



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA

TIAGO SABÓIA MACHADO

METODOLOGIA DESCRITIVA E MODELOS DE CONHECIMENTO NO  
POSITIVISMO JURÍDICO

Salvador - BA  
2022

**TIAGO SABÓIA MACHADO**

**Metodologia descritiva e modelos de conhecimento no positivismo jurídico**

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGF), da Universidade Federal da Bahia (UFBA), como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Filosofia, sob a orientação do professor Dr.<sup>a</sup> Abel Lassalle Casanave.

**Área de concentração:** Filosofia Contemporânea.  
**Linha de pesquisa:** Epistemologia e Filosofia da Linguagem.

Salvador - BA  
2022

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. Abel Lassalle Casanave**  
**Universidade Federal da Bahia**

---

**Prof. Dr. Marco Aurélio Oliveira da Silva**  
**Universidade Federal da Bahia**

---

**Prof. Dr. Frank Thomas Sautter**  
**Universidade Federal de Santa Maria**

## RESUMO

Esta dissertação é um breve estudo sobre o positivismo jurídico, uma corrente no campo da teoria e filosofia do direito surgida há aproximadamente duzentos anos. Mais especificamente, o trabalho discorre sobre uma de suas teses centrais, aquela segundo a qual a existência do direito não depende do seu valor moral, e sim da ocorrência de fatos socialmente verificáveis, tais como a presença de uma autoridade e a obediência generalizada do grupo (*tese da separação*). Uma vez constatados estes requisitos, um sistema seria considerado jurídico ainda que censurável sob o ponto de vista moral. Esta tese, por sua vez, dá ensejo à formulação de ao menos dois métodos diferentes visando a descrição do direito, ambos positivistas, pois distinguem o direito da sua avaliação moral, chamados de *naturalista* e *normativista*. A análise desses modelos e o tipo de conhecimento do direito que é possível obter através deles constitui o cerne deste trabalho. Para tanto, ele foi composto em três capítulos. O primeiro, de caráter mais geral, oferece uma introdução à teoria positivista através de um contraponto à milenar tradição jusnaturalista e sua tese de que o direito não é um fenômeno neutro, mas que depende de um lastro moral para existir (*tese da moralidade*). O segundo é dedicado ao exame das propostas metodológicas naturalista e normativista, por meio da análise dos trabalhos de seus principais representantes, respectivamente, John Austin e Hans Kelsen. Por fim, o terceiro capítulo retoma a discussão acerca da diferença, assumida pela teoria positivista, entre as funções de *descrever* e *avaliar* o direito, apresentando um resumo do debate contemporâneo entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin, no qual este tema ocupa um papel central.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Filosofia da Ciência; Epistemologia Jurídica; Teoria do Direito; Positivismo Jurídico; Direito.

## ABSTRACT

This thesis is a brief study on legal positivism, a branch of legal theory and philosophy that emerged approximately two hundred years ago. More specifically, the work discusses one of its central theses, which affirms that the existence of a law does not depend on its moral value but the occurrence of socially verifiable facts such as the presence of authority and the generalized obedience of the group (separability thesis). Once we met these requirements, a system would be recognized as legal even if morally objectionable. This thesis, in turn, gives rise to the formulation of at least two different methods aimed at the description of law, both positivist, as they distinguish law from its moral evaluation, called naturalist and normativist. The analysis of these models and the type of legal knowledge we can obtain through them constitutes the core of this work. Therefore, it is composed of three chapters. The first offers a general approach to legal positivism through a counterpoint to the millenary Natural Law tradition and its thesis that the law is not a neutral phenomenon but depends on a moral basis to exist (morality thesis). The second chapter turns to the exam to the naturalist and normativism methodological variants, through the analysis of the works of its leading figures, respectively, John Austin and Hans Kelsen. Finally, the third chapter resumes the discussion about the difference assumed by a positivist epistemology between the functions of describing and evaluating the law through a synthesis of the contemporary debate between H.L.A. Hart and Ronald Dworkin in which this theme plays a central role.

**Keywords:** Philosophy of Law; Philosophy of Science; Legal Epistemology; Theory of Law; Legal Positivism; Law.

## SUMÁRIO

<b>Agradecimentos .....</b>	<b>7</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1: Delimitando o objeto da ciência jurídica .....</b>	<b>11</b>
1.1 – Apresentação: duas teses sobre a natureza do direito.....	11
1.2 – O jusnaturalismo e a tese dualista.....	13
1.3 – O positivismo jurídico e a tese monista.....	17
1.4 – O direito positivo como ordenamento jurídico .....	23
1.5 – Síntese.....	29
<b>Capítulo 2: Métodos da ciência jurídica .....</b>	<b>31</b>
2.1 – Introdução: Direito como justiça, eficácia ou validade.....	31
2.2 – Ciência jurídica como abordagem avaliativa do direito.....	33
2.3 – O modelo naturalista: John Austin e Alf Ross.....	36
2.4 – O modelo normativista: Hans Kelsen e Norberto Bobbio.....	46
2.5 – Síntese.....	56
<b>Capítulo 3: O debate Hart-Dworkin: uma breve análise .....</b>	<b>58</b>
3.1 – Apresentação: o positivismo jurídico sob ataque.....	58
3.2 – O conceito de Direito: uma visão geral.....	60
3.3 – Ronald Dworkin e a crítica ao positivismo jurídico.....	65
3.4 – A resposta de Hart: o posfácio de O conceito de Direito.....	73
3.5 – Síntese.....	78
<b>Conclusão .....</b>	<b>80</b>
<b>Referências .....</b>	<b>83</b>

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Abel Lassalle Casanave, pelo estímulo, incentivo, e pelo modelo que representa, para mim, de rigor e excelência intelectuais;

Aos membros da banca examinadora, professores Marco Aurélio da Silva e Frank Thomas Sautter, pela leitura minuciosa deste texto bem como pelas críticas e sugestões visando o seu aprimoramento;

A todo corpo docente do PPGF-UFBA que contribuiu para a minha formação durante este curso, em especial aos professores Olival Freire Jr. e Carlota Maria Ibertis de Lassalle Casanave;

Aos meus pais e tia, pelo carinho, cuidado e apoio incondicional às escolhas que segui na vida;

Aos amigos Pedro Neto, Rafael Ribeiro, Delma Barros, Jonas Duarte, Gustavo França, Raoni Sambrano, Georgecohama Arcanjo, Wilson Chaves de França, Helder Rodrigues e Pérsio Barros pelo apoio e por terem tornado essa caminhada mais leve e acolhedora.

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação pretende analisar alguns aspectos do *positivismo jurídico*, uma concepção sobre o direito surgida há aproximadamente duzentos anos. Em verdade, para melhor esclarecimento do tema, é preciso dizer de antemão que a expressão “positivismo jurídico” é um rótulo genérico que compreende um amplo espectro de teorias, unificadas pela convergência em torno de princípios comuns, aqui apresentados esquematicamente sob a forma de duas teses fundamentais. A primeira diz respeito à inexistência de *direitos naturais*, contrapondo-se à milenar concepção *jusnaturalista* segundo a qual o direito possui uma origem que é, em parte, *positiva*, ou seja, derivada de decisões, consensos, ou mais genericamente, de *atos sociais*, enquanto outra parte teria uma origem *natural*, isto é, baseada na própria natureza das coisas, do ser humano ou da razão, etc. Rejeitando este dualismo, o positivismo sustenta uma posição “monista”, ao excluir o direito natural e reconhecer como direito apenas o direito positivo. A segunda tese separa logicamente a existência do direito, de um lado, da discussão sobre seu valor moral, do outro, de sorte que o direito é entendido como um fenômeno que pode ser identificado de forma “neutra”, ou seja, independentemente da avaliação moral que façamos a seu respeito. Trata-se da pretensão, em uma palavra, de um conhecimento “avalorativo” ou “científico” do direito.

A ideia na base dessa segunda tese está associada a uma distinção, no plano lógico, entre juízos de fato e juízos de valor, que se traduzem, respectivamente, nas diferentes atitudes de *descrever* e *avaliar* o direito. Apoiando-se sobre essa distinção, o positivista pretende formular um conhecimento objetivo sobre o direito, ou seja, uma teoria que *descreva* um sistema jurídico e não o *avalie* ou *julgue*. Para isto, por sua vez, é preciso formular um método que permita essa descrição, da mesma forma como no campo das ciências naturais o método experimental funciona para garantir uma descrição neutra e objetiva dos fenômenos físico-químicos. No entanto, não há uma única proposta metodológica desenvolvida pelo positivismo, o que dá ensejo a diferentes métodos ou modelos de conhecimento jurídico. Em comum, eles partilham do princípio segundo o qual é possível um conhecimento neutro ou apenas descritivo do direito. Todavia, divergem quanto ao modo de realizar esta descrição e o conhecimento que é possível obter através dela. Assim, a presente dissertação faz uma comparação dessas variantes e busca examinar os pressupostos filosóficos sobre os quais elas se apoiam.

Com este objetivo em mente, o primeiro capítulo será dedicado a uma caracterização geral da teoria positivista, o que será feito através do seu confronto com o jusnaturalismo e sua tese dualista, que sustenta, como dito, a existência de direitos positivos e naturais. Faremos uma rápida exposição de argumentos em prol dos direitos naturais, representados nas teses do *conteúdo jurídico mínimo* e do *racionalismo ético*. Daí passaremos ao positivismo e sua tese monista, com uma análise de seus principais argumentos contra o direito natural, sendo eles o *relativismo antropológico*, a *tese da separação* e a *falácia naturalista*. Uma vez que o positivista admite apenas a existência dos direitos positivos, a parte final deste capítulo será dedicada a uma caracterização mais fina deste conceito, para a qual nos valeremos da *teoria do ordenamento jurídico*, através de uma exposição de seus traços mais gerais.

O segundo capítulo dará ênfase aos métodos de conhecimento jurídicos propostos pelo positivismo. Como já mencionado, embora partindo da linha mestra centrada na neutralidade, este princípio se desdobra em pelo menos duas metodologias, apresentadas como *positivismo naturalista* e *positivismo não-naturalista* (PAULSON, 2011). A primeira, aqui representada por John Austin e Alf Ross, propõe uma abordagem que se aproxima do modelo das ciências naturais. Para tanto, o positivismo naturalista reduz a normatividade do direito aos *fatos*. Assim, John Austin, em sua *Province*, decompõe o conceito de direito em elementos como *força*, *hábito*, *obediência*, etc., todos empiricamente verificáveis, e com isso insere a ciência jurídica no ramo das *ciências sociais empíricas*. No outro lado, o *positivismo não-naturalista*, que tem em Hans Kelsen o seu principal expoente, argumenta que o conhecimento jurídico não tem por objeto os fatos (ao menos não diretamente), e sim a interpretação normativa destes fatos. Para tanto, isto é, visando fundar uma ciência dirigida às normas, Kelsen se apoia numa analogia com a epistemologia kantiana: assim como o conhecimento das ciências naturais não depende apenas da experiência, mas também de pressupostos *a priori* que dão forma e organizam a própria experiência, a ciência do direito igualmente depende de um pressuposto lógico (não-empírico) a partir do qual seu conhecimento é organizado. E do mesmo modo que a *causalidade* não é extraída da experiência pelo cientista mas é por ele assumida como condição para explicar os eventos naturais, o jurista não extrai a *imputabilidade* da observação dos fatos, e sim analogamente a pressupõe como princípio organizador do conhecimento jurídico. Neste segundo modelo, portanto, no lugar de uma ciência social empírica, tem-se uma *ciência social normativa*.

Por fim, o terceiro capítulo pretende analisar, genericamente mas ainda no âmbito da epistemologia jurídica, algumas críticas formuladas pelo *pós-positivismo jurídico* contra a concepção positivista, usando como referência o debate entre H.L.A Hart e Ronald Dworkin. O filósofo americano elege Hart como um interlocutor privilegiado talvez por vislumbrar em sua posição uma versão mais refinada do positivismo, mas o seu ataque é mais geral e se dirige contra os pilares da teoria positivista, notadamente às teses do direito como conjunto de regras (que ignoraria a existência dos princípios jurídicos) e da metodologia neutra ou avaliativa, que seria incompatível com a natureza normativa do direito. Visando apresentar este debate, o capítulo se divide em uma seção introdutória, seguida por um resumo das principais ideias de *O conceito de Direito* de Hart. O terceiro momento reúne as críticas de Dworkin e o quarto as réplicas de Hart, seguidas por uma breve seção final. Como conclusão, à guisa de encerramento, faremos uma breve recapitulação dos principais pontos levantados no texto, alinhada com observações finais.

## CAPÍTULO 1 – DELIMITANDO O OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA

### 1.1 - Apresentação: duas teses sobre a natureza do direito

A pergunta “o que é o direito?” constitui um dos temas centrais da filosofia e teoria do direito, e encontra, na literatura disponível sobre o tema, dois principais tipos de resposta. Uma delas, a *positivista*, afirma que o direito é uma criação social que serve para obter certos comportamentos conformes em uma comunidade. Não apenas o direito funciona desta maneira, isto é, visando influenciar a conduta daqueles a quem se dirige; a propaganda e a moral, para ficar em alguns exemplos, atuam no mesmo sentido. No entanto, a peculiaridade do direito consiste em que o alcance deste fim é promovido através de um mecanismo institucional que dispõe da possibilidade do uso da força contra os desobedientes. Esta caracterização, é válido observar, não leva em conta o *conteúdo* daquilo que é determinado pelo direito; antes, ela assume que o decisivo é o modo ou a *forma* pela qual estes padrões de comportamento são impostos: através do seu reconhecimento por uma organização social que, caso necessário, faz valer estas regras por meio da coerção.

A segunda resposta é fornecida pelo *jusnaturalismo*. O direito é também, neste caso, entendido como um dispositivo para ordenar as condutas de um grupo. No entanto, o que torna obrigatório os seus padrões de comportamento não pode ser apenas um aspecto *formal*, isto é, “jurídico” não pode ser simplesmente tudo aquilo que uma instituição ou autoridade determina, independentemente do seu conteúdo: regras que contrariam o mais elementar bom senso ou profundamente injustas não podem ser admitidas como direito. Logo, só é possível reconhecer como direito aquele conjunto de regras que possua uma base moral ou racional. Caso contrário, prosseguem os jusnaturalistas, se o conteúdo das regras fosse irrelevante, sem nenhuma conexão com a razoabilidade ou a promoção do bem-estar social, o direito seria indiscernível das ordens de um bandido ou do chefe de uma organização criminosa, nas quais o poder de impor obediência está baseado apenas na pura força.

Estas duas respostas costumam ser apresentadas na teoria jurídica contemporânea sob os rótulos da *tese da moralidade* e *tese da separação*. A primeira

corresponde à posição jusnaturalista<sup>1</sup> e diz que o direito depende de um “lastro moral” para existir; sem ele, não há que se falar em direito propriamente dito, mas apenas da força bruta disfarçada de direito. A segunda, identificada com o positivismo, toma a palavra “direito” de maneira “neutra” ou “amoral”, isto é, ela designa tão somente um certo tipo de mecanismo social que não depende de aprovação moral para existir. Neste passo, afirmar que uma comunidade dispõe de um “direito” significa constatar a presença, naquele grupo, de uma forma específica de controle social, e esta afirmação é um *juízo de fato* sobre um fenômeno que existe de maneira objetiva, ainda que possamos criticar ou reprovar esse sistema sob o ponto de vista moral. Adotando um esquema diagramático, diríamos que a tese da separação representa direito e moral como círculos apartados, significando a *independência* desses fenômenos, enquanto a tese da moralidade assinala uma interseção entre eles, apontando para uma *sobreposição necessária* entre direito e moral (PAULSON, 2011, p. 1-2).

Dado este panorama inicial, o presente capítulo terá a seguinte configuração: primeiramente, faremos uma apresentação geral da posição jusnaturalista, buscando sintetizar as razões em prol da rejeição de uma definição puramente “formal” do fenômeno jurídico e da exigência de um conteúdo mínimo no direito que esteja conforme à moralidade ou racionalidade; no segundo momento, passaremos à contraposição a esta tese feita sob a ótica positivista, com uma rápida análise de seus principais argumentos. A terceira seção, focada na teoria positivista, é dedicada a uma caracterização mais fina do conceito de *direito positivo*, a única forma jurídica admitida pelo positivismo e que constitui o objeto de conhecimento possível do jurista. Por fim, a última seção recapitula e sintetiza os principais pontos abordados no capítulo.

---

<sup>1</sup> Dentre as versões conhecidas da tese da moralidade na tradição jusnaturalista, encontra-se a formulação de Tomás de Aquino segundo a qual *lex injusta est non lex*; ou seja, se uma lei injusta é criada, ela tem apenas a aparência de direito, pois lhe falta a justiça que lhe conferiria real existência jurídica. Contemporaneamente, outra versão da tese da moralidade, vista como mais branda que a tomista, é atribuída ao filósofo do direito alemão Gustav Radbruch. Um aspecto marcante no pensamento deste autor é sua mudança de posicionamento após a experiência nazista na Alemanha. Antes adepto do positivismo e da tese da separação, Radbruch passa a negar validade jurídica ao direito nazista, sustentando que é até possível reconhecer uma lei injusta como lei (no que se afasta de Tomás), no entanto as leis *extremamente* injustas não podem ser admitidas como direito, o que passou a ser conhecido como *fórmula de Radbruch*. Assumindo esta posição, o filósofo retoma a tese segundo a qual a existência do direito depende da moral, e segundo este ponto de vista, o regime jurídico nacional-socialista seria inválido e suas leis nulas, pois, em verdade, elas nunca foram substancialmente leis.

## 1.2 – O jusnaturalismo e a tese dualista

O jusnaturalismo é uma concepção milenar e a mais antiga sobre o direito. Assim como o termo “positivismo jurídico”, o “jusnaturalismo” é uma expressão genérica que comporta uma ampla variedade de posições. Diante dessa amplitude, e em atenção ao escopo do presente trabalho, que tem por objeto a metodologia positivista, nos limitaremos a uma breve apresentação desta teoria, orientando-nos apenas pelos seus traços mais salientes ou gerais. Dito isto, é possível afirmar que um dos principais elementos caracterizadores do jusnaturalismo é a sua tese *dualista* acerca da origem e da natureza do direito (*dualismo jurídico*). Segundo esta tese, o direito é um fenômeno que pode ser dividido em duas partes, dependendo da fonte a partir da qual ele surge. De um lado, há o *direito positivo*, cuja principal característica consiste em sua *origem social*, ou seja, é o direito produzido pela sociedade seja através de um *costume*, de um acordo (como o *contrato*), ou pela decisão de um órgão ou autoridade (como a *lei* ou a *sentença*). Trata-se de uma vasta espécie de direitos cuja existência depende apenas da atividade criadora humana, e cuja imposição é garantida ou reforçada pela presença de um mecanismo, também criado socialmente, que dispõe do uso da força para obter conformidade do grupo no qual estes direitos foram aceitos ou positivados.

No entanto, prossegue o jusnaturalista, esta categoria de direitos não esgota a experiência jurídica, pois existe, ao lado (ou acima) dos direitos positivos, os *direitos naturais*. Não é fácil precisar a natureza desta segunda espécie, pois não há consenso entre os jusnaturalistas acerca desta questão. No entanto, um elemento relativamente persistente nessa caracterização é que os direitos naturais, diferentemente daqueles de origem positiva, não são propriamente criados pela intervenção ou deliberação humanas. Em verdade, eles mais se assemelham a princípios básicos, universais e necessários, que todo direito deve acolher. Sem esses princípios, ou seja, se o direito positivo deles se divorcia, ele perde o seu caráter jurídico e reduz-se a um “regime de força”. Feita esta apresentação sumária, esta seção será dedicada a expor, de forma genérica, alguns pontos de sustentação em prol desse dualismo e sobre o possível conteúdo que estes princípios de direito natural podem ter. Para isso, faremos uso das teses do conteúdo jurídico mínimo e do racionalismo ético, comumente associadas à tradição jusnaturalista.

Como dito acima, o traço marcante do direito positivo consiste em sua origem social, e por isso, trata-se de uma forma jurídica que assume diferentes feições conforme o

tempo e o lugar. Assim, diferentes sociedades produzem diferentes direitos de acordo com as suas circunstâncias históricas particulares. No entanto, afirma o jusnaturalista, essa relatividade e diversidade do direito positivo, por mais ampla que seja, possui um limite. Este limite é dado pela existência de um *conteúdo jurídico mínimo*, ou seja, por um conjunto de preceitos básicos e indispensáveis a qualquer forma de vida ou experiência comunitária. Este núcleo normativo não pode ser livremente disposto ou modificado pela sociedade; pelo contrário, se impõe a ela como condição necessária à existência social. Como se nota, este conteúdo mínimo é o direito natural. A título de exemplo, estes autores aduzem que apesar da extensa variedade de regras que o direito positivo pode assumir, toda comunidade humana dispõe de mecanismos ou instituições sociais que controlam e proíbem o homicídio. Se assim não fosse, ou seja, se tirar gratuitamente a vida alheia fosse um ato indiferente, não haveria mais sociedade, mas apenas um amontoado de indivíduos a mercê da perversão do mais forte. De sorte que, se a preservação da vida é um preceito necessário à coexistência dos indivíduos enquanto sociedade, então a vida é um direito natural<sup>2</sup>.

É importante notar que o jusnaturalista não alcança tal conclusão através de uma pesquisa histórica ou sociológica baseada na observação e cotejo entre diferentes sistemas legais. Em verdade, sua estratégia argumentativa procede mais bem no sentido de estabelecer as condições de possibilidade da vida social, tal como um argumento *a priori*. Neste exame, o jusnaturalista distingue as regras que organizam o convívio humano em duas categorias. As primeiras pertencem ao domínio do *indiferente*, ou seja, são as que incidem naquela esfera de condutas que podem receber certa regulamentação num sentido ou em outro, como p. ex., o estabelecimento do lado esquerdo ou direito para o trânsito dos veículos na rua. Este é o âmbito sobre o qual atua o direito positivo. Isto não significa diminuir sua importância, pois a regulamentação do tráfego, para permanecer no exemplo dado, é de enorme utilidade social. O indiferente aponta apenas para o fato de que esta

---

<sup>2</sup> Uma diferença filosófica relevante entre os jusnaturalistas é o modo pelo qual este conteúdo mínimo que compõe o direito natural é determinado. Assim, p. ex., enquanto John Finnis parece recorrer a um critério “substancial”, ou seja, embasado numa consideração sobre a existência de valores universais (vida, liberdade, trabalho, etc.) inerentes a todos os indivíduos enquanto *pessoa*, o que justificaria o reconhecimento de cada ser humano como merecedor de dignidade e respeito, o jusnaturalismo de Lon Fuller, por sua parte, é chamado de “formal” ou “procedimental”, pois decorre de uma consideração sobre a *função* ou relação *meio-fim* na qual o direito serve (fornecer padrões de comportamento), a qual dependeria de certos requisitos mínimos para operar (que as leis devem ser públicas, acessíveis e consistentes, p. ex.), sendo estes requisitos parte do direito natural. Neste sentido: Himma, Kenneth Einar (2001). Natural law. Internet Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <https://iep.utm.edu/natlaw/> (acesso: 24/01/2022).

regulamentação poderia ser de outra maneira. No entanto, nem tudo é indiferente e por isso há o domínio do *necessário*, composto por aquelas regras essenciais à vida comunitária e cujo abandono, ao menos pela maioria dos indivíduos, tornaria impossível a manutenção dos laços sociais. Este é o âmbito em que operam os direitos naturais. (HERVADA, 2006, p. 65-70)

Assim, nem todo direito decorre de uma autoridade que estabelece ou acolhe certos padrões de comportamento obrigatórios para um grupo. Há certos preceitos, ainda que mínimos, que também integram o direito mas que não devem sua origem a nenhum ato de positividade ou arranjo sociais<sup>3</sup>. Neste caso, alguns jusnaturalistas costumam indicar a própria *razão* como fundamento do direito natural<sup>4</sup>, ao lado das fontes sociais que produzem o direito positivo. Com isso, o jusnaturalista adere a uma tese pertencente ao domínio da Ética conhecida como *racionalismo ético*. Em breves palavras, o jusnaturalista considera que a razão é fonte do direito (assim como da moral) porque este não pode ser irracional, ou seja, não se pode admitir como direito um sistema que invista contra a preservação da sociedade ou de seus fundamentos. Mesmo que suas normas tenham sido deliberadas e aprovadas por um órgão ou autoridade competente, e que sua observância seja garantida por um aparato de força, esta ordem normativa, em verdade, possui apenas a aparência de um sistema jurídico; na essência, contudo, ela perdeu legitimidade e degenerou-se numa máquina de destruição e violência.

---

<sup>3</sup> Daí a referência à fala da personagem Antígona, na tragédia grega homônima, em sua resposta à Creonte, rei de Tebas. Na peça, o rei havia decretado a proibição do sepultamento dos cidadãos que lutaram contra a sua própria cidade na guerra com Esparta. Este era o caso de Polínice, um dos irmãos de Antígona, a qual, embora ciente da proibição, decide enterrá-lo e por isso é presa e conduzida à presença do rei. Ao ser questionada sobre por que ousara infringir deliberadamente o decreto, Antígona invoca um direito “superior” àquele estabelecido por Creonte, baseado na Justiça divina, e que, emanado de um plano transcendente às leis humanas, não poderia ser por elas revogado. O embate entre o direito (positivo) de Creonte, fundado na sua autoridade socialmente instituída, e o direito (natural) de Antígona, baseado na ordem superior e imutável do *cosmos*, explicita o *dualismo jurídico* que constitui o cerne da posição jusnaturalista.

<sup>4</sup> O tratamento racionalista conferido aos temas da moral e do direito representou uma tendência marcante no pensamento de filósofos jusnaturalistas da Era Moderna, a exemplo de Espinoza e Leibniz. O primeiro pela sua *ethica, ordinio geometrico demonstrata*, na qual buscava aplicar o método axiomático, típico do conhecimento geométrico, no trato com as questões morais. O segundo, de igual modo, considerava que a Ciência do Direito podia ser estruturada sob a forma de um sistema dedutivo, como aponta a seguinte passagem transcrita por Norberto Bobbio na Teoria do Ordenamento Jurídico: De qualquer definição podem-se tirar consequências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias e demonstrativas, que não dependem dos fatos mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a *Ciência do Direito*, as quais não são de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos, mas servem para dar a razão dos fatos e regulá-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo uma só lei. (Destaque em itálico no original).

Em síntese, a concepção jusnaturalista se caracteriza por afirmar a existência de direitos naturais e positivos (tese dualista). Os direitos naturais, por sua parte, são identificados através de uma *reflexão* sobre quais requisitos são indispensáveis à existência da sociedade, compondo um núcleo normativo que todo sistema jurídico deve acolher. Este conteúdo mínimo é uma consequência lógica da assunção de certas noções elementares, como p. ex., que a vida é um valor fundamental, ou que o bem-estar social é uma finalidade a ser buscada. Se assumimos estes princípios, inatos à condição humana, então a existência de certos direitos é necessária: sua validade não depende da chancela da autoridade, mas de uma consideração sobre a natureza humana e seus fins. Para concluir esta seção, gostaríamos de ilustrar de que modo estas ideias ganharam corpo no cenário jurídico e filosófico das últimas décadas, nos debates que envolveram o julgamento do generalato e da alta burocracia nazistas no Tribunal de Nuremberg.

Finda a Segunda Guerra Mundial, as potências vencedoras do conflito acordaram que as autoridades nazistas deveriam ser julgadas pelos atos realizados na vigência do Estado Nacional-Socialista e durante a guerra, no episódio conhecido como Tribunal de Nuremberg. Os nazistas foram acusados pela prática de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade. Em sua defesa, sustentavam que agiram em cumprimento às leis aprovadas pelo Parlamento, composto por representantes eleitos pelo povo alemão, e que tinham o dever legal de respeitar e obedecer a decisão soberana do Estado. Agir de outro modo significaria solapar a autoridade dos governantes e trair a vontade popular materializada naquelas leis. Os alemães também aduziam que estavam sendo acusados por crimes que não estavam tipificados ou previstos à época dos fatos, o que era uma violação aos princípios do *nullum crimen sine lege e nulla pena sine lege*<sup>5</sup>. Mas estes argumentos não evitaram a condenação dos réus pelos aliados<sup>6</sup>. Dentre os pontos levantados pela acusação, estava a concepção jusnaturalista de que a validade formal das leis nazistas, ou seja, o fato de terem sido regularmente produzidas, não era suficiente para aceitá-las como direito. Se um sistema legal admite qualquer conteúdo, inclusive

---

<sup>5</sup> Outras teses levantadas pela defesa nazista são também princípios jurídicos já consagrados. Um deles é o *tu quoque*, através do qual os alemães afirmavam que os vencedores também haviam cometido os mesmos crimes pelos quais apenas os derrotados estavam sendo julgados. Outro é o *princípio do juiz natural*, que proíbe a instituição de tribunais de exceção (ou tribunais *ad hoc*), ou seja, que a criação do órgão julgador seja posterior ao ato praticado, o que compromete a imparcialidade do julgamento, tal como se afigurava o cenário do Tribunal de Nuremberg.

<sup>6</sup> Apenas três réus (Franz Von Papen, Hjalmar Schacht e Hans Fritzsche) foram absolvidos, tendo sido os demais condenados a penas diversas, sendo boa parte delas de prisão perpétua e execução capital. Neste sentido: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg> em 21/02/2022.

aprovando leis que autorizam o extermínio de um povo ou etnia, então ele tornou-se apenas um verniz burocrático e procedural para justificar a agressão brutal contra a vida e a dignidade de minorias oprimidas. Este ponto de vista, como se nota, subordina a validade do direito positivo a princípios de justiça e razoabilidade, e a validade desses princípios, por sua vez, não dependem da anuência formal do Estado, e sim de outro plano ou fonte, como a razão ou valores fundamentais. Em suma, os julgadores assumiram a tese da moralidade, a ideia de que direito precisa estar conforme a moral, para negar reconhecimento jurídico ao regime nazista e condenar seus representantes como criminosos.

### *1.3 – O positivismo jurídico e a tese monista*

Se o dualismo jurídico é a marca distintiva da posição jusnaturalista, o positivismo jurídico a ela se contrapõe através da tese monista, a qual, em uma palavra, pode ser explicitada como a concepção que exclui ou nega os direitos naturais e reconhece como direito apenas o direito positivo. Em síntese: todo direito é positivo. Neste tópico, faremos uma breve apresentação dos principais argumentos associados ao discurso positivista contra os direitos naturais, sendo eles o relativismo antropológico, a tese da separação e a falácia naturalista.

O relativismo antropológico é uma antiga posição filosófica cuja origem remonta ao pensamento clássico e que pode ser resumida na frase do sofista grego Protágoras, segundo a qual *o homem é a medida de todas as coisas*. Deste modo, à pretensão de um conhecimento universal e objetivo, característico da metafísica platônica, por exemplo, o relativista contrapõe a subjetividade dos pontos de vista que constituem as diferentes experiências humanas. Naturalmente, sendo o direito uma criação social, também ele reproduz esta relatividade e variabilidade que marca nossas práticas e visões de mundo. De maneira que, assim como não há verdades universais, absolutas e insuscetíveis de mudança ou refutação, não há igualmente algo como um direito natural, entendido como um corpo de preceitos válidos em todos os tempos e lugares. O que acontece, porém, com a tese do conteúdo jurídico mínimo? Uma possível resposta coerente com o relativismo consistiria em ilustrar, valendo-se de uma base empírica reunida através da pesquisa sociológica, que não se verificam esses “princípios indispensáveis a qualquer

forma de sociabilidade”): àqueles que afirmam que a liberdade é um direito natural, o relativista lembrará que a escravidão é uma prática milenar; a quem invocar ao direito à vida esse status, o relativista dirá que mesmo na civilizada Roma o *paterfamilias* tinha poder absoluto sobre a vida dos seus filhos, e assim por diante.

Ademais, mesmo admitindo-se um núcleo elementar de princípios organizadores da vida social, sua existência e manutenção decorreria de arranjos sociais, e assim, estes direitos teriam uma origem positiva e não natural. Em síntese, se o homem é a medida de todas as coisas, não deixaria de sê-lo também do direito; logo, todo direito remonta ao homem e portanto é positivo. Alf Ross, em *On Law and Justice*, dedica parte da obra à reconstrução das teses filosóficas relevantes para o surgimento do positivismo jurídico. Dentre elas, o autor menciona a atitude cética dos sofistas (mormente Protágoras) quanto à pretensão de um conhecimento absoluto do “Ser”, defendendo, em contrapartida, o seu caráter precário e mutável, daí se seguindo a tese sobre a natureza convencional e relativa de todo direito, como se nota pelas seguintes passagens:

Não existe um direito universal, e leis não são de origem divina. Elas são simples e unicamente obra de homens, baseados na convenção e no poder estabelecidos. [...] A doutrina da justiça inerente às leis nada mais é do que um astuto disfarce para o domínio da força. Foi nessa linha que os sofistas forneceram a primeira tentativa de uma teoria sociológica da relação do direito com o poder, interesse e conflito entre grupos sociais.<sup>7</sup>

Como veremos mais adiante, esta apreciação sociológica (em substituição a uma concepção metafísica) do fenômeno jurídico, que rejeita a busca por princípios universais e que se orienta, ao revés, no sentido de uma explicação calcada na dinâmica das relações sociais, constitui uma das linhas mestras da metodologia positivista, donde a importância teórica do relativismo antropológico e a relevância histórica do pensamento sofístico, no qual esta perspectiva encontrou sua primeira expressão consistente.

Outro ponto de apoio contra os direitos naturais é a tese da separação, já apresentada na seção introdutória deste capítulo. Trata-se de uma das pedras angulares do edifício positivista, cuja formulação original remete à *Province of Jurisprudence Determined* de John Austin. Parafrazeando o autor, se diz que *a existência da lei é uma*

---

<sup>7</sup> ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Trad. Margaret Dutton. London: Stevens & Sons Limited, 1958, p. 233-4. (Em livre tradução).

*coisa; seu mérito ou demérito, outra* (AUSTIN, 1995, p. 157). Segundo Austin, o direito é um mecanismo social que serve para obter certos comportamentos por parte de um grupo, e a existência desse mecanismo é um fato independente da avaliação moral que possamos fazer a seu respeito. Seu reconhecimento, prossegue o autor, depende apenas da constatação de certos fatos, dentre os quais, a presença de um *soberano* (isto é, de um indivíduo ou grupo que detém o uso da força) desempenha um papel fundamental. Isto significa que não é necessário nem suficiente, para a validade de um sistema jurídico, que suas leis sejam *razoáveis, justas*, ou que tenham algum respaldo moral. Elas podem e é mesmo desejável que assim o seja, mas isto não é decisivo, pois o real fundamento do direito não é a verdade nem a justiça, mas a *autoridade*. Esta noção, cujo germe pode ser encontrado no pensamento de Thomas Hobbes (entendido em muitos aspectos como um “pré-positivista”, não obstante seja um jusnaturalista<sup>8</sup>), implica em que o direito não depende da moralidade nem da racionalidade, isto é, sua existência não está subordinada ou limitada por exigências de ordem moral ou lógico-racional (como sustenta a tese da moralidade associada ao racionalismo ético). Assim, mesmo uma lei absurda ou imoral pode conservar o seu caráter jurídico, bastando para tal que ela seja mantida por uma autoridade com poder bastante para impor sua obediência pelos cidadãos. Apelando à sabedoria romana: *nulla ordem sine imperator*.

Como a tese da separação é bastante polêmica, os positivistas se esmeram em distingui-la de outras proposições com as quais ela é por vezes confundida ou relacionada. Primeiramente, é importante esclarecer que há muitas conexões possíveis entre direito e moral, algo que o positivista não nega nem pretende eliminar. A tese da separação, por assim dizer, incide sobre um único aspecto desse feixe de relações, ao afirmar que o direito não depende de aprovação moral para ter sua *existência* reconhecida. Por isso é possível defender a tese da separação e simultaneamente reconhecer a influência da moral sobre outros aspectos da vida jurídica, como na *produção* e na *interpretação* do direito. Em segundo lugar, os positivistas insistem que a tese da separação é de todo compatível com a chamada *crítica moral do direito*. Isto é, não há contradição entre reconhecer a existência do direito e, ao mesmo tempo, afirmar que seu conteúdo é injusto, pois estes enunciados pertencem a planos lógicos distintos: enquanto o primeiro é um *juízo de fato* sobre a existência de certo estado de coisas, o segundo é um *juízo de valor* feito a partir de uma

---

<sup>8</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ed. Ícone: São Paulo, 1995, p. 34.

comparação deste fato com uma referência ideal (a ideia de justiça, p. ex.). Pode-se, então, lutar contra um sistema de opressão e injustiça, a exemplo do *Apartheid* sul-africano e reconhecer a existência jurídica desse regime. É o que diz Alf Ross ao responder uma crítica similar feita pelo jurista austríaco Alfred Verdross, nestes termos:

Ficaria satisfeito se meu amigo e colega reconhecesse que é perfeitamente possível, sem contradições, negar a objetividade dos valores e da moral e, ao mesmo tempo, ser uma pessoa decente e um companheiro confiável na luta contra um regime de terror, corrupção e desumanidade. A crença de que os julgamentos morais não são verdadeiros (ou falsos), que não são o resultado de um processo cognitivo ou de um insight comparável à cognição lógica ou empírica, não é de forma alguma incompatível com tais julgamentos emanados de atitudes morais sólidas.<sup>9</sup>

Por fim, ao dizer que mesmo uma lei absurda ou imoral pode conservar seu caráter jurídico devido à autoridade do soberano, isto não significa reduzir o direito à força. A força é um componente essencial ao estabelecimento de um sistema jurídico, mas não é o único. Todo poder, diz Bobbio, repousa em parte na força e em parte no consenso (BOBBIO, 2019, p. 171-2). Neste sentido, sustentar a tese da separação não significa negar a existência de limites ao “poder soberano”, mas observar que estes limites não são jurídicos. Assim, p. ex., a edição de uma lei que promova forte convulsão social dificilmente se manterá e o governante será obrigado a recuar. Mas ele o fará não em obediência a um direito natural da comunidade, mas sim impelido por fatores “extrajurídicos”, como a “opinião pública” ou o receio de que a manutenção da lei possa desencadear uma situação de descontrole e caos social. Em suma, a tese da separação é importante, dentre outras razões, porque busca uma explicação social para o direito, rejeitando derivá-lo de um plano transcendente como a razão ou uma moralidade objetiva. Ademais, este passo é também fundamental para a formulação de uma metodologia avaliativa para o estudo do direito, como será melhor desenvolvido no capítulo seguinte.

Por fim, porém não menos importante, a falácia naturalista. Uma falácia, em termos gerais, é todo argumento que, embora possua certa aparência de consistência ou validade, é formalmente inválido. Ou seja, uma falácia não é um argumento meramente

---

<sup>9</sup> ROSS, Alf. *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*. Buenos Aires: Revista Jurídica de Buenos Aires, IV, p. 212. (livre tradução).

inválido, mas aquele dotado de certa força persuasiva que recobre ou mascara, por assim dizer, sua invalidez. Daí seu especial interesse para o campo da Lógica, a qual, constituindo-se como disciplina que busca apreender as formas de inferência válida, tematiza e classifica as falácias, visando identificar e demonstrar as falhas de raciocínio que se introduzem nestes argumentos. No caso da falácia naturalista, dito a grosso modo, o erro lógico consiste em extrair uma conclusão normativa (formulada em termos de juízo de valor) a partir de premissas fáticas, isto é, de proposições descritivas. Em outras palavras, da afirmação de que algo *é*, não se segue que outra coisa *deve ser*. A importância deste argumento, no contexto da presente discussão, se deve ao fato de que o jusnaturalismo, ao fundar o direito em princípios racionais ou leis naturais, transpõe afirmações situadas no plano fático para o plano normativo, e ao realizarem esta passagem produzem um argumento inválido.

Como se pode observar, a falácia naturalista não é um argumento de tipo sociológico, como podem ser entendidos o relativismo antropológico (ao menos sob certo aspecto) e a tese da separação. Ela consiste mais propriamente em uma “barreira lógica” ou inferencial (SAUTTER, 2006, p. 243) entre proposições relativas ao domínio do ser e do dever ser: se as premissas de um argumento são proposições relativas ao âmbito do ser, então é impossível extrair uma conclusão, a partir dessas premissas, que pertença ao âmbito do dever ser. Do mesmo modo, se a conclusão do argumento é uma norma (dever ser), então é necessário que ao menos uma das premissas relevantes para esta conclusão seja também uma norma, ou seja, uma proposição relativa ao âmbito do dever ser. A relevância do reconhecimento dessa barreira lógica para a teoria positivista é enorme, pois ela fornece uma base teórica em prol da separação rígida entre proposições descritivas e prescritivas<sup>10</sup>. Enquanto uma descrição pode ser vista como *verdadeira* ou *falsa*, uma norma pode ser apenas *válida* ou *inválida*. A verdade de uma proposição descritiva depende ou da sua verificação (critério empírico), ou de sua inferência a partir de outras proposições admitidas

---

<sup>10</sup> Esta cisão entre os âmbitos do ser e do dever ser, aos quais correspondem proposições dotadas de diferentes estatutos lógicos (descritivas e prescritivas), dá ensejo a uma complexa discussão acerca das relações entre Lógica e Direito. Uma dessas questões refere-se à possibilidade da aplicação de princípios da Lógica (p. ex., da não-contradição e as regras de inferência) às normas, tendo em vista que estes princípios operam a partir do valor de verdade dos enunciados, enquanto as normas, como dito, não são verdadeiras nem falsas. Para viabilizar esta aplicação, um caminho possível seria elaborar um método para converter ou “traduzir” normas em proposições descritivas, alternativa tentada por Kelsen (ao menos em uma fase de sua produção) e Ross, cada qual utilizando diferentes estratégias, aparentemente sem êxito. Outra via seria a ampliação da Lógica para abarcar relações entre normas (a exemplo do que propõem Stephen Toulmin e Chaïm Perelman), substituindo (ou acrescentando) aos tradicionais operadores veritativos os operadores deonticos (*obrigatório*, *permitido*, etc.), o que daria origem às chamadas “Lógicas Deonticas”.

como verdadeiras (critério formal). Já a validade de uma norma, isto é, sua força obrigatória, depende do poder ou autoridade de quem a institui. Para as proposições descritivas, o valor de verdade é o aspecto decisivo; para as proposições normativas, o decisivo é a autoridade.

No caso do pensamento jusnaturalista, ocorre, então, uma confusão entre esses planos, pois o direito natural (proposições normativas), tem a sua validade baseada sobre princípios racionais ou “proposições autoevidentes” (proposições descritivas), o que caracterizaria uma variante da falácia naturalista. Neste sentido, se não se pode validamente inferir normas a partir de afirmações de fato, e sendo o direito uma ordem normativa, ou seja, uma pluralidade de normas, então o seu fundamento de validade deve pertencer ao mesmo plano, qual seja, aquele da vontade e deliberação humanas que é o único solo no qual o direito pode firmar-se. E como esta é justamente a marca característica dos direitos positivos, então, todo direito só pode ter origem positiva. Esta conexão explica porque a falácia naturalista foi assimilada pelo discurso positivista. Assumindo-a como pano de fundo na sua elaboração teórica, Hans Kelsen, dentre os autores positivistas de maior destaque, foi quem levou às últimas consequências a separação absoluta entre proposições normativas e descritivas, como ilustra a seguinte passagem transcrita da Teoria Pura do Direito:

Já anteriormente num outro contexto, explicamos que a questão de porque é que a norma vale - quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.<sup>11</sup>

Concluindo, esta seção voltou-se ao oferecimento de um breve contraponto à teoria jusnaturalista, o que foi feito a partir de três tópicos, cada qual constituindo um argumento independente. O primeiro, o *relativismo antropológico*, é apropriado pelos positivistas para questionar a existência de direitos absolutos e universais, através da

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado, ed. Martins Fontes: São Paulo, 1985, p. 135.

constatação da diversidade de práticas e sistemas jurídicos já produzidos pela humanidade. O segundo, a *tese da separação entre direito e moral*, realiza uma cisão entre a existência do direito, de um lado, e sua avaliação moral, do outro, fazendo depender o primeiro apenas de fatos socialmente verificáveis. Por fim, a falácia naturalista, situada no plano lógico, acusa a invalidez do argumento jusnaturalista ao inferir regras jurídicas a partir de premissas descritivas ou juízos de fato.

#### 1.4 – O direito positivo como ordenamento jurídico

Pelo exposto, a característica determinante do positivismo é sua tese monista, que identifica todo o direito com o *direito positivo*. No entanto, até o presente momento esta expressão foi empregada de maneira genérica, apenas como um contraponto ao termo “direito natural”. Como o positivismo jurídico pretende realizar uma abordagem avaliativa (ou “científica”) do direito, então se faz necessário melhor definir este conceito, através de um recorte que circunscreva com maior precisão o objeto de conhecimento do jurista. Assim como o biólogo, grosseiramente falando, estuda o fenômeno da *vida* e o psicólogo estuda o *comportamento*, o jurista estuda o *direito positivo*. Por isto a presente seção será dedicada a uma caracterização mais fina deste conceito.

O ponto de partida juspositivista consiste em afirmar que o direito positivo é uma *ordem normativa da conduta humana* (KELSEN, 1999, p. 4). O direito é um mecanismo por meio do qual a sociedade busca conformar as condutas dos indivíduos a ela pertencentes, sendo entendido, como ilustra a definição de Bobbio, como uma técnica de controle ou organização social (BOBBIO, 2019). Por outro lado, nossa experiência normativa é um fenômeno mais amplo que o direito, já que a moral, a religião e outras instâncias também operam no sentido de obter certos comportamentos dos grupos a que se dirigem. Como então distinguir a normatividade jurídica de suas congêneres? Uma possível resposta pode ser fornecida pela *teoria do ordenamento jurídico*. A partir dessa concepção, intentaremos uma caracterização do direito positivo que permita melhor delimitá-lo frente a outros fenômenos sociais. Para tanto, adotaremos uma abordagem que considera o direito sob um duplo enfoque, definindo-o por meio de características agrupadas em dois diferentes níveis ou planos: *material* e *formal*. As primeiras são aquelas empiricamente verificáveis, como a presença do “soberano”, a obediência dos cidadãos e a aplicação de

sanções; as segundas, por seu turno, mais se assemelham a *postulados* que estipulam certas propriedades no objeto de modo a permitir sua reconstrução racional (ou mais sistemática) pelo estudioso: são os atributos da *unidade*, *coerência* e *completude*. Passaremos doravante a um breve exame de cada um desses elementos.

Primeiro, quanto à presença de um soberano, isto é, e retomando os termos da definição já dada, daquele indivíduo ou grupo social que detém o monopólio do uso da força numa comunidade. Conceber o direito sem força, dizem os positivistas, seria recuar à tese jusnaturalista de que o caráter obrigatório das regras jurídicas decorre da sua natureza intrinsecamente justa ou racional, e como isto não é aceito (pelas razões expostas na seção anterior), a normatividade do direito positivo só pode advir da existência de um aparato que dispõe do poder de garantir a obediência aos seus preceitos. Este aparato, muitas vezes constituído por uma estrutura bastante diversificada e complexa, é representado na figura do “soberano”. Daí é possível extrair ao menos uma diferença relevante entre direito e moral, pois esta última, ainda que também pensada como *ordem normativa*, carece de uma instância *externa* ao indivíduo capaz de impor-lhe esta ou aquela conduta. Antes, em verdade, a normatividade moral é essencialmente *interior*, operando no nível da consciência e da intimidade do sujeito. A ação moralmente condenável produz como consequência certo sentimento de culpa ou remorso experimentado pelo infrator, que pode até lhe ser mais penosa que a reação institucional ao seu ato (vide Raskólnikov em *Crime e Castigo*), mas cuja origem remete ao seu próprio eu. Isto evidencia, portanto, que a diferença entre direito e moral não repousa sobre o grau ou intensidade da resposta gerada pelo sistema, mas na presença, necessária ao direito, de uma organização ou estrutura social capaz de fazer valer coativamente (se necessário) o conteúdo das normas postas.

Mas a força, por si só, não é suficiente para gerar o direito. Isto é assim porque seria impraticável a manutenção do ordenamento jurídico apenas baseada na coação, ou seja, se o sistema também não contasse com certo grau de adesão voluntária ou espontânea por parte dos destinatários. Empregando a expressão que se tornou lugar comum na teoria positivista, o direito positivo requer um *mínimo de eficácia* para existir. Uma ordem jurídica ineficaz, isto é, aquela que não colhe o mínimo de obediência pela comunidade a que se dirige, na analogia formulada por Hart, é como um sistema de pontuação que já não mais é utilizado pelos praticantes de um jogo (HART, 2012, p. 104). Para saber se um sistema é eficaz, é preciso realizar um cotejo entre as normas abstratamente consideradas

e o real comportamento dos indivíduos a elas submetidos. Neste passo, ao menos duas observações parecem relevantes. A primeira é que não parece ser possível estabelecer com precisão este grau mínimo de eficácia, embora seja certo que ele é indispensável à existência do direito positivo. A segunda consiste em ressaltar que esta eficácia, não importa o modo como seja aferida, refere-se à totalidade das normas, ou seja, ao ordenamento jurídico como um todo, e não a esta ou àquela norma em particular. É que a eficácia, no sentido aqui considerado, é primordialmente uma qualidade do *direito positivo* e não da *norma jurídica* singularmente considerada. A este respeito, transcrevemos a seguinte passagem da *Teoria Pura do Direito* em que a eficácia geral das normas é afirmada como condição necessária à validade do sistema jurídico, ou seja, como condição de existência do direito positivo:

Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa *consideração global*, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada.<sup>12</sup> (Itálico no texto original)

Em terceiro lugar, como já antecipado, o direito positivo é também caracterizado por um certo tipo específico de resposta produzida contra aqueles que violam as normas do sistema. Esta resposta é a *sanção*, definida por Bobbio como *o expediente por meio do qual se busca salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias* (BOBBIO, 2016, p. 151). A sanção, é importante dizê-lo, não é um traço exclusivo do direito. No entanto, a *sanção jurídica* possui ao menos duas qualidades que, ainda de acordo com Bobbio, nos auxiliam a melhor circunscrever o fenômeno jurídico quando comparado a outras instâncias normativas. Como dito anteriormente, aquele que viola uma regra moral também se expõe a uma sanção (sentimento de culpa), mas esta, diferentemente daquela produzida pelo direito, é de origem *interna* e não *externa*. Por sua vez, as normas sociais, aquelas vigentes através dos usos e práticas comuns em um grupo, também são dotadas de sanções externas, assim como as jurídicas. Estas sanções sociais recobrem um espectro de

---

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 149.

consequências bastante amplo e imprevisível, que pode ir do mero *olhar de reprovação* até o limite da eliminação do infrator pelo *linchamento*. É aqui que entra o elemento da *organização* como diferença específica da sanção jurídica frente a sanção social. Enquanto esta, embora externa, constitui-se como uma reação espontânea e carente de medida, a sanção jurídica é uma resposta *controlada*, pois tanto as condições de sua aplicação como sua medida são reguladas pelo sistema. Trata-se, na expressão de Bobbio, de uma sanção *externa e institucionalizada*:

Como se pretendia demonstrar, o tipo de sanção serve para introduzir uma nova distinção entre os vários tipos de norma, e é uma distinção que discrimina um tipo de norma tanto no confronto com as normas morais quanto com as sociais. A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma aceção que foi se tornando cada vez mais comum, os ordenamentos jurídicos.<sup>13</sup>

Passemos agora aos aspectos *formais*. Estes se distinguem do trio acima analisado porque sua existência não pode ser aferida ou constatada através da observação direta ou indireta de fatos sociais. Em verdade, estes aspectos mais se assemelham a *postulados*, pois parecem funcionar como um conjunto de noções primeiras a partir das quais o estudioso pode extrair de certas consequências de valor heurístico ou cognitivo relacionadas ao seu objeto. No caso do direito positivo, como já indicado, estas características são a *unidade*, a *coerência* e a *completude*<sup>14</sup>.

Um ordenamento jurídico é composto por uma infinidade de normas, sendo tantas que mesmo o jurista não conhece todas elas. Se esta pluralidade não pudesse ser reconduzida a um núcleo comum, ou seja, a um princípio unificador dessa diversidade,

---

<sup>13</sup> Bobbio, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Ed. Edipro, 6ª Edição: São Paulo: 2016, p. 157.

<sup>14</sup> Estes postulados desempenham um papel central para a *Doutrina*, como tradicionalmente é chamado o conjunto das obras escritas pelos juristas sobre o direito positivo, e cuja leitura constitui um dos núcleos da formação jurídica. Via de regra, os textos doutrinários não discorrem sobre esses tópicos diretamente, tarefa que geralmente é assumida por teóricos do direito. No entanto, os doutrinadores assumem tais princípios em sua atividade de representação do direito positivo. Assim, p. ex., ao tratar do “Direito Civil brasileiro”, o jurista está pressupondo algum critério que lhe permita delimitar as leis brasileiras face à legislação estrangeira, fazendo uso, portanto, do postulado da unidade. O princípio da coerência, por seu turno, implica na busca por uma interpretação sistemática das normas, remontando à antiga metáfora do direito como uma esfera, a qual, ainda que ligada ao solo por um único ponto (a norma aplicável ao caso concreto), exerce, através deste ponto, a pressão de todo o seu peso. Por fim, a completude também é assumida pelo jurista nas ocasiões em que faz uso de analogias ou de princípios gerais do direito para, através de sua interpretação, evidenciar normas “implícitas” ao ordenamento, as quais, seja por um lapso, impossibilidade fática ou por uma decisão política consciente, não foram tornadas explícitas pelo legislador.

então não estaríamos mais diante de um *ordenamento*, e sim de um mero amontoado de normas esparsas que existiriam de modo isolado e independente entre si. A noção de unidade, portanto, está diretamente relacionada à existência de um fundamento sobre o qual repousa todo o ordenamento e lhe confere uma identidade. Daí se segue que para saber se certa norma específica pertence ou não a um dado ordenamento, é preciso verificar se ela pode ser reconduzida até este ponto fundamental: sendo este o caso, se diz que a norma é *válida*; caso contrário é *inválida*, tratando-se de norma alheia ao ordenamento ou inexistente. Logo, é através da validade que uma norma adquire seu caráter jurídico. Isto significa que uma norma é jurídica não em virtude do seu conteúdo, da sua racionalidade ou justeza, mas sim porque pertence a um ordenamento jurídico, e uma vez que possui este status, torna-se investida daqueles atributos característicos do direito positivo enquanto ordem normativa.

O princípio da unidade cumpre ao menos duas funções de importante valor cognitivo para o cientista do direito. Primeiramente, tem o condão de deslocar o foco de investigação da parte para o todo, ou seja, da norma jurídica para o direito positivo. Disto se segue que o objeto de conhecimento do jurista não pode ser as normas isoladas, mas a totalidade que elas formam enquanto ordenamento jurídico. Em segundo lugar, fornece um procedimento para que o estudioso possa distinguir as normas que pertencem a um ordenamento daquelas que lhe são alheias (um *teste de pedigree*, na expressão de Ronald Dworkin), através da recondução ao fundamento último de validade do sistema.

Além do postulado da unidade, a teoria do ordenamento também pressupõe que as normas que compõem o direito positivo são *coerentes* entre si. Esta noção se reveste de importância não só *teórica* como *prática*, pois tanto o jurista como a autoridade (p. ex., o juiz) a assumem em suas respectivas atividades de descrever e aplicar o direito. O postulado da coerência sustenta, em uma palavra, que o direito não possui “contradições”, ou melhor, *antinomias*, isto é, aquelas situações de incompatibilidade entre duas normas válidas pertencentes ao mesmo ordenamento. Na prática, no entanto, as antinomias são inevitáveis. Um direito sem antinomias teria de ser similar a um sistema dedutivo, tal como os jusnaturalistas modernos (p. ex., Leibniz e Espinoza citados na nota nº 5) concebiam o direito natural. A real existência de antinomias, todavia, não invalida o princípio da coerência, que conserva sua importância ao postular o caráter sistemático do direito.

Deste postulado é possível igualmente extrair ao menos duas consequências, uma teórica e outra prática. A teórica se traduz na exigência metodológica de que o jurista deve representar o direito positivo do modo mais racional e coerente possível. A prática, dirigida precipuamente ao juiz, e de modo geral, a quem couber a aplicação da lei, dá ensejo aos chamados *critérios para a solução de antinomias*. Considerando que uma antinomia cria uma situação paralisante, diante da existência de normas igualmente válidas que apontam em direções contrárias, desenvolveu-se e consolidou-se na tradição jurídica o emprego de critérios para solução das antinomias que se tornaram canônicos, sendo eles o *cronológico* (*lex posterior derogat priori*), *hierárquico* (*lex superior derogat inferior*) e de *especialidade* (*lex specialis derogat generali*). Não se trata de critérios absolutos, e ademais, não são capazes de erradicar todas as formas possíveis de antinomia (BOBBIO, 1999, p. 97). O fundamental a se destacar, no entanto, é sua estreita conexão com o postulado da coerência, de cuja assunção decorre a necessidade de eliminar ou atenuar as incompatibilidades do sistema. Um “dever de coerência”, nas palavras do autor italiano.

Por fim, a *completude*. Assim como os atributos anteriores, da unidade e da coerência, a completude do ordenamento jurídico não é propriamente verificada nem demonstrada, mas pressuposta pelo teórico do direito na construção do seu objeto. E da mesma maneira que a unidade aponta para a identidade do ordenamento e a coerência para o seu caráter sistemático, a completude se refere à inexistência de *lacunas* no direito. Uma lacuna, em termos gerais, é aquela hipótese de ausência de norma adequada a um caso concreto. A concepção segundo a qual o ordenamento jurídico é completo, ou seja, carente de lacunas, foi uma das principais bandeiras da *Escola da Exegese*, uma forma embrionária do positivismo jurídico. Apesar do seu caráter controverso — talvez o mais polêmico dentre os três princípios então examinados — a completude atua no sentido de constranger o estudioso (e também o aplicador) a manter-se nas fronteiras do direito positivo, fechando as brechas que pudessem conduzir a um eventual retorno ao direito natural. Em suma: a solução para o caso deve ser sempre buscada dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Este postulado também dá ensejo a consequências teóricas e práticas importantes. No primeiro campo, circunscreve o objeto de conhecimento do jurista única e exclusivamente ao direito positivo. No campo prático, a completude se traduz, assim como se passou com o desenvolvimento de critérios para solução de antinomias, em técnicas ou *métodos de integração do direito*, através dos quais se visa colmatar as lacunas do

ordenamento, apelando a mecanismos que permitam extrair novas regras a partir das então existentes, sendo os principais deles a *analogia* e o recurso aos *princípios gerais do direito*. O emprego desses expedientes é decisivo para o funcionamento dos sistemas jurídicos modernos pois estes, diferentemente do Direito Romano, desconhecem o princípio do *non liquet*, que desobrigava o magistrado a decidir sempre que diante de um *hard case*<sup>15</sup>. Como isto não é possível, pois a aplicação da lei, no Estado Moderno, é um “poder-dever”, então a decisão do caso, mesmo difícilimo, torna-se obrigatória para a autoridade<sup>16</sup>.

Concluindo, temos que o direito positivo, objeto de conhecimento do jurista, pode ser concebido como uma *ordem normativa mantida através da possibilidade do recurso à força, equipada com mecanismos de sanção externa e institucionalizada, que receba certo grau de obediência espontânea pelos seus destinatários, e é composta por uma pluralidade de normas que remetem a uma unidade coerente e completa*.

### 1.5 – Síntese

Este capítulo foi estruturado a partir de dois tópicos centrais. O primeiro consistiu em apresentar genericamente as duas principais concepções sobre a natureza do direito, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. A primeira, como vimos, se caracteriza pelo dualismo jurídico e afirma a existência de duas formas jurídicas, o direito positivo e o direito natural. Daí seguimos a um breve exame da clássica doutrina do direito natural, analisando dois argumentos sustentados em prol da sua existência, o do conteúdo jurídico mínimo e o racionalismo ético. Na sequência, nos debruçamos sobre o positivismo e sua tese monista, expondo os principais argumentos contrários à existência dos direitos naturais, sendo eles o relativismo antropológico, a tese da separação e a falácia naturalista.

---

<sup>15</sup> Um *hard case* (ou caso difícil), é, em linhas gerais, aquele no qual, seja devido à lacuna da lei, à existência de antinomias ou por uma vagueza ou zona de penumbra da regra, a aplicação do direito ao caso não se mostra simples ou evidente, fruto de um raciocínio dedutivo (ou “mecânico”) em que o fato é diretamente subsumido à norma. Veremos mais adiante como a própria caracterização do que é um *hard case* bem como as soluções que ele admite são questões em disputa no âmbito da teoria do direito, através do debate Hart-Dworkin, tema do terceiro capítulo.

<sup>16</sup> Os sistemas modernos geralmente dispõem de mecanismos que visam facilitar a tarefa do juiz em situações de lacunas normativas ou desconhecimento dos fatos relevantes da causa. Nesta última hipótese, p.ex., a legislação estabelece regras que distribuem o ônus da prova entre os litigantes, de modo que, se a prova de um fato alegado por uma das partes não é produzida, o juiz está autorizado a presumir que ele não ocorreu, e através dessa *ficção jurídica*, suprir a insuficiência de informações necessárias para o julgamento.

O segundo tópico, centrado na teoria positivista, voltou-se a uma caracterização mais precisa do conceito de direito positivo através da *teoria do ordenamento jurídico*. Neste passo, indicamos que o direito positivo é composto por qualidades materiais e formais. As primeiras se caracterizam pela presença de um soberano, pela eficácia mínima do sistema e pela existência de sanções externas e institucionalizadas. As segundas, mais assemelhadas a postulados, são os atributos da unidade, coerência e completude do ordenamento. Unindo estes pares, alcançamos uma definição mais precisa do fenômeno sob análise. Resta-nos, doravante, analisar qual método lhe é mais adequado e que tipo de conhecimento é possível obter dele, o que passaremos a discorrer no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 2 – MÉTODOS DA CIÊNCIA JURÍDICA

### 2.1 – Introdução: Direito como justiça, eficácia ou validade

Se o primeiro capítulo destinou-se a formular uma definição sobre o *quê* estuda o jurista, agora é preciso dizer algo sobre *como* ele estuda este objeto, o que conduz à questão do método da ciência jurídica. Esta questão também pode ser formulada da seguinte maneira: de que maneira o jurista pode identificar e descrever as regras de um sistema jurídico? Na obra *Teoria da norma jurídica*, Norberto Bobbio apresenta uma classificação tripartite acerca dos diferentes critérios surgidos na tradição jusfilosófica visando a identificação do direito, sendo eles a *justiça*, a *eficácia* e a *validade*.

O primeiro desses critérios, o direito como *justiça*, corresponde à posição jusnaturalista e por isso não será objeto de consideração detalhada neste trabalho. Sua principal nota distintiva é a característica já assinalada no capítulo anterior, da assunção de um critério *moral* para o reconhecimento do direito (tese da moralidade). Exemplos clássicos são o caso da já citada frase de Tomás de Aquino, segundo a qual uma *lei injusta não é lei*, bem como a *fórmula de Radbruch*, entendida como uma versão mitigada da concepção tomista, segundo a qual a *lei extremamente injusta não é lei*. Não se trata exatamente, é importante esclarecer, de que toda e qualquer lei, individualmente considerada, precisa satisfazer exigências de justiça ou bom senso para ser admitida como juridicamente obrigatória. O fundamental é que o sistema como um todo esteja em conformidade com certos valores morais como condição de sua legitimidade, de onde derivaria, então, a força normativa de suas regras em particular.

Mas o positivismo jurídico, como já antecipado, propõe uma abordagem “avaliativa” ou “neutra” do direito. O caráter obrigatório de um sistema jurídico, neste sentido, não pode depender da aprovação moral do estudioso, algo sempre subjetivo e relativo, na visão positivista. Assim sendo, a existência do direito é entendida como um fenômeno *objetivo* que faz parte da vida social, e por isso, sua identificação decorre da constatação de certos fatos, cuja existência não depende do julgamento moral que possamos fazer a seu respeito. O positivismo separa, então, através de um corte rígido, a existência do direito, de um lado, da sua avaliação moral, do outro, de maneira que os critérios relativos a cada caso aparecem como independentes entre si. O tema da avaliação

moral do direito pertence ao domínio da Filosofia Política, Ética ou Teoria da Justiça. Nestas disciplinas se discute, p. ex., o que seria o “direito justo”, ou quais valores um sistema jurídico deve acolher para atingir esse status ideal. O tema da identificação do direito, por sua vez, pertence à Ciência do Direito. Ela depende de uma metodologia que indique o modo pelo qual se pode verificar a presença do direito numa comunidade, independentemente do seu valor moral. Mas nesta altura a teoria positivista se ramifica em duas grandes vertentes, cada qual propondo um modelo metodológico diferente, representadas nas teses do direito como *eficácia* e como *validade*.

Empregando uma nomenclatura contemporânea (PAULSON, 2011), essas variantes, centradas na eficácia ou na validade, podem ser chamadas respectivamente de *positivismo naturalista* e *não-naturalista* (ou normativista). Apesar de partirem de um princípio comum, há diferenças relevantes entre estas abordagens, motivo pelo qual, mas sem ostentar qualquer pretensão exaustiva neste pormenor, este capítulo apresentará as versões esquemáticas desses dois modelos. O primeiro, o modelo *naturalista*, encontra sua formulação canônica na *Province of Jurisprudence Determined* (1832) de John Austin, ao qual podemos acrescentar uma versão no séc. XX representada pelos trabalhos de Alf Ross<sup>17</sup>. O segundo, o modelo *normativista*, tem como principal ponto de apoio a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, sendo possível também encontrar na obra de Norberto Bobbio a mesma orientação geral de cunho metodológico. Faremos, pois, uma comparação entre essas duas propostas, apontando seus elementos mais característicos e suas respectivas bases filosóficas.

Isto dito, o capítulo trilhará os seguintes passos: primeiramente faremos uma apresentação mais geral relativa à matriz comum aos modelos acima discriminados, ou seja, à concepção segundo a qual o jurista deve encarar o direito como um *fato* e não como

---

<sup>17</sup> É válido observar que apesar de estarem vinculados a diferentes culturas ou tradições jurídicas (*Civil Law* no caso de Ross e *Common Law* no caso de Austin) ambos compartilham de uma orientação mais ou menos convergente no que toca ao modo como o direito deve ser abordado. O mesmo pode se dizer da comparação, feita pelo próprio Kelsen em *Analytical Jurisprudence and Pure Theory of Law*, entre sua posição e a de Austin, as quais, malgrado as diferenças metodológicas entre suas teorias, partem de supostos comuns que justificam o reconhecimento de ambas como positivistas. Naturalmente que as diferenças entre os ambientes de produção jurídica refletir sobre a própria teoria, tal como se observa, por exemplo, no realismo jurídico americano, forjado a partir de uma prática legal em que os juízes ocupam uma função central na criação do direito. No entanto, essas diferenças devem se tornar menos decisivas para a teoria positivista, na medida em que o seu objetivo, tal como escreve Kelsen na Teoria Pura, é descrever o direito em geral, não esta ou aquela ordem particular. Talvez pela mesma razão, apesar das diferentes origens geográficas e culturais dos principais autores objeto deste trabalho (Inglaterra, Dinamarca, Áustria, Itália e EUA), elas não impedem uma reflexão comum acerca do direito e de uma metodologia jurídica, dado o grau de abstração e generalidade na qual esta reflexão é realizada.

um *valor*. A segunda e terceira seções serão dedicadas, respectivamente, aos modelos naturalista e normativista. Por fim, o último tópico fará um sumário do capítulo, recuperando os aspectos importantes das seções anteriores.

## 2.2 – *Ciência jurídica como abordagem avaliativa do direito*

O princípio fundamental que assume a metodologia positivista, como já indicado, é a distinção entre as funções de *descrever* e *avaliar* o direito, às quais correspondem, no plano lógico, a diferença entre *juízos de fato* e *juízos de valor*. O reconhecimento dessa separação marca uma diferença crucial diante da postura assumida pelo jusnaturalista na identificação do direito natural. Como dito, o direito natural não tem origem social; sua natureza mais se assemelha a princípios racionais ou morais elementares sobre os quais se assentaria o direito positivo. Um direito ideal que não é revogado nem modificado pelos fatos sociais, mas que funciona como critério regulador do direito positivo. Ao postular esse direito ideal, que pode até mesmo conflitar com o direito real, isto é, aquele efetivamente existente na sociedade, o jusnaturalista expressa mais propriamente uma *concepção de justiça* do que uma *descrição de fenômenos*. Sua abordagem, nestes termos, encara o direito não como ele *é* mas como *deve ser*, e ao assim proceder, não produz *conhecimento* mas um padrão de *avaliação* do direito. Prova disso, prosseguem os positivistas, é que os jusnaturalistas nunca se põem de acordo sobre o verdadeiro conteúdo do direito natural, e um rápido olhar sobre as diferentes definições de direito encontradas na tradição revelam patentes contradições entre elas, como é o caso da escravidão, que para Aristóteles era natural, enquanto os jusnaturalistas modernos sustentam que o estado natural do homem é a liberdade.

Diferentemente desta perspectiva, que julga o direito a partir de um valor, (podendo ser ele a *justiça* a *paz*, a *liberdade*, etc.), o positivista não pretende avaliar seu objeto, porém limitar-se a constatar sua existência e descrevê-lo, como dizia Austin ao sustentar *que a existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra*. Esta pretensão tem sido alvo de objeções pois se questiona se e até que ponto é possível conceber o conhecimento jurídico como uma descrição neutra e puramente factual do direito. Todavia, não é este o momento de analisar tais críticas, muitas delas moldadas no espírito do pós-positivismo jurídico, as quais serão, ao menos em parte, apresentadas sob a ótica do debate

entre Ronald Dworkin e H.L.A. Hart no próximo capítulo. Neste passo do presente trabalho, por sua vez, o foco consiste em apresentar uma caracterização dessa postura metodológica e os pressupostos sobre os quais ela se apoia.

Como dito, uma das teses cardeais da metodologia positivista é a separação entre descrever e avaliar. Diante de um determinado estado de coisas, o mesmo indivíduo pode reagir tanto expressando sua aprovação ou desaprovação face ao que observa ou limitar-se a constatar aquilo que é o caso. A primeira atitude traduz um sentimento ou estado subjetivo experimentado pelo observador que ele revela através da linguagem; a segunda representa a transmissão de uma informação relativa ao próprio fenômeno observado. Desta forma, afirmar que isto ou aquilo *é bom* nada informa sobre o objeto, ao menos não diretamente, mas sim sobre as preferências daquele que realiza a afirmação, diferentemente do valor cognitivo predominante na segunda situação, em que um dado ou fato sobre a realidade é comunicado. Não se trata de uma relação de prioridade ou hierarquia entre estes domínios, e sim do reconhecimento de suas diferentes finalidades ou funções: expressar um sentimento ou induzir certa atitude, num caso; transmitir uma informação ou fazer saber, no outro. Se o campo de fenômenos aos quais nos referimos é o direito, então, é possível tanto a atitude de sua aprovação ou desaprovação, típica do *político* e do *ideólogo do direito*, como aquela da sua constatação e descrição, única cabível ao *cientista do direito*. Atento à confusão entre essas funções, Kelsen adverte no prefácio da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*:

Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito

positivo. E especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.<sup>18</sup>

Não obstante isto, a ideia de descrever o direito não parece tão simples, ao menos à primeira vista, sobretudo quando comparada com a atividade supostamente similar ou análoga do cientista da natureza<sup>19</sup>. Primeiramente porque o fenômeno a que se refere o conhecimento jurídico, o *direito positivo*, não é um objeto cuja realidade seja constatável, digamos, do mesmo modo que a existência dos animais ou dos planetas, fazendo-se necessário, destarte, que o método sob análise seja capaz de oferecer um critério para determinar se existe ou não um ordenamento jurídico numa dada comunidade. Em segundo lugar, uma vez constatada a sua existência, põe-se a questão de saber como ele pode ser traduzido ou reconstruído sob a forma de um sistema coerente e organizado de proposições descritivas (juízos de fato), o que corresponderia ao conhecimento jurídico propriamente dito segundo a perspectiva positivista. Em terceiro lugar, pode-se ainda interrogar sobre a natureza ou tipo de conhecimento obtido ao final desse processo, o que seria de interesse para posicionar a ciência jurídica dentro de uma classificação mais ampla, apontando seu lugar na árvore do conhecimento humano.

É precisamente neste ponto, isto é, quando se trata de fornecer as respostas a estes quesitos, que a uniformidade inicial da teoria positivista se desdobra em propostas de solução díspares ou mesmo antagônicas entre si. Assim, nos serviremos dessas questões como um fio condutor para apresentar os traços mais significativos dos modelos naturalista e normativista do positivismo jurídico. Elegendo Austin e Kelsen como os expoentes de proa de cada vertente, veremos que, no tocante ao primeiro ponto, enquanto Austin argumenta que a constatação da existência de um sistema jurídico pode ser obtida através da redução dos seus componentes a questões de fato, Kelsen sustenta a necessidade de

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. X.

<sup>19</sup> O conceito de “fato social”, pressuposto sobre o qual se apoiam as ciências sociais, aí incluída a ciência do direito, está intrinsecamente ligado ao tema da “ontologia social”, disciplina filosófica que indaga em que sentido as entidades sociais existem e qual a sua natureza. Dentre as linhas filosóficas surgidas neste campo, a abordagem analítica de John Searle e Peter Strawson possui bastante influência no positivismo jurídico contemporâneo, o qual se apropria em larga medida do conceito *de fato institucional*. A principal característica deste conceito é sua dependência das instituições humanas (no que se distinguem dos “fatos naturais”), e por conseguinte da linguagem, já que se estruturam a partir da capacidade humana de simbolização. Embora este trabalho não se detenha sobre questões levantadas pela ontologia social, estando mais direcionado à apresentação de uma metodologia para a descrição do direito, é possível notar que a teoria positivista considera o fenômeno jurídico como uma espécie de *fato institucional*. Neste sentido: Sell, Carlos Eduardo. *A Ontologia Social Analítica: Por uma Interlocação com a Teoria Sociológica*. Dados [online]. 2021, v. 64, n. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/dados.2021.64.2.238>>.

postular uma *norma hipotética fundamental*, sem a qual a ciência jurídica ficaria alijada da sua autonomia científica bem como perderia de vista a unidade do seu objeto. Quanto ao segundo ponto, enquanto Austin parece estruturar o conhecimento jurídico como um corpo de proposições que estabelecem uma relação causal entre a violação dos *comandos* e a probabilidade das *sanções*, Kelsen organiza este conhecimento não pelo prisma da *causalidade* mas através da *imputabilidade*, de modo a preservar a natureza normativa (e não naturalística) do nexos que vincula *delito* e *sanção*. Por fim, o terceiro ponto revela que se o modelo naturalista compreende o conhecimento jurídico como uma *ciência social empírica*, a proposta normativista considera que este conhecimento é uma *ciência social normativa*. Passemos, pois, a um exame mais detalhado desses contrastes, iniciando pelo modelo naturalista.

### 2.3 – O modelo naturalista: John Austin e Alf Ross

A vertente naturalista que se desenvolveu no interior do positivismo jurídico, como indica seu próprio nome, está relacionada, ainda que por laços não muito precisos, ao *naturalismo filosófico*. Este termo, apesar da sua amplitude e da pluralidade de significados a ele associados na literatura filosófica (fala-se, p. ex., em naturalismo epistêmico, ontológico, etc.), pode ser genericamente entendido como uma proposta que visa aproximar a abordagem de problemas filosóficos do método experimental praticado nas ciências naturais. É nesta direção, portanto, que o naturalismo é assimilado por essa proposta de metodologia jurídica. Vista desta perspectiva, as teorias de Austin e Ross podem ser interpretadas como tentativas de conferir cientificidade ao conhecimento jurídico através da sua adequação aos cânones do método experimental<sup>20</sup>.

Aplicando este princípio ao seu objeto, o direito positivo, a estratégia de Austin procede da seguinte maneira: primeiro o autor insere o direito numa categoria de fenômenos mais ampla (gênero próximo) que são os *comandos*, ou seja, todo direito é uma espécie de comando. Este, por sua vez, pode ser definido como uma *ordem baseada numa ameaça*. Nesta toada, porém, muitas situações da vida social também podem ser

---

<sup>20</sup> Afirma Ross no prefácio de *On Law and Justice: The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions. From this idea springs the methodological demand that the study of law must follow the traditional patterns of observation and verification which animate all modern empirical science.* (ROSS, 1958, p. ix).

reconhecidas como comandos, tal como a ordem que o pai dirige ao filho, ou a exigência do assaltante diante da vítima. Ciente de tal amplitude, Austin introduz uma diferença específica para circunscrever o seu objeto, relativa à *origem* dos comandos: apenas aqueles emanados do *soberano* são direito. O soberano, ou “chefe da sociedade política” é o indivíduo ou grupo de indivíduos cujas ordens recebe *obediência habitual* pelo grosso da comunidade, sem prestar, por sua parte, obediência habitual a ninguém. Se pensarmos que uma definição corresponde à *análise* de um conceito, diríamos que Austin define o conceito de direito decompondo-o, primeiramente, em “comando” e “soberano”. Em seguida, esses termos são traduzidos em noções mais básicas: comandos expressam certa relação de *força* ou *poder* de um indivíduo sobre outro, enquanto o soberano pressupõe *obediência habitual* pela maioria do grupo. Neste ponto o processo de decomposição chega ao fim, pois atingimos o nível elementar formado pelos componentes mais simples e diretamente observáveis: *força* e *hábito*. Deste modo, a teoria austiniana reduz o fenômeno jurídico a um intrincado arranjo de fatos que, em última análise, podem ser resumidos no binômio força-hábito (PAULSON, 2011).

Como isso se traduz numa orientação prática para o jurista? Suponhamos o caso de um estudioso transportado para uma sociedade sobre a qual nada sabe a respeito. De acordo com Austin, para identificar e descrever o direito dessa comunidade, o primeiro passo consistiria em verificar a eventual presença de um corpo soberano. Para tanto, far-se-ia necessário detectar as condutas habituais praticadas pela maioria de seus membros, e dentro desse universo, localizar aquelas que resultariam da obediência às ordens emanadas por um indivíduo ou grupo, o qual, por sua vez, não rendesse obediência habitual a mais ninguém. Tal procedimento revelaria, caso existente, a fonte da produção jurídica da comunidade, isto é, o soberano. Esta, contudo, pode não ser a única fonte operante no sistema, ainda que seja a última ou suprema, pois o soberano pode delegar, explícita ou implicitamente, parte de seu poder criador para outras instâncias a ele subordinadas, da mesma forma que a ordem do tenente ao soldado pode ser interpretada como um comando tácito ou indireto do general. A totalidade dos comandos que podem ser reconduzidos à vontade do soberano constitui o direito positivo. Tal itinerário, como se pode notar, nada revela sobre o conteúdo do direito, apenas permitindo constatar sua possível existência e fontes de produção, o que é feito de maneira neutra: através da observação e registro de condutas, e sua posterior generalização com base na regularidade dessas condutas, assim

como, no horizonte da concepção de ciência pensada por Austin, procederia o físico que infere relações de causa e efeito a partir da observação de eventos naturais.

Neste passo, é válido chamar atenção sobre como este método, orientado fundamentalmente pelo exame de fatos sociais, em muito difere da atitude jusnaturalista que parte de princípios *a priori* para determinar o conteúdo de um sistema jurídico. Na perspectiva de Austin – o que também vale para positivismo jurídico em geral – o direito não é um fenômeno universal (*ubi societas ibi jus*) nem decorre de uma necessidade lógica, mas é entendido como uma resposta cultural face a contingências históricas que demandavam mecanismos de controle social mais eficazes que a moralidade ou o costume, por exemplo. Neste sentido, sua existência não deve ser pressuposta pelo estudioso, porém constatada desde que presentes os seus componentes característicos, os quais, segundo Austin, podem ser identificados através de uma investigação empírica de cunho sociológico.

No entanto, mesmo essas orientações mais precisas dirigidas ao jurista parecem ainda deixar questões em aberto ou de difícil solução. Uma delas, por exemplo, interroga sobre como é possível, a partir da mera observação de condutas, chegar à conclusão de que eles expressam a obediência a uma regra ou comando. A pura e simples observação, isto é, aquela limitada a captar uma sequência de eventos no espaço e no tempo, não é capaz de relevar o *sentido* que é atribuído pelos sujeitos que praticam a ação, de sorte que ficamos impossibilitados, conforme pontua Hart, de distinguir entre *hábitos sociais* e *regras* (HART, 2012, p. 10-12). Outro aspecto alvo de críticas se refere ao fato de que Austin parece conceber a atividade científica como a busca por regularidades obtidas pela via de uma generalização empírica ou processo indutivo no qual os dados seriam indiscriminadamente compilados, e através do seu cotejo, certas leis poderiam ser formuladas. A verdade, entretanto, é que toda observação se desenvolve sob um enquadramento prévio que circunscreve os fenômenos de interesse para a teoria. Caso contrário, a formulação de qualquer proposição científica se tornaria uma tarefa impossível, já que demandaria uma coleta indiscriminada (e portanto infinita) de dados, pela ausência de um recorte que delimitasse o foco do estudioso.

Neste sentido, a teoria de Ross pode ser lida como uma tentativa de responder a críticas similares, sem, contudo, afastar-se dos princípios que caracterizam o modelo naturalista. Como assinalado, uma das questões que se coloca face ao método proposto por

Austin para identificar o direito é que a pura observação não permite distinguir entre hábitos e regras. Se sob o ponto de vista do observador (externo) essas práticas podem aparecer como idênticas, do ponto de vista do sujeito da ação (interno), porém, aquele que segue uma regra age em consonância a um sentimento de *dever* ou *obrigatoriedade*, ausente no caso dos hábitos, e que não pode ser identificado através da percepção. Em suma, regras possuem uma natureza *normativa*, e esta não pode ser explicada em termos puramente factuais. De acordo com Ross, entretanto, esta separação pressupõe um corte absoluto entre o plano dos fatos, de um lado, e aquele do dever e das normas, do outro, o que reintroduz uma tese metafísica relativa à crença num domínio suprassensível composto por entidades (como as regras) que existem aparte do mundo natural. Esta crença, porém, não se coaduna com as premissas do método científico. Em verdade, o aspecto normativo que constitui as regras é o resultado de um sentimento psicológico cuja origem é social, e enquanto tal, pode ser determinado empiricamente, sem o recurso aos pressupostos metafísicos criticados pelo autor na seguinte passagem:

De longe, a maioria dos autores em ciência do direito até o presente sustentou que o conceito de “lei válida” não pode ser explicado sem recorrer a um plano metafísico. O direito, de acordo com essa visão, não é um mero fenômeno empírico. Quando dizemos que uma regra jurídica é “válida” nos referimos não apenas a algo factual, que pode ser observado, mas também a uma “validade” de caráter metafísico.<sup>21</sup>

Se opondo a essa interpretação dita “metafísica” do direito, Ross se orienta, por assim dizer, no sentido de “reduzir o normativo ao fático”. Desta forma, e convergindo com Austin, mantém a proposição de que a existência de um sistema jurídico pode ser estabelecida através da observação e verificação de um complexo arranjo de fatos. Por outro lado, se diferencia do teórico inglês quando trata de indicar quais são estes fatos e de que forma eles podem ser determinados. Quanto ao primeiro ponto, o binômio força-hábito não parece traduzir adequadamente a complexidade dos elementos que constituem um sistema legal. A imagem de um soberano todo-poderoso que emite comandos, de um lado, e a massa de súditos que habitualmente o obedece, do outro, fornece um quadro mecânico e pouco refinado da vida jurídica. A atividade criadora da jurisprudência e o direito internacional, para ficar nos casos mais emblemáticos, dificilmente podem ter sua natureza

---

<sup>21</sup> ROSS, Alf. *On Law and Justice*, p. 18. (Livre tradução).

jurídica justificada a partir da recondução à vontade do soberano. Desta forma, a pesquisa dos fatos atrelados ao funcionamento do direito devem abranger, p. ex., a ideologia dominante entre os membros de um tribunal, o conjunto de crenças refletido na opinião popular, dentre outros elementos.

Quanto ao segundo ponto, relativo à maneira pela qual estes fatos podem ser identificados, Ross argumenta que a observação do jurista não se processa em um espaço vazio. De fato, o mero registro de uma sequência de ações externas, por si só, não revela o significado que seus praticantes lhes atribuem, o que só pode ser apreendido se assumimos as regras como *esquema de interpretação* (ROSS, 1958, p. 16). De igual modo, aquele que observa uma partida de xadrez e não conhece as regras do jogo, pouco ou nada compreenderá acerca do que ocorre, limitando-se a perceber a alternância entre os movimentos dos jogadores. Essa sequência alternada de ações, porém, adquire sentido quando as regras do xadrez são adotadas como um guia para interpretar as atitudes dos jogadores, sendo possível até mesmo prever, em certos casos, os seus lances. Mas as regras, Ross insiste, não existem de forma independente das condutas dos praticantes do jogo. Elas são, em verdade, a outra face de um mesmo fenômeno. Pois, se as ações dos jogadores só recebem seu significado através das regras, estas, por sua vez, só funcionam adequadamente como um esquema na medida em que são efetivamente aplicadas ou seguidas pelos oponentes na partida. Referindo-se ainda à partida de xadrez como um modelo para a compreensão do direito, afirma o autor:

O conceito de validade (no xadrez) envolve dois elementos. O primeiro se refere à real eficácia da regra que pode ser estabelecida por observação externa. O outro se refere ao modo como a regra é sentida como motivadora, ou seja, socialmente vinculante. [...] Os fenômenos do xadrez e as normas do xadrez não são mutuamente independentes, cada um deles tendo sua própria realidade; são lados diferentes da mesma coisa. Nenhuma ação biológico-física é considerada como uma jogada de xadrez. Ela adquire essa qualidade apenas ao ser interpretada em relação às normas do xadrez. E, inversamente, nenhuma diretiva tem, enquanto tal, o caráter de uma regra de xadrez válida. Ela adquire essa qualidade apenas pelo fato de poder, junto com outras, ser efetivamente aplicada como um esquema de interpretação para os fenômenos do xadrez. Os

fenômenos do xadrez tornam-se fenômenos do xadrez somente quando colocados em relação às normas do xadrez e vice-versa.<sup>22</sup>

Assim, identificar e descrever o sistema legal de uma comunidade depende efetivamente uma pesquisa empírica, só que com recursos mais finos ou apurados em relação aos disponibilizados pelo aparato metodológico austiniano. Estas tarefas, diferentemente do mecanismo de tipo indutivo no qual parece se basear o autor da *Province*, demandam que o estudioso adote um esquema prévio de interpretação, desempenhado pela regra em abstrato (ou *fattispecie*, como chamam alguns juristas), similar ao papel que cumpre uma hipótese científica no método hipotético-dedutivo (HEMPEL, 1981, p. 13). Este esquema normativo, por sua parte, possui algo de provisório porque depende da observação dos fatos para ser reconhecido e incorporado ao direito objetivo como norma válida. O jurista, então, deve “testar a hipótese”, isto é, verificar se a regra *qua* esquema de interpretação é efetivamente seguida ou aplicada pelos membros da comunidade, examinando se eles de fato a adotam como referência para avaliar suas próprias condutas e dos demais. Assim pensadas as coisas, a constatação de sua validade (ou seja, do seu aspecto normativo) não depende de nenhum pressuposto metafísico, dependendo apenas da observação do comportamento e dos sentimentos expressados pelos indivíduos face às normas.

Ross considera, com efeito, que em certos casos pode ser difícil indicar com precisão quais são os fatos que, uma vez verificados, permitem concluir que uma determinada regra é válida. No entanto, isto parece evidenciar mais os limites do que uma falha no método, e portanto não compromete a tese de que a validade deve ser entendida como o resultado do efetivo reconhecimento e aplicação da regra, e não como uma qualidade abstrata e independente dos fatos. No jargão próprio da teoria e ciência do direito, Ross (e a posição naturalista de forma geral) sustenta que a validade da regra deve ser explicada pela sua *eficácia*, isto é, pela sua capacidade de ser seguida ou obedecida pelos destinatários. Com esta leitura, a vertente naturalista visa, como dito, reduzir o *normativo* (validade) ao *fático* (eficácia). Este é um dos principais pontos sobre os quais incide a crítica normativista, que considera, como veremos a seguir, que esta redução desvirtua a natureza do conhecimento propriamente jurídico. A esta objeção os naturalistas treplicam que ela se baseia no pressuposto metafísico de uma dualidade fundamental entre matéria e

---

<sup>22</sup> ROSS, Alf. op. cit, p. 16. (Livre tradução)

forma (ou ideia), e ao assim fazê-lo, os normativistas concebem a validade jurídica do mesmo modo que os jusnaturalistas caracterizam o direito natural, desvirtuando-se, com isto, dos princípios do positivismo e da abordagem avaliativa do direito.<sup>23</sup>

Uma vez estabelecido o procedimento através do qual o direito positivo pode ser identificado (observação de condutas), é importante advertir que o trabalho do estudioso ainda não está concluído. É que neste estágio da investigação, o material normativo obtido via método experimental, se oferece ao jurista, por assim dizer, em estado bruto, consistindo à primeira vista numa massa volumosa e heterogênea de comandos (ou regras) avulsas. É preciso, então, indicar de que forma essa totalidade pode receber uma exposição sistemática e organizada do seu conteúdo. Esta é a função que cumpre (ou deve cumprir) a já mencionada *Doutrina*<sup>24</sup>, cujo objetivo consiste em apresentar ao leitor um complexo temático de normas (Direito Penal, Civil, Administrativo, etc.) por meio de sua reconstrução sob a forma de princípios, conceitos, institutos jurídicos, etc. Não se trata, no presente trabalho, de discorrer sobre o significado das normas, atividade que concerne precipuamente ao jurista e não ao teórico do direito, e sim sobre a natureza da relação entre as regras jurídicas, de um lado, e as proposições que a elas se referem, do outro.

Considerando a complexidade do tema, cujo tratamento adequado pode ser encontrado em obras de metodologia jurídica, nos limitaremos a oferecer uma apresentação geral deste tópico, assimilado como parte do objetivo mais amplo de expor os principais traços do modelo naturalista. Adotando um esquema bastante simples, para operar a tradução das regras jurídicas em proposições descritivas, o jurista deve organizar este material em duas categorias fundamentais, chamadas genericamente de *causa* e *consequência jurídicas*. O conteúdo de toda regra jurídica, nestes termos, pode ser interpretado como prescrevendo uma causa ou uma consequência jurídica. Assim, por exemplo, sob o prisma da teoria de Austin, os comandos emitidos pelo soberano podem ter

---

<sup>23</sup> Em artigo de sua autoria, Ross afirma que Kelsen é um *quasipositivista* - e não um positivista em sentido estrito - pois seu tratamento do conceito de validade não é coerente com as premissas teóricas que estruturam o método experimental aplicado ao campo do direito. Neste sentido: ROSS, Alf. *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*. Buenos Aires: Revista Jurídica de Buenos Aires, IV, pp. 46-93.

<sup>24</sup> O exame desses manuais pode ser ilustrativo sobre como o seu conteúdo, na maioria dos casos, é produzido em dissonância dos princípios metodológicos do positivismo jurídico. Via de regra, o doutrinador não se limita a descrever seu objeto; antes, critica ou elogia o legislador, sugere reformas no arcabouço normativo e propõe soluções para *hard cases*. Esta postura possui raízes bastante antigas na cultura jurídica e decorre, ao menos em parte, da concepção jusnaturalista de que a Doutrina é *fonte do direito*, sendo esta interpretada não como uma *descrição* do direito mas como *prescrições* que assumem a forma de conselhos, orientações, etc., podendo até mesmo vincular a autoridade em certos casos, como admitia o Direito Romano.

o seu sentido explicitado pelo estudioso a partir de sua decomposição em dois elementos, sendo eles os *preceitos* (causa jurídica) e as *sanções* (consequência jurídica). O significado do primeiro consiste em criar um *dever* ou *obrigação jurídica* para o destinatário, enquanto o segundo estabelece a imposição de uma situação indesejável ou negativa (*fear or pain* na expressão de Austin) na hipótese de desobediência ao preceito. Não se trata, é preciso dizê-lo, de uma relação unívoca, no sentido de que cada comando (ou regra) corresponda integralmente a um binômio “causa-consequência”. Em verdade, a mesma causa ou consequência jurídica geralmente se encontra distribuída em uma pluralidade de regras dispersas, sendo parte do trabalho do jurista a função de localizá-las e reuni-las sob a unidade de sentido que lhes é comum.

Deste modo, a reconstrução do direito positivo pelo estudioso, falando grosseiramente, poderia assumir a forma de uma tabela composta por duas colunas, na primeira delas sendo elencadas todas as causas e na segunda as consequências jurídicas. Mas esta caracterização, ainda que meramente esquemática, parece excessivamente rude, além de pouco fiel ao conteúdo encontrado nos manuais de direito. É que este inventário de proposições que relacionam causa e consequência jurídicas pode ainda ser reunido ou sintetizado em um plano mais abstrato, permitindo a formulação de conceitos e institutos jurídicos. Deste modo, um conceito jurídico seria formado pelo agrupamento de uma pluralidade de causas e consequências jurídicas que compartilham aspectos relevantes em comum, de sorte que o conceito funcionaria como um *termo interpolante* entre causas e consequências, servindo como uma eficaz ferramenta de apresentação do direito positivo.

Utilizando o exemplo do conceito de *propriedade* examinado por Ross em *Tû-Tû*, o autor chama atenção para o fato de que os conceitos jurídicos, quando considerados isoladamente, ou seja, abstraídos das proposições em que ocorrem, não se referem a nada, carecendo de qualquer *referência semântica*. Seu significado, em verdade, consiste na função que desempenham na organização do conhecimento jurídico: através da sua utilização, o jurista pode apresentar de forma mais simples e prática um complexo feixe de relações entre causas e consequências jurídicas. Neste sentido, afirmar que “X é proprietário” significa dizer, de forma abreviada, que esta pessoa *adquiriu* ou *herdou* ou *recebeu em doação*, etc. (causas jurídicas) e que, em virtude disso, pode *vender*, *permutar*, *ceder a posse*, *reivindicar sua restituição face a terceiros*, etc. (consequências jurídicas). Se questionássemos, prossegue Ross, sobre o que seria a “propriedade em si”, ou seja, não

quais as causas e consequências que este conceito relaciona, mas sim pela “essência” da propriedade, estaríamos cometendo o equívoco, no qual incorre parte da tradição jurídica, de supor que estes conceitos se referem a entidades reais porém invisíveis que podem ser apreendidas pelo estudioso, quando em verdade a sua função se desenvolve no plano metodológico (e não ontológico): é no seu valor heurístico, ou seja, na capacidade de organizar e sistematizar a representação dos fenômenos de interesse para o jurista, em que consiste o seu traço distintivo. Seria possível, então, descrever os mesmos fenômenos sem recorrer àqueles conceitos; no entanto, sua utilização permite uma apresentação mais simples e coesa do ordenamento.

Esta tese que concebe os conceitos jurídicos como “ferramenta técnica de apresentação do direito” (ROSS, 1958, p. 170), em verdade, constitui um traço não apenas da vertente naturalista, mas pode ser identificada com o positivismo jurídico em geral. É possível encontrar afirmações similares nas obras de Kelsen (KELSEN, 2015, p. 90), Austin (AUSTIN, 1995, p. 231) e Hart (HART, 1983, p. 35), todas elas seguindo a mesma orientação antimetafísica e instrumental sobre o papel que os conceitos jurídicos desempenham na construção do conhecimento jurídico. Apesar disso, permanece uma diferença relevante entre os autores positivistas quando se trata de explicar a natureza do vínculo que relaciona causa e consequência jurídicas. Como essa relação pode ser explicada? A posição naturalista, coerente com os pressupostos já apresentados, sustenta que se trata de uma relação de tipo causal. Ou seja, entre a ocorrência da hipótese prevista como causa jurídica e a aplicação da sua consequência existe um nexo naturalístico. A proposição através da qual o jurista representa a relação entre causa e consequência assume, pois, a forma de um *juízo hipotético* tal como aquele empregado pelo cientista da natureza para descrever relações causais, cuja forma é *Se A, então B*. Se substituirmos as variáveis desta forma retomando o exemplo da propriedade, temos que: *se X adquiriu um bem* (causa), *então o tribunal ordenará sua restituição em face de Z* (consequência).

No esquema naturalista a consequência jurídica é afirmada como um evento futuro, isto é, como uma espécie de *predição* da sua aplicação. Dada a complexidade dos elementos que intervêm entre causa e consequência, esta predição é feita em termos probabilísticos, cujo grau depende do peso dos fatores relevantes para determinar o comportamento da autoridade. Todavia, mesmo quando essa probabilidade é baixa ou de difícil averiguação, a consequência jurídica permanece entendida como um *efeito*, ou seja,

um comportamento que resulta de uma reação ao conjunto de fatos assimilados como causa jurídica. Afastar-se dessa compreensão probabilística do conhecimento jurídico seria regressar, segundo Ross, a uma concepção absoluta (e portanto *a priori*) da validade jurídica que é rechaçada pelo método experimental. Quanto à predição em termos probabilísticos da atuação dos tribunais, o autor afirma o seguinte:

Estas reflexões devem levar à conclusão de que as afirmações sobre o direito válido devem ser entendidas como referindo-se a hipotéticas decisões futuras sob certas condições: se uma ação é praticada com base numa norma jurídica particular, e se não houve alteração no estado do direito (isto é, nas circunstâncias que condicionam nossa afirmação de que aquela norma é lei válida), então a norma provavelmente será aplicada pelos tribunais. [...] Se consideramos uma afirmação doutrinária de que uma determinada regra é uma regra de direito válida [...], então afirmações dessa natureza nunca podem reivindicar certeza absoluta, mas só podem ser mantidas com um grau maior ou menor de probabilidade dependendo da força dos pontos em que se baseiam os cálculos sobre o futuro.<sup>25</sup>

Assim, a redução dos elementos de um sistema jurídico a questões de fato, de um lado, e a compreensão de que conhecimento jurídico é estruturado a partir da descrição de conexões de tipo causal entre causas e consequências jurídicas, do outro, conduzem à conclusão de que o naturalismo encara a ciência jurídica como uma *ciência social empírica*. Adotando, então, uma classificação já difundida que divide o conhecimento científico em dois grandes ramos, quais sejam, *ciências formais* e *ciências empíricas* (HEMPEL, 1981, p. 11-12), este último ramo comporta uma subdivisão entre ciências empíricas naturais e sociais, aí alocado o conhecimento jurídico, ao lado de disciplinas como sociologia, economia e psicologia. Ao definir a natureza da atividade intelectual dos juristas, Ross escreve:

A interpretação do estudo doutrinário do direito apresentada neste livro repousa no postulado de que o princípio da verificação deve se aplicar também a esse campo do conhecimento – que o estudo doutrinário do direito deve ser reconhecido como uma ciência social empírica.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> ROSS, Alf. *On Law and Justice*, p. 41, 43-4. (Livre tradução)

<sup>26</sup> Op. cit., p. 40. (Livre tradução)

Concluindo, procuramos apresentar os principais aspectos do modelo naturalista de conhecimento jurídico, com base na leitura das principais obras de Austin e Ross. Este modelo assume o princípio metodológico fundamental de que o jurista deve descrever e não avaliar o seu objeto. Para tanto, reduz os componentes de um sistema legal a questões de fato, de modo a constatar sua existência, e uma vez cumprida esta etapa, a descrição do direito positivo se orientará pela busca por relações de tipo causal entre *causas* e *consequências* jurídicas, enfoque que confere a este conhecimento a natureza de uma ciência social empírica. Vejamos, doravante, como modelo normativista delinea uma fisionomia bastante diversa do conhecimento jurídico, ainda que dentro do prisma avalorativo que estrutura a metodologia positivista.

#### 2.4 – O modelo normativista: Hans Kelsen e Norberto Bobbio

A orientação naturalista predominante na teoria positivista é contrabalanceada pela destacada figura de Hans Kelsen, talvez o teórico do direito mais importante do séc. XX. Sua relevância, dentre outros fatores, consiste na originalidade do seu projeto intelectual, destinado a estruturar o conhecimento jurídico a partir de outra concepção de ciência. Sem abandonar a pretensão de objetividade que caracteriza a abordagem avalorativa, Kelsen procurava garanti-la por outra via, ao insistir que o direito é um fenômeno essencialmente normativo. Sendo este o caso, é preciso formular um método que, mantendo-se dentro do cânone científico, possa dar conta da singularidade deste objeto. Assim, no lugar de uma “ciência dos fatos”, Kelsen propõe uma “ciência de normas”. Ocorre, entretanto, que normas não são fenômenos visíveis ou passíveis de observação ou verificação, mecanismos típicos do método empírico. Por aí é possível notar que o ponto central da visão normativista é sua rejeição à proposta de redução do normativo ao fático que caracteriza o modelo naturalista. Em vez disso, o normativismo sustenta que normas e fatos existem de modos diferentes, em planos distintos. Visando dar conta da especificidade das normas, apreendendo-as em seu modo próprio de existir, Kelsen considera que a ciência jurídica deve libertar-se de todos os elementos que não capturem o direito em seu aspecto normativo. Esta separação rígida entre o plano dos fatos e das normas como condição primeira para o estudo do direito constitui o que Kelsen chama de *pureza metodológica*, a qual, segundo afirma na *Teoria Pura do Direito*, é o seu “princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 1999, p. 1).

Esta mudança no enfoque a partir do qual o direito deve ser abordado exige, como consequência, a refundação do edifício do conhecimento jurídico sob novas bases. Isto inclui, dentro do esquema comparativo proposto neste capítulo, um novo critério para identificar o direito positivo. Como dito na seção anterior, o naturalismo busca esse reconhecimento através de padrões de regularidade no comportamento de um grupo social. O direito, em uma palavra, é identificado através das condutas praticadas pelos indivíduos (direito como eficácia). Mesmo que guiadas por um *sentido* atribuído por uma norma, a função que esta cumpre é instrumental, ou seja, serve como um meio para interpretar tais condutas, não constituindo um objeto de conhecimento autônomo para o jurista. Kelsen considera, por sua vez, que as normas não são um apêndice dos fatos, isto é, as normas não se explicam pelo que as pessoas fazem (suas condutas), pois elas permanecem existindo mesmo quando violadas. Por isso, afirmar a existência das normas não depende da observação de condutas: alguém que acompanha milhares de partidas de xadrez poderia concluir, com base nesse critério, que é proibido, p. ex., iniciar o jogo com o peão da torre, o que é falso. Em resumo, tanto a repetição massiva de comportamentos conformes não é suficiente para concluir pela existência de uma norma, como a ocorrência de comportamentos contrários, por sua vez, também não é suficiente para concluir pela sua inexistência.

Normas, pois, são um fenômeno independente dos fatos. Elas constituem um modelo ou padrão de conduta e não a conduta propriamente dita, enquanto fenômeno observável. Como, então, é possível identificar a existência de normas, e dentre elas, distinguir as que formam o direito positivo, ou seja, a totalidade das normas jurídicas? De acordo com Kelsen, a existência de uma norma depende de sua *validade*. Afirmer que uma norma é válida significa dizer que ela é *obrigatória*, ou seja, que deve ser obedecida. Daí não decorre que o destinatário se comportará do modo prescrito pela norma, questão que concerne à sua *eficácia*, a qual, em consonância com o princípio metodológico da pureza, não funciona como critério para identificação das normas, e sim para informar se e em que medida elas são seguidas. Diante disso, Kelsen propõe um critério que pode ser chamado de *formal*, para distingui-lo do recurso à observação (*empírico*) que orienta o modelo naturalista. Segundo sua concepção, a constatação da validade, e portanto da existência da norma, depende de uma *operação mental* feita pelo estudioso: é preciso proceder a uma comparação entre aquilo que o autor chama de *sentidos subjetivo e objetivo* dos fatos, que

não repousam sobre qualidades sensoriais, mas aparecem como o resultado de uma interpretação específica. Nas palavras de Kelsen:

O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil.<sup>27</sup>

Imaginemos, então, para retomar os exemplos citados na *Teoria Pura*, o caso de duas pessoas que trocam uma sequência de cartas. Este é o fenômeno observável, que nada revela sobre sua natureza jurídica. Esta só é apreendida quando examinamos o teor das cartas à luz do Código Civil, de maneira que, se a intenção dos interlocutores (sentido subjetivo) corresponde aos requisitos do código<sup>28</sup> (sentido objetivo), então este fato é interpretado como um contrato, e portanto como uma norma jurídica, ou seja, como uma prescrição obrigatória para as partes, cuja validade decorre da sua compatibilidade com a lei. Por outro lado, a ordem do assaltante que exige o dinheiro da vítima, sob o ponto de vista subjetivo, isto é, da intenção do agente, tem o mesmo sentido da cobrança feita pelo fiscal de tributos, ou seja, ambos se dirigem a um indivíduo e lhe dizem para entregar certa soma de dinheiro. Encaradas a partir de um ponto de vista puramente factual, estas situações são indiscerníveis. No entanto, apenas no caso do fiscal o sentido subjetivo do seu ato coincide com o objetivo (no caso, com a lei que instituiu o tributo), e portanto, apenas esta ordem é uma norma jurídica, enquanto a exigência do assaltante não cria uma *obrigação* para a vítima e sim um *estado de coação*. Em qualquer destes casos, portanto, a natureza jurídica das situações se revela através de um exame comparativo que depende primordialmente de uma *interpretação* e não da *observação* dos fatos.

Mas este critério, que repousa na comparação entre o sentido de um ato ou fato determinado com outro sentido que constitui o conteúdo de uma norma, parece incompleto.

---

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 3.

<sup>28</sup> No caso do direito brasileiro, por exemplo, o jurista teria de verificar se esta troca de cartas é feita entre (1) agentes capazes, (2) relativa a um objeto lícito, possível e determinável e (3) e que assuma forma prescrita ou não vedada em lei, cf. art. 104 do Código Civil.

É que se o caráter jurídico destes atos é reconhecido pela sua congruência com uma norma, então é possível colocar novamente a questão sobre a existência (ou seja, sobre a validade) desta norma que serve de parâmetro de interpretação dos fatos. É plausível então questionar por que o Código Civil ou as leis tributárias, usadas como referência para concluir pela juridicidade (ou antijuridicidade) das situações descritas acima, são, elas também, normas válidas. A resposta de Kelsen nos faz avançar mais um degrau no sistema normativo, ao dizer que estas leis são obrigatórias, e portanto normas jurídicas, pois coincidem com o sentido objetivo prescrito pela Constituição do país, o que também não resolve definitivamente a questão, mas apenas desloca o problema para um patamar normativo superior, e assim sucessivamente. Como se pode notar, esta situação nos coloca diante de duas alternativas: ou o processo de fundamentação de validade das normas não tem um ponto final, pois seria em tese possível sempre questionar pelo fundamento de validade da “última” norma do sistema e assim *ad infinitum*, ou é preciso admitir a existência de uma norma fundamental, que opera como fundamento último de validade do sistema, e que portanto não deriva, por sua vez, de nenhuma outra norma. É a esta solução que Kelsen adere através da *norma hipotética fundamental*.

A norma hipotética kelseniana não é uma norma jurídica, ou seja, não se trata de um ato emanado de uma autoridade que cria uma obrigação para os destinatários. Ela funciona, antes, como um *postulado metodológico* endereçado ao jurista (e não ao cidadão), em decorrência do princípio da pureza acima explicitado. Como dito anteriormente, Kelsen assume até às últimas consequências a tese que fundamenta a denúncia da *falácia naturalista* esboçada no capítulo anterior. Segundo seus termos, uma norma (proposição prescritiva) não pode derivar dos fatos (proposição descritiva), de modo que, do fato de que algo *é* não se segue que outra coisa *deva ser*. Uma norma só pode adquirir esse status (sentido obrigatório) através de outra norma, pois apenas um *dever ser* pode fundamentar outro *dever ser*. Se o direito é um fenômeno normativo, ou melhor, uma *ordem normativa da conduta humana* (KELSEN, 1999, p. 4), então sua existência só pode se justificar normativamente e não factualmente. Coerente com estes princípios, o teórico austríaco introduz uma diferença entre as *condições de validade* e o *fundamento de validade* de um sistema legal. Os primeiros são aqueles elementos, examinados no capítulo anterior, identificáveis através do exame dos fatos sociais, quais sejam, a presença de uma fonte de poder (o soberano), grau mínimo de eficácia e a aplicação regular de sanções. Mas estes elementos, como dito, são as *condições* e não o *fundamento* do sistema, o qual só

pode ser igualmente uma norma. Neste sentido, a distinção proposta por Kelsen é análoga àquela entre as noções de *contexto de descoberta* e *contexto de justificação* no campo da filosofia da ciência. Enquanto a primeira compreende os fatores não-epistêmicos presentes no contexto em que a teoria foi formulada (fatos políticos, sociais, psicológicos, etc.), a segunda visa os aspectos lógicos ou cognitivos que a fundamentam. De modo que para estudar o direito positivo de uma comunidade, o estudioso deve verificar a presença das condições de validade do sistema; no entanto, cumprida esta fase, deve postular como fundamento desse sistema uma norma primeira, sem a qual não é possível compreender o direito em sua singularidade, isto é, em seu caráter normativo.

Talvez a proposta de uma norma hipotética fundamental seja um dos pontos mais controvertidos da teoria kelseniana. O positivismo naturalista acusa Kelsen de retornar à concepção jusnaturalista de uma norma ideal a partir da qual o direito positivo receberia sua chancela de validade. Esta norma, justamente pela sua natureza ideal, funcionaria como um fundamento racional do direito, de modo análogo aos sistemas de direito natural elaborados pelos jusnaturalistas modernos. Além disso, prosseguem os críticos, a norma hipotética não explica a obrigatoriedade jurídica mas simplesmente a assume, o que seria uma petição de princípio. Destarte, uma real explicação do direito só pode ser dada se recuamos aos fatos sociais, isto é, à regularidade das condutas, à presença de um aparato organizado e capaz de aplicar sanções etc. Kelsen responde a estas objeções afirmando que os naturalistas mal dimensionam a natureza da norma fundamental: não se trata de uma norma jurídica, e sim de uma norma metodológica. Através dela nenhuma ação é comandada, proibida ou autorizada, nenhum direito é criado; antes, seu objetivo consiste em estabelecer o prisma normativo a partir do qual o direito deve ser estudado. Este prisma não pode ser justificado a partir dos fatos, sob pena de incorrerem na falácia naturalista que deriva o *dever ser* do *ser*. Assim, da mesma forma que o jurista orientado pela metodologia austiniana é instado a observar as condutas dos membros de um grupo, a proposta kelseniana considera que isto não é suficiente para capturar a realidade específica do direito, se o jurista não assumir como princípio que estas condutas devem ser explicadas normativamente: é este papel de princípio que cumpre a norma hipotética fundamental.

Por outro lado, pode parecer insólito que o direito positivo, na teoria kelseniana, esteja fundamentado sobre uma norma que não é positiva, ou seja, sobre uma

norma que não é posta mas apenas pressuposta<sup>29</sup>. No entanto, esta objeção parece misturar as esferas do direito e do conhecimento jurídico. A norma hipotética fundamental não é o fundamento do direito positivo, mas do conhecimento normativo desse objeto. Aqui pode ser oportuno retomar a distinção entre os conceitos de *condição de validade* e *fundamento de validade*, pois ela capta a diferença entre os requisitos para a existência de um sistema jurídico, de um lado, e os requisitos para uma descrição adequada desse sistema, do outro. Enquanto os primeiros são de natureza sociológica, os segundos são de ordem lógica ou metodológica<sup>30</sup>. Neste sentido, é possível (como o próprio Kelsen o admite), descrever o direito positivo sem pressupor uma norma hipotética fundamental. Isto indica que para o autor, a existência do direito não depende desse pressuposto. No entanto, se o abandonamos, e este é o ponto de Kelsen, o que fica comprometida (ou impossibilitada) é a ciência jurídica, pois a descrição do direito positivo, neste caso, será feita a partir de uma base puramente factual, isto é, orientada apenas pela observação de condutas, e com isso se perderá a peculiaridade do conhecimento jurídico enquanto conhecimento normativo, isto é, um conhecimento acerca de normas.

Em uma passagem ilustrativa sobre a importância dessa noção para a fundamentação da ciência jurídica nos moldes normativistas, Norberto Bobbio afirma:

Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua

---

<sup>29</sup> Com efeito, a norma fundamental se distingue das demais normas de um sistema jurídico porque ela não é posta, mas pressuposta. Kelsen considera que ela é assumida por todo jurista que descreve um sistema jurídico, funcionando como a condição de possibilidade deste conhecimento. Ou seja, quando o estudioso descreve as normas de um ordenamento, esta atividade pressupõe que tais normas sejam válidas, o que, por sua vez, depende de um fundamento último de validade, sobre o qual repousa o caráter normativo de todo o sistema, sendo justamente esse o papel da norma fundamental. Daí sua semelhança com o argumento transcendental kantiano, pois a *grundnorm* funciona como uma espécie de condição lógico-transcendental sem o qual o conhecimento do direito seria impossível.

<sup>30</sup> Este é um dos aspectos que conferem à posição kelseniana um *locus* peculiar no espectro das teorias do direito, aí incluídas as jusnaturalistas e positivistas. Por um lado, coerente com o positivismo jurídico, Kelsen considera que o direito é um fenômeno integralmente social, e portanto suas regras não derivam da razão ou de leis naturais, mas de forças sociais como a autoridade e o consenso. Por outro lado, Kelsen sustenta que a sociologia (aqui pensada como uma ciência empírica) não é capaz de capturar a natureza específica do direito, porque este não é apenas uma realidade social mas também normativa. Este último traço exige um método que assimile tal peculiaridade, e é justamente no campo metodológico que Kelsen se desvencilha do viés naturalista quase congênito ao positivismo, ao propor uma abordagem assentada sobre uma base que não é derivada da observação e que funciona como um *a priori* normativo, representado pela norma hipotética fundamental. Nos termos de Stanley Paulson, Kelsen responde ao jusnaturalismo com a tese da origem social do direito, e ao positivismo naturalista com o normativismo metodológico inspirado na teoria do conhecimento kantiana (PAULSON, 1992, p. 320).

vez, não são deduzíveis. Os postulados são colocados por convenção ou por uma pretensa evidência destes; o mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas. À pergunta “sobre o que ela se funda” deve-se responder que ela não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria. [...] Todo sistema tem um início. Perguntar o que estaria atrás desse início é problema estéril. A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabe-lo seria preciso sair do sistema. Assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que ele se constitui um problema não mais jurídico, cuja solução deve ser procurada fora do sistema jurídico, ou seja, daquele sistema que para ser fundado traz a norma fundamental como postulado.<sup>31</sup>

Uma vez que o jurista tenha assumido o pressuposto de uma norma fundamental para apreender o direito em seu aspecto normativo (e não factual, como propõe o modelo naturalista), passa-se à questão de saber como este fenômeno pode ser descrito pelo estudioso, considerando que, tal como o “soberano” de Austin, a norma fundamental kelseniana consiste num critério formal, que nada diz sobre o conteúdo do direito positivo. Para tanto, e uma vez mais, se faz necessário analisar de que maneira essa pluralidade de normas pode ser traduzida em um corpo estruturado de juízos de fato. No caso da metodologia naturalista, como visto, esse resultado é alcançado através da reconstrução do comando (ou regra) sob a forma de um juízo hipotético que descreve uma relação de tipo causal entre causa e consequência jurídica. Mas esta operação, todavia, não é coerente com o princípio da pureza, pois o juízo que se obtém a partir dela é uma afirmação *factual* sobre condutas. Segundo o normativismo, afirmações deste tipo são de natureza sociológica e não jurídica, pois não se referem às normas jurídicas, e sim expressam (em termos probabilísticos) a ocorrência de um evento futuro, mais especificamente, o comportamento da autoridade.

É preciso, portanto, reelaborar a tese acerca da relação entre proposições e normas jurídicas sem desvirtuar-se do enfoque normativo que caracteriza o modelo

---

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 62-3.

normativista. Para tanto, Kelsen em parte conserva e em parte altera o suporte causa-consequência jurídica como princípio organizador do conhecimento jurídico: conserva algo quando mantém a estrutura binária através da qual as normas são analisadas, mas altera, por sua vez, a função que esses polos desempenham na reconstrução das normas. No lugar do par *causa-consequencia*, Kelsen propõe o par *condição-consequencia*, cuja natureza melhor captaria as relações de *imputabilidade* (e não de causalidade) que estruturam um sistema jurídico. Para sustentar esta guinada, chave da sua concepção científica do direito, Kelsen recorre a uma analogia com o pensamento kantiano, e em especial, com a *dedução metafísica das categorias* na *Crítica da Razão Pura* (A 68/ B 93 et. seq)<sup>32</sup>. O objetivo de Kant, neste trecho, é demonstrar a existência de *conceitos* que têm origem no próprio *entendimento*, ou seja, *conceitos puros*. Sua intenção é legitimar a função das categorias como pressupostos lógicos dos juízos, contra a posição humeana que as entendia como o resultado de associações psicológicas. Para tanto, Kant elenca as formas possíveis dos juízos numa *tábua* (A 70/ B 95), e “extraí”, de cada um deles, a categoria que lhe corresponde. Assim, a categoria da *causalidade* é o conceito que corresponde à *forma dos juízos hipotéticos* (Se A, então B). Na outra ponta, Kelsen observa que toda norma jurídica consiste na prescrição de uma conduta, a qual, se violada (delito), deverá dar ensejo a uma sanção, o que conduz à forma “Se A, então *deve ser* B”, de onde o autor “deduz” o conceito de imputabilidade. Assim como a causalidade é o conceito através do qual são relacionados, nos juízos hipotéticos, os eventos que chamamos de *causa* e *efeito*, a imputabilidade é o conceito que permite relacionar *delito* (condição jurídica) e *sanção* (consequência jurídica).

Deste modo, o conhecimento jurídico se organiza sob a forma de juízos que estabelecem relações de imputabilidade entre condições e consequências jurídicas. Para Kelsen, a imputabilidade é o nexa que mais fielmente representa o modo pelo qual um sistema normativo é organizado<sup>33</sup>. Entre condição e consequência jurídica não há uma

---

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, 8ª Ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa: 2013, p. 102-4.

<sup>33</sup> Tanto na Teoria Pura do Direito como em sua Teoria Geral das Normas, Kelsen procura relacionar, por meio de analogias, os princípios da causalidade e da imputação. Em comum eles guardam a característica de desempenharem uma função lógica (nexa funcional) que estrutura o sentido de proposições descritivas e normativas. Mas a esta analogia é também preciso acrescentar ao menos duas diferenças relevantes entre causalidade e imputabilidade. A primeira, acima destacada, se caracteriza pelo fato de que a imputabilidade é um nexa criado pela vontade humana, diferentemente do nexa que opera nas relações de causa e efeito pertencentes ao domínio da natureza. O segundo ponto relevante é que, enquanto a causalidade admite, ao menos em princípio, uma regressão ao infinito, pois é sempre possível questionar a causa da causa através de uma cadeia potencialmente interminável, a imputabilidade se limita aos fatos selecionados pela autoridade ou corpo social que põe a norma. Logo, não faz sentido falar em regressão ao infinito no caso da

relação causal, pois o vínculo aí existente é uma criação da autoridade que põe a norma. Diferentemente da dinâmica que constitui a “ordem natural”, na qual a relação entre causa e efeito não depende da vontade do ser humano, mas se dá de maneira independente desta, na “ordem normativa” a relação entre condição e consequência jurídica é estabelecida através de uma decisão, por meio da qual se elegem certos fatos como relevantes e a eles são atribuídas (isto é, *imputadas*) certas consequências se verificadas. Por tal razão, a cláusula *deve ser* (no lugar do *é* ou *será*) melhor representa a natureza específica deste ato de vontade por meio do qual a norma é produzida. Uma vez que este corpo de proposições sob a forma *se A, então B deve ser* é obtido, estas podem, como já indicado, receber um tratamento mais sistemático e simplificado através dos conceitos jurídicos, os quais servem como um expediente que facilita a representação do ordenamento pelo jurista, ponto em relação ao qual, parece haver mais convergência do que divergência entre os modelos sob exame. No entanto, quando se trata de indicar como se relacionam os termos que constituem a proposição jurídica, então, como visto, o normativismo rechaça o vínculo causal da concepção naturalista, substituindo-o pela imputabilidade.

Por sua parte, esta proposição que vincula condição e consequência jurídicas através da imputabilidade é bastante discutida na teoria jurídica. Para o naturalismo a situação não se coloca como problemática pois a proposição descritiva formulada pelo jurista se refere à probabilidade de um evento futuro, e portanto, aos fatos. Mas a posição normativista se vê numa situação mais complexa quando procura assimilar as normas numa proposição descritiva, dada a assunção de uma separação intransponível entre fatos e normas na qual se lastreia esta proposta. Kelsen procura desfazer este impasse afirmando que o cientista do direito produz proposições descritivas sobre normas e não proposições normativas<sup>34</sup>. Estas últimas são uma criação do direito positivo, ou seja, o seu sentido

---

imputabilidade. Neste sentido: KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas, trad. José Florentino Duarte, ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1986, p. 32-33.

<sup>34</sup> Um traço importante a ser considerado é a diversidade de nomenclaturas encontradas na literatura para demarcar as diferenças lógicas entre prescrições, de um lado, e descrições, do outro. Por vezes, tal como ocorre na terminologia empregada por Kelsen na Teoria Pura do Direito, são utilizadas as expressões “proposição jurídica” e “norma jurídica” para se referir a descrições sobre o direito, no primeiro caso, e à prescrições contidas no direito positivo, no segundo. Assim, o art. 121 do CPB, cujo teor é: “matar alguém. Pena: reclusão de seis a vinte anos”, é uma norma jurídica. Já o ato de conhecimento por meio do qual o cientista do direito descreve, através de um enunciado, o sentido desta norma, é uma proposição jurídica. Mas o próprio Kelsen, dada a sua vasta produção intelectual, já empregou nomenclatura diversa em outros trabalhos, algo sobre o qual H.L.A Hart chamou atenção no opúsculo *Visita a Kelsen*. Neste contexto, Hart apontava que Kelsen utilizava as expressões “regras de direito” ou “enunciados de dever ser em sentido descritivo”, como sinônimas de “proposição jurídica”, mencionando, na esteira da crítica similar de Alf Ross, que esta nomenclatura tendia a reforçar a confusão de que a ciência do direito produz normas jurídicas e não apenas descrições sobre o seu objeto. Neste sentido, HART, H.L.A. Uma visita a Kelsen, Trad. Javier

consiste em atos de vontade postos pela autoridade. O jurista, por sua vez, não produz normas (posição mais próxima ao jusnaturalismo), mas proposições sobre normas, cujo sentido é um ato de conhecimento que descreve a relação de imputabilidade entre delito e sanção. Buscando separar os diferentes sentidos e funções da linguagem presentes na atividade do jurista e da autoridade jurídica, Kelsen afirma o seguinte na *Teoria Pura*:

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. [...] Porém, o dever ser da proposição jurídica não tem, como o dever ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo. Esta ambivalência da palavra “dever” (Sollen, dever-ser) é esquecida quando se identificam proposições normativas (Sollsätze) com imperativos.<sup>35</sup>

Diante do quadro ora apresentado, é possível notar que o conhecimento jurídico pensado a partir da proposta normativista não pode ser concebido como uma ciência social empírica. Isto é assim, porque, primeiramente, a noção de pureza metodológica traça uma separação absoluta entre as normas como objeto de conhecimento próprio do jurista, e os fatos (neste caso, sociais), que constituem o objeto do cientista social. Esta separação coloca em planos distintos, por assim dizer, a ordem causal e a ordem normativa. Apesar dos diferentes tipos de fenômenos compreendidos sob cada um desses planos, em ambos os casos, o que chamamos de “ordem” não existe de maneira prévia e independente do sujeito, como se este material já dispusesse de uma organização intrínseca que lhe conferisse sentido. Em verdade, e neste ponto Kelsen novamente retoma o pensamento kantiano, todo conhecimento *possui um caráter constitutivo, e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido* (KELSEN, 1999, p. 52). Por aí também se vê como Kelsen se afasta de uma concepção de tipo indutivista de ciência (típica de Austin), pois o princípio organizador do conhecimento, seja ele relativo

---

Esquivel. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (Cuadernos de Crítica): Ciudad de México.p. 11-12.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. Op. cit, p. 53.

aos fatos ou às normas, não é extraído da própria experiência, mas depende de um fundamento lógico. A diferença entre esses saberes deriva do conceito-chave a partir do qual sua constituição é pensada: causalidade num caso, imputação no outro. Considerando as coisas por esta perspectiva, que lugar caberia à ciência jurídica na árvore do conhecimento? A resposta é que seria preciso adicionar, por assim dizer, um *tertium genus* à classificação bipartite esboçada na seção anterior: ao lado das ciências empíricas e das ciências formais, o conhecimento jurídico seria enquadrado no ramo das *ciências normativas*. Citamos Kelsen:

Somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.<sup>36</sup>

Em suma, o normativismo propõe outro modelo de conhecimento jurídico para a ciência jurídica. Primeiramente, localizando o objeto da ciência jurídica nas normas jurídicas e considerando-as como irreduzíveis aos fatos; depois, sustentando um novo princípio organizador por meio do qual esta realidade pode ser conhecida, a partir do conceito de imputabilidade, e por fim, realocando este conhecimento assim reformatado em outro esquema classificatório, como *ciência social normativa*, mais adequado à sua especificidade.

## 2.5 – Síntese

Este capítulo, como afirmado em sua introdução, procurou apresentar os dois principais modelos de conhecimento jurídico identificados no bojo da tradição positivista. Em comum, estes modelos compartilham o princípio metodológico fundamental segundo o qual o estudioso deve *descrever* o direito e não *avalia-lo*. No entanto, surgem ao menos duas alternativas quando se trata de descrever avalorativamente o objeto do conhecimento jurídico, cada uma delas delineando diferentes percursos para alcançar este fim. A proposta

---

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 54.

naturalista, em linhas gerais, se baseia nos cânones que estruturam o conhecimento produzido no ramo das ciências empíricas, de sorte que a ciência jurídica deve se orientar pelos princípios da observação e verificação. Como consequência, o reconhecimento de um sistema jurídico depende da constatação de certos fatos sociais, consistindo o trabalho do jurista, neste caso, em buscar as relações de tipo causal entre estes fatos, apreendendo-os sob a forma de juízos hipotéticos. Com isto, o modelo naturalista vê a ciência jurídica como ciência social empírica. O normativismo, por seu turno, sem se afastar da concepção avalorativa, sustenta que o método a ser formulado capturar a natureza específica do direito como *ordem normativa*. Neste sentido, a observação dos fatos não é capaz de revelar o direito, sendo necessária a adoção de critérios lógicos ou formais, em contraposição aos recursos de tipo empírico propostos pelo naturalismo. Partindo daí, o normativismo reelabora a organização do conhecimento jurídico, concebendo-o sob a forma de juízos que expressam a relação de imputabilidade entre condição e consequência jurídicas, de modo a conservar a natureza normativa (e não naturalística) do nexos que vincula delito e sanção. Como resultado, este conhecimento é concebido ainda como uma ciência social, porém não empírica mas sim normativa.

Como dissemos, estas propostas podem ser entendidas como variantes que derivam de uma matriz comum, a noção de uma metodologia avalorativa do direito. No entanto, esta tem sido uma das principais críticas dirigidas ao positivismo, sobretudo a partir do pós-guerra, com a ascensão do *pós-positivismo jurídico*. Para acompanhar estas críticas e saber como o positivismo a elas responde, faremos no próximo capítulo uma sumária exposição do debate travado entre Ronald Dworkin e H.L.A Hart, em que estas questões ocupam o foco central da discussão metodológica sobre a possibilidade de ciência jurídica avalorativa.

## CAPÍTULO 3 – O DEBATE HART-DWORKIN: UMA BREVE ANÁLISE

### 3.1 – Apresentação: o positivismo jurídico sob ataque

Enquanto os dois primeiros capítulos procuraram oferecer, respectivamente, uma exposição sobre como o positivismo jurídico delimita seu objeto de conhecimento (direito positivo), bem como os métodos propostos para descrevê-lo (naturalismo e normativismo), este momento será dedicado à análise de algumas críticas que lhe foram direcionadas e que ganharam corpo sobretudo a partir do Pós-Guerra, aglutinadas sob o rótulo de *pós-positivismo jurídico*. Em verdade, esta expressão, tão ou mais vaga que as congêneres *juspotivismo* e *jusnaturalismo*, foi o modo pelo qual passou-se a designar uma variedade heterogênea de teorias que partilhavam da oposição face a um ou mais pilares da doutrina positivista, mormente a tese monista e a metodologia descritiva aqui examinadas. Considerando a amplitude e as diferentes estratégias argumentativas que essas críticas assumem, faremos um recorte neste vasto cenário para aí selecionar o debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, iniciado aproximadamente em 1970, dada a sua centralidade para a teoria jurídica contemporânea, somada à estatura dos interlocutores que a ele comparecem. Diante disso, a apresentação do referido debate servirá para ilustrar o tipo de crítica que é formulada contra a teoria positivista e as possíveis respostas que seus defensores têm elaborado em seu apoio.

Uma vez circunscrito o foco deste capítulo, é importante advertir, conforme pontua Scott J. Shapiro, que o debate Hart-Dworkin não apenas conta com a participação dos personagens que lhe dão nome, mas se constitui como o foco de uma intensa controvérsia que mobilizou (e talvez ainda mobiliza) uma razoável parcela de especialistas no campo da teoria do direito, especialmente no contexto da cultura jurídica anglo-americana, seja para aclarar os argumentos envolvidos na discussão, seja para acrescentar-lhe novos (SHAPIRO, 2007, p. 18-19). Outro ponto digno de nota é que, dada a natureza eminentemente filosófica do seu conteúdo, surgem interpretações divergentes acerca da questão fundamental que opõe positivistas e pós-positivistas no debate. A questão se torna mais complexa porque além de contemplar tópicos diferentes porém interligados, o debate evoluiu ao longo do tempo, dada a sua natureza dialética, o que lhe confere um caráter orgânico e mutável.

Diante disso, e tendo em vista o propósito central deste trabalho, qual seja, o de analisar as bases do positivismo jurídico para fundar uma teoria descritiva do direito, nos ateremos aos aspectos que se relacionam com este ponto. Embora Dworkin eleja as ideias desenvolvidas por Hart em *O conceito de Direito* como foco, suas críticas possuem um caráter mais abrangente e são concebidas como uma investida geral (*general attack*) contra a teoria positivista (DWORKIN, 1967, p. 22). O principal alvo deste ataque é a crítica à pretensão de uma postura neutra e puramente descritiva do estudioso face ao direito. Como veremos, Dworkin argumenta que uma teoria jurídica que propõe apenas descrever o direito está baseada em pressupostos equivocados, ou, na melhor das hipóteses, é de pouca utilidade. No lugar da postura avaliativa que embasa a metodologia positivista, o filósofo sustenta que o saber jurídico deve ter uma função *interpretativa* ou *justificatória*, isto é, deve considerar sempre as melhores interpretações possíveis que um sistema legal admite, apresentando-o, assim, “sob a sua melhor luz”. Uma teoria neutra, que se limita a constatar mas não avalia ou interpreta o direito, não apenas falha em capturar características salientes da vida jurídica, como perde de vista a finalidade que deve orientar o conhecimento jurídico.

Para melhor compreender esta crítica e as respostas que lhe podem ser dadas pelo ângulo positivista, este capítulo cumprirá o seguinte itinerário: primeiro faremos uma sucinta exposição das principais teses contidas em *O conceito de Direito*, apresentando seus pontos centrais, visando contextualizar as objeções que serão apresentadas na sequência. No segundo momento, passaremos a um resumo dos argumentos de Dworkin contra o positivismo, extraídos de trechos das obras *The model of rules*, *Law's empire* e *Levando os direitos a sério*<sup>37</sup>, com ênfase naquelas passagens em que a metodologia avaliativa é posta em xeque pelo filósofo americano. O terceiro momento retoma a concepção positivista, e guiado sobretudo pelo Posfácio acrescido à segunda edição de *O conceito de Direito*<sup>38</sup>, procura fornecer uma apresentação geral da réplica de Hart face às críticas de Dworkin. Por fim, a última seção recupera e sintetiza os principais pontos discutidos no capítulo.

---

<sup>37</sup> O primeiro “ataque” de Dworkin ao positivismo aparece em seu artigo de 1967, intitulado *The model of rules I*, que depois é incorporado à sua obra *Levando os direitos a sério*, acrescido com algumas modificações.

<sup>38</sup> O posfácio da segunda edição de *O Conceito de Direito*, publicada em 1994, foi inicialmente planejado para ser composto por duas partes. A primeira voltava-se às críticas formuladas por Dworkin, enquanto a segunda era fundamentalmente endereçada às críticas de Lon L. Fuller, um filósofo jusnaturalista americano. No entanto, Hart morreu sem concluir esta segunda parte, pelo que o posfácio conta apenas com a seção em que são discutidas as teses de Dworkin.

### 3.2 – O conceito de Direito: uma visão geral

*O conceito de Direito* é a obra mais conhecida de Hart e representa um dos textos mais significativos da teoria jurídica na segunda metade do séc. XX. De um modo bastante esquemático, podemos apresentá-la como uma resposta a pelo menos três problemas teóricos que se desenvolveram na tradição positivista, possuindo, cada um deles, um expoente com o qual pode ser mais ou menos identificado. Assim, a obra critica a definição de direito em termos de *comandos*, cuja formulação, como visto, remonta à *Província* de John Austin; busca, por outro lado, refutar uma concepção atribuída ao realismo escandinavo (especialmente Alf Ross) a qual, como também fora examinado, se pauta pela redução da normatividade jurídica a questões de fato; e por fim, se dirige a Kelsen e suas teorias da norma jurídica e da pureza metodológica. No fundo, essas três linhas refluem para o ponto que constitui a principal tese do livro, a saber, que *o direito é a união de regras primárias e secundárias*. Ao defender a noção de *regra* como elemento central do direito, Hart, a um só tempo: (1) se opõe à concepção imperativista que concebe o direito como sendo composto essencialmente por *comandos* ou *ordens*, (2) rejeita a perspectiva puramente factual da validade jurídica defendida pelo modelo naturalista; e por fim, (3) considera o direito como uma “prática social complexa”, afastando-se do *purismo* metodológico kelseniano. Saber como Hart chega a essa proposição central e por que, para o autor, a noção de regra constitui o elemento central do direito, é o que intentaremos expor de agora em diante.

O primeiro ponto a ser destacado é lembrar que, não obstante a originalidade do pensamento de Hart e das novas linhas de desenvolvimento teórico abertas a partir de suas reflexões, sua posição permanece fiel aos marcos do positivismo jurídico, isto é, Hart considera que o objeto de conhecimento jurídico é o direito positivo (e não o direito natural) e interpreta sua própria teoria como um ensaio de *sociologia descritiva* (HART, 2012, p. VI), ou seja, como uma *descrição* e não como uma *avaliação* do direito. No entanto, Hart empreende esta tarefa, por assim dizer, através de uma estratégia diferente. O filósofo nota, inicialmente, que uma definição adequada do fenômeno que chamamos *direito* deve ser capaz de iluminar suas principais características e mostrar como elas se interrelacionam, mas esta definição, Hart adverte, não é a apreensão de uma essência ou algo similar, isto é, não pode ser entendida como exaustiva, delimitando de forma rígida as fronteiras que separam o direito de outras instâncias da vida social. Em verdade, quando analisamos as

diferentes situações às quais a palavra *direito* é aplicável, parece ser impossível detectar a presença de um ou mais elementos ditos “necessários” ou seja, reconhecíveis em todas aquelas circunstâncias (HART, 2012, p. 13-17). Assim, p. ex., se apelamos à noção de *soberano*, tal como faz Austin, para “delimitar a província do direito”, então excluimos o direito internacional e o das comunidades originárias; se, por outro lado, identificamos essa nota com a presença de *sanções*, então o direito civil e muitas partes do direito público também estariam excluídas da definição, e assim por diante.

Neste sentido, parte do equívoco no qual incorrem as teorias positivistas deriva de uma compreensão inadequada sobre o tipo de definição de direito que elas devem prover. De acordo com Hart, a complexidade do fenômeno jurídico e os limites da própria linguagem levam a que o trabalho do estudioso seja o de oferecer uma visão do direito que revele seus traços mais salientes (porém não absolutos), mostrando como eles se articulam, e de que maneira o direito se relaciona com fenômenos com os quais aparece muitas vezes associado, como a moral ou a força, por exemplo. O quadro formado a partir desta perspectiva corresponderia mais propriamente a uma *aclaração* do conceito de direito, e é neste horizonte epistemológico que as teses de Hart se desenvolvem. Para realizar essa aclaração, o autor procura identificar os pontos cruciais da vida jurídica de uma comunidade, e utiliza, como fio condutor da sua argumentação, a introdução de três questões que sintetizam os principais aspectos que a reflexão sobre o direito tem historicamente assumido, sendo elas: (1) como o direito se diferencia e se relaciona com ordens baseadas em ameaças (ou seja, com a coação)?; (2) como se diferenciam e se relacionam obrigações jurídicas e morais?; e (3) o que são regras e em que medida o direito é uma questão de regras? As respostas a essas questões, segundo Hart, abrirá o caminho para uma melhor elucidação sobre a “natureza” do direito.

Adotando essas questões como guia, Hart, começa por uma leitura crítica da teoria de Austin, segundo a qual o direito seria composto essencialmente por ordens baseadas em ameaças. Os capítulos iniciais de *O conceito de Direito* se voltam à análise dessa posição, a qual, de acordo com Hart, distorce ou deixa sem explicação satisfatória diversas nuances da vida jurídica. Primeiramente, esta caracterização parece deixar de fora uma parcela importante de regras jurídicas (como as do direito civil, por exemplo), que não preveem punições ou ameaças, mas conferem poderes, instituem formalidades ou

outorgam competências. Em suma, a teoria austiniana contemplaria apenas a faceta repressora e punitiva do direito, negligenciando o seu lado criador e permissivo. Outra dificuldade se refere ao papel do costume no sistema jurídico, já que a noção de ordens emanadas de um soberano, pressupõe uma ação consciente e atribuível a pessoas determinadas, enquanto o costume é impessoal e surge de forma espontânea. A teoria imperativista vê o direito posto de cima para baixo, como são os comandos, mas o costume é uma forma de direito que nasce de baixo para cima. Por fim, a ideia de obediência habitual não seria capaz de explicar a continuidade do direito, já que o hábito apenas justificaria a obediência a uma pessoa concreta e determinada (identificada com o soberano atual), porém, com a sua morte, o que explica a obediência dos súditos ao sucessor não pode ser o hábito (que ainda não se formou em prol deste), e sim um mecanismo mais complexo, que relaciona a obediência dos súditos não à pessoa do soberano, mas à posição ou função que ele ocupa no sistema. Hart afirma que a chave para a solução destes erros está na adoção da noção de *regra* como elemento central para a compreensão do direito, como o autor afirma na seguinte passagem:

A causa deste fracasso é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída, p. ex., as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem produzir, por sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar nem mesmo as formas mais elementares do direito.<sup>39</sup>

Mas as regras constituem uma prática social bastante difundida, que não se restringe ao direito, o que conduz às questões sobre em que medida o direito é uma questão de regras, de um lado, e sobre a diferença entre regras morais e jurídicas, do outro. Para esclarecer a noção de regra, Hart procura mostrar como, apesar de partilhar um importante traço em comum com os hábitos, isto é, ambos produzem comportamentos convergentes, regras e hábitos se diferenciam em aspectos relevantes. Primeiramente, a violação de uma regra – diferentemente do que se passa com os hábitos – provoca uma *reação hostil* por parte do grupo, a qual pode adquirir diversas formas, e no caso das regras jurídicas, essa reação costuma ser previamente estabelecida e assume um caráter oficial<sup>40</sup>. Em segundo

---

<sup>39</sup> HART, H.L.A. *The Concept of Law*, p. 80. (livre tradução)

<sup>40</sup> O que corresponderia à característica da *sanção externa e institucionalizada* como um traço diferencial dos sistemas jurídicos, nos termos utilizados por Norberto Bobbio apresentados na seção 1.4 deste trabalho.

lugar, a reação hostil que se segue à violação das regras não é, como afirma Ross, um *efeito* ou resultado de tipo *causal* deflagrado pela conduta infratora; antes, ela expressa o reconhecimento de uma quebra de expectativa que é criada sempre que lidamos com regras, já que estas funcionam como um *modelo* ou *guia* de que se serve o grupo para avaliar as ações dos indivíduos e não como uma *previsão* do que estes indivíduos farão. Isto implica no terceiro e último ponto na distinção esboçada por Hart: regras são dotadas daquilo que o autor chama de *aspecto interno*, característica ausente nos hábitos.

Regras e hábitos partilham em comum o *aspecto externo*, representada pela existência de comportamentos convergentes. Mas nas regras, a regularidade das condutas é o reflexo do seu aspecto interno, que consiste na aceitação ou internalização de um padrão de comportamento partilhado pelos membros do grupo. A consciência desse padrão, prossegue o autor, se manifesta inclusive no uso da linguagem, pois as situações que evocam a aplicação de regras geralmente são descritas através de palavras como “deve”, “deveria”, “poderia”, etc. A natureza deste traço *normativo*, distintivo das regras (ou seja, sua “validade”), constitui o cerne de um intenso debate na teoria jurídica, cujas principais posições, como exposto no capítulo anterior, oscilam entre a tentativa de explicá-la através dos fatos, ou seja, pela obediência contínua e generalizada do grupo (o que equivaleria, no vocabulário hartiano, a reduzir o aspecto interno ao externo), e do outro lado, pela adoção de um pressuposto que estabelece uma norma primeira com base na qual as demais regras teriam seu caráter normativo explicado. Hart, por sua vez, entende que a posição naturalista é equivocada, pois compreende mal o aspecto interno das regras ao tentar assimilá-lo ao comportamento dos cidadãos ou às decisões dos tribunais, ao tempo em que critica a concepção de Kelsen, pois considera que a normatividade jurídica deve ser entendida como um fenômeno social, isto é, explicável através da prática daqueles que aceitam e atuam sob as regras do sistema, e não como um pressuposto lógico ou formal (HART, 2012, p. 108).

Uma vez que o direito é um fenômeno cuja característica central consiste numa prática social baseada em regras, e estas, por sua vez, se caracterizam pelo estabelecimento de padrões de comportamentos entendidos como obrigatórios por aqueles que as aceitam (ponto de vista interno), é preciso melhor circunscrever a esfera das regras jurídicas. Embora não seja adequado, neste caso, falar em “diferença específica”, Hart introduz um novo elemento para marcar o contorno que distingue direito e moral: o conceito de *regra*

*secundária*. De acordo com o filósofo, o direito de uma comunidade é composto por regras de dois diferentes tipos. O primeiro é formado pelas *regras primárias*, voltado primordialmente a disciplinar as *condutas* dos membros do grupo. Deste modo, há uma regra primária que proíbe o homicídio, outra o furto, etc. Isto, porém, não é suficiente, pois se o direito fosse composto apenas por regras desse tipo, surgiriam dificuldades incontornáveis, a saber: como e quem determina quando uma regra primária é violada? Como identificar quais regras primárias valem para o grupo? Ou ainda: como podem ser modificadas as regras primárias, seja pela assimilação de novas regras, seja pela exclusão das antigas? A solução para estes problemas depende do acréscimo de uma nova categoria de regras, direcionadas não às condutas dos indivíduos (ao menos diretamente), mas às próprias regras primárias. É esta a função das *regras secundárias*. Hart identifica três tipos de regras secundárias, cada uma delas destinada a superar as três dificuldades apontadas. Assim, as regras secundárias que definem como e quem decide se houve o delito são chamadas de *regras de julgamento*. Aquelas que dizem como introduzir novas regras ou excluir as obsoletas são as *regras de alteração*. Por fim, as regras secundárias que definem critérios para identificação das regras primárias são chamadas de *regras de reconhecimento* (HART, 2012, p. 91-97).

A junção das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de julgamento, reconhecimento e alteração constituem o coração de um sistema jurídico (HART, 2012, p. 99). Daí a definição de direito como a união de regras primárias e secundárias. Esta concepção se mantém fiel aos princípios positivistas, tanto porque para identificar e descrever essas regras o estudioso não adota critérios valorativos, como porque sua existência é entendida como o fruto de uma complexa interação social, e não como derivadas de princípios racionais, ao estilo jusnaturalista. O conhecimento jurídico, assim considerado, é obtido através de uma descrição das práticas daqueles que aceitam ou assumem as regras como guia de comportamento, daí a ideia de que este conhecimento é uma “sociologia descritiva”. Entretanto, Hart não parece conferir a esta atividade um *status* científico, no sentido de um conhecimento embasado numa metodologia de base empírica (nos moldes naturalista) ou apoiada sobre uma rigorosa separação formal entre fato e norma (pureza kelseniana). Em vez disso, a proposta de Hart parece sugerir que o conhecimento jurídico depende, por um lado, da observação das práticas vigentes na comunidade, e por outro, da sua interpretação a partir do sentido normativo que essas práticas adquirem para

os membros que dela fazem parte. No entanto, como veremos na sequência, a adoção dessa metodologia insidiosamente resvalaria, segundo Dworkin, para uma abordagem valorativa do direito, e não puramente neutra ou descritiva como propõe a teoria positivista.

### 3.3 – Ronald Dworkin e a crítica ao positivismo jurídico

Esta seção visa oferecer um sumário das críticas direcionadas contra o positivismo jurídico, tomando como referência os trabalhos de Ronald Dworkin. Visando dar um caráter mais sistemático a esta exposição, dividiremos as críticas do filósofo americano em três pontos-chave, sendo elas: (1) a teoria positivista concebe o direito como um conjunto de regras, mas, ao fazê-lo, ignora a existência dos princípios jurídicos como parte fundamental de um sistema jurídico; (2) a pretensão positivista de formular uma teoria puramente descritiva do direito é incompatível com a adoção de um ponto de vista interno, tal como proposta por Hart em *O conceito de Direito*; e por fim, (3) a teoria da adjudicação (isto é, a parte da teoria jurídica dedicada à aplicação do direito) positivista descreve erroneamente a atuação dos tribunais, sobretudo nos *hard cases*, ao conferir aos juízes um poder discricionário absoluto (“discricionarieidade forte” na expressão do autor), quando, em verdade, prossegue Dworkin, o juiz permanece vinculado à aplicação do direito, mesmo quando diante de lacunas ou de “zonas de penumbra” no ordenamento. Passemos a uma consideração mais detalhada destes pontos.

Primeiramente, a crença de que o direito é composto não apenas por regras mas também por princípios já se tornou lugar comum na teoria jurídica, de maneira que as discussões mais recentes em torno do tema pressupõem tal diferença e se concentram sobre a questão dos critérios mais adequados para diferenciá-los<sup>41</sup>. Segundo Dworkin, para saber se uma regra é jurídica, é preciso verificar se ela deriva de uma fonte reconhecida pelo

---

<sup>41</sup> Além dos conhecidos trabalhos de Robert Alexy e Humberto Ávila, bastante comentados e discutidos, ao menos no contexto da teoria do direito no Brasil, uma interessante proposta de distinção entre essas espécies normativas é apresentada por Carsten Bäker. Segundo este autor, na esteira da teoria de Alexy, o traço distintivo entre regras e princípios repousaria na *derrotabilidade*, i.é., na capacidade de acomodar exceções. Como não é possível prever todas as exceções possíveis a uma regra, estas são, por natureza, derrotáveis. Os princípios, por sua vez, são concebidos como *mandados de otimização*, e enquanto tais, não são derrotáveis porque as exceções, neste caso, já estão implícitas no conceito de otimização, sendo portanto essenciais à própria aplicação do princípio. Neste sentido ver: BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 102, p. 55-82 (2011).

sistema. Assim, a aceitação de uma regra depende de um critério que leva em consideração apenas a sua origem (e não seu conteúdo), o que o autor chama de *teste de pedigree*. O mesmo não se passa com os princípios, cuja força normativa deriva do seu valor, i.é., porque ele exprime um ideal reconhecido como bom ou desejável pela comunidade. Logo, os princípios dependem de uma justificação moral, e como eles são igualmente parte do direito, então não é possível separar direito e moral.

Esta diferença produz consequências no momento da aplicação das regras e princípios. Diante de um caso concreto no qual o juiz se depara com regras incompatíveis, apenas uma delas poderá ser aplicada, enquanto a outra necessariamente deverá ser excluída ou declarada inválida. Logo, uma colisão entre regras é resolvida através do princípio do “tudo ou nada” (*all or nothing*), sendo decisivos os métodos de resolução de antinomias citados na seção 1.4. Os princípios, por sua vez, funcionam de modo diferente, pois possuem aquilo que o filósofo chama de “dimensão de peso” (*dimension of weight*): a colisão entre princípios jurídicos é resolvida não pela opção entre um ou outro, mas através de uma *ponderação*. Isto significa que numa situação de conflito entre princípios, aquele de maior peso relativo se sobrepõe ao outro, sem que este último perca sua validade (ÁVILA, 2014, p. 57). A tarefa do aplicador consiste em harmonizá-los em vez de confrontá-los, tal como se passa no plano das regras. A diferença entre regras e princípios, portanto, é de natureza *lógica* (DWORKIN, 1967, p. 25): enquanto o choque entre regras é resolvido via princípio do terceiro excluído, a colisão entre princípios, por sua vez, admite composições em diferentes graus.

Outra distinção se refere aos diferentes modos pelos quais essas duas categorias prescrevem condutas. Falando grosseiramente, uma regra é caracterizada pela indicação mais bem definida da ação ou omissão que o destinatário deve realizar, tal como se verifica, p. ex., nos comandos “pare” e “siga” representados através de sinais luminosos, respectivamente, nas cores vermelha e verde do semáforo. A regra, em suma, consiste numa prescrição cujo conteúdo informa com relativa precisão o comportamento esperado. Os princípios, por outro lado, não obstante sua natureza normativa, e portanto também dirigida à conduta dos indivíduos, operam de modo a não indicar diretamente a conduta a ser praticada, mas certo fim que deve ser perseguido pelo destinatário. É o que ocorre, p.

ex., com o *princípio da boa-fé contratual* (art. 422 do Código Civil<sup>42</sup>), que impõe aos contratantes os deveres de lealdade, honestidade e retidão, tanto na fase negocial quanto no seu cumprimento. Não há, como se pode notar, a designação precisa pelo legislador de quais comportamentos são esperados das partes, apenas um norte valorativo que deve ser observado. Em uma palavra, enquanto regras prescrevem condutas, princípios prescrevem fins<sup>43</sup>, deixando relativamente em aberto o modo pelo qual estes fins devem ser atingidos<sup>44</sup>.

Dessas considerações, Dworkin conclui que uma falha das teorias positivistas (apontando Hart como exemplo) consiste em que elas definem o direito sem considerar a existência dos princípios. As características e o modo de funcionamento destes últimos, como visto, exigiriam uma revisão das bases teóricas do positivismo. Esta base seria no mínimo incompleta, pois o critério que o positivista assume para o reconhecimento do direito depende da recondução de suas regras a um critério último que fornece o fundamento do sistema (*teste de pedigree*), o que não contempla a forma como os princípios são acolhidos pelo ordenamento, pois seu pertencimento ao sistema depende de razões que apelam ao seu valor moral. Em resumo, a distinção entre regras e princípios produz como consequência um ataque à tese da separação. Desta maneira, se aceitamos que os princípios são igualmente parte do direito, embora dotados das diferenças estruturais acima apontadas, é preciso concluir, nas palavras do autor:

Teríamos também de abandonar ou modificar o primeiro princípio, a proposição de que o direito se distingue por testes do tipo que pode ser

---

<sup>42</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>43</sup> Nos termos da teoria de Robert Alexy, esta característica é expressa na afirmação de que princípios são *mandados de otimização*.

<sup>44</sup> Como dito anteriormente, a discussão sobre a natureza dos princípios (e dos critérios que os distinguem das regras) é um dos temas de amplo debate na teoria jurídica contemporânea. Os critérios aqui apresentados, consistem, em síntese, numa exposição genérica baseada fundamentalmente em Dworkin, mas é válido observar que outros critérios foram propostos, a exemplo dos trabalhos já citados de Robert Alexy e Humberto Ávila. No caso deste último, sua principal novidade é a tese conforme a qual a diferença entre regras e princípios não preexiste ao ato de interpretação. Ou seja, não há normas que sejam *a priori* regras ou princípios. Ávila adota a concepção corrente na hermenêutica jurídica relativa à distinção entre *norma* e *texto*, de modo que a norma jurídica, seja ela regra ou princípio, é formulada a partir do texto (do dispositivo legal) através da construção de um sentido produzida pelo intérprete. De modo que não é possível afirmar de antemão se um dispositivo legal (texto) contém uma regra ou princípio. Conectando estas discussões com o ponto central deste capítulo, a questão consiste em saber se essas diferenças entre espécies normativas, não importa o critério adotado, representaria ou não um abalo aos fundamentos da teoria positivista quando concebe o direito como um sistema de regras.

estabelecido em uma regra fundamental como a regra de reconhecimento do professor Hart?

[...]

Concluo que, se tratarmos os princípios como direito, devemos rejeitar o primeiro princípio dos positivistas, de que o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais por algum teste na forma de uma regra fundamental.<sup>45</sup>

Como se pode perceber, esta crítica visa, em primeiro plano, a própria definição positivista de direito (isto é, a concepção do direito como um conjunto de regras identificáveis através de uma “regra-mestra”, apesar das divergências entre os positivistas quanto ao teor dessa regra). Dessas considerações, o autor parte para outra crítica, esta orientada mais diretamente à própria metodologia positivista. Ela decorre de um argumento que pode ser genericamente apresentado da seguinte forma: Dworkin considera que as afirmações sobre um sistema jurídico podem ser divididas em dois tipos básicos, por ele chamados de “proposições jurídicas” (*propositions of law*) e “fundamentos do direito” (*grounds of law*). As primeiras são aquelas cujo valor de verdade pode ser determinado por um critério factual (*plain-fact view*), através de um exame do conteúdo do direito vigente. Assim, p. ex., a afirmação de que segundo o direito brasileiro, o furto é punível com pena de reclusão de um a quatro anos mais multa é verdadeira<sup>46</sup>, enquanto a afirmação de que o direito brasileiro admite a pena de trabalhos forçados é falsa<sup>47</sup>. Nestes termos, uma divergência entre proposições jurídicas pode ser resolvida através da consulta à legislação, ou à jurisprudência dominante, etc. Estas afirmações são verdadeiras ou falsas, por sua vez, a depender dos “fundamentos do direito” que são assumidos naquele sistema (SHAPIRO, 2007, p. 29), como, p. ex., o enunciado que descreve quais são as fontes do direito brasileiro. No entanto, prossegue o autor, o critério factual é inadequado para resolver uma controvérsia sobre fundamentos do direito. É que nestes casos a divergência não se situa no plano *empírico* mas *teórico*, relativo à correta interpretação sobre a natureza do direito.

Dworkin então mostra como a parte mais relevante dos desacordos que surgem no direito pertencem ao segundo e não ao primeiro tipo, não apenas no campo prático (nos

---

<sup>45</sup> Dworkin, Ronald M., *The Model of Rules* (1967), Faculty Scholarship Series. Paper 3609, p. 40-45. (Livre tradução).

<sup>46</sup> Art. 155, CPB.

<sup>47</sup> Art. 5º, XLVII, *d*, CRFB.

tribunais<sup>48</sup>) mas também no campo teórico (entre juristas que disputam certa interpretação de um artigo de lei, cuja existência ou validade, p. ex., não é posta em questão pelas partes envolvidas). De que maneira essa classificação conduz a uma crítica ao positivismo? Segundo o filósofo, se a concepção positivista estivesse correta, então desacordos acerca dos fundamentos do direito seriam impossíveis, mas é fato que eles ocorrem (SHAPIRO, 2007, 30-31). Para resolver controvérsias dessa natureza, e assim determinar os fundamentos de um sistema jurídico, é preciso substituir a abordagem descritiva do positivismo, e adotar, em seu lugar, o que o filósofo chama de “interpretação construtiva” (*constructive interpretation*). É que quando se trata de discorrer sobre os fundamentos de um sistema, a *explicação* (isto é, a “mera” descrição), deve ser substituída por um processo de *justificação*, ou seja, por um tipo de argumento que *atribui um propósito a um objeto ou prática, de modo a transformá-lo no melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele pertence* (DWORKIN, 1986, p. 52). Assim, em vez de uma teoria que se pauta apenas por critérios neutros ou formais, Dworkin considera que a atividade do jurista deve incorporar elementos valorativos ou morais. Neste sentido, escreve Shapiro ao comentar a posição do autor:

Ao tratar a determinação dos fundamentos jurídicos como um processo de interpretação construtiva, Dworkin é capaz de explicar nitidamente a possibilidade de interpretações teóricas no direito. Os desacordos sobre os fundamentos do direito são baseados em desacordos sobre o valor moral do direito e/ou a relação do direito com a prática. Assim, ao contrário da visão puramente factual, essa explicação não precisa tratar os desacordos teóricos como incoerentes ou insinceros: na medida em que o conteúdo da lei depende de quais princípios retratam a prática jurídica em sua melhor luz moral, desacordos *morais* genuínos induzirão desacordos *jurídicos* genuínos.<sup>49</sup> (Itálico no original).

De certo modo, embora seguindo uma linha argumentativa diferente, Dworkin está reivindicando uma postura que, ao menos sob certos aspectos, é similar à concepção jusnaturalista apresentada no primeiro capítulo, em especial, a tese do *conteúdo jurídico*

---

<sup>48</sup> Em *The model of rules*, Dworkin reúne exemplos de desacordo acerca dos fundamentos do direito a partir de *leading cases* colhidos na jurisprudência americana, tais como *Tennessee Valley Authority v. Hill* e *Henningsen v. Bloomfield Motors*.

<sup>49</sup> Shapiro, Scott J., *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed* (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. (Livre tradução)

*mínimo*, que estabelece certos princípios morais ou racionais elementares como condição para a juridicidade do direito. Isto implica em que as atividades de descrição e avaliação do direito são inseparáveis, ou seja, dizer o que é o direito pressupõe, como pano de fundo, o estabelecimento de uma referência inicial (um “pano de fundo moral”) a partir do qual a melhor solução jurídica deve ser buscada, isto é, aquela que melhor realiza estes princípios morais. Isto fica evidente, prossegue o filósofo, nas controvérsias que envolvem os fundamentos do direito, pois elas consistem basicamente em desacordos morais. Isto faz com que a tarefa de determinar o conteúdo do direito apareça numa relação de dependência com fatores extrajurídicos, sobretudo aqueles de natureza política ou moral. É a partir da assunção desses princípios que o intérprete deve construir a solução mais adequada ao caso, garantindo, através deles, a interpretação mais consistente possível do sistema (direito como integridade).

Os positivistas, por seu turno, desassocia a avaliação e a descrição do direito, já que a existência da lei, de um lado, e o seu valor moral, do outro, se baseiam em critérios distintos, sendo portanto independentes. Mas as controvérsias acerca dos fundamentos do direito revelam como o princípio da separação e a tese da neutralidade que dele se segue, só podem ser admitidos quando estes fundamentos já estejam estabelecidos. Quando recuamos, por assim dizer, ao nível dos próprios fundamentos, a explicação factual se revela insuficiente. Daí a conclusão de Dworkin de que ou a tarefa de explicação do direito é implausível (porque irrealizável), ou, caso admitida, é limitada e de pouca utilidade. A teoria do direito, segundo afirma em passagem bastante citada, não deve confinar-se à descrição do seu objeto, mas deve ir além e funcionar, nas palavras do autor, como *uma teoria geral da adjudicação, o prólogo silencioso de qualquer decisão judicial* (DWORKIN, 1986, p. 90).

Daí torna-se compreensível tanto a associação da posição do filósofo a uma concepção jusnaturalista, na qual o conhecimento do direito, transborda, por assim dizer, para o campo normativo, como sua contraposição ao princípio da separação, que dissocia estas duas perspectivas. No entanto, Dworkin sustenta que a teoria positivista, mesmo advogando em prol da separação entre direito e moral, necessita do enfoque normativo para descrever o seu objeto. Assim pensadas as coisas, o “ponto de vista interno” da teoria de Hart, é um sintoma da limitação da postura descritiva, já que ela precisa ser substituída ou

complementada, mesmo no arranjo positivista, por uma perspectiva dita interpretativa (e não “apenas” explicativa) do fenômeno jurídico.<sup>50</sup> Assim é que, no lugar de uma teoria *geral e descritiva* do direito, tal como proposta por Hart (e pelo positivismo em geral), ou seja, idealizada como uma descrição neutra do direito e sem referência a nenhum sistema jurídico específico (HART, 2012, p. 239-240), Dworkin considera seu próprio empreendimento teórico como uma visão *particular e interpretativa*, isto é, endereçada a uma cultura jurídica específica (o sistema anglo-americano) e dotada de uma pretensão justificatória e avaliativa do seu objeto, como afirma o autor na seguinte passagem:

As teorias gerais do direito [...] devem ser abstratas porque visam interpretar os pontos fundamentais e a estrutura da prática jurídica, não uma parte ou ramos particulares dela. Mas, apesar de toda a sua abstração, são interpretações construtivas: tentam mostrar a prática jurídica como um todo em sua melhor luz.

[...]

As teorias interpretativas são, por natureza, dirigidas a uma determinada cultura jurídica, geralmente a cultura a que pertencem seus autores. A menos que essas teorias sejam profundamente céticas, elas tratarão esse sistema jurídico como um florescente exemplo de direito, que exige e recompensa a atitude interpretativa.<sup>51</sup>

Por fim, a terceira crítica de Dworkin ao positivismo se concentra sobre o tema dos *hard cases* e sua relação com a discricionariedade judicial. É de muito tempo conhecida a situação na qual o juiz se depara com um caso para o qual não há uma resposta clara prevista pelo sistema, seja por uma lacuna, pela presença de regras incompatíveis ou vagas. Visto por uma perspectiva positivista, situações como estas deixariam livre o julgador, segundo Dworkin, para decidir o caso apelando a critérios extrajurídicos, dada a limitação do sistema para fornecer a regra de julgamento, situação chamada pelo autor de “discricionariedade forte”. Em outras palavras, diante da limitação inerente a qualquer ordenamento jurídico, que não pode prever todos os casos possíveis, seria confiada ao

---

<sup>50</sup> É assim que Hart, no posfácio de o conceito de Direito, sintetiza esta objeção de Dworkin sobre os limites do método descritivo e sua incompatibilidade com a adoção do ponto de vista interno: *His central objection seems to be that legal theory must take account of an internal perspective on the law which is the viewpoint of an insider participant in a legal system, and no adequate account of this internal perspective can be provided by a descriptive theory whose viewpoint is not that of a participant but that of an external observer.*

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, p. 90-102, em livre tradução.

aplicador a tarefa de formular a *regula decidendi*, atuando assim, para usar uma expressão consagrada, como o “legislador do caso concreto”. Para o positivista, esta atuação estaria garantida e legitimada pelas regras que conferem competência ao julgador para decidir, ainda que, por outro lado, o direito seja silente no tocante ao critério a ser empregado na decisão (*quid iuris?*). É válido lembrar, que, coerente com os princípios positivistas, essa decisão não é considerada boa ou má, apenas reconhecida como norma válida, pois emanada de uma autoridade competente.

Por seu turno, porém, Dworkin nega que possa haver algo como uma discricionariedade forte no direito. Em termos práticos, isto implica que mesmo na ausência de uma regra válida compatível com o caso, o juiz permanece vinculado à aplicação do direito (SHAPIRO, 2007, p. 11). Isto é assim, em primeiro lugar, porque o direito, como dito, não é composto apenas por regras, mas também pelos princípios. Enquanto a consideração sobre a aplicabilidade de uma regra se orienta pelo “tudo ou nada”, os princípios admitem aplicação em diferentes arranjos e intensidades. Justamente em função da plasticidade que lhes é própria, os princípios continuariam operando, mesmo na ausência de regras, como um guia para a decisão. Assim, se os princípios são norma jurídica assim como as regras, então sua função não é meramente consultiva ou opcional, deixando o juiz livre para acolhê-los ou não; antes, eles fornecem padrões obrigatórios (não obstante flexíveis), impedindo a tomada de decisões que possam representar soluções arbitrárias ou desarrazoadas. Dada a maneira como os princípios atuam no sistema, é exatamente nos *hard cases* que sua importância se mostra mais destacada (DWORKIN, 1967, p. 31), pois nestes cenários as decisões tendem a se basear mais em princípios do que nas regras, fechando as brechas para uma suposta livre discricionariedade confiada ao aplicador da lei.

Em segundo lugar, admitir a discricionariedade forte, além de contrariar a força normativa dos princípios jurídicos, conduziria a um formato de sistema em que decisões judiciais arbitrárias (ou mesmo “teratológicas”<sup>52</sup> na linguagem dos juristas) teriam de ser

---

<sup>52</sup> Uma decisão “teratológica” na linguagem jurídica, é aquela, como indica a raiz etimológica da palavra (do grego *teras*), que possui algo de “monstruoso” ou evidentemente anormal, isto é, de uma decisão que contraria de forma aberrante as expectativas baseadas na interpretação razoável e comumente aceita do direito. A discussão sobre a natureza jurídica da decisão teratológica se liga diretamente à questão da razão ou bom senso como fonte do direito, discutida no primeiro capítulo. Para Dworkin, se a interpretação da lei deve apresentar o direito sempre sob sua melhor luz, então decisões dessa natureza não podem ser admitidas como jurídicas, o que mostra o componente jusnaturalista radicado em seu pensamento. Na leitura positivista,

aceitas, já que legitimadas pela competência daquele que decide o caso. Esta crítica parte do pressuposto de que a teoria jurídica deve prover padrões de avaliação para o direito (ou seja, uma “interpretação construtiva” como já mencionado), o que implicaria recusar aquelas decisões que não se coadunam com as finalidades assumidas pelo sistema. Daí a figura modelar do *juiz Hércules*, o qual, mesmo em *hard cases* ou na falta de critérios claros para decidir, deve buscar a solução que melhor garanta a integridade do direito. Em suma, a terceira crítica de Dworkin contra a teoria positivista e sua caracterização da atividade judicial, baseia-se, portanto, (1) na existência dos princípios jurídicos, que permaneceriam constringendo a liberdade do julgador; e (2) no dever dirigido aos aplicadores de se orientar para a busca da decisão que melhor satisfaça os princípios que inspiram o sistema. Vejamos como Hart responde a esses ataques na próxima seção.

### 3.4 – A resposta de Hart: o posfácio de O conceito de Direito

Uma vez apresentado o sumário das críticas de Dworkin contra a teoria positivista, nos voltamos para um breve esboço da réplica oferecida por Hart no posfácio da segunda edição de *O conceito de direito*, que toma em consideração as teses do filósofo americano acima resumidas. Seguiremos, a mesma ordem dos comentários da seção anterior, e que em parte reflete a própria organização do posfácio. Este, por sua vez, está dividido em seis partes<sup>53</sup>, mas os temas por elas contemplados permitem uma organização em três blocos, cada qual contendo duas partes. As duas primeiras são dedicadas à discussão sobre a natureza da teoria do direito e da teoria positivista em particular; as terceira e quarta se voltam para um comentário sobre as regras e sua relação com os princípios; e a quinta e sexta, por fim, debatem os temas da relação entre direito e moral e da discricionariedade judicial.

Talvez o ponto nuclear que anima a resposta de Hart seja a noção de que sua teoria e a do filósofo americano atendem a finalidades diferentes. O objetivo de Dworkin, como deixa claro em diversas passagens de suas obras, é prover uma interpretação do direito que o “apresente sob sua melhor luz”; Hart, porém, fiel aos princípios positivistas,

---

em contrapartida, uma decisão teratológica seria reconhecida como jurídica, ainda que, por motivos de ordem política ou ideológica, ela pudesse ser reformada ou anulada.

<sup>53</sup> A estrutura do posfácio é composta pelos seguintes tópicos: 1 - The nature of legal theory; 2 - The nature of legal positivism; 3 - The nature of rules and principles; 4 - Principles and the rule of recognition; 5 - Law and morality; e 6 - Judicial discretion.

pretende apenas descrever o seu objeto, deixando a tarefa de justificá-lo ou modificá-lo fora do seu escopo. Para realizar essa descrição, o autor, como visto, lança mão de uma estratégia chamada *análise conceitual*: através do emprego de noções como *regra primária*, *regra secundária*, *sanção*, *obrigação*, etc., Hart procura identificar os elementos nucleares de um sistema jurídico, dentro de um quadro mais amplo no qual o direito compartilha certas características relevantes, com a moral, de um lado, e com a força e a coerção, do outro. O resultado é o que o filósofo inglês chama de sociologia descritiva: a apreensão dos principais traços de uma complexa prática social norteadas pelo uso de regras. Uma vez estabelecido este marco, isto é, assumida a natureza descritiva desse empreendimento, Hart observa que não há nada em seu conteúdo que contradiga o reconhecimento dos princípios jurídicos como parte do direito. Não há incompatibilidade, prossegue o autor, entre defender uma postura neutra, e contemplar, a partir desta perspectiva, os princípios ao lado das regras como preceitos que integram o sistema.

Hart considera que neste ponto a sua diferença para com Dworkin é apenas de ênfase e não de natureza. O filósofo concede que os princípios desempenham um papel relevante no funcionamento do direito<sup>54</sup>, e que poderia ter-lhes dedicado maior atenção do que efetivamente fez em sua obra (HART, 2012, p. 259), no entanto, não apenas persiste na afirmação de que a sua teoria é integralmente compatível com a admissão dos princípios, como também objeta o critério que Dworkin sustenta para diferenciá-los das regras. No tocante ao primeiro ponto, Hart esclarece que a descrição do direito como conjunto de regras é ampla o suficiente para abranger também os princípios. No capítulo de *O conceito de Direito* dedicado à interpretação judicial, Hart argumenta que as regras são dotadas de *textura aberta*<sup>55</sup>, isto é, embora possuam, por assim dizer, um núcleo “indisputável” de

---

<sup>54</sup> Em outra passagem, Hart reconhece o mérito de Dworkin em ter ressaltado a relevância dos princípios para o direito: “Much credit is due to Dworkin and illustrated their importance and their role in legal reasoning, and certainly it was a seriously mistake on my part no to have stressed their non-conclusive force” (p. 263)

<sup>55</sup> Como destaca Noel Struchiner, Hart é o primeiro filósofo a empregar noções da filosofia da linguagem contemporânea ao campo do direito, sendo o conceito de *textura aberta*, formulado originariamente pelo wittgensteiniano Friedrich Waismann, uma dessas inovações, a qual desempenha um papel chave na teoria hartiana. Waismann estava interessado em analisar a tese neopositivista segundo a qual o significado de uma afirmação consiste em seu método de verificação. No entanto, o filósofo concluiu que os termos nos quais uma proposição é formulada possuem certa incompletude ou vagueza a elas inerente que torna impossível obter sua significação exaustiva. Hart se apropria desta concepção e a aplica ao âmbito da linguagem jurídica, mostrando como os conceitos jurídicos, tal como os conceitos empíricos investigados por Waismann, também são dotados de um “núcleo” mais ou menos fixo de significado enquanto sua “periferia” seria vaga ou aberta. Esta visão embasa a “tese intermediária” de Hart, defendida no capítulo sétimo de *O conceito de Direito*, entre o formalismo (que defende rigorosamente a completude normativa do direito) e o ceticismo (que sustenta a inexistência de padrões objetivos de interpretação jurídica), ao sustentar, por um lado, a ocorrência

significado, em outros contextos pode ser difícil determinar se um caso concreto cai ou não sob a hipótese prevista pela regra. Esta caracterização é adequada e suficiente para abranger os princípios, cuja diferença face às regras não é de natureza lógica, como afirma Dworkin, mas apenas de grau: no caso dos princípios, seu caráter indeterminado ou “não-conclusivo” assume o primeiro plano, mas esta qualidade também está presente nas regras, como indicam aqueles casos, citados pelo autor, em que o conflito entre regras não implica na eliminação de uma delas, mas admite uma composição que preserva a permanência de ambas no sistema (HART, 2012, p. 263).

No tocante à segunda crítica, isto é, sobre a impossibilidade (ou pouca utilidade) de uma teoria explicativa (e não interpretativa, nos termos de Dworkin), do direito, Hart rejeita que a adoção do ponto de vista interno implique em contradição com o propósito descritivo da abordagem positivista. Não é necessário, para assumir a perspectiva de quem aceita e usa as regras como guia para seu próprio comportamento, endossar ou justificar essas regras: basta apenas descrever a forma como agem aqueles que as assumem como um modelo nos termos dos quais sua conduta e a dos demais é avaliada. É certo que, prossegue Hart, nesta situação, o estudioso deverá *compreender* o que significa, para os participantes do sistema, aceitar esta ou aquela regra como válida. Mas ter essa consciência não o transforma num participante (*insider*), de maneira que o ponto de vista interno funciona como um pressuposto metodológico da teoria (similar, *mutatis mutandis*, à norma hipotética fundamental kelseniana), ou seja, como uma condição preliminar assumida por aquele que pretende descrever o direito de uma comunidade, sem que isso represente uma adesão ou compromisso com os seus valores. Em uma palavra, uma descrição continua sendo descrição mesmo quando se refere ao uso de regras. Nas palavras do autor:

É verdade que para isso o teórico descritivo do direito deve *entender* o que é adotar o ponto de vista interno e nesse sentido, deve ser capaz de se colocar no lugar de um *insider*; mas isso não significa aceitar a lei ou

---

de situações não problemáticas (*easy cases*) nas quais não há dúvidas da aplicação do direito, mas, por outra parte, a textura aberta das regras jurídicas (e própria da linguagem em geral) ensejaria a ocorrência de casos incertos e duvidosos (*hard cases*), nos quais não seria possível decidir com clareza a situação. Esta noção também está na base de sua réplica à Dworkin, pois, sendo a vagueza e a incompletude características inerentes à própria linguagem, inclusive as regras jurídicas (e não apenas os princípios) delas se ressentiriam, consistindo a diferença entre essas espécies normativas, portanto, uma questão de grau e não de natureza lógica, como atalhava o filósofo americano. Neste sentido: STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

compartilhar ou endossar o ponto de vista interno do insider ou de qualquer outra forma renunciar à sua posição descritiva.

[...]

É claro que seria um erro grave supor que, por serem assim baseadas, essas conclusões devem ser interpretativas e avaliativas e que, ao oferecê-las, o teórico passou da tarefa de descrição para a de interpretação e avaliação. A descrição ainda pode ser descrição mesmo quando o que é descrito é uma avaliação. (itálico no original)

Como se pode notar, Hart segue fiel à linha demarcatória traçada pelo princípio da separação<sup>56</sup>, distinguindo categoricamente as funções de avaliar e descrever o direito. É em parte sobre esse princípio que o filósofo inglês fundamenta sua resposta à terceira crítica de Dworkin, acerca da discricionariedade judicial. Como Hart observa, o filósofo americano não apenas afirma que sua teoria é incorreta, mas que também seria *injusta* e *antidemocrática*<sup>57</sup>, o que só se compreende quando se tem em mente a finalidade justificatória e avaliativa da concepção de Dworkin. Hart, por seu turno, pretende fornecer um registro sobre como atuam os juízes. Dentro desse paradigma, o que confere o caráter jurídico a uma decisão não é o fato de ela ser *justa* ou *racional*; por isso, no limite, mesmo a decisão teratológica será direito. Podemos não aceita-la e criticá-la, mas isto revela nossas preferências e valores; sua existência como um ato jurídico, por sua parte, não é uma questão moral, porém “factual”, isto é, que depende do reconhecimento da autoridade a quem foi conferido o poder de julgar. No entanto, é importante frisar que situações-limite

---

<sup>56</sup> Um intenso debate que evidencia as consequências práticas ou políticas da adoção (ou rejeição) da tese da separação pode ser observado na polêmica travada entre Hart e Patrick Devlin por ocasião da elaboração do Relatório Wolfenden na Inglaterra, que versava, dentre outros tópicos, sobre a descriminalização de condutas como relações homossexuais e prostituição. Lorde Devlin, contrário à descriminalização, argumentava que a influência da moral sobre o direito não é monolítica, variando de acordo com o ramo do ordenamento. O direito penal e matrimonial representariam, dentro dessa conjuntura, âmbitos mais sensíveis à penetração da moralidade, enquanto o direito contratual e a responsabilidade civil se pautariam por princípios mais pragmáticos. Não obstante essa variação, Devlin sustentava que o direito deve garantir a moral pública, identificada através das convicções do homem ordinário, aquele que tem assento no Tribunal do Júri. O direito, então, assume um caráter instrumental, cujo fim seria a preservação da moral. Hart, em sentido contrário, critica a falta de um critério objetivo para definir a moral do homem ordinário, afirmando, ademais, que um sistema jurídico pode, mas não necessariamente deve, acolher princípios morais em sua base (positivismo inclusivo), e insiste no fato de que, diferentemente do que a visão de Devlin parece sugerir, ainda que o direito possa atuar para preservar ou garantir a moral, esta não seria a sua única finalidade. Dworkin, ao comentar o debate, e neste ponto se aproximando da posição de Hart, aduz que definir a moralidade por meio do homem médio, poderia, na verdade, gerar o efeito contrário, o de produzir um moralismo legal que transformaria o direito num mecanismo a serviço de ideais conservadores e antidemocráticos.

<sup>57</sup> Afirma Hart: “Dworkin’s other criticisms of my account of judicial discretion condemn it not as descriptively false but for endorsing a form of law-making which is undemocratic and unjust.” (p. 275).

como estas não representam a atuação corriqueira dos tribunais, onde muitos desacordos interpretativos não remetem a controvérsias morais. Inclusive, a própria divisão entre *proposições jurídicas* e *fundamentos do direito* corrobora essa visão, ao concentrar as situações dramáticas da interpretação judicial no âmbito da segunda, e não da primeira categoria.

Mas mesmo quando observamos a atividade judicial em *hard cases*<sup>58</sup>, Hart prossegue, a atuação discricionária dos juízes não é igual a do legislador, sendo em verdade muito mais restrita do que o poder conferido a este (HART, 2012, p. 273). A rigor, a decisão judicial não é produzida num vácuo jurídico, e mesmo quando inovadora, possui um caráter pontual e limitada, e não geral e indiscriminada como ocorre com a produção da lei. Neste sentido, Hart aponta para o fato de que reconhecer a liberdade do julgador, sobretudo naquelas situações em que o direito positivo não fornece uma solução clara, não implica em atribuir um poder absoluto aos juízes, pois, sua liberdade para “criar o direito” nestes casos, não lhes desincumbiria do ônus argumentativo de prover razões para fundamentar a decisão. Concluindo, transcrevemos uma passagem na qual Hart procura diferenciar a criatividade legislativa daquela que sua teoria reconhece aos juízes:

É importante observar que os poderes de criação do direito que reconhecemos nos juízes para regular casos não previstos na lei são diferentes daqueles do legislador: não apenas os poderes do juiz estão sujeitos a muitas restrições que restringem sua escolha, mas os poderes do juiz são exercidos apenas para resolver casos particulares e pontuais; ele não pode usá-los para introduzir reformas em larga escala ou novos códigos.

---

<sup>58</sup> Como se pode perceber, a existência e a natureza de *hard cases* constitui o núcleo do terceiro ponto aqui selecionado como representativo da controvérsia entre positivistas e antipositivistas. De acordo com Hart, um *hard case* é aquela situação para a qual o sistema formado pelas regras jurídicas (i.e., aquelas que passam por todos os testes da regra de reconhecimento) não prevê uma solução clara. Neste caso, o juiz terá de empregar critérios extralegais para resolver a controvérsia (*discricionarieidade forte*). Para Dworkin, um *hard case* não é aquele cuja solução não esteja prevista pelo direito, mas o que invoca a argumentação por princípios. É válido lembrar que Dworkin é um crítico da distinção entre casos fáceis e difíceis, como o autor ilustra a partir do caso Elmer, que envenenara seu avô para obter a herança deste. Neste caso, não havia lacuna nem obscuridade nas regras de direito sucessório, e Elmer, a rigor, teria direito subjetivo ao quinhão testamentário; no entanto, o que torna este caso “difícil” é que ele contraria o princípio comumente aceito de que assassinos não deveriam herdar de suas vítimas. Para Dworkin, então, todo caso pode ser difícil e mesmo os casos fáceis podem ter sido difíceis no passado. O relevante, no entanto, é que em qualquer hipótese o juiz deve encontrar a solução adequada, garantindo o direito das partes conforme a integridade e equidade. Há uma farta bibliografia sobre o tema, dentre os quais se destaca o artigo *hard cases* de Dworkin, incorporado à obra *Levando os direitos à sério*, o posfácio da segunda edição de *O conceito de Direito* de Hart, bem como o trabalho de Neil MacCormick intitulado *H.L.A. Hart*.

Assim, seus poderes são intersticiais bem como sujeitos a muitas restrições substantivas.<sup>59</sup>

Em síntese, a resposta de Hart a Dworkin em defesa do positivismo, em primeiro lugar, argumenta que a admissão dos princípios é compatível com a teoria positivista, e que a distinção entre princípios e regras atende a um critério de grau ao invés de lógico; em segundo lugar, que a assunção do ponto de vista interno não compromete a perspectiva descritiva que o teórico deve assumir, e em terceiro lugar, que a discricionariedade judicial não deixa o julgador livre como o legislador para criar o direito, e que, mesmo nos casos em que sua atuação é efetivamente criativa, o papel da teoria não é julgar estas escolhas, mas reconhecer-las e descrever seu conteúdo como parte do direito daquela comunidade.

### 3.5 – Síntese

Este capítulo buscou apresentar o positivismo jurídico a partir de outro ângulo, através das críticas que a teoria jurídica contemporânea formulou contra as suas principais teses. Para tanto, e considerando a amplitude deste cenário *pós-positivista*, elegemos o debate Hart-Dworkin como o núcleo representativo desse ambiente intelectual, procurando oferecer um resumo do ataque geral encampado pelo filósofo americano, acompanhado de um sumário da resposta que Hart fornece em defesa do positivismo. Este ataque, em linhas gerais, se desdobra em três principais linhas ofensivas: primeiramente Dworkin investe contra a caracterização positivista do direito como conjunto de regras, ignorando a existência e relevância dos princípios jurídicos; em segundo lugar, a metodologia positivista seria incompatível com a adoção de um ponto de vista interno, tal como sustentava Hart, pelo que a proposta de uma teoria *geral e descritiva* deve ser substituída por uma concepção *particular e interpretativa* do direito, reunindo aquilo que o princípio da separação buscou diferenciar, isto é, as tarefas de descrever e avaliar o direito; por fim, a crítica de Dworkin se dirige à teoria positivista da adjudicação, a qual, segundo ele, não apenas seria “descritivamente falsa” como “injusta e antidemocrática”, por conceder demasiado poder aos juízes e assim legitimar decisões arbitrárias ou contrárias aos princípios que inspiram o sistema.

---

<sup>59</sup> HART, H.L.A, op cit, p. 273. (Livre tradução)

A resposta de Hart, como visto, consistiu basicamente em reiterar as principais teses contidas em *O conceito de Direito*, mostrando tanto como algumas críticas de Dworkin não são incompatíveis com os pilares positivistas, como outras não comprometem seus fundamentos teóricos. Em primeiro lugar, embora a reflexão de Dworkin em muito tenha colaborado para uma melhor compreensão sobre a natureza e a dinâmica dos princípios jurídicos, seu reconhecimento em nada contradiz ou anula a teoria positivista, na medida em que a descrição de um sistema legal pode contemplar tanto regras como princípios enquanto diferentes espécies normativas. Na verdade, sustenta Hart, a diferença entre essas espécies é mais de grau, decorrente da textura aberta da linguagem prescritiva, do que lógica, como sustenta Dworkin. Em segundo lugar, a postura descritiva não é incompatível com a assunção do ponto de vista interno, pois é possível compreender as atitudes normativas daqueles que aceitam e usam certas regras como padrão de comportamento, sem compartilhar ou endossar o conteúdo dessas regras. Nas palavras do autor, uma descrição permanece sendo tal mesmo quando se refere a uma avaliação. Por fim, Hart afirma que a discricionariedade judicial, diferentemente da leitura que faz Dworkin, não é tão ampla e livre de constrangimentos este como sugere, mas que, mesmo nos casos em que a atuação judicial, dadas as limitações do ordenamento (lacunas, *hard cases*, etc.), confere ao julgador algum poder criativo, este reconhecimento deve ser incorporado à descrição do direito pelo teórico, sendo a avaliação dessa decisão uma atividade situada fora dos marcos do conhecimento jurídico: trata-se, em uma palavra, de uma apreciação moral do direito.

## CONCLUSÃO

Este trabalho procurou oferecer uma visão geral de uma das principais teses associadas ao positivismo jurídico, aquela que sustenta uma separação rígida entre as funções de *avaliar* e *descrever* o direito, sintetizada na frase de John Austin segundo a qual a existência da lei é uma coisa, enquanto seu mérito ou demérito é outra coisa. Mas “descrever” o direito, por sua vez, não é tão simples, porque é preciso estabelecer tanto o quê será descrito, como de que maneira isso pode ser feito. Estas questões adicionais, como visto, colocam a teoria positivista diante da necessidade de delimitar seu *objeto* de conhecimento, por um lado, e de formular um *método* para realizar esta descrição, do outro. No primeiro caso, o positivismo circunscreve o âmbito de conhecimento do jurista ao direito positivo, eliminando os direitos naturais. Estes últimos, malgrado a longa tradição jusnaturalista que os sustenta, não são direito em sentido próprio; antes, são princípios que funcionam como “modelo de juridicidade”, e portanto, não exprimem o conteúdo do direito efetivamente existente, e sim um direito ideal, fruto das aspirações de justiça de uma época ou lugar. Por isso os direitos naturais são incompatíveis com o propósito central da metodologia positivista, que pretende identificar e descrever o direito e não projetá-lo ou idealizá-lo. Como diz Kelsen, não se trata de uma *teoria da justiça*, mas de uma *ciência do direito*.

Mas esta circunscrição do conhecimento jurídico ao direito positivo requer complementação, isto é, demanda uma caracterização mais precisa que permita delimitar suas fronteiras face a outros fenômenos sociais. Esta função foi desempenhada pela *teoria do ordenamento jurídico*, que provê uma definição do direito positivo, atribuindo-lhe um conjunto de características que podem ser reunidas em dois tipos básicos, *materiais* (empiricamente aferíveis) e *formais* (que mais se assemelham a postulados). O resultado é uma definição do direito positivo concebido como “uma ordem normativa mantida através da possibilidade do recurso à força, dotada de mecanismos de sanção externa e institucionalizada, que recebe certo grau de obediência espontânea pelos destinatários e é composta por uma pluralidade de normas que remetem a uma unidade coerente e completa”.

Como este fenômeno pode ser descrito? Conforme visto, neste ponto a teoria positivista se desdobra em duas propostas metodológicas principais, sintetizadas nas variantes *naturalista* e *normativista*. A primeira, inspirada nos cânones que estruturam o conhecimento das ciências naturais, orienta-se pela redução do direito positivo aos *atos sociais*, de maneira que o conhecimento do jurista deve consistir na descrição de fenômenos que, em última instância, sejam passíveis de observação e verificação, isto é, a ciência jurídica deve explicar as *condutas* dos participantes do sistema, ou seja, dos destinatários e sobretudo dos aplicadores do direito. Para tanto, o jurista deve assumir um enquadramento de tipo causal: enquanto a obediência à lei é explicada pelo receio da punição, sua violação deflagra um complexo mecanismo cujo ponto final consiste na provável da aplicação da sanção. Cabe ao estudioso, portanto, apreender e reconstruir estes fatos através de proposições que expressem o nexo causal entre eles, transformando a ciência jurídica numa *ciência social empírica*. Da perspectiva normativista, por sua vez, o jurista não descreve os fatos, ou pelo menos não diretamente, mas o *sentido* que o direito lhes atribui. Sendo assim, é necessário assumir um ponto de vista normativo, ou seja, interpretar essas condutas através das normas, o que, na concepção de Kelsen depende da adoção de uma *norma hipotética fundamental* como postulado metodológico. Sem esse suporte normativo, a ciência jurídica perde a especificidade que lhe é própria e se confunde com a sociologia, voltada a explicar causalmente a conduta dos indivíduos. Ao invés do ângulo causal, Kelsen, numa analogia com o pensamento kantiano, organiza o conhecimento jurídico pelo prisma da *imputabilidade*, de modo a garantir a natureza normativa (e não naturalística), do nexo entre condição e consequência jurídica. Nestes termos, a ciência jurídica seria concebida como uma *ciência social normativa*.

Por fim, consideramos brevemente o ataque dirigido à metodologia descritiva (seja ela endereçada aos fatos ou às normas) formulado por Dworkin em sua investida contra o positivismo jurídico, acompanhada pela réplica de Hart. Para o filósofo americano, a teoria positivista possui ao menos três falhas graves: primeiramente ao conceber o direito formado apenas por regras, ignorando, com isso, a existência dos princípios jurídicos; depois porque a metodologia descritiva não captura os elementos valorativos presentes na vida do direito; por fim, ao conferir um inexistente (e indesejável) poder discricionário “forte” aos juízes em *hard cases*. O ponto que aglutina essas críticas é a tese de que, para Dworkin, a teoria jurídica deve ser *interpretativa* e não “apenas” *descritiva*. Mas as críticas do filósofo americano, em verdade, como pontua Hart, apenas reforçam a diferença entre

avaliar e descrever o direito. Primeiramente Hart observa que sua caracterização do direito como a união de regras primárias e secundárias é compreensiva o suficiente para abranger os princípios, ainda que não lhes tenha dado a devida ênfase em sua obra. Depois, não há incompatibilidade entre reconhecer os valores que animam os participantes do sistema e ao mesmo tempo assimilá-los como parte do fenômeno descrito pelo estudioso: uma descrição permanece sendo descrição mesmo quando seu objeto é uma avaliação. Por fim, Hart procura reduzir os extremos nos quais Dworkin caracteriza a doutrina da discricionariedade forte, lembrando que a liberdade do juiz é restrita (quando comparada a do legislador) e pontual. Ademais, esta tese não é uma avaliação do direito, mas a constatação de um traço característico da vida jurídica: há momentos em que o juiz deverá agir mesmo na falta de uma orientação normativa clara, e sua decisão (seja ela razoável ou não), será reconhecida e incorporada ao direito vigente. Não se trata de endossar ou legitimar o direito judiciário, mas de reconhecê-lo e descrevê-lo: este princípio é o mote fundamental da teoria positivista.

## REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. (1995) *Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press: Cambridge.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (2002) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª Ed., Astrea: Buenos Aires.
- ÁVILA, Humberto. (2014) *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. Malheiros Editores: São Paulo.
- ATIENZA, Manuel. (2014) *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2ª Ed, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, Ed. Gen. Forense: Rio de Janeiro.
- BÄCKER, Carsten. (2011) *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 102, p. 55-82.
- BERGMANN, Gustav & ZERBY, Lewis. (1945) *The Formalism in Kelsen's Pure Theory of Law*. Ethics 55, n.º 02, pp. 110-130.
- BIX, Brian B. (2017) *Kelsen, Hart, and legal normativity*. Revus n.º 34, Online, pp. 25-42.
- BOBBIO, Norberto. (1995) *O positivismo jurídico: lições sobre filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues. Ícone: São Paulo.
- \_\_\_\_\_. (1995) *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª Ed., Editora Universidade de Brasília: Brasília.
- \_\_\_\_\_. (2019) *Teoria da norma jurídica*. 6ª Ed., Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista, Edipro: São Paulo.
- BROŹEK, Bartosz. (2015) *On tû-tû*, Revus, n.º 27, Online, pp. 15–23.
- DWORKIN, Ronald M. (1967) *The Model of Rules*. The University of Chicago Law Review, vol. 35, n.º 01, pp. 14-46.
- \_\_\_\_\_. (1986) *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge.
- \_\_\_\_\_. (2013) *Taking rights seriously*. Bloomsbury Academic: New York.
- FULLER, Lon L. (2014) *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. e notas Ari Marcelo Solon, 1ª Ed., Edipro: São Paulo.
- HARE, R. M. (1996) *A linguagem da Moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. Martins Fontes: São Paulo.
- HART, H. L. A. (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press: Oxford.
- \_\_\_\_\_. (1987) *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre.
- \_\_\_\_\_. (2012) *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (1977) *Una visita a Kelsen*. Trad. Javier Esquivel. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (Cuadernos de Crítica): Ciudad de México.

HEMPEL, Carl G. (1981) *Filosofia das Ciências Naturais*. Trad. Plínio Sussekind Rocha. Zahar Editores: Rio de Janeiro.

HERVADA, Javier (2006) *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*, Ed. Martins Fontes: São Paulo.

HIMMA, Kenneth Einar (2001). *Natural law*. Internet Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <https://iep.utm.edu/natlaw/>.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 2ª Ed., Trad. Pietro Nassetti. Ed. Martin Claret: São Paulo.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. (2005) *Institutas do Imperador Justiniano*. 2ª Ed., Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo.

LEAWOODS, Heather. (2000) *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*. Washington University Journal of Law and Policy, vol. 2, pp. 489-515.

KANT, Immanuel. (2013) *Crítica da Razão Pura*. 8ª Ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa.

KELSEN, Hans. (1941) *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. Harvard Law Review, vol. 55, n.º 01, pp. 44-70.

\_\_\_\_\_. (1978) *Derecho y Lógica*. Trad. Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (Cuadernos de Crítica): Ciudad de México.

\_\_\_\_\_. (1986). *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte, Ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre.

\_\_\_\_\_. (2000) *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges, Ed. Martins Fontes: São Paulo.

\_\_\_\_\_. (2005) *Pure Theory of Law*. The Lawbook Exchange, LTD. Clark: New Jersey.

\_\_\_\_\_. (2010) *O que é Positivismo Jurídico? In Direito Natural; Direito Positivo; Direito Discursivo*. Trad. e Ed. por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: São Paulo.

\_\_\_\_\_. (2015) *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo.

MOORE, G.E. (2013) *Some Main Problems of Philosophy*. London & New York: Routledge.

MORIS, C.W. (1981) *Critique of the empiricist explanation of morality*. Springer Science + Business Media: London.

NEURATH, Otto et alli (1929) *The Scientific World Conception: The Vienna Circle*.

- PAPINEAU, David. (2020) *Naturalism*. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward N. Zata, link: <https://plato.stanford.edu/entries/naturalism/>. Acesso: 25/out/2021.
- PAULSON, Stanley. (1992) *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 12, pp. 311-332.
- \_\_\_\_\_. (2011) *The very idea of legal positivism*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte. n. 102, pp. 139-165.
- \_\_\_\_\_. (2013) *The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm*. In *Kelsen Revisited: new essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, and Portland, Oregon.
- PERUZZI, Alberto (2018) *Definição*. Trad. Jaqueline Engelmann, Ed. Loyola: Rio de Janeiro.
- REALE, Miguel (1998). *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. Ed. Saraiva: Rio de Janeiro.
- ROSS, Alf. (1957) *Tû-Tû*, Harvard Law Review, vol. 70, n.º 5, pp. 812-825.
- \_\_\_\_\_. (1958) *On Law and Justice*. Trad. Margaret Dutton. Stevens & Sons Limited: London.
- \_\_\_\_\_. (1961) *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*. Buenos Aires: Revista Juridica de Buenos Aires, IV, pp. 46-93.
- SAUTTER, Frank Thomas. (2006) *Falácia Naturalista: Um breve estudo histórico-analítico da Lei de Hume*. Revista Trans/form/ação, v. 29, n. 2.
- SELL, Carlos Eduardo. *A Ontologia Social Analítica: Por uma Interlocução com a Teoria Sociológica*. Dados [online]. 2021, v. 64, n. 2. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/dados.2021.64.2.238>>.
- SHAPIRO, Scott J. (2007) *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*. Publisher: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139167109.002>
- SIMPSON, Thomas Moro. (1964) *Formas lógicas, realidade y significado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires: Buenos Aires.
- SÓFOCLES. (2005) *Antígona*, Trad. J. B. de Mello e Souza. Ebooks Brasil.
- STRAWSON, Peter Frederick. (1992) *Analysis and Metaphysics: an introduction to Philosophy*. Oxford University Press: New York.
- STRUCHINER, Noel. (2002) *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Renovar: Rio de Janeiro.
- SUMMERS, Robert S. (1963) *Professor H. L. A. Hart's 'Concept of Law'*. Duke Law Journal, vol. 1963, n.º 4, 1963, pp. 629–670.
- TUGENDHAT, Ernst. (1997) *Propedêutica Lógico-semântica*. Vozes: Petrópolis.
- \_\_\_\_\_. (1998) *Reflexões sobre o método da filosofia do ponto de vista analítico*. Revista Problemata, João Pessoa, ano 1, n.º 01, p. 131-144.