetiva e empirista que segundo ele o direito deve ter, com a possibilidade de dar respostas adequadas por meio dos princípios nos *hard cases*.

Para o inclusivista a importância central nessa questão está no grau fundamental de regularidade e uniformidade que deve existir para que um sistema jurídico seja considerado como tal.

Pois segundo ele ao menos no contexto de qualquer sociedade credível mais extensa do que um punhado de famílias, uma regra de reconhecimento robustamente pautada em moralismos não garantirá o grau necessário de regularidade ou uniformidade.

Portanto para Kramer, o Incorporacionismo robusto como uma posição jurisprudencial geral é enganador e pouco esclarecedor. Os positivistas jurídicos exclusivos erram na direção oposta. Eles limitam a variedade de critérios possíveis para determinar a lei muito mais severamente do que é necessário para garantir a funcionalidade de um sistema jurídico e acaba deixando muitos casos difíceis nas mãos da discricionariedade dos juízes<sup>51</sup>. Uma teoria exclusivista sofre de algumas

---

<sup>51</sup> Diante da frequência com que alguns juízes invocam e devem invocar princípios morais ao julgar casos difíceis, os positivistas jurídicos exclusivos dificilmente poderiam sustentar que os limites delineados por sua teoria são requisitos essenciais para a existência de um sistema legal. Ao invés de indicar restrições sobre os tipos de padrões que podem e devem servir como referências adjudicativas em um sistema legal viável, os limites exclusivistas são puramente classificatórios. E eles vêm os princípios como algo discricionário e desprovido de qualquer caráter jurídico. (Kramer, 2021a)

fraquezas desconcertantes, como o desconsiderar das semelhanças entre normas costumeiras e preceitos morais.<sup>52</sup>

Para Kramer (2004) não deveríamos nos surpreender quando os juízes se deparam com situações difíceis que não se enquadram nas normas legais baseadas em fontes predominantes, os juízes frequentemente discordarão entre si ao chegar a suas decisões. Essa discordância é um fato da vida judicial - mais precisamente, um fato da vida nos tribunais de apelação - que é cansativamente familiar para qualquer pessoa que tenha um mínimo de familiaridade com a prática judicial em qualquer lugar do mundo.

Para Kramer (2004) – diferente do que propõe o interpretacionismo- muito mais importante do que a proeminência da falta de unidade judicial em alguns poucos casos difíceis é a uniformidade geral de julgamentos na grande maioria dos casos, que são resolvidos por meio de normas legais baseadas em fontes sem a necessidade de princípios morais suplementares. Isto é: a justiça como constância.

### **3. 6 Considerações parciais**

Um mapa nunca vai conseguir reproduzir todas as nuances do que quer mapear. E tal como um mapa este trabalho é uma tentativa de reproduzir e introduzir um mundo de debates e ideias. A obra de Matthew Kramer é muito vasta e densa e certamente não está colocada aqui em toda a sua primazia. Se algumas nuances desta obra não ficaram muito claras o problema certamente se deriva do autor do presente trabalho e não de Kramer que sempre tem como marca deixar suas ideias clara de forma que possam ser empiricamente analisadas.

O Positivismo jurídico é caracterizado como descritivo e discricionário, implicando que os juízes têm uma margem considerável de liberdade em suas decisões. Kramer e outros Positivistas inclusivistas tentam confrontar e cercear essa zona de liberdade que os juízes possuem, introduzindo os princípios. O positivismo é uma descrição, e uma descrição não é boa ou ruim, mas verdadeira ou falsa. Dworkin, por sua vez, contesta a precisão da descrição positivista, afirmando que ela

---

<sup>52</sup> Segundo Kramer (2004) fraquezas desse tipo são evitadas por uma teoria levemente Incorporacionista. Assim como o Positivismo Jurídico Inclusivo, a versão moderada do Incorporacionismo sustenta que as únicas restrições nos possíveis conteúdo dos critérios de determinação da lei são aquelas que produzem a regularidade que possibilita o funcionamento básico e a existência de um sistema legal como tal.

é falsa ou errada. Essa crítica destaca a insuficiência do Positivismo em fornecer uma base normativa sólida para o Direito.

Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo: há, sim somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica. (...) Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (...). mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos. mas com linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento.' (Streck. 2020, p.125)

O Positivismo Exclusivo declara a independência absoluta entre dois sistemas. Para o Positivismo, o Direito depende somente de questões factuais históricas: depende, em última análise, daquilo que a comunidade em questão aceita como Direito em matéria de costume e de prática. Se uma lei injusta atende aos critérios aceitos para determinar o que é Direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juízes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer lei, a lei injusta é lei e ponto-final. Matthew Kramer, por outro lado, nega que o Direito e a Moral sejam necessariamente sistemas totalmente independentes. O Inclusivismo afirma que o Direito precisa incluir somente as regras específicas postas em vigor, de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que essa comunidade pode ter, pois pode ocorrer que, em determinado território e momento, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos feitos “conforme a justiça”, “promovendo o bem estar de todos”, “segundo valores morais da comunidade”, segundo a “moralidade política” (Waluchow, 2003, p. 2) ou, nas palavras de Hart (2009, p. 250), “conforme princípios morais e valores substantivos”. Em tais situações, uma norma jurídica só é válida se for submetida e aprovada em um “exame moral”, de forma que a sua validade e a sua forma de aplicação dependam de qualidades morais, conforme decisão do aplicador.

Já no Positivismo inclusivo de Kramer (2004), é posta a seguinte tese: pode ser o caso, apesar de não precisar ser o caso, em que a consistência de uma norma, com alguns ou todos os requisitos da moralidade, é uma pré-condição para o status da norma como lei nesta ou naquela jurisdição.

Essa tal pré-condição em forma de teste moral para a validade jurídica não é inerente ou necessária ao conceito de Direito, mas pode ser imposta como um teste

limiar sob a regra de reconhecimento em uma jurisdição específica e ainda assim ser considerada Direito. O Positivismo Inclusivo de Kramer desenvolve uma série de respostas às críticas levantadas por Ronald Dworkin, buscando manter uma defesa coerente do Positivismo Jurídico e de sua necessária determinação clarividente e consistência verificável.

Em "O Modelo das Normas (I)", Dworkin antecipa e recusa a solução proposta por Hart e pelos demais inclusivistas para o problema original. Ele argumenta que, na sua perspectiva, a validade dos princípios jurídicos não pode ser explicada por uma regra de reconhecimento que apenas defina critérios sociais de validade. Dworkin destaca a dificuldade em conceber uma fórmula que demonstre quanta aprovação institucional, e de que tipo, é necessária para transformar um princípio em um princípio jurídico. Além disso, ele aponta que é impossível fixar o peso desse princípio em uma certa ordem de grandeza sem cair em um subjetivismo.

Para Dworkin (1985), a defesa de um princípio envolve uma luta complexa com diversos padrões em constante mudança, incluindo evolução, interação, responsabilidade institucional, interpretação da lei, força persuasiva de vários tipos de precedentes e seu relacionamento com as práticas morais contemporâneas, entre outros padrões similares. Ele argumenta que não é viável consolidar todos esses elementos em uma única "regra", por mais complexa que seja. Mesmo que fosse possível, o resultado não se alinharia com a concepção de Hart de uma regra de reconhecimento.

O problema com a solução de Hart, então, é que uma regra de reconhecimento não pode especificar quanto peso deve ser dado a um princípio, uma vez que o seu peso só pode ser determinado por estratégias complexas de raciocínio moral que, por sua vez, não podem ser determinadas por uma regra de reconhecimento. (Himma, 2014)

O positivismo pode ser caracterizado pelos seguintes aspectos centrais: a) a existência do direito em uma sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade, ou seja, das fontes sociais do direito; b) as normas jurídicas de um ordenamento mesmo com a inclusão de princípios positivados não cobrem todas as situações possíveis, resultando em "casos difíceis" que não podem ser resolvidos pelas normas existentes. Isso de fato reduz a discricionariedade, mas ainda assim em muitos casos ainda vai levar à discricionariedade concedida aos juízes, e isso

acaba vinculando o positivismo à subjetividade do intérprete da modernidade. (Streck, 2023)

O Positivismo inclusivo apresenta inovações que blindam o movimento contra muitas das críticas interpretativistas. Mas que ainda blindada não resiste ao calibre do interpretativismo de Dworkin.

Agora nos encaminhando para o final dessas conclusões parciais, podemos dizer que a obra de Matthew Kramer é resultado de uma longa tradição de juristas, mas traz uma nova luz para o Positivismo Jurídico, ao partir de ideias de Herbert Hart para incorporar as críticas de Dworkin e as críticas de positivistas exclusivistas em uma teoria que tenta tornar claro e compreensível o conceito de direito, justamente entendendo que direito e moral estão intrinsecamente relacionados, e que uma teoria que negue isso está em desconformidade com uma análise metódica e crítica do que significa direito.

Kramer entende que valores atemporais e imutáveis podem ajudar a determinar o que é o direito, e na medida em que se esforça para trazer mais clareza e objetividade sobre esses valores com o objetivismo moral, também traz mais justiça e equidade para dentro da teoria do direito com a sua teoria do positivismo inclusivo, que parte do objetivismo moral.

Em síntese, Kramer condensa a necessidade de ter clareza e objetividade no método “sociológico descritivo” dos Positivistas, mas também compreende que as críticas interpretativistas e principiológicas de Dworkin são fundamentais para que, em certas ocasiões como nos *Hard Cases*, o Direito possa ter mais clareza e objetividade. **Kramer (2001) defende um direito sem firulas em que a justiça se estabeleça como constância.** Será que não seria melhor que nossos princípios estivessem positivados? Isso não evitariam pamprinciologismo? Será que ainda cairíamos no problema do criterialismo se fizéssemos isso e deixássemos a hermenêutica para os grandes *hard cases*? Kramer no mínimo consegue nos inquietar.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o surgimento das sociedades mais primitivas a confusão entre justiça e direito se estabelece como uma grande questão existencial e filosófica. Há

milênios em que a dúvida sobre o que é o direito e se ele deve se curvar diante da justiça habitam o imaginário humano. Os gregos quase sempre foram os primeiros a fazerem as perguntas certas e as debaterem exaustivamente. Este trabalho começou com a discussão de Antígona e Creonte sobre o que é fazer a coisa certa: obedecer às leis da pólis ou fazer valer algum valor superior?

Sérgio Buarque de Holanda em um brilhante ensaio sobre patrimonialismo - já citada na introdução deste trabalho- dá toda a razão a Creonte, que segundo o sociólogo separa a personalidade da figura pública e decide se colocar do lado das leis da pólis. As leis surgem para civilizar a sociedade, para afastar a barbárie e fazer valer os valores da comunidade e da organização social. Será que as leis são mero produto da autoridade? Hart nos mostrou que não. Será que as leis falam por si só sem precisarmos compreender a trajetória histórica que as antecedem? Dworkin mostrou que não.

Muitas das grandes questões humanas foram respondidas pelos autores trabalhados nas páginas anteriores e creio que cada um deles teria uma sentença diferente para Antígona que foi presa por tentar enterrar o irmão morto em combate. De fato, seguir a lei da pólis e termos determinação sobre o que ela realmente quer dizer é um avanço civilizatório, separá-la de toda uma amalgama de metafísica também é civilizatório, diante da pólis ninguém deve ser julgado com base nas meras convicções pessoais ou religiosas de outro. O positivismo por muitos séculos veio representando um avanço, parafraseando Dominique Rousseau (2019, p.58), o único meio laico que permanece para "fazer uma sociedade", para assegurar a sua manutenção, o seu controle e o destino da coletividade, isto é, da política e da história, é o direito. Nas sociedades pós-metafísicas, sem direito não há política nem história. Apenas o vazio e a anomia. O positivismo possui muito mérito em trazer mais determinação e laicidade para esta ferramenta tão central na organização da vida cotidiana, mas como Creonte em nome da ordem, determinação e organização ele se fecha diante de questões centrais.

O problema do Positivismo está propriamente na separação entre (teoria do) direito e a moral. Mas não na separação do direito da moral individual e subjetiva e sim na separação dos valores morais que são *standarts* de sustentação do Direito e que estão presentes no dia a dia de um comunidade. Dworkin percebeu isso, e muitos juristas e práticos do Direito já haviam percebido isso. O caso Riggs vs Palmer não é tão explorado por Dworkin à toa. As tradições e significados de ações

em uma certa comunidade fazem parte do conceito de direito. E a própria analítica percebe isso quando olha com mais atenção à prática jurídica, mas exclusivistas continuam dizendo que os princípios usados pelos aplicadores da lei são indeterminados e extrajurídicos.

Antígona é a grande heroína da história pois pede um tratamento justo ao seu irmão Polínices, coerente para com o que o seu outro irmão Etéocles, morto no mesmo combate teve. O novo rei Creonte, tio dos irmãos, decide honrar Etéocles com um enterro adequado, mas proíbe o sepultamento de Polínices, considerado um traidor à cidade. Antígona age com coragem e coerência ao desafiar a ordem de Creonte pois percebe que acima das leis positivadas estão os princípios daquela comunidade como o dever de lealdade familiar. Ela é presa e condenada à morte e enfrenta a execução com dignidade. Com a mesma dignidade de Sócrates que sabia que morria com a razão. Dworkin e a fenomenologia hermenêutica dão razão a Antígona. Com os seus princípios a heroína civiliza a pólis permitindo o enterro de uma pessoa digna e mantendo através de seu posicionamento a coerência e a integridade.

Tal como Sérgio Buarque de Holanda, que faz uma boa defesa do ponto de vista de Creonte criticando o suposto patrimonialismo de Antígona, os positivistas levantaram importantes objeções ao interpretativismo. Em seus argumentos e em muitos de seus *insights* aperfeiçoaram a prática jurídica, mas nem por isso deixam de estar errados em muitos aspectos.

O sistema jurídico é um sistema de regras para a convivência harmônica em sociedade. O Direito é o mecanismo que os seres humanos encontraram para recriminar aqueles comportamentos que supostamente fazem mal ao grupo. Outros animais também fazem isso como os bonobos, os elefantes e os golfinhos. A diferença é que para nós, seres humanos, o rol de comportamentos inaceitáveis é muito mais amplo e atualmente proceduralizado, mas a sua essência é a mesma. O direito sociologicamente até pode ser visto como Foucault (1980) o descreveu: um mecanismo de controle social. Essencialmente em matéria sociológica ele é isto. Mas filosoficamente ele é um conceito interpretativo sobre o que uma sociedade entende por certo ou errado. Essa interpretação é feita partindo das regras formais de uma sociedade como a legislação, mas também se assenta nos princípios que sustentam essas regras. Se essas regras formais valessem mais do que esses princípios que as sustentam teríamos um sistema sem bases, e, portanto, solto no

ar, frágil e aberto a subjetivismos e a falhas de interpretação. Os princípios como a dignidade da pessoa humana são o que sustenta a nossa legislação e são o cerne do direito contemporâneo.

Kramer a partir de seu realismo moral inocentaria Antígona, a permitiria enterrar o seu irmão. Mas o seu positivismo apesar de não ser tão fechado dependeria de outros critérios, como princípios positivados ou uma autorização posta para inocentar Antígona. Nesse sentido, o que se conclui é que Kramer tem uma abordagem inédita e muito original do Positivismo jurídico e da sua relação com a moralidade, que supera muitos de seus problemas, dando respostas a muitas das perguntas de Dworkin. Mas a sua falta de abertura à fenomenologia o prende à dependência de um criterialismo, está certo, estamos falando de um criterialismo mais avançado e que soluciona muito mais questões, mas nem por isso deixa de ser um criterialismo fechado à fenomenologia. No fim das contas, todo positivismo se mostra tanto precário em razão da compreensão do direito como um fenômeno criterialista e não como um conceito interpretativo. Lembremos aqui da “lei de Streck”, quem fala da pureza do Direito que usa da moral para separar o Direito da moral e, portanto, fala de um lugar impuro.

Princípios são comuns a todas as sociedades e se fundam tanto na necessidade utilitária de termos normas de conduta em sociedade quando na ideia ontológica de agir bem. Se você for metafísico pode dizer que eles são um imperativo categórico. Se você não for pode dizer que eles são inerentes à condição do ser humano de animal que convive com os outros e precisa ter padrões de condutas mutuamente aceitos para que a convivência seja minimamente possível. O Direito é a forma de termos convivência em sociedade e é um dever.

Princípios vem antes do Direito! O positivismo erra ao achar que os princípios merecem uma sanção do direito, aí existe uma inversão de papéis! Não precisamos justificar os princípios na legislação, pois são eles que fundamentam a legislação. É anacrônico dizer que a legislação fundamenta os princípios. Pois são os princípios que sustentam toda a legislação, os princípios são o titã atlas do mundo das normas. Eles as levam em suas costas. Mas também são o atlas geográfico pois eles nos ajudam a mapear, interpretar e compreender a legislação.

Em Gadamer (2006), vimos que o intérprete não pretende outra coisa que compreender esse geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que diz o sentido e o significado do texto. E para alguém compreender isso ele não deve

querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. O intérprete está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é quiser entender algo nele. O direito deve relacionar texto e contexto, se nos prendermos a critérios pré-estabelecidos é evidente por subsunção lógica que em algum momento vamos cair na discricionariedade e Dworkin é preciso quando aponta que uma das características do positivismo é a discricionariedade. Sem hermenêutica sempre acabaremos caindo na discricionariedade pois parafraseando Streck (2017) no direito e na vida “estamos condenados a interpretar”.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional brasileiro**. 4 . ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e discricionariedade judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ABEL, Henrique. **Epistemologia Jurídica e Constitucionalismo Contemporâneo**: os fundamentos do Direito democrático na era do pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

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

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Indianapolis: Hackett, 1998.

AUSTIN, John Langshaw. **How to Do Things with Words**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ARISTÓTELES. **Nicomachean Ethics**, Livro V, 10: 1137b, in Jonathan Barnes ed., *The Complete Works of Aristotle*. Princeton University Press, Princeton, 1984.

BIX, Brian. **Teoria do Direito**. Tradução de Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: CreateSpace Independent Publishing Platform, 1974.

BENTHAM, Jeremy. **A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government** edited by H.L.A. Hart and J.H. Burns. Oxford: Clarendon Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

BOYER, Allen D. **Sir Edward Coke and the Elizabethan Age**. Stanford University Press, 2003.

BOYER, Allen D. "**Introduction**". In Allen D. Boyer (ed.). *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*. Liberty Fund: 2004

BUARQUE DE HOLANDA. **O Homem Cordial** in Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A breve história do positivismo descritivo**: O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, SC, ano n. 1, janeiro/abril, 2015.

CAMPIS, Francisco Kliemann; ABEL, Henrique. **A "lenda urbana" de que o positivismo jurídico "legitimou" o nazismo** In *Conjur*, 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/diario-classe-porque-positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo/#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/diario-classe-porque-positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo/#_ftn4). Acesso em: 28 nov. 2023.

CAMUS, Albert. **L'Homme revolte**. Paris: Gallimard, 2008

CRIMMINS, James. **Jeremy Bentham** in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Palo Alto: Stanford press, 2021.

CRIMMINS, James. **On Bentham**, Belmont: Wadsworth, 2004.

COKE, Edward. **The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke** (Ed. S. Sheppard). 3 vols. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

COKE, Sir Edward. **Law, Liberty and Parliament**: Selected Essays on the Writings Sir Edward Coke. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.

COKE, Edward. "**Dr Bonham's Case and 'void' statutes**". In: WILLIAMS, Ian. *Journal of Legal History*, v. 27, n. 2, p. 111–128, 2006.

COLEMAN, Jules. **Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis**. *The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Cambridge: Cambridge Press, 1998.

COLEMAN, Jules. **Moral criteria of legality**. The practice of principle. In *defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2001

CROMARTIE, Alan. **The Constitutionalist Revolution**: An Essay on the History of England, 1450–1642. Cambridge press: Cambridge, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DORE, Isaak I. **The epistemological foundations of law**. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

DUXBURY, Neil. English Jurisprudence between Austin and Hart. **Virginia Law review**, Virgínia, v. 91, n. 01, p. 155-170, 2005.

DWORKIN, Ronald. Oxford readings in philosophy: **The Philosophy of Law**. New York: Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **O ouriço e a raposa**: Justiça e valor. Tradução de Marcelo Cipolla. São Paulo: WMF, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Philosophical Issues in Senile Dementia**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1987.

DWORKIN, Ronald. **A Bill of Rights for Britain**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Religion Without God**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2013.

DYZENHAUS, David. **Hobbes and the Legitimacy of Law**. *Law and Philosophy*, vol. 20, n. 05, set. 2001, pp. 461-498.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu** e outros trabalhos (1913-1914). Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. São Paulo: Vozes, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARDNER, John. **Legal Positivism myths**. In: GARDNER, John. Law as a Leap of Faith. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert. "Introduction". In AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. Indianapolis: Hackett, 1998.

HAYNES, Alan. **The Gunpowder Plot: Faith in Rebellion**, Hayes and Sutton. 2005

HEMINGWAY, Ernest. Por quem os sinos doam. Rio de Janeiro: Bertrand, 2013.

HIMMA, Kenneth Einar. "Positivismo Jurídico Inclusivo." Teoria Direita, no. 8, jan./dez. 2014. Disponível em: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-43872014000100010](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100010). Acesso em: 22 de novembro de 2023.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Martin Claret: São Paulo, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

IVESTER, Hermann. **The Stamp Act of 1765** –The Revenue Journal, The Revenue Society, Vol.XX, No.3, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **O que é a justiça?** Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KRAMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KRAMER, Matthew H. *The Quality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

KRAMER, Matthew H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Matthew H. *Objectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KRAMER, Matthew H. *H. L. A. Hart*. Medford: Polity, 2018.

KRAMER, Matthew H. *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

KRAMER, Matthew H. *Moral Realism as a Moral Doctrine*. Oxford: Blackwell, 2009.

KRAMER, Matthew. *H.L.A. Hart: A Natureza do Direito*. Tradução de Gilberto Morbach. Fortaleza: Editora Unichristus, 2021a.

KRAMER, Matthew. *Freedom of Expression as Self-Restraint*. Londres: Oxford University Press, 2021b.

KRAMER, Matthew, 2021c. In Campis, Francisco. *Entrevista com o Professor Matthew H. Kramer*. In *Jornal Habeas* edição anual 2021.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**, Madrid:Trotta, 1998.

MCCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart. São Paulo**: Elsevier editora, 2010.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

MILL, John Stuart. **Autobiography** and other Literary Essays. Edited by John M. Robson and Jack Stillinger. Toronto: Univesty of Toronto Press, 1981.

MONRO, D. H.: **Bentham** in *Encyclopedia of Philosophy*, The Macmillan Company & The Free Press, Nova York, 1967.

MORBACH, Gilberto. **Entre o positivismo e o interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Juspodium, 2020.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

Radbruch, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Antonio Amado, 1979

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2. ed. Princeton University Press: Princeton, 1990.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009

RUBENFELD, Jed. **Revolution by Judiciary**: the structure of American constitutional law. Harvard University Press, 2005.

RUSSELL, Bertrand. **No que acredito**. Porto Alegre: LPM, 2017.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2016. p. 452.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental**: v. 3. Filosofia Moderna. São Paulo: Novo tempo, 2018.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich**. Cidade do México: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2016.

SAPOLSKY, Robert M. **Comporte-se**: A biologia humana em nosso melhor e pior. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

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

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 210 Series, Working Paper n. 77, mar. 2007. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 11 fev. 2023.

SORELL, Tom. "**Thomas Hobbes**". Encyclopedia Britannica, 13 out. 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Thomas-Hobbes>. Acesso em: 28 nov. 2023.

SPAAC, Torben (Ed.); MINDUS, Patricia (Ed.). **The Cambridge Companion to Legal Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

STEINER, George. **Nehuma paixão desperdiçada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. Saraiva, 2017b.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica, Jurisdição e Decisão**: Diálogos com Lenio Streck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2020.

UNITED STATES SENATE. **Constituição dos Estados Unidos** (1791). Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Londres: Fontana, 1985.

WILLIAMS, Ian. "Dr Bonham's Case and 'void' statutes". *Journal of Legal History*. **27** (2): 111–128. 2006

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

### **Documentos iconográficos:**

ARNDT, Gertrud. **Exercise on the Effect of Basic Forms** in the Primary Colours, from Wassily Kandinsky's class, 1924.

KANDINSKY, Wassily. **Linhas de interseção** (Intersecting Lines), 1923. Óleo sobre tela. Ano de produção: 1923.

## APÊNDICE 1: OS GRANDES POSITIVISTAS DO SÉCULO PASSADO, KELSEN E HART:

Afim de propor uma melhor contextualização da obra de Hart parece de suma importância que sejam apontadas algumas diferenças básicas entre as suas teorias do Direito e a do outro grande Positivista do séc. XX: Hans Kelsen.

A diferença central entre austríaco e o britânico está na norma fundamental e na regras secundárias, as duas tem papéis similares nas teorias dos respectivos autores. Qual seja legitimarem o exercício do poder sobre os cidadãos com base na lei. Para ambos era a lei que fazia o soberano e não o soberano que fazia e determinava a lei. Enquanto Hart desenvolveu as suas regras primárias e secundárias -que Dworkin apelidou de regras de pedigree-, Kelsen desenvolveu a sua norma fundamental. Norma que é objeto de muitas dúvidas e de interpretações equivocadas. Kelsen entende o sistema jurídico como um escalonamento contínuo de normas, o que foi representado por alguns de seus intérpretes (mas nunca por Kelsen) pela conhecida pirâmide normativa. Algumas pessoas erroneamente acreditam que a Constituição, situada no topo dessa estrutura, é a *Grundnorm* ou norma fundamental kelseniana. No entanto, essa crença não corresponde à verdade. A norma fundamental, segundo Kelsen, não é uma norma presente no ordenamento jurídico positivo, mas sim uma norma pressuposta de natureza lógico-transcendental, situada acima de todas as normas positivas, inclusive da própria Constituição. (Kelsen, 2002)

O conteúdo dessa norma fundamental seria algo semelhante a "deve-se obedecer à Constituição" ou ao poder constituinte. Trata-se de uma "norma de fechamento" que desempenha um papel essencial no pressuposto kelseniano de que somente uma norma pode conferir validade a outra.

A Norma fundamental para Kelsen (2002) nada mais era do que a última ratio de justificação da legitimidade das normas, pois para ele uma norma só poderia se justificar sobre outra norma. Para o jurista austríaco, normas se fundamentam sobre normas! Sendo assim a *grundnorm* evita o retorno *ad infinitum*. Mas no que ela consiste? Esta norma seria (tal como o imperativo categórico Kantiano) uma pressuposição lógico-transcendental. Ela não é uma norma positiva, não está escrita em nenhum lugar. Essa norma tampouco é justa ou injusta, ela simplesmente "é". Nas palavras do próprio Kelsen (2000, p.242):

Se a questão do fundamento de validade do Direito positivo, isto é, a questão de saber por que as normas de uma ordem coerciva eficaz devem ser aplicadas e observadas, visa uma justificação ético-política desta ordem coerciva, ou seja, visa um critério firme segundo o qual uma ordem jurídica positiva possa ser julgada justa e, por isso, válida, ou injusta e, por isso, não válida, então deve dizer-se que a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério. Com efeito, o Direito positivo somente pode ser justificado - como já notamos- através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo - segundo o seu conteúdo - tanto pode conformar-se como não se conformar, assim podendo, portanto, ser justo ou injusto. A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos.

Parafraseando Dworkin, se olharmos para a teoria de Kelsen pelo seu melhor ponto de vista, podemos dizer que o austríaco -que era leitor de Freud e inclusive dedica trechos de suas obras a ele- quer justificar o Direito em última análise numa necessidade dos animais gregários que vivem em grandes comunidades de terem um mínimo de respeito e de ordem para viverem em sociedade. Em uma leitura não tão ortodoxa, este pode ser visto como o núcleo de sua *grundnorm* que da legitimidade ao Direito. Enquanto para Hart, eram regras parasitárias às regras primárias, que foram sendo socialmente aceitas sobre como fazer, editar, alterar, etc as outras regras que davam justificação e legitimidade para um sistema jurídico.

Sintetizando, a nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. E este um elemento essencial do positivismo jurídico é compartilhado tanto por Kelsen quanto por Hart. Para Kelsen, precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida.

Streck (2017) aponta que para manter a separação entre Direito e Ciência do Direito, Kelsen tem de aceitar que a aplicação do Direito é um ato de política jurídica, envolvendo moral, política, ideologia, enfim, admitindo que, no plano da aplicação, o juiz faz um ato de vontade, esta é uma questão também vemos em Hart.

Rosenfeld (2022) nos mostra que o mistério trabalhado por Kelsen reside na possibilidade de existir uma conexão entre o direito abstrato e os laços concretos de solidariedade, de forma que aqueles que estão sujeitos à lei possam aceitá-la como sua. O próprio Kelsen foi intrigado pela questão de por que os cidadãos sentiam-se obrigados a obedecer à lei e estava convencido de que o medo de sanções não era uma resposta adequada. Essa inquietação levou Kelsen a explorar as teorias freudianas sobre a psicologia de grupos, na esperança de encontrar um elo entre um impulso inconsciente em direção à identidade e solidariedade de grupo, e uma aceitação lógica da necessidade política de aderir a uma hierarquia constitucional ordenada e unificada. Somente essa ligação seria capaz de explicar de forma adequada porque aqueles sujeitos às leis as internalizam e as validam como suas.

Mesmo com as suas grandes diferenças, Kelsen cai em muitos problemas que Hart também cai. Dizendo que a decisão não interessa à sua teoria, e que ela é outrossim um ato de vontade do juiz.

### **Positivismo e nazismo: fazendo justiça a Kelsen e aos positivistas<sup>53</sup>:**

O Direito muitas vezes foi usado como mecanismo de legitimação de destruição e barbárie, como na Alemanha nazista e nas ditaduras militares que assolaram a América Latina. Ele foi mesmo assim um mecanismo que tentava manter uma harmonia básica, mas falhava, pois, estava assentado apenas sobre o controle e a violência. Mas nem por isso deixaria de ser um direito, mas tampouco era um direito assentado em princípios bons para os seres humanos como a dignidade e o devido processo legal. Era, portanto, como percebeu Berndt Ruthers (2016), um Direito Degenerado. Sistemas jurídicos que legitimam a barbárie são direitos degenerados. Pois o seu cerne que a manter uma convivência pacífica e assentada em princípios bons para os seres humanos estava absolutamente degenerado. Como uma árvore que possui cupins em seu cerne, até pode estar de pé, mas está podre por dentro. E é absolutamente errado insinuar que o Positivismo legitimou regimes autoritários.

---

<sup>53</sup> Texto e argumentos centrais parcialmente publicado no portal conjur em coautoria com Henrique Abel no endereço: [https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/diario-classe-porque-positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo/#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/diario-classe-porque-positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo/#_ftn4) (Campis; Abel, 2023)

Ser crítico do positivismo jurídico, ou "pós-positivista", por certo não autoriza ninguém a dizer "qualquer coisa sobre qualquer coisa". Como qualquer outra construção teórica racional, o exercício crítico ou desconstrutivo precisa prestar contas à coerência, aos fatos, à história e à bibliografia. Neste breve texto, queremos contribuir para o desmonte de um mito recorrente e persistente, qual seja: o de que o positivismo jurídico teria fornecido suporte teórico para o nazismo e, desta forma, "legitimado" juridicamente as atrocidades desumanas perpetradas pelos nazistas.

Esta verdadeira "lenda urbana" da Teoria do Direito decorre de dois elementos: primeiro, de um completo desconhecimento dos debates jurídicos que estavam em vigor na primeira metade do século 20 principalmente de algumas confusões que leituras precipitadas podem fazer de Gustav Radbruch (1979) podem fazer; segundo, de uma confusão superficial entre o papel do positivismo jurídico em momentos históricos distintos.

Inicialmente, é preciso observar que o mito do "positivismo jurídico que legitima o direito nazista" já surge comprometido por um problema de imprecisão conceitual. Como já foi amplamente demonstrado, não existe um único positivismo jurídico, tampouco uma corrente unitária de pensamento que atende por este nome ao longo de diferentes épocas.

Nos países que seguem a tradição da civil law, a referência máxima do positivismo jurídico no século 20 vem a ser o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), autor da clássica obra *Teoria Pura do Direito* (1934, com uma segunda edição expandida lançada em 1960). Por sua vez, no mundo anglo-saxão, herdeiro da tradição da common law, o positivismo jurídico tem em H.L.A Hart (1907-1992) o seu nome mais emblemático do século 20 — ao passo que Kelsen é um autor essencialmente ignorado na teoria jurídica de países como Reino Unido e Estados Unidos.

Portanto, se estamos falando de positivismo jurídico no contexto da Europa continental durante o período de ascensão e queda do nacional-socialismo alemão, faz pouco ou nenhum sentido focarmos nossa atenção no trabalho dos positivistas exegéticos de épocas anteriores — ou nas obras de autores que construíram a tradição juspositivista dominante da teoria jurídica própria da common law (notadamente: Jeremy Bentham, John Austin e H.L.A. Hart).

Isso porque, para a análise das relações entre positivismo jurídico e nazismo, nenhum outro autor assume maior centralidade e importância do que Hans Kelsen. E o quê o mestre austríaco tem a dizer sobre democracia e tolerância? Podemos ter uma boa ideia disso pelas palavras do próprio Kelsen (2002, p.25):

Uma vez que democracia, de acordo com sua natureza mais profunda, significa liberdade, e liberdade significa tolerância, nenhuma outra forma de governo é mais favorável à ciência que a democracia. [...] De fato, não sei e não posso fazer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.

À toda evidência, estas palavras não são o que seria razoável esperar de um jurista sob suspeita de "legitimar o nazismo". O elogio da democracia, presente ao longo de toda a rica obra de Kelsen, mostra-se completamente incompatível com quaisquer postulados teóricos do fascismo italiano e de seu derivado ideológico alemão.

Todavia, Kelsen não se limitou meramente a celebrar a importância e o valor da democracia, na contramão das doutrinas fascistas então em ascensão. Ele foi além e se tornou, em sua época, um dos maiores adversários intelectuais do principal nome por trás da legitimação político-jurídica do Terceiro Reich: Carl Schmitt (1888-1985), o mais proeminente jurista do Partido Nazista.

Além disso, a monumental construção teórica de Kelsen para uma teoria positivista do Direito jamais foi, de forma alguma, um empreendimento reacionário e/ou insensível às injustiças e ao potencial opressivo das estruturas estatais. Pelo contrário: Kelsen via o seu esforço intelectual contra o jusnaturalismo como "uma luta progressista e libertadora, movida justamente pelo ânimo de deslegitimar discursos de poder potencialmente autoritários, baseados na religião ou em outros elementos metafísicos" (Abel, 2022, p.44)

Ou seja, o que o autor combatia era justamente o caráter conservador de discursos que, com base em concepções metafísicas de caráter religioso ou

de "direito natural", buscavam legitimar a ordem social e as estruturas políticas e econômicas vigentes— ainda que injustas, arbitrárias ou autoritárias.

Mas, se as coisas são deste modo, de onde surge o senso comum que associa "positivismo jurídico" com "legitimação do nazismo"? Possivelmente, tal equívoco decorre da má-compreensão sobre uma crítica pós-positivista que de fato procede que se tornou academicamente consolidada, qual seja: de que o positivismo jurídico, no contexto do novo constitucionalismo europeu pós-Segunda Guerra, passou a ser uma teoria insuficiente para lidar com as novas complexidades deste novo momento histórico do constitucionalismo ocidental (que Streck denomina de Constitucionalismo Contemporâneo) — o que inclui, por exemplo, concepções mais sofisticadas sobre as relações de co-originariedade entre Direito e moral e sobre as relações e distinções entre princípios jurídicos, normas e regras —, bem como com as novas roupagens de um discurso universalista de proteção e defesa de direitos humanos. É justo, sim, dizer que o positivismo jurídico (tanto em sua versão kelseniana quanto hartiana) possui deficiências teóricas que o tornaram incapaz de sustentar, a partir da segunda metade do século 20, o mesmo elevado grau de prestígio teórico e acadêmico do qual desfrutou em outras épocas.

O chamado "pós-positivismo", construído com base em mais de meio século de críticas consistentes ao positivismo jurídico, por certo não surgiu do nada ou sem motivo para tanto. Mas apontar as lacunas e deficiências teóricas do positivismo jurídico não nos autoriza a adulterar a realidade dos fatos: no momento do embate com as concepções políticas e jurídicas do fascismo e do nazismo, o positivismo jurídico sempre esteve do lado certo da história — e todo e qualquer crítico do juspositivismo tem o dever intelectual de reconhecer a importância e o valor deste legado de defesa da ciência jurídica e da democracia.