

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

GUILHERME DE OLIVEIRA ZANCHET

JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO:
Moralidade, método e caminho do meio

São Leopoldo

2022

GUILHERME DE OLIVEIRA ZANCHET

JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO:

Moralidade, método e caminho do meio

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

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2022

Z27j

Zanchet, Guilherme de Oliveira.

Jusnaturalismo e positivismo jurídico : moralidade, método e caminho do meio / Guilherme de Oliveira Zanchet. – 2022.
305 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.
“Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.”

1. Jusnaturalismo. 2. Positivismo jurídico. 3. Direito.
4. Moralidade. I. Título.

CDU 340.12

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Amanda Schuster – CRB 10/2517)

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

A dissertação intitulada: “**JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO: Moralidade, método e caminho do meio**”, elaborada pelo mestrando **Guilherme de Oliveira Zanchet**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de outubro de 2022.



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

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Luã Nogueira Jung _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Para minha família, em especial aos meus tão queridos avós e à maravilhosa Lilly, cujo amor é a verdadeira condição fundamental para o florescer da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é, em certo sentido, acolher o outro. Não é qualquer tipo de acolhimento: é acolher o próximo ao reconhecer o bem por ele proporcionado. Se as linhas deste trabalho conseguem exprimir, ainda que minimamente, a importância da reciprocidade que devemos guardar entre nós — afinal, não estamos sozinhos para ir ao mundo —, então oferecer meus mais profundos e sinceros agradecimentos a todos aqueles que me foram fundamentais para a concepção, o desenvolvimento e o término desta dissertação não é opcional, mas obrigatório. As palavras que seguem, é verdade, não conseguem dar conta do que sinto; valem mais como um início, um princípio de demonstração de gratidão a quem tanto me estimulou.

Agradeço à minha mãe, Márcia, sempre com seu inabalável e incondicional apoio em todos os meus estudos e empenhos, incansável nas difíceis batalhas que a vida nos apresentou nos últimos tempos.

Agradeço aos meus avós, Véra e Luiz Clóvis, que, mesmo nestas duras etapas por que passamos, conseguem transmitir amor e carinho inigualáveis e indispensáveis para todos os que os cercam.

Agradeço à minha musa, Elisa, pela paciência, pela leveza, pela tranquilidade e pelo amor que só nos deparamos quando há um verdadeiro encontro de almas, aquela autêntica conexão com o outro que nutre e sustenta a existência.

Agradeço ao meu irmão, Leonardo, presente nessa caminhada com suas inovações na churrasqueira, proporcionando não apenas comidas deliciosas, mas também uma válvula de escape nos momentos mais ásperos.

Agradeço ao meu pai, André, que auxiliou, à sua maneira, nesta conquista, mesmo a distância.

Agradeço aos meus sogros, Sonia e Paulo Douglas, com seu afeto e hospitalidade, fornecendo-me um ambiente muito agradável em sua casa para condução de minhas pesquisas e meus estudos.

Agradeço aos cãesinhos Toby, Tina e Malu, sempre preenchendo meus dias de muito amor e alegria e me concedendo ouvidos atentos aos meus discursos e digressões.

Agradeço aos meus amigos, como André Vasconcelos, Denis Elesbão, Felipe Castro, Felipe Coronel, Franco Possapp, Guilherme Wiener, Iago Escobar, Igor Scherer, Lucas Cherutti, Marcius Bohrer, Matheus D'Elia, Rodrigo Fabretti, pelo indispensável apoio emocional e pela nossa inquebrantável amizade, independentemente da reduzida quantidade de

encontros que tivemos o privilégio de desfrutar nos últimos anos, atrapalhados por uma pandemia que se recusa a ir embora.

Agradeço ao Prof. Lenio Luiz Streck, meu orientador e professor, que tanto contribuiu para a minha formação acadêmica, abrindo-me os olhos para questões tão fundamentais quanto escamoteadas nas discussões jurídicas.

Agradeço ao Prof. Gerson Neves Pinto, que permitiu que eu fosse seu estagiário de docência e fomentou, sempre com muita receptividade, tantos debates sobre os temas que movem esta pesquisa.

Agradeço aos meus colegas de trabalho forense, André Veronez, Bruna, Gabi, e Kevinn, assim como à minha chefe, Dra. Fernanda, por me terem fornecido tempo suficiente para que eu, enfim, atingisse o final desta dissertação, e também por todas as qualidades que facilitam nosso convívio diário, como o bom humor e a parceria na elaboração das mais diversas “teses”.

Agradeço aos amigos do mestrado, o Fabio Fernandez e o Luiz Felipe Scholante, que descomplicaram a complexa realização de uma pós-graduação em meio à pandemia do coronavírus, compartilhando preocupações e risadas sobre nossas dificuldades em comum.

Agradeço a toda a equipe do *Dasein*, grupo de pesquisa que tenho muita honra de integrar, com especial agradecimento à Luísa, sempre desempenhando suas funções com competência, dedicação e sempre disposta a tirar minhas dúvidas sobre tudo que dissesse respeito às minhas responsabilidades como membro do gabinete.

Agradeço, ainda, à Secretaria do PPGD, que nunca deixou de me assistir com muita presteza nos momentos que precisei, seja com relação aos prazos, seja no que toca às formalidades das entregas ou das aulas virtuais, ou mesmo quanto a qualquer outro impasse que surgisse.

« Ô atomes intelligents, dans qui l'Être éternel s'est plu à manifester son adresse et sa puissance, vous devez sans doute goûter des joies bien pures sur votre globe : car, ayant si peu de matière, et paraissant tout esprit, vous devez passer votre vie à aimer et à penser ; c'est la véritable vie des esprits. »¹

(Voltaire, *Micromégas*. 1752)

*“Zeus did not command these things,
nor did Justice, who dwells with the gods below,
ordain such laws for men.
Neither do I believe that your decrees,
or those of any other mortal, are strong enough to overrule
the ancient, unwritten, immutable laws of the gods,
which are not for the present alone, but have always
been — and no one knows when they began.
I would not risk the punishment of the gods
in fear of any man.”²*

(Sófocles, *Antígona*. 441-442 a.C.)

¹ “Ó átomos inteligentes, em quem o Ser Eterno se aprouve de manifestar sua habilidade e seu poder, vocês devem, sem dúvida, saborear alegrias muito puras em seu globo: pois, tendo tão pouca matéria, e parecendo tudo espírito, vocês devem passar sua vida a amar e a pensar; essa é a verdadeira vida dos espíritos.”

² “Zeus não ordenou essas coisas, nem a Justiça, que habita com os deuses abaixo, ordenou tais leis para os homens. Nem eu acredito que seus decretos, ou os de qualquer outro mortal, são fortes o suficiente para anular as antigas, não escritas e imutáveis leis dos deuses, que não existem apenas no presente, mas desde sempre — e ninguém sabe quando começaram. Eu não arriscaria o castigo dos deuses por medo de qualquer homem.”

RESUMO

Esta dissertação visa à investigação da relação entre Direito e Moralidade, uma das mais tradicionais questões da Teoria do Direito, com o propósito de pensá-la para além dos extremos teóricos representados pelo jusnaturalismo e pelo positivismo jurídico. Pela longevidade do problema, a análise de seus pressupostos e suas implicações envolve o levantamento de suas diversas manifestações na história do pensamento humano, desde os clássicos até os mais atuais. Para isso, a pesquisa bibliográfica deve ser conduzida sob o “método” fenomenológico-hermenêutico, desvelando o que permanece encoberto no senso comum a partir da leitura dos textos dos principais autores. A pesquisa está estruturada em cinco capítulos, que envolvem o seguinte: (i) no primeiro, o jusnaturalismo clássico, nas suas particulares concepções de Platão, Aristóteles, Cícero, Tomás de Aquino, e Guilherme de Ockham; (ii) no segundo, as visões mais modernas do jusnaturalismo de Hugo Grócio e de Samuel Pufendorf e duas perspectivas do positivismo jurídico, concernentes à Escola da Exegese e à Jurisprudência dos Conceitos; (iii) no terceiro, três formulações positivistas do século *xx*, referentes às obras de Hans Kelsen, H. L. A. Hart, e Joseph Raz; (iv) no quarto, os pressupostos da hermenêutica filosófica junto com os argumentos de Hilary Putnam acerca da relação entre *ser* e *dever-ser*; e (v) no quinto e último, três posições teóricas que sustentam uma relação entre Direito e Moralidade sem recair em uma metafísica essencialista ou em um empiricismo destituído de racionalidade prática. Ao final, é possível concluir que a recuperação da prática — ou do mundo prático — no Direito permite uma concepção verdadeiramente intersubjetiva, rejeitando tanto o objetivismo quanto o subjetivismo.

Palavras-chave: jusnaturalismo; positivismo jurídico; direito; moralidade.

ABSTRACT

This research aims to investigate the relationship between law and morality, one of the most traditional questions in jurisprudence, with the purpose of thinking it beyond the dichotomy between natural law and legal positivism. Due to the longevity of the problem, the analysis of its theoretical foundations and its implications involves surveying its various manifestations in the history of human thought, from the classics to the authors of this day. To make this possible, the bibliographic research must be conducted under a phenomenological approach, revealing what escapes common sense in the main texts and theories. The work is structured in five chapters, which involve the following: *(i)* in the first one, classical natural law, in the particular conceptions of Plato, Aristotle, Cicero, Thomas Aquinas, and William of Ockham; *(ii)* in the second one, the more modern versions of natural law by Hugo Grotius and Samuel Pufendorf, as well as two perspectives of legal positivism, namely the School of Exegesis and the Jurisprudence of Concepts; *(iii)* in the third one, three positivist formulations of the 20th century, concerning the works of Hans Kelsen, H. L. A. Hart, and Joseph Raz; *(iv)* in the fourth one, the grounds of philosophical hermeneutics together with Hilary Putnam's arguments about the relationship between is and ought; and *(v)* in the fifth and last chapter, three theoretical positions that support a relationship between law and morality without falling back into an essentialist metaphysics or an empiricism devoid of practical rationality. In the end, it is possible to conclude that the recovery of practice — or of the practical world — in law allows for a truly intersubjective conception, rejecting both objectivism and subjectivism.

Key-words: natural law; legal positivism; law; morality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O DIREITO NATURAL CLÁSSICO	21
1.1 O DIREITO NATURAL EM PLATÃO E ARISTÓTELES	27
1.1.1 Platão, a natureza do justo e o justo da natureza.....	29
1.1.2 O Direito Natural no indivíduo e nas leis.....	35
1.1.3 Aristóteles, a justiça e o conhecimento prático.....	39
1.1.4 Um Direito Natural “variável”?.....	47
1.2 CÍCERO E O DIREITO IMUTÁVEL	53
1.2.1 Estoicismo e lei natural	54
1.2.2 Deus, natureza e razão	55
1.3 O JUSNATURALISMO TOMISTA.....	58
1.3.1 A lei natural como participação na razão eterna	60
1.3.2 <i>Lex iniusta non est lex?</i>	67
1.4 O NOMINALISMO DE GUILHERME DE OCKHAM	72
1.4.1 O prescritivismo divino e o Direito Natural.....	74
1.4.2 Jusnaturalismo voluntarista ou positivismo jurídico?.....	78
2 O DIREITO NATURAL MODERNO E O POSITIVISMO JURÍDICO.....	83
2.1 O JUSNATURALISMO RACIONALISTA DE <i>HUGO GROTIUS</i>	85
2.1.1 A natureza humana, não Deus	87
2.1.2 Por que obedecer: ainda a relação entre Deus e natureza humana.....	91
2.2 O JUSNATURALISMO MATEMÁTICO DE SAMUEL VON PUFENDORF	94
2.2.1 Demarcação e método do Direito Natural.....	97
2.2.2 <i>Entia moralia</i> e o voluntarismo ético.....	101
2.3 A RAZÃO HUMANA COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA	105
2.4 <i>L'ÉCOLE DE L'EXÉGÈSE: A LEI, NADA ALÉM DA LEI</i>	109
2.4.1 “Não conheço o Direito Civil, ensino o Código de Napoleão”: os traços característicos da <i>École de l'Exégèse</i>	112
2.4.2 A divergência entre os redatores e os intérpretes do <i>Code Napoléon</i>	114
2.5 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS (PANDECTISMO).....	116

2.5.1	A Escola Histórica como predecessora da <i>Pandectística</i>	119
2.5.2	A assimilação do Direito Científico pela <i>Begriffsjurisprudenz</i>	125
3	TRÊS VERSÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO NO SÉCULO XX.....	134
3.1	O POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN	138
3.1.1	A Ciência pura <i>kelseniana</i>	140
3.1.2	O Direito impuro.....	146
3.2	O POSITIVISMO INCLUSIVO DE HERBERT HART.....	150
3.2.1	Modelo de regras e discricionariedade	153
3.2.2	A inexistência da conexão necessária entre Direito e Moralidade	164
3.3	O POSITIVISMO EXCLUSIVO DE JOSEPH RAZ.....	167
3.3.1	Direito e autoridade	168
3.3.2	A necessária inexistência da conexão entre Direito e Moralidade	172
4	EM BUSCA DO MUNDO PRÁTICO QUE TORNA O DIREITO POSSÍVEL.....	177
4.1	A HERMENÊUTICA E A “TERCEIRA CADEIRA”	180
4.1.1	Martin Heidegger e a questão do <i>Dasein</i>	184
4.1.2	A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.....	195
4.2	O EMARANHAMENTO DE FATOS E VALORES	207
4.2.1	Relações entre fatos e valores e o (não-)cognitivismo moral.....	212
4.2.2	Objetividade moral	222
4.2.3	Direito e propósito	227
5	LEVANDO A MORALIDADE A SÉRIO.....	234
5.1	LON FULLER E O DIREITO NATURAL PROCEDIMENTAL	237
5.2	RONALD DWORKIN E O INTERPRETATIVISMO.....	242
5.3	LENIO STRECK E A AUTONOMIA DO DIREITO	253
	CONCLUSÃO.....	264
	REFERÊNCIAS	293

INTRODUÇÃO

“Por outro lado, acredito que há muito de grande valor para os dias atuais nos escritos daqueles pensadores que são classificados, e geralmente descartados, como pertencentes à escola do Direito Natural, e considero-o como um dos efeitos mais infelizes da tendência positivista ainda corrente que tenha contribuído para provocar o abandono desse importante e frutífero corpo de literatura.”³

(Lon L. Fuller)

De um lado, o jusnaturalismo; de outro, o positivismo jurídico. Duas matrizes teóricas que, muitas vezes, são tidas como uma questão meramente preliminar ao início dos estudos jurídicos. Apesar de toda a complexidade que envolve o debate sobre seus fundamentos, seu método e a própria relação existente entre elas, poucos são os esforços de sua compreensão. Obscurecidas — e, portanto, mal compreendidas — em razão da pouca importância de que goza a filosofia no Direito, ambas são relegadas a um papel decorativo, secundário, para que problemas considerados de maior urgência e repercussão ocupem o espaço privilegiado que — supostamente — lhes compete. O dogma do abismo gnosiológico que artificialmente separa o jusnaturalismo do positivismo jurídico encontra paralelo na fragmentação entre teoria e prática: saber o que é justiça é mera curiosidade histórica ou acadêmica de alguns inquietos; convém conhecer o que se passa concretamente e quem tem o poder de pôr o Direito. O que importa é o aqui e agora.

Nisso reside um problema fundamental — talvez o problema fundamental — do debate jurídico atual: podemos conhecer corretamente o Direito sem considerarmos aquilo que subjaz ao discurso (*i.e.* os pressupostos a partir dos quais ele é possível)? Ao ignorar ou rejeitar o papel desempenhado por nossa *concepção* de Direito, a construção do conhecimento jurídico não fica apenas seriamente comprometida, como, no limite, impossibilitada. Tomando o exemplo da matemática — talvez a área do conhecimento humano mais notável em produzir modelos com proposições coerentes —, facilmente colocamos em xeque perspectivas que imaginam ser possível fazer Direito *fora* da filosofia; afinal, nenhuma teoria matemática pode, por definição, contrariar seus axiomas ou postulados básicos. No Direito, acumular conceitos e critérios para suprir deficiências pontuais é uma situação recorrente que sequer passa por uma análise de

³ Tradução livre da seguinte passagem: “*On the other hand, I believe that there is much of great value for the present day in the writings of those thinkers who are classified, and generally dismissed, as belonging to the school of natural law, and I regard it as one of the most unfortunate effects of the positivistic trend still current that it has contributed to bring about the neglect of this important and fruitful body of literature.*” Em FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1940. p. 101.

consistência científica com a *concepção teórica* que se adota. Tudo isso (deveria) causa(r) perplexidade, para não dizer frustração, na comunidade jurídica.

É claro que se poderia dizer: o Direito não é uma ciência da natureza; logo, toda tentativa de sua aproximação epistemológica é, no mínimo, equívoca e, possivelmente, condenada ao fracasso. Esse argumento, embora perigoso por sua essência totalizante, tem um certo cabimento. O Direito *não deve ser* como a matemática — isso deve ficar esclarecido desde logo. Há uma profunda diferença entre o conhecimento jurídico e o conhecimento das ciências naturais, não há dúvida sobre isso. Mas, se isso parece tão evidente, por que motivo o jusnaturalismo aposta(va) exatamente em algum sentido *natural* para explicar o Direito? Por que o positivismo jurídico pretende *descrever* o Direito como se ele fosse uma espécie de *dado natural* a ser apreendido? Ao fim e ao cabo, o sincretismo jurídico tem como consequência *natural* a fuga da verdade. Partimos de pressupostos distintos e até mesmo contraditórios, passando por critérios com parâmetros divergentes, para chegar a conclusões distintas ou mesmo opostas.

Essas digressões não escondem o seu tom pessimista, nem deveriam fazê-lo. O momento não é promissor para o Direito. As práticas judiciárias e a própria produção acadêmica são também — ou seja, não somente elas — responsáveis pela crise da democracia e pelo acirramento de tensões sociais. Nesse sentido, um estudo sobre as fundações do pensamento jurídico tem impacto que não se limita às salas de aula ou às cátedras universitárias, mas que se difunde para toda atividade de aplicação do Direito.

Conforme tudo isso sugere, o que pretendo apresentar é uma análise de diferentes concepções do *jusnaturalismo* — clássico e moderno — e do *positivismo jurídico*, seus pressupostos teóricos e suas implicações práticas, de modo que seja possível realizar uma crítica acerca do *método* e da *técnica* presentes nessas matrizes teóricas, especialmente no que se refere à *relação entre Direito e Moralidade* nelas presente — eis o *problema principal* da pesquisa. A proposta é complexa, pois exige a investigação de pontos de vista, em princípio, bastante antagônicos, e qualquer juízo crítico deve ser explicitado cuidadosamente sem uma excessiva generalização, ainda que com a capacidade de identificar padrões e elementos comuns a diversos modos de pensar o Direito. Muito longe de tencionar a “destruição” do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, o ponto é que ambos (co)existem na tradição do Direito ocidental e têm de ser conhecidos e questionados para evitar a cegueira hermenêutica — *i.e.* como se pudéssemos ignorar as múltiplas concepções jusfilosóficas sobre as quais se sustenta o raciocínio jurídico e esperar bons resultados.

O *objetivo geral* do trabalho é, justamente, trazer à *melhor luz* as matrizes jusnaturalista e positivista, para que, a partir disso, possamos compreender mais adequadamente a relação entre Direito e Moralidade. Dele defluem os *objetivos específicos*: (i) compreender as principais teorias jusnaturalistas e positivistas; (ii) analisar a relação, sobretudo do ponto de vista metodológico, entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico; (iii) identificar como se dá a relação entre Direito e Moralidade nas diferentes formulações teóricas; e (iv) elaborar críticas com o propósito de pensar o Direito para além da tradicional cisão entre *ser* e *dever-ser*, fato e valor.

Sócrates, ao ver confuso Teeteto, no diálogo platônico homônimo, esclarece que a sua arte é como a das parteiras: “os que convivem comigo se parecem com as parturientes; sofrem dores lancinantes e andam dia e noite desorientados, num trabalho muito mais penoso do que o delas. Essas dores é que minha arte sabe despertar ou acalmar.”⁴ Afinal, a “*maiêutica*”, como se sabe, diz respeito a “dar à luz” o conhecimento. À evidência, a pesquisa não se destina a encerrar nenhum debate teórico, mas a suscitar inquietações e questionamentos que propiciem novas reflexões sobre o que é o Direito, sua função, o modo como o conhecemos. Para tornar isso possível, o trabalho está estruturado de modo que cada um dos capítulos desenvolva uma das linhas da Teoria do Direito, respondendo a determinadas perguntas que os orientam. É certo, como se verá, que o recorte da pesquisa passa pela seleção de autores representantes de cada matriz de acordo com sua importância, o que não significará reducionismo nem simplificação da abordagem, mas apenas assegurará que cada uma das perspectivas jusfilosóficas em questão seja examinada com a devida minúcia.

Diante disso, no capítulo inaugural apresento o fenômeno do jusnaturalismo de acordo com visões mais antigas. O que é o Direito em Platão? E em Aristóteles? Como Cícero compreende a relação entre razão e natureza? Em que sentido as teorias de Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham se antagonizam? O que *significa* o jusnaturalismo em cada uma dessas vertentes? O estudo, além de mostrar as sensíveis diferenças entre as manifestações do movimento jusnaturalista, deve ser capaz de expor a linha mestra que as orienta e torne possível aproximar o seu discurso.

No segundo capítulo, a partir de uma transição que dialogue com o anterior, procuro explorar as concordâncias e divergências entre o jusnaturalismo moderno com relação às vertentes anteriores e com o próprio desenvolvimento do positivismo jurídico. No terceiro capítulo, cronologicamente já no século XX, avanço para teorias positivistas mais atuais.

⁴ PLATÃO. *Theaetetus, Sophist*. Tradução de H. N. Fowler. Londres/New York: William Heinemann/G. P. Putnam's Sons, 1921. p. 37.

Nesses capítulos, portanto, explico as distintas posições assumidas pelos jusnaturalistas escolásticos e modernos e pelos positivistas jurídicos, com o intuito de demonstrar suas características e feições próprias na Teoria do Direito. Analisados os pormenores da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, discorro sobre as teorias de três destacados positivistas do século XX em diante: Hans Kelsen, H. L. A. Hart e Joseph Raz. Como compreender a guinada positivista? De que modo as obras positivistas se diferenciam? Em que sentido elas se aproximam? Em que sentido foi alterada a relação entre Direito e Moralidade? Questões como essas precisam ser respondidas também à luz da própria influência do jusnaturalismo no empreendimento positivista. Toda teoria, ainda que possa ser concebida a partir de uma ruptura paradigmática, nunca deixa de estar em débito com aquilo que a precedeu. As premissas positivistas e as suas próprias conclusões são também derivadas, em algum sentido, de reflexões jusnaturalistas.

A partir dessas considerações, esboçados os retratos do Direito Natural — que emprego como sinônimo do jusnaturalismo — e do positivismo jurídico, o quarto capítulo destina-se à articulação de juízos críticos das propostas teóricas até aqui exploradas e à exposição de teses sobre o Direito para além da divisão jusnaturalismo/positivismo jurídico. Como lidar com a multiplicidade de propostas teóricas? É possível falarmos em “superção do positivismo”? Faz sentido falarmos em objetividade nos juízos práticos? A resposta é o retorno ao jusnaturalismo? Que *técnica* devemos utilizar no raciocínio jurídico? O que isso significa para a *relação Direito-Moralidade*? Para responder a questões como essas, proponho, na parte inicial do capítulo, uma avaliação sobre as condições de possibilidade tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico. Isso será realizado a partir de duas frentes principais: (i) a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica e (ii) o trabalho de Hilary Putnam sobre fato e valor. A investida será mais bem-sucedida por força da união de duas vertentes complementares entre si, sobretudo porque ambas possibilitarão uma nova percepção sobre o papel da *Moralidade* e de elementos avaliativos/normativos no Direito.

No quinto capítulo, fechando meu trabalho, o raciocínio desenvolvido propicia o enfoque sobre teorias que efetivamente ultrapassam a mera distinção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Explicito, sempre sinteticamente, as premissas das obras de Lon Fuller,⁵ Ronald Dworkin e, mais contemporaneamente, Lenio Streck, como exemplos de propostas mais adequadas à compreensão do complexo fenômeno que é o Direito. Contra soluções prontas, absolutas ou definitivas, e contra a própria ausência de soluções (corretas), o conhecimento

⁵ Este, aliás, amplamente considerado “jusnaturalista”, mas cuja formulação teórica, bastante própria, merece um tratamento adequado às suas particularidades.

jurídico passa a acontecer *na e pela* interpretação, na qual sempre atua uma dimensão moral indissociável. Verdades (jurídicas) existem. Mas elas não são *totalizantes* nem podem ser asseguradas por um *método* rigoroso.

Essas são as cinco partes, *grosso modo*, da pesquisa. Retomo o argumento de que não tenho pretensão de dizer a última palavra sobre a representação do jusnaturalismo nem do positivismo jurídico. As duas matrizes e a sua própria relação — muito além da aclamação (equivocada) da existência de uma cisão entre elas — guardam subsídios essenciais para entender o produto que temos hoje. Ao final, é verdade, a ideia da dissertação é culminar com o Direito enquanto um conceito essencialmente interpretativo que, *a contrario sensu*, deve ser capaz de fornecer respostas corretas. No entanto, o caminho a ser percorrido em si mesmo também pode ser considerado como um dos pontos centrais do texto. Sendo coerente com o caráter interpretativo da proposta, devo afirmar que trazer à evidência a leitura e a releitura de textos estruturantes do pensamento jurídico é a forma mais correta de auxiliar nas reflexões “mais práticas”. Apenas se revolvermos os alicerces, os blocos de construção, que produziremos uma verdadeira mudança.

É nesse sentido que se compreende o “método” fenomenológico-hermenêutico a ser adotado nesta pesquisa: sendo fiel às premissas e à linha de raciocínio que pretendo desenvolver, o trabalho será orientado muito mais por uma revisão bibliográfica, uma interpretação das obras de autores fundamentais para o desenvolvimento da Teoria do Direito, do que por alguma técnica específica de argumentação. Minha investigação, partindo de clássicos do jusnaturalismo até contemporâneos para além do positivismo jurídico, visa esboçar alguns elementos que denunciem ou demonstrem certas crenças ou convicções irrefletidas da tradição jurídica. É com esse objetivo, de desnudar e de desvelar aquilo que permanece encoberto, que será possível conduzir a uma perspectiva crítica que traduza a melhor visão sobre o fenômeno jurídico. O foco deste “método” se situa nos fundamentos, nos alicerces do pensamento jusfilosófico, entendidos enquanto condição de possibilidade para novas respostas.

Talvez se pudesse argumentar que a relevância de resgatar o jusnaturalismo é, a princípio (e *somente* a princípio), menos evidente do que retomar o positivismo jurídico. Pouca atenção se dá à Teoria do Direito, mas o jusnaturalismo realmente parece ter sido enterrado em algum passado distante. Afinal, “alguém ainda defende o jusnaturalismo?”. Na pressa que caracteriza quase todos os assuntos neste século, é comum imaginar como “algo de época”, ou mesmo uma tolice, propostas que identificam Direito com justiça ou que deduzem direitos naturais e inalienáveis a partir da razão humana. Onde está o erro? Ele se encontra, sobretudo, na enorme dificuldade de percebermos o quanto dependemos do que foi edificado no passado,

ainda mais em um tempo remoto. A força do pensamento antigo não se mostra apenas naquilo que sobreviveu fisicamente à passagem dos anos, mas na nossa própria percepção sobre a realidade.

Por seu lado, trazer à tona a tradição positivista e, principalmente, sua relação com o próprio jusnaturalismo não é um fetiche acadêmico. Tão mal compreendido quanto o próprio positivismo jurídico é o modo como o jusnaturalismo, de uma forma ou de outra, forneceu-lhe as bases para sua formação. A concepção e o método do positivismo surgem como tentativas de aperfeiçoar e até mesmo romper com aquilo que havia sido edificado no passado, e isso, claro, só foi possível a partir da compreensão das premissas jusnaturalistas. Penso que é nessa linha de raciocínio que o trabalho deve ser visto: a proposta é descascar os envoltórios de más compreensões que cercam tanto o positivismo jurídico quanto o jusnaturalismo, assegurando um estudo minucioso de suas diferentes manifestações. O ponto não é definir um conceito bem delimitado de nenhuma delas (o que entraria em colisão com o próprio caráter interpretativo do meu empreendimento!), mas mostrar como cada autor articulou sua perspectiva particular sobre o Direito e quais são suas implicações.

É apenas *a partir* de todas essas contribuições que me permito tecer questionamentos e análises críticas sobre essa temática. Se é verdade que há muito a ser rejeitado nas tradições jusnaturalista e positivista, também o é que temos muito a aprender com elas. Ao conhecer esses elementos de Teoria do Direito tomamos consciência de que nossos juízos têm raízes muito mais profundas do que inicialmente estaríamos dispostos a admitir. Queiramos ou não, o amplo relativismo que predomina nas práticas jurídicas não é fruto de um livre pensar individual que converge, coletivamente, em direção a determinada conclusão. Não criticamos a injustiça de uma decisão porque temos capacidade de avaliá-la por nós mesmos, à parte no mundo. Devemos muito desenvolvidas àqueles que nos precederam, e só podemos ir *além* exatamente porque eles existiram.

Minha preocupação, embora esteja relacionada com o débito que temos para com o passado, também diz respeito ao papel da Teoria do Direito. Se precisamos de respostas corretas no campo jurídico, uma proposta que vise explicar o Direito também deve dar conta de como uma interpretação pode ser certa ou errada. As alternativas às vias jusnaturalista e positivista representam uma conciliação entre a busca pela *verdade* (que não é transcendental, absoluta) e a *interpretação* (que não é sinônimo de subjetividade). Se é correto que para todos os problemas

humanos há uma solução “simples, plausível e errada”, como dizia H. L. Mencken,⁶ é preciso ir além das simplificações. Não há soluções prontas. É somente por meio da construção argumentativa que o Direito pode exercer sua função.

Sejamos sinceros: qual é a importância de um trabalho sobre Teoria do Direito? Por que estudar o jusnaturalismo hoje em dia? A clássica noção de “lei injusta não é lei” (*lex iniusta non est lex*) nos parece tão ultrapassada. Qual a razão, portanto, de investigar a relação entre jusnaturalismo e positivismo jurídico? Já estamos no século XXI, talvez devêssemos nos ocupar das tantas deficiências do Direito em suas mais diversas áreas de aplicação. Por que dar um passo atrás e problematizar questões tão abstratas que (aparentemente) não nos levam a lugar nenhum?

Essa me parece uma linha de raciocínio bastante comum no trato com a Teoria do Direito. Tivemos — e temos — pensadores tão brilhantes das mais variadas correntes teóricas, e continuamos com um oceano de dúvidas. Não nego isso, mas minha posição é que esse é, justamente, o ponto fundamental: ter dúvidas. Quem rejeita (ou mitiga) a influência dos pressupostos do Direito no próprio raciocínio jurídico simplesmente não tem dúvidas sobre o papel das diferentes tradições no seu modo de ver o mundo. Claro, para termos dúvidas é necessário colocarmos em xeque certas pressuposições, certos pensamentos, certas relações que agora tomamos com menos certeza. Quem não conhece minimamente determinado assunto, portanto, não pode ter dúvidas. A pouca atenção destinada à Teoria do Direito, para mim, já justificaria a presente investigação. O jusnaturalismo tem muito mais a oferecer do que a equivocada — e descontextualizada — ideia de que “lei injusta não é lei”; o positivismo jurídico não surgiu em meio a um vácuo epistêmico da modernidade; não podemos fugir de questões “abstratas” (ditas “filosóficas”) e privilegiar as “concretas” — como cindir abstração e concretude? Talvez premissas como essas digam muito pouco a quem não está disposto a nelas enveredar. É também por isso que vejo relevância no resgate das matrizes teóricas do jusnaturalismo (clássico e moderno) e do positivismo: as diversas más compreensões que pendem sobre elas não somente minam sua reputação, seu significado para nós, mas também diminuem (ainda mais) o interesse dos desinteressados. Platão e Aristóteles falavam de problemas de justiça que estão à nossa volta; nosso vício por um método racionalista está presente em Grócio, em Pufendorf, e nas próprias manifestações do positivismo jurídico.

⁶ Tradução livre. “*Explanations exist; they have existed for all time; there is Always a well-known solution to every human problem – neat, plausible, and wrong*”. MENCKEN, H. L. **Prejudices**: second series. New York: Alfred A. Knopf, 1920. p. 158.

É muito *a partir e em razão* dessa tradição que nos foi legada que vemos não apenas o passado — como muitos pensam, como se uma proposta como esta fosse de interesse meramente histórico —, mas moldam nosso presente e dão pistas do futuro. Por que damos tanto valor às leis, à Constituição? Por que aspiramos à justiça? O que significa a moral para o Direito? O ordenamento jurídico está descolado ou ancorado na moral? As respostas que fornecemos a perguntas como essas não fazem apenas *alguma diferença* no produto que obtemos do raciocínio jurídico, mas, em vez disso, fazem *toda a diferença*.

O trabalho, assim, deverá apreciar o desenvolvimento das diversas linhas teóricas assumidas pelo jusnaturalismo e pelo positivismo jurídico para proporcionar uma visão mais rigorosa do que *é e já foi a relação entre Direito e Moralidade* exatamente para que possamos refletir sobre como essa relação *deve ser*.⁷ Antes de falarmos qualquer coisa, precisamos ouvir, prestar atenção: somos o resultado de milênios de tradição jurídica, e o fato de estarmos vivendo nesta época está inexoravelmente ligado ao que nos antecedeu. Primeiro, escutemos o que as grandes obras têm a nos dizer; apenas após, formulemos alternativas e posições críticas. É com esse espírito que o texto será desenvolvido.

⁷ Expressei-me desse modo com o objetivo de remeter à divisão entre *ser (is)* e *ought to be (dever-ser)*. Um dos pontos do trabalho será a problematização da dicotomia entre *fato e valor* e dos caminhos para a compreensão da *Lei de Hume*.

1 O DIREITO NATURAL CLÁSSICO

“A doutrina do Direito Natural pressupõe que o valor é imanente à realidade e que esse valor é absoluto, ou, o que dá no mesmo, que uma vontade divina é inerente à natureza. Somente sob esse pressuposto é possível manter a doutrina de que o Direito pode ser deduzido da natureza e que esse Direito é justiça absoluta.”⁸

(Hans Kelsen)

A compreensão de um esforço teórico tão particular quanto desprezado como o dos autores inseridos no que se chama Direito Natural pode parecer aos mais acomodados uma satisfação da mera curiosidade ou, quando muito, uma questão histórica que, ainda que tenha seu mérito intelectual, não diz respeito aos problemas da presente época. Realmente, pensadores que viviam em uma *polis* ou, séculos mais tarde, nas abadias da Idade Média contavam com dilemas próprios e específicos que moldaram sua visão de mundo e, conseqüentemente, tiveram profundo impacto sobre as obras que vieram a desenvolver. Essa percepção acerca do inegável efeito que a história exerce sobre seus personagens, com seus tormentos e suas influências particulares, em especial no que se refere à busca de tantos filósofos e juristas por aquilo que é por natureza, pode nos levar à terrível constatação de que o empreendimento, apesar de todos os louvores que lhe sejam dedicados, é *autorrefutável*: se a investigação do *absoluto*, do *eterno*, do *perfeito* depende do próprio *contexto* em que ela é conduzida, o que fica é, justamente, que erramos já no ponto de partida.

Sobre um aspecto, não há dúvidas: refletimos não apenas *sobre* o mundo, mas justamente *a partir* dele. Isso significa que o raciocínio, a observação, a contemplação estão inevitavelmente associados com as circunstâncias que nos cercam e, especialmente quanto ao que aqui interessa, que nos *precederam*. O débito que temos para com os *clássicos* não se limita às belas encadernações e aos escritos suntuosos, mas, fundamentalmente, ao seu significado para o modo de vida da nossa civilização. É evidente que Aristóteles não poderia elaborar seus longos tratados a partir de uma ótica cristã, ou que Tomás de Aquino, um frade dominicano em plena Idade Média, não deixaria de incorporar elementos de sua fé no seu trabalho, ou, ainda, que Hugo Grócio, em época de maior abertura de comunicação entre os países, lançaria as bases

⁸ Tradução livre de: “*The natural-law doctrine presupposes that value is immanent in reality and that this value is absolute, or, what amounts to the same thing, that a divine will is inherent in nature. Only under this presupposition is it possible to maintain the doctrine that the law can be deduced from nature and that this law is absolute justice.*” Cf. KELSEN, Hans. **What is justice?** Justice, law, and politics in the mirror of science. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1971. p. 141.

do Direito Internacional. Isso tudo em nada diminui ou desvaloriza suas obras, mas a verdade é que, apesar de todas essas reflexões, a expressão “Direito Natural” ainda leva muitos a franzir o cenho. Muitas críticas são feitas à linha teórica do Direito Natural — e, concedo, várias são apropriadas —, mas parece haver um sem-número de confusões e controvérsias que, por si só, já justificam uma abordagem mais específica.

Classificar um autor ou uma proposta como expoente do “Direito Natural” ou do “jusnaturalismo”⁹ pressupõe conhecer o sentido dessas expressões. Várias concepções e teorias, com certos pontos em comum e outros tantos divergentes, mostram a complexidade de definir o fenômeno. O fundamental neste início, portanto, é estabelecer um *point de départ* para o trabalho, muito mais com o intuito de trazer *linhas gerais* do que “aprisionar” o conceito — o que, aliás, iria de encontro ao olhar hermenêutico da pesquisa. Desse modo, buscando uma primeira aproximação, é interessante tentar esboçar a linha mestra, a orientação básica a partir da qual se pode perceber o Direito Natural enquanto posição teórica própria.

Por essa razão, vem a propósito o célebre aforismo “*lex iniusta non est lex*” (“uma lei injusta não é lei alguma”). Essa é possivelmente a frase mais associada ao Direito Natural — e, muitas vezes, empregada como um fiel retrato de toda a (complexa) tradição jusnaturalista. Atribuída a Agostinho de Hipona (embora seu sentido já estivesse presente em Platão, Aristóteles e Cícero), e supostamente reproduzida por Tomás de Aquino,¹⁰ a passagem nunca foi expressamente dita por nenhum desses autores e, o que é pior, é geralmente utilizada de

⁹ As expressões *Direito Natural* e *jusnaturalismo* são utilizadas, aqui, como sinônimas — *i.e.* uma teoria do *Direito Natural* é uma teoria *jusnaturalista*; a matriz teórica do *Direito Natural* equivale à matriz teórica *jusnaturalista*.

¹⁰ A célebre passagem de Tomás de Aquino, em sua peculiar forma de argumentação, encontra-se em segmento da *Summa Theologiae* dedicada à investigação sobre as leis (Questão 95: A lei humana) e está redigida assim: “*Respondeo dicendum quod, sicut Augustinus dicit, in I de Lib. Arb., non videtur esse lex, quae iusta non fuerit. Unde in quantum habet de iustitia, in quantum habet de virtute legis. In rebus autem humanis dicitur esse aliquid iustum ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae, ut ex supradictis patet. Unde omnis lex humanitus posita in quantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordat, iam non erit lex sed legis corruptio.*” A edição brasileira selecionada por este autor sugere a seguinte tradução: “RESPONDO. Como diz Agostinho, “não parece ser lei aquela que não for justa”. Portanto, quanto tem de justiça tanto tem de força de lei. Nas coisas humanas diz-se que algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão. A primeira regra da razão, entretanto, é a lei da natureza, como fica claro pelo acima dito. Portanto, toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei.” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Texto latino de *Editio Leonina*. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 576. Em uma leitura apressada, a associação entre *lex iniusta non est lex* com esse trecho parece ser direta: tudo o que não estiver de acordo com a lei da natureza está contaminado por um vício irremediável que desvirtua a própria ideia de ser lei. Se isso é verdade, e se uma “lei” pervertida não é *realmente* uma lei, ela, então, não gera efeitos, não obriga, não constrange. Uma análise pouco minuciosa, que não considere o todo da obra do *Doctor Universalis*, o modo como suas premissas estão articuladas, seu contexto, tenderá a ter uma conclusão precária. Será que o texto de Tomás de Aquino significa, mesmo, que uma “corruptela de lei” não tem nenhuma força *jurídica*? Em que sentido isso caminha em conjunto com a obrigação *moral* de cumpri-la? Essas questões permanecem problemáticas até hoje, o que apenas reforça a necessidade de evitarem-se generalizações e lugares-comuns.

modo descontextualizado para desprestigiar ou desautorizar o Direito Natural. Não obstante todos os problemas que possam ser — e serão — apontados quanto às teorias jusnaturalistas, reducionismos dessa espécie não fazem justiça a nenhum dos sabores e das nuances que existem entre os teóricos da Grécia Antiga e os defensores do Direito Natural dos dias de hoje. Afinal, parece ser senso comum que o Direito produzido pelo ser humano (Direito *posito*) nem sempre representa ou concretiza o *justo*, o *bom*, o *correto*. Essa comparação com *critérios morais* (uma “*lei superior*”¹¹) não é estranha à argumentação jurídica, mas quando é apresentada por meio de uma máxima totalizante — e deslocada de sua estrutura teórica — como “uma lei injusta não é lei alguma”, está desenhada a caricatura do Direito Natural.

Um exemplo proveniente de um dos maiores teóricos do positivismo jurídico continental, Hans Kelsen, mostra a influência de uma visão generalizante sobre o Direito Natural. Kelsen acusa as propostas jusnaturalistas de buscar “uma solução *definitiva* para o eterno problema da justiça”: na sua essência, no centro do problema, estaria a ideia de que “os direitos estabelecidos pelo Direito Natural são direitos sagrados inerentes aos homens porque implantados nos homens por uma natureza divina”; ao Direito Positivo, por sua vez, criado pelos seres humanos e passível de alterações, restaria apenas a proteção desses direitos inatos, sem a possibilidade de efetivamente instituí-los ou aboli-los.¹² Como não é possível nenhuma inferência lógica de um *ser* (“*is*”) para um *dever-ser* (“*ought*”) — *i.e.* da realidade natural para o valor moral ou jurídico —, todo empreendimento jusnaturalista seria, na perspectiva *kelseniana*, uma tentativa de justificar alguma posição subjetiva do seu autor.¹³ Os teóricos do Direito Natural, portanto, não apenas estariam perdidos em um vão experimento de procurar sentido em “*meros fatos*”, mas também deveriam ser incriminados por fazê-lo sem a mínima possibilidade de objetividade: com valores não se faz ciência, como diria Kelsen em seu ceticismo moral.

No ambiente anglo-saxão, o jurista inglês John Austin, figura de grande importância no positivismo jurídico, criticou veementemente o raciocínio jusnaturalista de *Sir William*

¹¹ A ideia de uma *lei superior* à *lei positivada* pela autoridade humana pode ser, genericamente definida, como “os padrões a partir dos quais a lei é julgada”, conforme enuncia Brian Bix. Para alguns, isso significa literalmente padrões que se encontram *acima*, pois prevalecem já na sua gênese, da lei humana — *e.g.* padrões retirados ou derivados de revelação divina, textos religiosos, um estudo cuidadoso da natureza humana, ou consideração da natureza —, enquanto, para outros, a expressão *lei superior* tem um sentido metafórico, refletindo, por exemplo, certas intuições sobre o *status* moral do Direito. Cf. BIX, Brian. *Natural law theory*. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. p. 211.

¹² KELSEN, Hans. **What is justice?** Justice, law, and politics in the mirror of science. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1971. p. 137, grifo nosso.

¹³ KELSEN, Hans. **What is justice?** Justice, law, and politics in the mirror of science. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1971. p. 151.

Blackstone, acusando-o de cometer um “total absurdo”¹⁴ ao supostamente argumentar que leis humanas que entrem em conflito com a lei divina *não obrigam*, ou seja, não exercem força jurídica.¹⁵ Nas raízes da controvérsia, estava uma passagem dos *Comentários sobre as leis da Inglaterra* de Blackstone, em que este sustentava que a *lei da natureza* era “superior em obrigação a qualquer outra”. Mas não só isso: ela também teria força obrigatória em todo o globo, em todos os países, em todos os tempos; nenhuma lei humana, portanto, que lhe fosse contrária, teria “*validade alguma*”.¹⁶

Seja qual for a tradição, a “relação fundamental” entre “*lex iniusta non est lex*” e a escola do Direito Natural aparece em alguma medida, em algum momento, como o aspecto a ser criticado nas propostas jusnaturalistas. “Não devemos confundir o que o Direito *é* com o que *gostaríamos* que ele fosse”, ou “a obrigatoriedade das leis humanas não passa por sua compatibilidade com questões *valorativas*”, são frases que sintetizam a ferrenha oposição ao Direito Natural. No fundo, não apenas (i) nega-se a noção de uma *moral absoluta* (cosmológica, teológica, transcendental), mas, em uma perspectiva totalmente antagônica, (ii) afirma-se que *nada há de útil* a ser obtido no campo das desavenças morais (ceticismo moral), o que (iii) parece conduzir à tese de que o Direito diz respeito *somente a fatos*, não a *juízos valorativos*.

De qualquer modo, o Direito Natural não merece um estudo à parte apenas em razão das significativas críticas e do embaraço conceitual, mas pela sua própria influência no nosso modo de ser. Na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, a inspiração jusnaturalista não só é evidente nos próprios dispositivos que nela constam, mas é absolutamente condizente com o próprio contexto em que ela foi redigida: em um momento de necessidade de afirmação de direitos historicamente tolhidos da maioria da população, definir que “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos *naturais e imprescritíveis* do Homem” (Art. 2)¹⁷ significou uma ruptura fundamental com o *ancien régime*, do “*l'État c'est moi*”. Nos Estados Unidos da América, a *Declaration of Independence* se inicia com a invocação das *Leis da Natureza* e do *Deus da Natureza*, os quais dão sustentação à “verdade autoevidente” de que todos os homens têm certos *direitos inalienáveis*.¹⁸ Ademais, a própria *Declaração Universal*

¹⁴ Tradução livre para: “*Stark nonsense*”. AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832]. p. 158.

¹⁵ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832]. p. 158.

Austin, acidamente,

¹⁶ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Edited by Wilfrid Prest. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 35. v. 1: Of the rights of persons.

¹⁷ *Ipsis litteris: Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.*

¹⁸ Trecho adaptado, com tradução livre de: “*The unanimous Declaration of the thirteen united States of America, When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands*

dos *Direito Humanos*, de 1948, no primeiro item de seu preâmbulo, remete ao “reconhecimento da dignidade *inerente* a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e *inalienáveis*”. Exemplos como esses mostram a força ostentada por argumentos de caráter *naturalista* até hoje: não obstante a autoridade e o predomínio do cientificismo positivista no último século, direitos fundamentados sob a ótica jusnaturalista não perdem sua importância. As convenções não parecem dar conta, por si só, do fenômeno jurídico.

Norberto Bobbio, em obra dedicada essencialmente ao estudo sobre o positivismo jurídico, diz que “[t]oda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’”.¹⁹ Foi em torno dessa dicotomia, dessa relação entre duas manifestações possíveis, que se formaram as bases da compreensão do sentido do Direito. Ainda que autores e épocas diversas tenham-na contemplado de modos díspares — ora dando prevalência hierárquica ao Direito Natural, ora o posicionando lado a lado com o Direito Positivo quase como em pé de igualdade —, a distinção a que se refere Bobbio indica algo importante: durante um longo período da história, Direito Natural e Direito Positivo foram, ambos, qualificados como Direito na *mesma acepção do termo*.²⁰ Com o tempo e com o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, a ideia de Direito passa a estar associada com o *positivo*: o Direito Natural deixa de ser, portanto, “Direito”.²¹

John Finnis, um dos principais jusnaturalistas contemporâneos, de viés tomista, recupera a tradição do Direito Natural por meio de sua diferenciação metodológica das obras positivistas. Para ele, mesmo uma análise essencialmente descritiva como aquela encontrada nos trabalhos de Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart, e Raz depende, em última instância, de algum *ponto de vista prático* como *padrão (standard)* de relevância e significado. O problema — e aqui entra a questão determinante — é que teorias positivistas como essas não explicitam nem justificam adequadamente o seu próprio ponto de vista prático.²² É exatamente a partir disso

which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 15.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26-27.

²² Este será um ponto importante a ser explorado nos Capítulos 4 e 5 desta pesquisa. Ele é trazido aqui de modo meramente introdutório, mas de modo a já dar sinais da linha teórica adotada. Seja como for, o que Finnis quer pôr em xeque é a suposição de que qualquer avaliação do Direito *deve ser precedida* por uma descrição “livre” de valores e uma análise de como ele existe *de fato*. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3.

que “[u]ma teoria consistente de Direito Natural”, segundo Finnis, “é aquela que, com consciência total da situação metodológica que acabou de ser descrita, empreende uma crítica de pontos de vista práticos, com o objetivo de distinguir o não razoável praticamente do razoável praticamente”.²³ Uma definição como essa, em um primeiro momento, talvez pareça excessivamente hermética ou, paradoxalmente, exageradamente vaga. No entanto, a ideia geral da passagem é transparente: teorias jusnaturalistas envolvem aspectos *normativos* (*avaliativos; dever-ser*) — e.g. no caso de Finnis, especificamente o que ele chama de *razoabilidade prática*.²⁴

Para Kenneth Einar Himma, teorias *antipositivistas* — dentre as quais se inserem as teorias jusnaturalistas — são tradicionalmente interpretadas para negar que o conteúdo do critério de validade (do Direito) seja totalmente determinado por nossas práticas.²⁵ É diante disso, conforme Himma, que se entende que “teorias de Direito Natural afirmam ser uma verdade conceitual que o critério de validade inclui limitações morais sobre o conteúdo do Direito válido.”²⁶ Em uma perspectiva jusnaturalista, dizer o que o Direito *é* (*is*) depende, em algum sentido — a variar conforme a posição teórica adotada —, do que ele *deve ser* (*ought*).

Se, conforme diz Arthur Kaufmann, “a história da filosofia do direito é, em larga medida, idêntica à história do *direito natural*”,²⁷ este trabalho deve saber mover-se entre o complexo emaranhado de teóricos para cumprir seu propósito; caso contrário, será fácil perder-se em divagações que não vêm ao caso. Não desejo esgotar todas as linhas e os (des)caminhos relacionados às obras jusnaturalistas. Minha proposta é muito mais singela: pretendo, sim, abrandar o ranço que existe contra o Direito Natural, clareando um pouco que seja a estrada percorrida por tantos notórios autores — o que não significa uma *defesa* propriamente dita do jusnaturalismo —, mas mantendo-me fiel à pretensão de traçar um mero panorama, um esboço do quadro teórico tão somente.

²³ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

²⁴ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 12.

²⁵ Uma contextualização: para o positivismo jurídico, conforme ficará mais claro nos próximos capítulos, a validade do Direito depende de *atos sociais*, e não do atendimento de requisitos morais. Para Himma, teorias do Direito Natural, enquanto teorias antipositivistas, pressupõem que “os processos sociais por meio dos quais as pessoas produzem Direito não determinam completamente o conteúdo do critério de validade”. Independentemente do que as pessoas façam para reconhecer, aplicar ou fazer cumprir o que entendem como “Direito”, “existem padrões morais que constroem o que realmente conta como Direito em um sistema jurídico.” Cf. HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 10.

²⁶ HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 10.

²⁷ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 59.

Com isso, o presente capítulo é dedicado ao estudo do Direito Natural a partir de *cinco* grandes pensadores: Platão, Aristóteles, Cícero, Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham, nessa ordem. Na longa história da “escola” jusnaturalista — com mais de dois milênios de idade —, esses autores ocupam posição de destaque em razão do modo particular com que deram vida ao jusnaturalismo, fornecendo elementos fundamentais para perceber as nuances e as transformações pelas quais passou o Direito Natural e a própria relação entre Direito e Moralidade. Evidentemente, suas contribuições não exaurem tudo o que foi produzido nesta tradição em suas concepções mais *clássicas* — desenvolvidas durante a Idade Antiga e a Idade Média —, mas não restarão dúvidas de que a imagem a ser formada por cada uma dessas peças será suficiente para apreciá-la sob outra perspectiva, com menos intolerância e mais apreciação daquilo que ela pode nos ensinar.

1.1 O DIREITO NATURAL EM PLATÃO E ARISTÓTELES

Na história do pensamento humano, o fecundo ambiente intelectual da Grécia Antiga ocupa lugar de particular destaque. As perguntas levantadas pelos gregos, suas respostas e os debates travados moldam, até hoje, a civilização ocidental. A procura por uma *essência*, uma *finalidade*, um destino, um sentido, se não pode ser associada exclusivamente aos pensadores gregos, encontrou, a partir deles, uma forma de indagação racional sem precedentes para sua época. Para bem entender as expressões do Direito Natural, portanto, é fundamental voltarmos para suas raízes, apesar de toda a complexidade que isso apresenta: os filósofos daquele tempo não são conhecidos por exposições rigorosamente sistemáticas, passando, muitas vezes, por digressões e abstrações que podem até soar anacrônicas para ouvidos mais contemporâneos.

A produção intelectual grega não foi apenas abundante, mas plural. Para os pré-socráticos, a investigação sobre a *arché* (a essência do mundo, absoluta, imutável, inconstante) era o foco principal,²⁸ e não foram poucos os pontos de vista que se multiplicaram — a *arché* como *água* em Tales de Mileto; ou como *Ápeiron* em Anaximandro de Mileto; ou, ainda, como *terra* em Xenófanés. Sócrates, com todas as controvérsias e disputas em torno do seu legado, teve sua compreensão própria sobre o Direito, assim como podemos encontrar discussões

²⁸ Como explica Guido Fassò, os pré-socráticos se ocuparam muito mais da busca de explicações do mundo físico do que da experiência ética, o que não quer dizer que não haja breves fragmentos, passagens, alguns trechos em que eles tenham proposto raciocínios de caráter moral, jurídico ou político. Cf. FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978, v. 1, p. 19.

jusfilosóficas, com maior ou menor intensidade, em Demócrito, nos Céticos, nos Estoicos, entre vários outros, cada uma dotada de suas particularidades e, muitas vezes, apoiada em alguma ideia sobre a natureza e a ordem cósmica.

John Wild, por exemplo, escreve que muitas referências sugerem que a doutrina do Direito Natural foi mais propriamente originada pelos *estoicos* — ideia defendida pelo jurista alemão Samuel Pufendorf, por exemplo —, ou mesmo que seus antecedentes são vagos ou indeterminados. No entanto, e adoto aqui a visão de Wild, concepções como essas se preocupam mais com os *termos* empregados (Platão e Aristóteles não tinham o costume de utilizar “lei da natureza” ou “Direito Natural”) do que com a *ideia* de fundo — essa, sim, fundamental — ou, ainda, pressupõem que o Direito Natural deva ter um viés *teológico* em vez de *filosófico* — o que não é correto se observarmos representantes posteriores como Hugo Grotius. Conforme o próprio Wild, Platão e Aristóteles forneceram ao Direito Natural “a primeira formulação filosófica precisa e coerente a ser encontrada na história do pensamento ocidental.”²⁹

É certo que muito poderia ser dito sobre cada uma das formulações concebidas na Idade Antiga para a formação e o desenvolvimento do Direito. No entanto, no campo do Direito Natural, os aspectos suscitados, o modo de questionamento, a condução dos argumentos, todos esses pontos devem a Platão e a Aristóteles as maiores contribuições. Ainda que não fossem propriamente juristas, mas pensadores (quase) universais, o número, a qualidade e a influência de seus escritos atestam sua importância para o presente estudo. Acima de tudo, o peso atribuído à *racionalidade* nas suas concepções de Direito serve como ponto de partida para desmistificar o jusnaturalismo. Mas não só isso: é justamente nos diferentes modos com que lidam com a *razão* que encontramos motivo para estabelecer o recorte da pesquisa. Um aspecto decisivo para que nos detenhamos nesses dois filósofos neste momento é o *contraste* que suas perspectivas nos apresentam.

A Escola de Atenas (Scuola di Atene) é uma das mais famosas pinturas do renascentista Rafael: ilustríssimas figuras do pensamento grego encontram-se quase como que amontoadas no ambiente da Academia de Atenas; seus gestos indicam sua intensa movimentação e, mais do que isso, dão pistas de suas inquietações e de suas próprias posições no variado quadro de teorias da vida intelectual da Grécia Antiga. Ao centro, personagens identificados como Platão e Aristóteles ocupam posição de destaque. Iluminados e desobstruídos em meio à multidão, a totalidade de suas constituições físicas pode ser admirada: Platão, à esquerda, mais velho,

²⁹ Tradução livre para: “[They] gave it the first precise and coherent philosophical formulation to be found in the history of Western thought.” Cf. WILD, John. **Plato’s modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1964, p. 135-137.

grisalho, aponta *para cima*; Aristóteles, à direita, mais jovem, cabeludo, está com a palma estendida e virada *para baixo*. Se Platão se volta para o mundo das ideias (das formas; relacionado ao verdadeiro conhecimento, ou *episteme*), Aristóteles se conduz pelo *sensível*, pela *experiência empírica*.³⁰

Platão e Aristóteles vão, ambos, abordar as ideias de *justiça* e, com ela, do próprio *Direito*, a partir de noções éticas, envolvendo a razão prática, como agir bem. É bem conhecido que eles compartilham grande parte dos temas enfrentados. Todavia, o interessante, mesmo, é notar como a compreensão de cada um sobre determinados elementos semelhantes vai levá-los a conclusões diversas: se, para Platão, a justiça e o Direito vão estar relacionados com uma *ordem interna* ao homem, para Aristóteles, justiça e Direito terão relação mais direta com o *exterior* do homem, em sua relação com o outro. É muito em razão dessa fundamental diferença entre as obras platônica e aristotélica — para além do seu inquestionável peso na história do pensamento ocidental — que inicio o estudo do Direito Natural nesse ponto. Para começar a afugentar alguns fantasmas imaginados em torno da temática, é relevante mostrar, de imediato, que o Direito Natural é uma matriz teórica diversificada.

1.1.1 Platão, a natureza do justo e o justo da natureza

Tanto quanto o Direito dos gregos, o pensamento jurídico de Platão (427-347 a.C.) não se encontra sistematizado da forma como estamos acostumados na atualidade. No entanto, a expressão “*leis da natureza*” não apenas *existe* nos seus textos como é parte *essencial* de suas formulações filosóficas e políticas. Nesse sentido, a abrangência e a complexidade da filosofia platônica impõem especial dificuldade na análise do que Platão, *de fato*, compreendia acerca do Direito Natural. Evidentemente, não há espaço nesta pesquisa para um levantamento sobre todas as implicações que a *lei natural* em Platão apresentam; o importante, para os fins aqui pretendidos, é mostrar (*i*) em que sentido o filósofo *rejeitava* o *caráter convencional* das noções de *certo* e *errado* — e, assim, da própria *justiça* — e (*ii*) como o *justo* opera tanto na dimensão do indivíduo quanto no âmbito das *leis positivas*.

³⁰ O que não significa que Aristóteles fosse um *empiricista*, conforme ficará claro no decorrer do trabalho.

De plano, não há como deixar de abordar a possivelmente mais famosa doutrina de Platão: a *Teoria das Formas* (ou *Ideias, eidos*). Traço essencial e pressuposto de seus escritos³¹ é a ideia de que o mundo, como o percebemos a partir de nossos *sentidos*, é *defeituoso* e *cheio de erros*. Por outro lado, *dualisticamente*, existe um reino mais real e perfeito, no qual habitam as *Formas* ou *Ideias*, caracterizadas por serem *eternas, imutáveis*, e de alguma forma fundamentais para a estrutura e as características do mundo que chega até nós. Exemplos desses “objetos abstratos” (assim denominados porque não se encontram neste espaço-tempo) são a Bondade, a Beleza, a Igualdade, a Grandeza, a Semelhança, a Unidade, o Ser, a Identidade, a Diferença, a Mutabilidade, e a Imutabilidade (muitas vezes redigidos assim, com letra inicial maiúscula, para sinalizar o seu *status* especial). Essa concepção bifurcada da realidade traz consequências para o universo imperfeito em que vivemos, pois “somos instados a transformar nossos valores levando a sério a realidade superior das Formas e a defectividade do mundo corpóreo.”³² Por sua importância, portanto, os argumentos que seguem estão sempre, de uma forma ou outra, relacionados com esse pilar da obra de Platão.

Esclarecido esse aspecto, para compreender o Direito Natural, é preciso analisar o modo com que a *natureza* (*φύσις; phýsis*) se apresenta no *corpus* platônico. Tamanha é sua importância que John Wild fez o levantamento de *cinco sentidos* (os quais ele chama de *cinco teses*) com que o termo “natureza” aparece nos trabalhos de Platão: (*t1*) como *ordem normativa* (*i.e.* o mundo é governado por uma *ordem normativa* embutida no *próprio ser* de suas entidades componentes); (*t2*) como a *estrutura determinada* de um ente finito — (*i.e.* cada entidade finita é marcada por uma estrutura inteligível distinguindo-a de outras entidades e determinando seu desenvolvimento de maneiras regulares que podem ser expressas por uma lei universal); (*t3*) como a *tendência dinâmica* de um tal ente (*i.e.* a estrutura composta de qualquer entidade finita também inclui um fator ativo de dinamismo ou tendência que o impele para uma existência ainda não adquirida); (*t4*) como o *processo ordenado* por meio do qual o ente atinge *certo grau de realização*; (*t5*) como a *condição valiosa ou autêntica* dessa realização (o bem, no sentido mais geral, é a realização da tendência, e o mal, a falta de sua realização).³³ Cada um desses itens deve ser examinado com mais vagar. A partir deles, tornar-se-ão claras as *fundações*

³¹ Isso apenas de uma maneira muito geral. É bem verdade que há disputas filosóficas acerca da pressuposição da Teoria das Formas em determinados textos ou estágios do pensamento platônico, mas isso não influenciará no presente trabalho.

³² KRAUT, Richard. Plato. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2022 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/plato/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

³³ WILD, John. **Plato's modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 137.

ontológicas da ética platônica, assim como a extraordinária coerência com que o pensador grego as articulava com os demais conceitos por ele explorados.

Em uma passagem bastante elucidativa do diálogo *Parmênides*, é dito que “as Formas são como *padrões definidos na natureza*”.³⁴ Em Platão, a natureza constitui todo o *fluxo de eventos* do mundo, e as Formas aparecem como *estruturas, modelos* a partir dos quais a existência concreta, sempre imperfeita e em constante mudança, vem a ser. Nesse sentido, os objetos individuais do mundo, embora nunca se igualem às Formas, delas se aproximam em graus variados de acordo com uma *lei* determinada pela estrutura.³⁵ Essas Formas não apenas estão presentes na *própria natureza*, mas proporcionam *padrões* e, dessa forma, impõe *ordem* em um universo em constante alteração: “homens sábios alegam que parceria e amizade, ordenação, autocontrole e justiça unem o céu e a terra, deuses e homens,” diz Sócrates em *Górgias*, “e é por isso que eles chamam o todo de ordem, meu amigo, e não uma desordem caótica indisciplinada.”³⁶

É no diálogo *Leis*, entretanto, que vemos com mais clareza a ideia de (*tl*) *natureza como ordem normativa*. Em resposta a Clíncias, o ateniense³⁷ afirma que “há um deus que segura em suas mãos o começo e o fim e o meio de todas as coisas, e em linha reta ele marcha no ciclo da natureza. A Justiça, que se vinga daqueles que abandonam a lei divina, nunca sai do seu lado.” Assim, “o homem que deseja viver em felicidade agarra-se a ela e a segue com mansidão e humildade.”³⁸ Essa *ordem natural cósmica* identificada com a figura de deus carrega consigo *suas próprias normas*: aquele que as seguir, as observar, alcançará algum grau de realização — do contrário, será punido com frustração e destruição. “Aqui há uma clara expressão da concepção de Platão de uma lei moral fundada na própria natureza das coisas e, portanto, concretizada por sanções naturais.”³⁹ É nesse sentido que os homens *devem* se comportar de acordo com essa lei natural: por integrar sua própria natureza, ela diz respeito à sua realização existencial. A vida de acordo com esse *Direito Natural* é a vida feliz.

³⁴ PLATÃO. *Parmênides*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 367, *Parmênides* 132d.

³⁵ WILD, John. **Plato's modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 138.

³⁶ PLATÃO. *Górgias*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 852, *Górgias* 508a.

³⁷ Personagem sem nome do diálogo.

³⁸ PLATÃO. *Laws*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1402, *Laws* 716a.

³⁹ WILD, John. **Plato's modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 139.

A *natureza* também é utilizada por Platão para expressar “o ‘o quê’ essencial de uma coisa, a estrutura que a determina e a distingue de outros entes”⁴⁰ — (t2) a sua *estrutura determinada*. É a natureza que confere essa característica própria dos objetos: ela é a Forma que torna cada coisa o que é, determinando não apenas o seu aspecto físico evidentemente, mas todas as suas atividades e propósitos. Na República, por exemplo, surge a questão sobre se um pintor busca representar a coisa *em sua própria natureza*. A conclusão é a de que o pintor não atinge *a verdade* — *i.e.* a natureza ou as Formas —, mas que ele é apenas um *imitador das aparências* — ou seja, ele representa a experiência concreta, sensível, e, assim, imperfeita.⁴¹

Uma existência finita e imperfeita é sempre *inacabada*. As Formas, no entanto, como em um movimento permanente, impulsionam suas imitações concretas à *busca da perfeição* tanto quanto possível. No *Fédon*, Sócrates afirma que nossas percepções sensoriais nos permitem entender que “tudo o que percebemos por meio deles tenta alcançar àquilo que é Igual,⁴² mas fica aquém disso”.⁴³ As entidades, os objetos do mundo, estão sempre tentando “completar-se”: trata-se de um *aspecto dinâmico* da estrutura — (t3) *tendência dinâmica* dos entes. No ser humano, em especial, as tendências da natureza estão sujeitas ao *controle racional*. A *razão*, enquanto a mais abrangente das faculdades cognitivas, quando bem *cuidada*, pode nos conduzir ao *bem humano*.⁴⁴

Todas as coisas, aí incluído o ser humano, visam à sua preservação e à *excelência*. Nos objetos em geral, a *excelência (aretê)*, a *virtude*, ocorre “automaticamente”, conforme funcionam com suas tendências iniciais; nos seres humanos, entretanto, porque dotados de poderes racionais de autodeterminação, é necessário um arranjo, uma ordenação de suas tendências por meio de *hábitos* — eis o sentido de (t4) como o *processo ordenado* por meio do qual o ente atinge *certo grau de realização*. Os seres humanos devem cultivar práticas virtuosas, pois elas levam à sua realização. E quais são essas práticas? Se o padrão que determina o que é certo e errado é a própria *natureza*, então a virtude deve ser atingida com atos *em conformidade com a natureza*. Assim, a própria comunidade humana ideal, governada por sabedoria genuína, é aquela estabelecida *de acordo com a natureza*.⁴⁵

⁴⁰ WILD, John. *Plato's modern enemies and the theory of natural law*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 140.

⁴¹ PLATÃO. República. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). *Plato complete works*. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1202, *Republic* 598a.

⁴² “Igual” enquanto “objeto abstrato” (Forma), tal como a Beleza, o Bom, e o Justo.

⁴³ PLATÃO. *Phaedo*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). *Plato complete works*. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 66, *Phaedo* 75b.

⁴⁴ WILD, John. *Plato's modern enemies and the theory of natural law*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 143.

⁴⁵ WILD, John. *Plato's modern enemies and the theory of natural law*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 144-145.

O *bem*, em Platão, não é um *estado fixo* a ser finalmente alcançado, mas é o *próprio processo*, entendido como uma *forma de vida*, orientado pela realização das tendências naturais. Essa realização, pois conforme o Direito Natural, é *valiosa*, é a autêntica condição de *x* enquanto *x* (*t5*). Eis um ponto importante: a realização deve *se ajustar* à natureza particular da coisa — o que é bom para determinado objeto pode não ser necessariamente bom para outro (na República, Sócrates declara que “o que é melhor para cada coisa é aquilo que é mais propriamente seu”⁴⁶).

Encontramos na *paideia* a concepção de felicidade humana, vale dizer, da natureza humana. Em Platão, a *paideia* diz respeito à vida orientada pela *educação*, condição de possibilidade para o *aperfeiçoamento geral* do homem.⁴⁷ Esse aperfeiçoamento, como já se pôde perceber, não ocorre em um ponto ou apenas durante certo período da vida, mas deve nos acompanhar por toda nossa existência. Isso porque a excelência, a *aretê*, não surge por acaso, “mas apenas à força de se seguir uma ordem reta e uma arte ajustada a um objetivo.”⁴⁸ Para o homem ser *bom*, excelente, portanto, ele deve buscar *realizar* a sua natureza a partir de sua educação.

Essas considerações nos levam a uma conclusão imediata: o *bom* não se confunde com nossas opiniões e desejos. “Não estamos em posição de legislar sobre o que é realmente bom e mau”, argumenta John Wild, e diz mais: “é a natureza a primeira a legislar, independentemente de todo decreto arbitrário humano.”⁴⁹ A natureza humana desde sempre já *impõe* o sentido sobre *certo* e *errado* a nossas ações. Se isso é assim, a *justiça* está na *natureza*, não nas convenções.

Aqui, entenda-se bem, o papel da *justiça* (*dikaiosynê*) é radicalmente diferente daquele encontrado em concepções de justiça mais contemporâneas. Se o costume atual parece vincular a justiça a alguma ideia voltada à regulação de relações interindividuais, coletivas, até sociais, em Platão a justiça é “uma virtude total, perfeição da alma”.⁵⁰ Essa abrangência da justiça, na literatura platônica, está associada ao próprio problema da felicidade do ser humano, na medida em que a vida *justa* guarda uma conexão *necessária* com a vida *feliz*, e esta vida (que é *justa* e,

⁴⁶ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1194, *Republic* 586d.

⁴⁷ JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 660.

⁴⁸ JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 678.

⁴⁹ WILD, John. **Plato's modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 147.

⁵⁰ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 50.

por isso, *feliz*) só é possível na *polis*. Justiça, felicidade, indivíduo e sociedade (representada pela *polis*) são elementos que se inter-relacionam de modo indispensável para o filósofo.

Por consequência desse raciocínio, em Platão refuta-se a ideia de que as *verdadeiras leis*,⁵¹ autênticas enquanto leis, possam ser invenções humanas, como se pudessem ser concebidas sem observância à *natureza* — e, portanto, à própria *justiça*. Se as leis, o Direito Positivo, na visão platônica, também têm sua própria natureza que lhes orienta e lhes dá sentido, então as práticas jurídicas também *devem* buscar *descobrir a realidade*:⁵² conhecer o verdadeiro, o real — ou seja, aquilo que não corresponde ao mundo sensível —, permite saber qual é a coisa ideal a se fazer; as *melhores leis* direcionam os membros da comunidade à vida boa porque são expressão da realidade, do *ideal*. Há uma consequência lógica importante nesse argumento: se aquilo que é *real, verdadeiro*, efetivamente existe e pode ser atingido a partir da razão, e se as leis — e todos os entes — devem aproximar-se do *ideal*, então “o valor moral do Direito e das leis aumenta conforme ele se aproxima do Direito ideal que existe no mundo da realidade.”⁵³ A relação entre Direito e moral em Platão é tão entrelaçada porque seu pensamento afirma que o Direito Positivo *tende, por sua própria natureza*, ao Direito Natural, o Direito autêntico, ideal, verdadeiro, o qual detém necessariamente o mais elevado *status* moral.

⁵¹ Há toda uma complexidade na abordagem platônica sobre a *necessidade* das leis na vida humana. Isso porque o filósofo oscila entre variadas posições em seus diferentes textos: na *República*, na *polis* ideal, as leis são ignoradas porque supérfluas, tendo em vista que a *educação* fornecida aos cidadãos já os direciona à prática da virtude; no *Político*, as leis tornam menos intoleráveis os Estados humanamente possíveis; e nas *Leis*, obra inacabada de Platão, a legislação tem *carga moral*, sendo o governo das leis, assim, o governo da *razão*. (Cf. FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 55-57.) O que deve ficar, portanto, é apenas que a *lei*, no seu sentido mais *autêntico* — *i.e.* a lei ideal —, em conformidade com sua natureza, está indissociavelmente conectada às demais dimensões do *Bem*, como a *Justiça*.

⁵² No diálogo *Minos* isso fica bem evidenciado. A questão de Sócrates, abrupta, que abre o texto já exprime sua relevância: “o que é o Direito?” Ao que o interlocutor do diálogo — simplesmente denominado como “Amigo” — responde: “a que tipo de leis você se refere?” Diante disso, o argumento de Sócrates é esclarecedor, afirmando ele que, se a pergunta fosse “o que é ouro?” não seria correto questionar a que *tipo de ouro* ele se referia. O ponto é que, assim como não é possível distinguir o ouro quanto a *ser ouro*, o Direito não pode ser distinguido quanto a *ser Direito*. Isso nada mais é do que um modo de declarar que o Direito tem uma *natureza*, uma *Forma*, invariável e perfeita, independentemente das suas diversas manifestações no mundo dos sentidos. Sócrates, na sequência do diálogo, não nega que o Direito seja um tipo de *juízo*, mas destaca que ele é o *bom, justo juízo*. E o juízo que é correto visa à descoberta da realidade; o *Direito*, assim, é *descoberta da realidade*. (Cf. PLATÃO. *Minos*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1308-1310, *Minos* 313b e 315a.) Um esclarecimento: a autenticidade desse diálogo, isto é, se ele foi ou não escrito pelo próprio Platão é uma questão em aberto. No entanto, como diversos autores consultados, como Cairns e Fassò, valem-se dos ensinamentos constantes desse diálogo, assim como várias coletâneas da obra platônica não deixam de incluí-lo, utilizo-me dele também — sem deixar, claro, de fazer menção a essa dúvida que paira sobre o texto.

⁵³ CAIRNS, Huntington. **Legal philosophy from Plato to Hegel**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1949. p. 36.

1.1.2 O Direito Natural no indivíduo e nas leis

Em *A República*, seguramente o diálogo mais conhecido e mais lido de Platão, encontramos uma longa e complexa investigação sobre a natureza e o valor da justiça. Sócrates, personagem principal do diálogo, fornece uma importante qualificação da ideia platônica de *justiça*: diferentemente do que é sustentado por muitos — *e.g.* os sofistas —, trata-se de algo que é *bom*, sim, por suas *consequências*, mas que também é *bom por si mesmo*.⁵⁴ O valor *intrínseco* da justiça, como deve ser percebido, é um argumento fundamental para contornar o problema posto pelos sofistas; afinal, o convencionalismo — a noção de que a justiça, a moralidade, baseiam-se em premissas de simples consenso — tende ao imoralismo. Se há apenas pactos pela autopreservação mútua, aquele que comete crimes sem medo de ser descoberto não tem motivos para ser justo.⁵⁵ A justiça, para Platão, não poderia ser suficientemente sustentada em premissas pragmáticas ou consequencialistas, mas deveria depender, em alguma medida, de algum fundamento que estivesse para além daquilo que fora *posto, positivado*, pelo ser humano.

A analogia desenvolvida por Sócrates entre a cidade (*polis*) e a alma do ser humano nos conduz a um ponto de vista bastante elucidativo sobre o Direito na filosofia platônica. Uma cidade em que reine a *justiça*, ou seja, uma cidade *justa é melhor* do que uma cidade *injusta* porque atende à sua *função*. *Grosso modo*, uma cidade funciona melhor quando cada cidadão se atém a uma tarefa para que ele ou ela é adequado por *natureza e treinamento*⁵⁶ — e a partir disso Sócrates elabora um longo argumento sobre os papéis de diferentes classes na vida da *polis*, como guardiões, soldados, agricultores, artesãos, comerciantes —, e é justamente por permitir e assegurar a cada um dos cidadãos e classes que contribuam para essa vida em comum *da melhor forma que puderem, em harmonia com sua natureza* e com as necessidades da vida em sociedade, que uma sociedade pode ser considerada *justa*. A justiça na cidade, dirá surpreendentemente Sócrates, é “cada um fazer seu próprio trabalho”.⁵⁷

⁵⁴ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 999, *Republic* 358a.

⁵⁵ STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 62.

⁵⁶ STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015, p. 63.

⁵⁷ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1065, *Republic* 434a.

A justiça, no âmbito individual de cada ser humano, segue raciocínio semelhante. “O homem é justo do mesmo jeito que uma cidade”,⁵⁸ como diz surpreendentemente Sócrates para Gláucon, não significa senão que a justiça no indivíduo é o adequado funcionamento de cada uma das partes que o compõem. Na obra de Platão, isso implica o governo da *razão* sobre o *espírito* e o *apetite*: quando cada uma dessas peças “faz o seu respectivo trabalho”⁵⁹, com a razão no comando, pode-se falar que a própria pessoa é *justa*. O ser humano *injusto*, portanto, é aquele em que a ordem e o funcionamento de tais engrenagens está subvertida.

A *melhor e mais feliz* pessoa é governada pela “divina razão”⁶⁰ — *reta razão* — e é a própria função do Direito, das leis, agir como um guia para fazer *germinar, florescer a justiça nos indivíduos* — e possivelmente até mesmo na cidade.⁶¹ As leis não apenas tornam possível a vida social, mas também são uma precondição do governo racional.⁶² O valor moral das leis — como forma de expressão da “reta razão” e, portanto, da justiça e da boa vida — encontra-se não apenas na cidade ideal descrita n’*A República*, governada por um filósofo conhecedor das essências universais e eternas, mas também nas mais terrenas cidades indicadas no diálogo *Leis*, na medida em que são as leis que servem de parâmetro para distinguir os governos melhores dos piores.⁶³

O Direito, as leis, em Platão, estão diretamente associados à ideia de *justiça*, e evidentemente não a *qualquer* justiça, mas a uma justiça *ideal, perfeita*, que de forma alguma se confunde com convenções ou pactos sociais. Não é por outro motivo, aliás, que Michel Villey argumenta que, em Platão, “o papel do jurista tem por finalidade descobrir o justo”, de modo que só será considerado *Direito*, merecendo o nome de *lei*, “o que o homem da arte descobriu”.⁶⁴ Essa “descoberta” a que se refere Villey, sem dúvida, diz respeito àquilo que foi atingido a partir de uma reflexão filosófica, especulativa, sobre a verdade no campo da justiça. E note-se:

⁵⁸ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1073, *Republic* 441d.

⁵⁹ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1073, *Republic* 441e.

⁶⁰ PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1198, *Republic* 590d.

⁶¹ Vale ressaltar algo que já havia sinalizado em nota de rodapé da seção anterior: existe discussão doutrinária sobre a *necessidade das leis* em cidades (*polis*) que já tenham atingido o estado idealizado e perfeito a que se refere Sócrates. Se os indivíduos e a cidade já estão em harmonia e “cada um fazendo a sua parte”, resta a pergunta se seria necessária uma legislação como guia ou orientação.

⁶² STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 65.

⁶³ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 55-57.

⁶⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 29.

Platão, aqui, não alude a concepções morais individuais ou subjetivas do jurista, mas à busca de *verdades morais exteriores* a gostos e desgostos pessoais — uma premissa fundamental do esforço dialético tantas vezes destacado pelo filósofo.

Em Platão, *padrões objetivos* de certo e errado *podem* ser conhecidos por meio da razão e (devem ser) incorporados nas leis — *e.g.* em dado momento de *Leis*, o ateniense se refere a um “elemento imortal” das pessoas, de origem divina, uma ordem racional intitulada “Direito”.⁶⁵ No próprio Livro X das *Leis*, um dos aspectos perniciosos que assolam a juventude, segundo Clínia e o Ateniense, é acreditar que padrões morais são baseados, fundamentalmente, em *convenções (nomos)*, o que não está de acordo com a noção de “universo enquanto produto de um projeto racional”. Padrões éticos, de justiça, e o próprio Direito existem *enquanto parte da natureza (phusys)* ou derivados de algo não inferior à natureza, como criações da *razão*.⁶⁶ Esse “Direito natural racional” de Platão, cujo fundamento é a *reta razão (lógos orthós, logos alethés)*, é reflexo de uma exigência ética⁶⁷ conectada à própria função e ao propósito do ser humano.

No diálogo *Górgias*, um texto longo e complexo sobre a oratória, encontramos diversas passagens sobre o Direito, bastante eloquentes e essenciais para entender o que foi dito até aqui. Diz-se que, se o produto principal da arte da oratória e da sofística é a persuasão por si mesma (e não o conhecimento),⁶⁸ então a sua finalidade não visa à virtude: elas se dirigem apenas ao prazer e à *aparência do bem*, e não fornecem nenhuma explicação racional sobre o que realmente fazem. Não são elas, portanto, como as verdadeiras *artes da legislação* e da *justiça*, que aspiram ao bem e envolvem *compreensão racional*.⁶⁹

A oratória (e a sofística, por extensão) é, segundo Sócrates, apenas uma habilidade para produzir um determinado prazer e gratificação; não se trata de uma arte, mas de uma prática de adulação — *i.e.* adivinha-se o que é prazeroso sem considerar-se o que é *melhor*. É diante desse contexto que ele argumenta que a oratória não passa de uma *imagem* de uma parte da política

⁶⁵ PLATÃO. *Laws*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1400, *Laws* 714a.

⁶⁶ PLATÃO. *Laws*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1547, *Laws* 590d.

⁶⁷ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978, v. 1, p. 57.

⁶⁸ Górgias chama a “habilidade de persuadir por meio de discursos juízes em um tribunal, conselheiros em uma reunião de conselho, e deputados em uma assembleia” como o “maior bem”. Cf. PLATÃO. *Gorgias*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 798, *Gorgias* 452de.

⁶⁹ STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 60.

— e aqui segue uma relevante alegoria traçada pelo filósofo —: a *alma*, tanto quanto o corpo, pode encontrar-se em um “estado de aptidão”, mas pode também simplesmente “aparentar” esse “estado de aptidão”. O cuidado do corpo é uma arte composta por duas partes, a ginástica e a medicina, e o cuidado com a alma, analogamente, é a *política*, uma arte também composta por duas partes, respectivamente a legislação e a justiça, e cada uma dessas divisões busca o *melhor*. A adulação, por sua vez, disfarça-se com essas partes e finge ser os personagens dos disfarces. Dessa forma, ela passa a iludir para dar a impressão de ser a mais merecedora.⁷⁰

Para Platão, a importância da legislação para a alma é análoga à da ginástica para o corpo. É ela, em conjunto com a justiça, que *promove o bem-estar da alma*. Legislar demanda o *conhecimento do bem* para que seja produzida uma boa legislação, e a justiça⁷¹ deve ser devidamente administrada e aplicada tal qual a medicina o é para os enfermos.⁷² Isso implica que a legislação, propriamente compreendida, não deve *apenas* promover conformidade a normas de comportamento aceitas, mas também *assegurar o bem das almas* dos cidadãos. Mas não só isso: o bem não é determinado pela quantidade de prazer produzido, mas por julgamento racional.⁷³

Calícles, no mesmo diálogo *Górgias*, ataca a posição de Sócrates, invocando a noção *convencionalista* das leis — fazendo, em alguma medida, eco a Protágoras. Nessa altura, Sócrates aprofunda a sua visão sobre o Direito: um orador que genuinamente procure o bem almeja criar regularidade (*taxis*) e ordem (*kosmos*) nas *almas* de suas audiências. Esses estados de organização e ordem da alma são chamados de “legítimo”⁷⁴ (*nomimos*) e “lei/Direito” (*nomos*), o que faz as pessoas serem dotadas de *justiça* (*dikaiousunê*) e *autocontrole* (*sophrosunê*).⁷⁵

⁷⁰ PLATÃO. *Gorgias*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 807-808, *Gorgias* 463b-464d.

⁷¹ Justiça aqui mais no sentido de execução e aplicação das leis, o que sempre pressupõe a Justiça como ideal moral.

⁷² É interessante observar que Sócrates defende que a punição “cura” os criminosos de sua maldade. Cometer o mal e não ser punido é como sofrer de uma enfermidade e não ir ao médico. Aqui se nota uma crítica à oratória mal utilizada: não pode ela ser empregada para escaparmos à punição que é devida, mas, pelo contrário, para assegurar que recebamos aquilo que nos curará da nossa maldade. Cf. PLATÃO. *Gorgias*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 816-826, *Gorgias* 472d-481b.

⁷³ STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 60.

⁷⁴ A tradução para o inglês utilizada neste trabalho emprega a palavra *lawful*, cuja tradução não é tão direta. Algo que é “*lawful*” significa, em geral, algo que é autorizado pelo Direito. Neste caso, na obra platônica, “*lawful*” deve ter seu sentido contextualizado com os pressupostos filosóficos em questão: assim, “*lawful*” é aquilo que está em consonância com a *natureza*, que é *autêntico*, *legítimo*.

⁷⁵ (PLATÃO. *Gorgias*. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 848-849, *Gorgias* 504a-505a.) (STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general**

Sócrates, nesse sentido, identifica o Direito com ordem e harmonia, particularmente no que concerne à *alma justa*. O Direito, conforme apresentado em *Górgias*, está muito longe de ser uma criação puramente humana, chegando a governar o universo inteiro — na ideia de mundo naturalmente ordenado, isto é, orientado para algo. Independentemente do que venham a ser as leis positivas das cidades existentes, as leis *genuínas*, como aquelas postas pelos verdadeiros políticos, promovem o verdadeiro bem dos cidadãos ao criar *ordem e harmonia em suas almas*.⁷⁶

1.1.3 Aristóteles, a justiça e o conhecimento prático

Não obstante toda a complexidade e as nuances da teoria platônica, geralmente se atribui a Aristóteles, o Estagirita (384-322 a.C.), a teoria de Direito Natural mais influente e significativa da Antiguidade. O epíteto “*pai da doutrina do Direito Natural*”⁷⁷ certamente não lhe foi concedido à toa: não apenas (i) foi ele quem elaborou uma *teoria da justiça* muito própria e até hoje de enorme influência, mas também (ii) é no *corpus aristotelicum* que encontramos uma articulação específica — embora não sistematizada — da relação entre o *justo por natureza* e as *leis*. Sobretudo sobre esse último aspecto, aliás, a peculiaridade com que o Estagirita aborda o tema causou toda sorte de incompreensões e indisposições com relação ao que ele, de fato, queria dizer — é verdade que Aristóteles defendia um Direito justo, transcendente e perfeito? O justo natural funciona como as leis da natureza? Ao contrário do que muitos imaginam, veremos que o *dikaion physikón*, o justo encontrado na natureza das coisas, não diz respeito a regras *imutáveis* e *definitivas*, descoladas do *contexto histórico*. Para ver como isso se dá na obra do filósofo, comecemos, primeiro, pela *questão da justiça*.

O Livro V da *Ética a Nicômaco* é dedicado especificamente ao estudo da *justiça* (*dikaiosynê*). Logo em seu início percebemos uma clara diferença com relação ao pensamento platônico: a *justiça*, para Aristóteles, não diz respeito apenas a um atributo interno, a um

jurisprudence, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 60-61.)

⁷⁶ STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 61.

⁷⁷ Nesse aspecto, fazendo justiça ao mestre do Estagirita, Fred Miller afirma que podemos, então, chamar Platão de “avô do Direito Natural”. Cf. MILLER JR., Fred D. The rule of reason in Plato’s *Laws*. In: JACOBS, Jonathan A. (ed.). **Reason, religion, and natural law: from Plato to Spinoza**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 31.

equilíbrio na alma das pessoas, mas é a *virtude cooperativa* por excelência.⁷⁸⁻⁷⁹ Essa constatação, para o Estagirita, não vinha desacompanhada da ambiguidade existente no uso da palavra *justiça*; pois, conforme avança em sua investigação sobre o justo, Aristóteles enfatiza que *dikaion* (que pode ser traduzido para o português tanto como “justo” como por “direito”) tem *sentidos* muito diversos na linguagem vulgar⁸⁰ — é o problema da *homonímia da justiça*. De largada, é preciso observar que o filósofo distingue um (i) *sentido geral* e um (ii) *sentido particular* de justiça.

A justiça, primeiro, pode ser vista como *justiça geral*, entendida como *virtude completa* — Aristóteles aqui remete a um provérbio: “*na justiça se concentra toda virtude*”.⁸¹ Trata-se de um sentido *abrangente* de justiça que está conectado com o próprio Direito. “Dado que, como foi dito, quem age contrariamente à lei (*nómos*) é injusto e quem se ampara na lei é justo, é evidente que tudo o que se ampara na lei é justo em algum sentido.”⁸² Para Aristóteles, as *leis*, enquanto prescrições, são *justas* na medida em que “promovem e preservam a felicidade ou de suas partes em prol da comunidade política.”⁸³ A justiça, entendida nessa dimensão superior, completa, diz respeito ao que *devemos ou não fazer*. As leis, quando corretamente formuladas, estabelecem prescrições em conformidade com essa *virtude perfeita*.

Em Aristóteles, a vida em associação, em comunidade — sendo a *polis* seu mais perfeito exemplo —, é uma condição fundamental e necessária para que o ser humano possa concretizar sua natureza, isto é, *florescer*.⁸⁴ A justiça em seu aspecto mais geral, portanto, deve ser compreendida à luz desse contexto, como uma virtude fundamental para a existência política. Essa primeira noção de *justiça* é chamada de *justiça legal*, pois exprime a conformidade de

⁷⁸ Conforme explica Marco Zingano em sua (bela) introdução a ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 89.

⁷⁹ Em contrapartida, Platão havia se esforçado em mostrar que a justiça estava relacionada com um *equilíbrio interno* na alma das pessoas. Aristóteles, ao final de seu Tratado da Justiça (Livro V da Ética Nicomaqueia), ridiculariza a perspectiva de seu mestre: a justiça tida primariamente como a relação *entre certos aspectos* do próprio homem é uma mera *metáfora* com relação à qual não devemos nos demorar. Cf. EN, V, 1138b5. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 143.

⁸⁰ Trata-se de um aspecto fundamental do método aristotélico de investigação: ele recolhe as opiniões de sua época sobre determinado assunto, como se deixasse os fenômenos “manifestarem-se”, deixando vir à tona o que *parece ser o caso*, para então adotar uma postura racional, crítica, e formular seus próprios conceitos.

⁸¹ EN, V, 1129b30. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 91.

⁸² EN, V, 1129b11. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 89.

⁸³ EN, V, 1129b17. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 89.

⁸⁴ Isto ficará mais claro na sequência do texto.

conduta de um indivíduo com a lei *moral*.⁸⁵ Isso terá influência direta no Direito Positivo, nas leis que direcionam e regulam o complexo de relações que ocorrem no meio social — “a lei nos ordena a praticar todas as virtudes e nos proíbe de praticar qualquer vício.”⁸⁶ Nesse sentido, quando Aristóteles argumenta que a lei ordena a fazer os atos do homem *corajoso* (“como não abandonar o posto nem fugir do inimigo, nem jogar fora as armas”), *temperante* (“como não cometer adultério nem usar de violência”) e *tolerante* (“como não esbofetear nem insultar”), ele põe em destaque que a justiça legal é a virtude completa porque “quem a possui pode exercê-la não apenas em si mesmo, mas também em direção a outro.”⁸⁷ A justiça, então, é “*o bem do outro*”,⁸⁸ pois é, *justamente*, exercida *em relação ao outro*⁸⁹ — nesse aspecto, é possível argumentar que a justiça tem um papel de destaque na ética aristotélica exatamente porque ela opera *intersubjetivamente*,⁹⁰ tocando em um aspecto íntimo da existência humana, que é a vida em sociedade (vida *com e para* o outro).

O segundo sentido é a *justiça particular*, um caso da justiça geral: “todo ato de justiça particular é um ato de justiça geral, mas o reverso não é verdadeiro.”⁹¹ Ser justo sempre envolve realizar atos virtuosos em relação a outrem, e isso pode ser particularizado em um determinado âmbito: em especial, Aristóteles se refere às relações que envolvem *ganhos e perdas*. Conforme Michel Villey, o objeto próprio da justiça particular é “atribuir a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*), no sentido de que *deve haver* uma partilha adequada, em que ninguém recebe nem mais nem menos do que a boa medida exige.⁹²

A forma com que Aristóteles chega nesse ponto é muito elucidativa. Conforme seu raciocínio, podemos observar que o contrário da justiça em geral é a injustiça em geral, isto é, o contrário da virtude inteira é o vício inteiro. As perversidades que caracterizam os atos injustos se apresentam de variadas maneiras: é injusto “quem lança o escudo por covardia, quem

⁸⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 59.

⁸⁶ *EN*, V, 1130b24. Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 82.

⁸⁷ *EN*, V, 1129b32. Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 82.

⁸⁸ *EN*, V, 1130a4. Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 82.

⁸⁹ Uma pessoa pode ser temperante, *com relação a si mesma*, se realizar moderadamente exercícios para preservar sua saúde física. De outra forma, uma pessoa pode ser temperante, *com relação ao outro*, ao confraternizar moderadamente com seus amigos.

⁹⁰ Esse ponto é levantado por Gerson Neves Pinto. Cf. PINTO, Gerson Neves. Os dois sentidos do termo “justiça” no livro V da Ética Nicomacheia de Aristóteles. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 147, p. 82-90, ago. 2013.

⁹¹ Segundo definição de Marco Zingano em sua *introdução* a ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odisseus, 2017. p. 34.

⁹² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 41.

fala mal por rusticidade ou não preserva os bens por esbanjamento.”⁹³ Entretanto, é injusto de um modo *particular* quem age por *ganância*, uma vez que, muitas vezes, conforme o Estagirita, ao ganancioso não se pode ser atribuído nenhum dos outros vícios relacionados com a injustiça. Ele é injusto não porque é covarde, intolerante ou desonesto, por exemplo, mas porque, simplesmente, *quer mais do que lhe é devido*. “Acerca de todos os outros atos injustos sempre se remonta a uma dada perversidade; por exemplo: se cometeu adultério, se remonta à intemperança; se abandonou seu companheiro de armas, à covardia; se agrediu, à coléra,” afirma Aristóteles; “porém, se obteve ganho, a nenhuma outra perversidade a não ser à injustiça.”⁹⁴

À luz disso, a *injustiça* pode estar relacionada, de uma forma ampla, com tudo aquilo que é contrário ao homem virtuoso (*injustiça geral*), mas ela também pode ser particularizada no que toca apenas ao *prazer do ganho* (*injustiça particular*). A injustiça, assim, é sempre *contrária à lei* (*injustiça geral*, oposta à justiça geral, legal), mas em determinados situações pode ser qualificada como *injustiça que fomenta a desigualdade* (*injustiça particular*).⁹⁵ Esse argumento pode ser transposto para o lado contrário: a *justiça é sempre conforme a lei*, mas em certas situações ela também funciona como *promotora da igualdade* — eis a *justiça particular*.

O fundamento da justiça particular, por conseguinte, é a *igualdade*. Dizer que “ser justo consiste em ser igual” está relacionado ao fato de que, segundo Aristóteles, “uma ação é justa, em última instância, porque promove a igualdade entre os agentes envolvidos; pessoas, associações e sociedades são justas em decorrência das ações justas que nelas ocorrem.”⁹⁶ O Estagirita, nesse aspecto, divide celeberramente a justiça particular em *duas espécies*: (A) a *justiça distributiva*, que se manifesta nas *distribuições de honra, de bens e de todas outras coisas partilháveis entre os membros do regime político* (pois nessas coisas é possível a um homem ter de modo desigual ou igual em relação a outro); e (B) a *justiça corretiva*, que desempenha um *papel retificador nas transações entre homens*.⁹⁷ Não há, todavia, necessidade de adentrar

⁹³ EN, V, 1130a19. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 89.

⁹⁴ EN, V, 1130a31. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 93.

⁹⁵ EN, V, 1130b5. Cf. ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 93.

⁹⁶ O ensinamento é de Marco Zingano em sua *introdução* a ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017. p. 26.

⁹⁷ EN, V, 1130b31. Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 84.

em seus pormenores.⁹⁸ O que nos interessa, verdadeiramente, é como tudo isso pode ser articulado com o Direito — dessa forma, o que deve ficar é que a *justiça* visa à obtenção ou à preservação de uma certa harmonia social, e essa harmonia está associada à *igualdade*, ao *igual* (*íson*),⁹⁹ o que se encontra no *meio-termo* entre extremos.

O Direito, em Aristóteles, como já foi mencionado, está essencialmente relacionado com a sua concepção de justiça. Mas deve ficar claro: o Direito *não é* a Moralidade ou a justiça em si. A arte que se ocupa da virtude *subjéctiva* do indivíduo, que lhe prescreve as condutas do homem justo (*dikaíos*) é a Moral. Mas dessa Moral derivamos uma outra disciplina, relacionada com *dizer o que é justo*, com o que, por igualdade, *pertence a cada um*. A ciência do *dikaion*, anota Villey, não é vigiar a virtude do indivíduo: não importa que um homem seja honesto e cheio de boas intenções para com o erário, mas que ele, de fato, pague seus impostos; o Direito Penal não proíbe nada — é a Moral que o faz —, ele apenas se dirige à *distribuição justa* das penas, a cada um a punição que lhe cabe.¹⁰⁰ O Direito, entenda-se bem, assim como a justiça, também é *relação entre pessoas*, também diz respeito “*ao bem do outro*”. Entretanto, ele tem o seu próprio domínio de análise, sua racionalidade própria.

Para compreendermos melhor o justo e sua conexão com o Direito, é preciso analisar o pano de fundo em que se desenvolvem as reflexões aristotélicas. Veja-se: todas essas questões têm relação com a *razão prática*, sobre saber como *agir corretamente* na vida em sociedade. Conforme Aristóteles, o conhecimento pode ser dividido em *três categorias* que se distinguem por suas *finalidades*: (i) o *conhecimento contemplativo* (aqui incluída a física e a metafísica), que está associado com o estudo da verdade por si mesma; (ii) o *conhecimento produtivo*, que está relacionado com a elaboração de objetos bonitos ou úteis; e (iii) o *conhecimento prático*, que diz respeito à *boa ação*. Se no campo do pensamento contemplativo investiga-se aquilo que é *imutável e eterno* — como os princípios da lógica, da física e da matemática —, no âmbito

⁹⁸ Em breve síntese, a *justiça distributiva* zela por uma *igualdade geométrica*, pois envolve ao menos quatro termos: conforme o exemplo de Michel Villey, esse tipo de justiça envolve estabelecer a mesma relação (i) entre as honorárias que concederemos a Mozart e a Puccini e (ii) entre as respectivas qualidades das músicas dos dois compositores; ou, ainda, (i) entre os salários do sapateiro e do arquiteto e (ii) entre o valor, a qualidade ou a quantidade de trabalho dessas duas pessoas. Em uma fórmula: $\frac{\text{preço da casa}}{\text{preço do sapato}} = \frac{\text{trabalho do arquiteto}}{\text{trabalho do sapateiro}}$. A *justiça corretiva* zela por uma *igualdade aritmética*: apenas o *caráter do delito* entra em consideração, de modo que as partes envolvidas são tratadas como *iguais* (não importa se um homem bom agiu fraudulentamente contra um homem mau, ou se foi o homem mau quem agiu fraudulentamente contra o homem bom). A *retificação*, a *correção* aqui diz respeito a uma troca (comutação; *synallagma*): se alguém sofre determinado dano, ele deve ser recompensado na exata extensão desse prejuízo. Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 42-43.

⁹⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 42-43.

¹⁰⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 72-73.

dos pensamentos produtivos e práticos, de modo contrastante, enfrentamos questões de nossas *necessidades diárias, comuns*, enquanto seres humanos, problemas que podem se modificar *contingentemente*.¹⁰¹

A *ciência política* (do grego *politikê epistêmê* — ciência/conhecimento político) é uma espécie de conhecimento *prático*, e seu estudo envolve o *justo político* (*dikaion politikón*). Nesse campo, não lidamos com algo *imutável ou absoluto* — afinal, como ficará mais claro no decorrer do texto, o pensamento político-jurídico envolve questões que variam conforme a sociedade em que ele se desenvolve —, nem com uma *técnica* (ou *know-how*) particular, como aquele dirigido à fabricação de uma mesa, uma casa ou mesmo uma escultura. O conhecimento político, enquanto conhecimento prático, diz respeito a como *viver e agir*. É a partir da posse e do uso do conhecimento prático que se torna possível viver uma *vida boa*.

“A sabedoria prática deve ser um estado racional e verdadeiro de capacidade de atuação em relação aos bens humanos”.¹⁰² Para Aristóteles, o conhecimento prático engloba tanto a *ética* quanto a *política*.¹⁰³ Se no cuidado com a cidade existe uma *sabedoria política* que envolve a boa produção de leis, o respeito às *normas* e tudo aquilo que diz respeito às lidas civis, concernentes à comunidade, naquilo que se refere ao indivíduo (no âmbito de sua individualidade) existe uma *sabedoria ética* que deve ser desenvolvida para a vida feliz.

Compreender a natureza das ações éticas e políticas, sobretudo no que se refere ao que *devemos fazer*,¹⁰⁴ servirá para efetivamente *agirmos* no mundo segundo esse conhecimento. Só podemos ter virtude ao praticá-la; só podemos ser justos ao colocar em prática a justiça: é a partir de nossas ações nas relações e negócios com outras pessoas que nós nos tornamos *justos* ou *injustos*; é a partir do que fazemos na presença de perigo, e ao sermos *habitados* a sentir

¹⁰¹ Trata-se de uma problemática recorrente nos pensadores gregos: como *funcionam* os diferentes tipos de conhecimento? A aritmética e a geometria são conhecimentos como arar o solo ou pugilismo ou elas consistem em algum tipo especial de conhecimento? Seja como for, não obstante os sempre existentes riscos que envolvem uma tradução, Aristóteles descreve *três abordagens do conhecimento* (da ciência ou da sabedoria), que em grego são denominadas por (i) *epistêmê* (conhecimento *científico*, relacionado com a certeza, o invariável, o universal, o que não pode ser de outra forma), (ii) *technê* (conhecimento *produtivo*, como a arte, trabalhos manuais, que são relacionados com uma racionalidade instrumental, variável, contingente, o que pode ser de outra forma) e (iii) *phronêsis* (conhecimento *prático*, como a *ética* e a *política*, que, como a *technê*, também são relacionadas com uma racionalidade variável e contingente, mas, diferentemente daquela, dizem respeito à *ação humana*). (EN, V, 1139a20-1141a8 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 103-107.).

¹⁰² EN, V, 1140b20 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 106.

¹⁰³ Um cuidado: Aristóteles considera a *ética* como um ramo da *ciência política*. Esta é *superior* àquela, no sentido de que o *bem* das ações humanas deve ser compreendido em um pano de fundo maior, isto é, o seu cenário político, a cidade-estado grega ou *polis*. É por isso que desde o início de sua *Ética a Nicômaco*, o filósofo define que a ciência do *bem humano* é a [ciência] política. (EN, I, 1094b Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 3-4.).

¹⁰⁴ Para Aristóteles, a descrição da natureza não significava uma mera *empíria*, mas uma dimensão que é essencialmente *normativa* ou *prescritiva*.

medo ou confiança, que nos tornamos corajosos ou covardes. A natureza nos fornece a capacidade de ter virtude moral, mas é o *hábito* que a torna perfeita. No caso da política e da justiça, é de especial relevância que saibamos a conduta correta para assegurar a felicidade dos cidadãos, e isso só pode ser alcançado por meio do *exercício da virtude política*.¹⁰⁵

Isso quer dizer, em certo sentido, que o conhecimento do correto, do justo — e também do *melhor Direito* — depende de um contínuo *processo de aperfeiçoamento*. Conforme Aristóteles, embora homens jovens possam se tornar geômetras e matemáticos, doutos em matérias como essas (conhecimento teórico), verificamos que “ não há jovens com sabedoria prática”.¹⁰⁶ Como o conhecimento prático não envolve apenas universais, mas também particulares, apenas a vivência, a *experiência*, os torna familiares.¹⁰⁷

Também nos domínios da ética e da política aristotélicas, não se pode deixar de falar do *telos*. Para Aristóteles, tudo tem um *propósito*, um *objetivo*, uma *finalidade* (conhecida como *causa final*). Todos os entes, objetos, plantas e animais têm *telos* — como uma estátua que serve para honrar determinada personagem histórica ou uma semente que se tornará uma árvore frondosa —, assim como o próprio ser humano, cuja causa final é *ser feliz*.¹⁰⁸ Nos termos de Aristóteles, a felicidade não é uma ideia aberta para cada pessoa preencher como quiser, mas diz respeito a uma *vida de virtude*.

A melhor vida é, portanto, aquela com *eudaimonia*: felicidade, florescimento. O ser humano “floresce” porque cumpre seu *telos*; é como se utilizasse plenamente suas capacidades humanas. É por isso que Aristóteles defende que o homem tem uma *função*: dizer que a felicidade é o bem supremo para o homem não é uma platitude,¹⁰⁹ mas compreender que a peculiaridade inerente ao ser humano que é a *razão* (*logos*) implica o exercício da *excelência* em sua atividade racional. O bem humano, então, é a *atividade da alma* que exibe virtude.¹¹⁰

¹⁰⁵ EN, II, 1103a15-1103b25 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 23-24.

¹⁰⁶ EN, VI, 1142a14 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 110.

¹⁰⁷ Não há dúvida de que o caráter depreciativo com que Aristóteles muitas vezes tratava as mulheres nos seus escritos e a sua aprovação com relação à escravidão não encontram — nem deveriam encontrar — respaldo nas teorias éticas e políticas mais atuais. De qualquer modo, o ponto a ser aqui ressaltado é o impacto que a *experiência* exerce para a construção da sabedoria prática. Trata-se de uma limitação do conhecimento prático muito mais ligada com a sua própria *natureza* do que com aspectos relativos a sexo, classe ou características do sujeito cognoscente.

¹⁰⁸ EN, I, 1097b20 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 11.

¹⁰⁹ EN, I, 1097b23 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 11.

¹¹⁰ EN, I, 1098a16-1099a Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 12-13.

É a partir da constatação dessa característica particular do ser humano que podemos compreender por que “o homem é por natureza um animal político”.¹¹¹ É verdade que as pessoas compartilham qualidades com outros animais, seja no que se refere à sua compleição física ou no que diz respeito às sensações de dor e prazer, e até mesmo no que toca ao seu elemento gregário — Aristóteles menciona aqui as abelhas —, mas é apenas o homem que possui *logos* (*fala, linguagem ou razão*).¹¹² A capacidade de *discurso* foi projetada para “indicar o vantajoso e o prejudicial, e desse modo também o certo e o errado”.¹¹³ É essa propriedade especial dos homens que os permite conhecer da *moral* e os conduz a se associarem em famílias e em cidades-estado (*polis*). O debate racional entre as pessoas acerca de questões como o *justo*, o *belo*, o *certo*, é expressão da *natureza do homem* e, assim, da sua *finalidade*.¹¹⁴

À luz disso, não deveria causar espanto que Aristóteles inicie sua *Política* a partir da constatação de que a *polis*,¹¹⁵ enquanto a *associação suprema*,¹¹⁶ vise ao *mais supremo de todos os bens*. Não é à toa que o filósofo utiliza a expressão *koinônia* para definir o tipo de associação que é a cidade-estado: em boa aproximação, a palavra grega significa *comunhão*; afinal, os cidadãos são *companheiros, parceiros*, que agem em prol do bem comum.¹¹⁷ A finalidade da

¹¹¹ *Pol.* 1253a3 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 9.

¹¹² *Logos* é uma palavra de complexa tradução, podendo ter significados diversos nas línguas contemporâneas a depender do contexto. Seja como for, “o homem como animal político” é uma das passagens mais célebres de Aristóteles, que emprega *logos* para destacar um *traço distintivo* dos seres humanos diante dos outros animais.

¹¹³ *Pol.* 1253a15 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 11.

¹¹⁴ A ideia de que o ser humano *naturalmente* aspira à *sociedade política* anda em conjunto, portanto, com a sua aspiração à *virtude moral*. Como ensina Tomás de Aquino, a sociedade política e a virtude moral, em Aristóteles, não são simplesmente *dadas* pela natureza, mas representam *aspirações naturais* do ser humano, exigindo *atividade e esforço* humanos para atingir a perfeição da sua existência. (AQUINO, Tomás de. **Commentary on Aristotle's Politics**. Tradução de Richard J. Regan. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2007. p. 18).

¹¹⁵ A política em Aristóteles é compreendida *na e a partir da polis*. A própria palavra moderna “político” deriva do grego *politikos* (“da, ou pertencente à, *polis*). *Polis* é muitas vezes traduzida como “cidade-estado”, “cidade”, ou pode mesmo ter a grafia mantida como “polis” no português. Para Aristóteles, a *polis* era considerada a entidade política que representava a forma *final e perfeita* da vida política, mas ela não era nada como os Estados nacionais que temos hoje em dia: a *polis* era pequena, mesmo contando o território ao seu redor, mais ou menos independente de outras cidades-estado, e com coesão interna, no sentido de que preocupações políticas, religiosas e culturais estavam interligadas. (MILLER, Fred. *Aristotle's political theory*. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2017 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/aristotle-politics/>. Acesso em: 2 set. 2022.).

¹¹⁶ Ernest Barker anota a importância de se compreender a *polis* enquanto *associação* para Aristóteles: uma *associação* deve ser composta por homens efetivamente *diferentes*, mas tão semelhantes a ponto de serem razoavelmente *iguais*. Cada um desses diferentes, mas parecidos e “iguais” elementos possuem sua própria *vantagem específica*; e eles naturalmente trocam entre si suas vantagens, em uma relação de mútuos benefícios para a realização de um *objetivo comum*. É a *diferenciação*, e a *troca* daí decorrente, que constituem a *essência* da associação. (BARKER, Ernest. **The political thought of Plato and Aristotle**. New York: Russell & Russell, 1959. p. 232-233.).

¹¹⁷ Na tradução para o inglês utilizada neste trabalho, aliás, *koinônia* é traduzida como “partnership”, literalmente “parceria” ou “associação”. (*Pol.*, I, 1252a Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 3.).

polis, constituída por cidadãos que naturalmente almejam a *vida boa*, é tornar possível que os seus cidadãos alcancem a virtude e, portanto, a felicidade.

Em suma, para Aristóteles, tornar-se virtuoso depende também de certas condições: assim como um cavalo só realizará seu *telos* se houver comida e lugar para correr (entre outras coisas), o ser humano só poderá cumprir seu *propósito de vida boa* dentro de uma comunidade política bem constituída. “Nós nos tornamos justos ao fazermos atos justos, temperados ao fazermos atos temperados, corajosos ao fazermos atos corajosos”.¹¹⁸ O hábito nos aperfeiçoa em nossos atos, e é isso que as (boas) comunidades políticas nos asseguram: o legislador torna os cidadãos bons ao lhes instilar (bons) hábitos, e é esse o desejo de todo legislador, sendo nisso que a boa *constituição* difere da ruim.¹¹⁹ A justiça e o Direito, portanto, assuntos que envolvem conhecimento prático *par excellence*, devem caminhar à luz da concretização, do florescimento, da vida humana.

1.1.4 Um Direito Natural “variável”?

Antes de qualquer coisa, da seção anterior devemos tirar uma conclusão: *o Direito Natural em Aristóteles não diz respeito a regras fixas*. Da “reta razão” nada pode ser deduzido de *imutável* sobre como a vida em sociedade *deve ser* agora e para todo o sempre. A justiça visa à igualdade, e o conhecimento prático depende da experiência humana: quando combinadas essas premissas, teremos que é nas práticas sociais que o justo — e, por extensão, o Direito — como igualdade se manifesta, e não a partir de regras deduzidas *a priori*. *Aristotelicamente*, isso se desenvolve em conjunto com sua concepção *normativa* de *natureza* orientada pelo *telos*, o qual, no caso dos seres humanos, é a vida boa, vida de florescimento. E essa vida depende do *debate racional sobre o justo*, que representa nada mais do que a própria expressão da natureza humana.

Em Aristóteles, a clareza e a precisão que podemos atingir em cada tipo de conhecimento não são sempre as mesmas. Isso quer dizer que, nos diferentes modos de uso da razão, há um limite *natural*, decorrente da própria *natureza dos objetos em questão*, quanto aos juízos que podemos emitir. Os *graus de exatidão* que podemos alcançar no *conhecimento*

¹¹⁸ EN, II, 1103b Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 23.

¹¹⁹ EN, II, 1103b5 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 23.

contemplativo e no *conhecimento prático* são inteiramente determinados pela *coisa* ao qual se dirigem: uma fórmula matemática simplesmente não equivale, em exatidão, às noções de justo e injusto. Todavia, admitirmos que as ações justas e corretas, enquanto objeto de investigação da política, exibem “grande variedade e flutuação”,¹²⁰ não significa que elas existam apenas *por convenção*. Pensador conhecido pelo seu *naturalismo político*,¹²¹ Aristóteles rejeita associar a ação política justa a acordos e convenções sociais, mas não rechaça a dificuldade que habitualmente encontramos para chegar a respostas e soluções na área do conhecimento prático. Na verdade, o filósofo destaca que “nós devemos ficar satisfeitos, então, ao falar de tais assuntos e com tais premissas para indicar a *verdade de modo grosseiro e em linhas gerais*”,¹²² mesmo que isso implique falar sobre coisas que são apenas corretas *em geral*.

Encontrar a *ação boa* no âmbito ético ou político, portanto, não guarda o mesmo *nível de precisão* que a geometria ou a astronomia, mas disso não decorre que possamos descartar a *verdade* no conhecimento prático ou definirmos livremente o seu conteúdo — o que equivaleria a aceitar a hipótese convencionalista. Há uma limitação *natural* ao conhecimento de algo como a *justiça* por exemplo. Ela só pode ser conhecida de modo amplo, mas é tarefa do ser humano se esforçar em compreendê-la e almejá-la.

O discurso até aqui apresentado sobre a justiça e o conhecimento prático em Aristóteles deve nos conduzir à constatação de um contraste entre as perspectivas platônica e aristotélica. Não obstante os importantes pontos de aproximação entre ambos, sobretudo no que concerne às constantes referências à *natureza (phýsis)*, é justamente quanto ao *significado* da expressão “natureza” em que eles se separam: na clivagem metodológica que marca a relação entre mestre e discípulo, de um lado temos Platão e a sua busca pelos conceitos ideais e perfeitos da sua Teoria das Formas — a verdadeira realidade, o absoluto, transcendental¹²³ —, e, de outro, temos Aristóteles, mais afeito ao mundo sensível. Para o Estagirita, o absoluto é imanente ao mundo;

¹²⁰ *EN*, I, 1094b15 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4.

¹²¹ A teoria política aristotélica está assentada em, pelo menos, três teses principais: (i) o homem é *por natureza* um animal político (conforme se verá logo adiante no texto); (ii) a *polis* (cidade-estado) é uma entidade *natural*; e (iii) a *polis* é anterior *em natureza* ao indivíduo. (KEYT, David. Three fundamental theorems in Aristotle’s “Politics”. **Phronesis**, v. 32, n. 1, p. 54-79, 1987.). A política, portanto, é um fenômeno essencialmente *natural* em Aristóteles.

¹²² *EN*, I, 1094b20 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4, grifo nosso.

¹²³ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 60.

não há forma transcendental, mas uma *essência* intrínseca, a qual deve ser objeto de investigação racional por meio da *experiência*.¹²⁴

Se é verdade que a política e a ética — e, nesse sentido, o Direito caminhará junto com elas — são conhecimentos práticos que dependem não somente de ideias universais, mas também particulares, a *experiência* não é uma questão acessória ou vulgar para o seu estudo: ela é justamente o que lhes torna possíveis, tomando-lhes parte em um nível elementar. O rigor da razão prática aristotélica é a *justa medida*, e não a exatidão da astronomia ou das matemáticas. Se em Platão podemos, sim, falar de uma incansável indagação sobre a verdade absoluta, a guinada da filosofia de Aristóteles lança as bases de um conhecimento como o Direito para o campo do *empírico*, daquela *natureza* observável em determinado contexto histórico.

Muito cuidado, todavia, com essa afirmação. Tal investigação empírica *não* pretende ser como a observação dos fatos de que se fala na ciência moderna.¹²⁵ Aristóteles não tem a intenção de *descrever o mundo* o mais neutral e passivamente possível, mas elaborar uma análise que implique “o discernimento ativo de valores”.¹²⁶ Apesar da estranheza que isso possa causar em um primeiro momento, a ideia de existir um *propósito* para cada ente, como o próprio ser humano, impõe a tomada de decisões sobre o que entendemos acerca desse *fim*. Cada ser humano, em potência, tende à vida boa, de modo que o próprio Direito, o *bom* Direito, deverá estar orientado nesta direção. Em outras palavras, é uma investigação da natureza com um viés *normativo*.¹²⁷

Diferentemente de Platão, o Estagirita não acreditava que saber transcendente algum pudesse abranger a totalidade dos casos particulares. O particular não se deduz do universal: “o erro, pois, não reside na lei, tampouco no legislador, mas na natureza da coisa.”¹²⁸ Conforme Pierre Aubenque, trata-se de um *obstáculo ontológico* defendido por Aristóteles, algo que inevitavelmente nos separa do mais pleno conhecimento prático, “um hiato que afeta a própria

¹²⁴ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 60.

¹²⁵ Este é um ponto relevante que será mais para a frente abordado na dissertação.

¹²⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 49.

¹²⁷ Villey nos ajuda a elucidar essa questão: plantas malformadas que não chegam a crescer e carneiros com apenas três patas apresentam um desenvolvimento que, embora *natural*, é malsucedido. Assim, em Aristóteles, “a ciência completa da natureza [...] sabe *distinguir* desses fracassos os seres sadios segundo a natureza.” Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 49.

¹²⁸ EN, V, 1137b17 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 99.

realidade e que nenhuma ciência poderá superar.”¹²⁹ A “fraqueza inevitável” da lei, isto é, a sua indeterminação diante dos casos concretos não é um vício pelo qual seja responsável o mau legislador: “quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, tal como a régua de chumbo de Lesbos”¹³⁰ — régua cuja inexatidão permitia adaptar-se adequadamente às irregularidades da pedra.

Essas considerações dizem respeito ao problema da *equidade* em Aristóteles. Segundo ele, gera “aporia” a constatação de que o justo legal, materializado na lei, possa depender de *correção* no momento de sua aplicação a uma situação particular. Poderia o equitativo estar em oposição ao justo? A solução é justamente o que foi acima apontado: o fato de a lei ser universal e dirigida às práticas humanas, cujo conhecimento não é do tipo *exato* como o das matemáticas, acaba por levar a erros, falhas, em determinadas circunstâncias particulares. “A equidade é um corretivo da falibilidade da lei.”¹³¹

Como compreender o Direito Natural aristotélico à luz dessas considerações? Afastado do fantasma de uma teoria jusnaturalista permanente, definitiva, fixa no tempo, e despido de deduções baseadas em princípios *a priori*, Aristóteles propõe algo muito mais *contextual*, *móvel*, certamente muito menos totalizante do que seu mestre. O conhecimento prático “comporta um certo jogo, uma certa indeterminação, um certo inacabamento”,¹³² e isso é trazido para o próprio âmbito do Direito Natural. De qualquer sorte, como em qualquer pesquisa de linha filosófica como esta, é uma tarefa extremamente complexa — correndo até mesmo o risco de grave reducionismo — determinar com precisão o que a obra de Aristóteles *realmente* nos diz sobre o Direito. Como argumenta Fred Miller,¹³³ a *Ética a Nicômaco* e a *Retórica*, ambas de Aristóteles, entram mesmo em discordância justamente no que se refere ao Direito Natural.

Note-se que, de acordo com a *Ética a Nicômaco*, se a “grande variedade e flutuação” dos *atos morais* não é compatível com definições como as da física, o caráter *variável* da própria natureza também não é. Para elucidar esse ponto, trago sua famosa passagem do Capítulo 7, Livro 5:

¹²⁹ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. 2. ed. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008. p. 75.

¹³⁰ *EN*, V, 1137b29 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 99.

¹³¹ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. 2. ed. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008. p. 76.

¹³² AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. 2. ed. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008. p. 110.

¹³³ MILLER JR., Fred D. Aristotle’s philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 96-99.

Da justiça política, uma parte é natural, outra parte é legal; natural, aquela que tem a mesma força em todo lugar e não existe em razão de pensarem as pessoas deste ou daquele modo; legal, a que originalmente é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida [...]. Ora, alguns pensam que toda justiça é desse tipo, porque as coisas que são por natureza são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles veem mudanças nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto, mas verdadeiro em certo sentido; ou melhor, para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, *enquanto para nós existe algo que é justo mesmo por natureza, embora seja mutável*. Ainda assim, algumas coisas o são por natureza e outras, não.¹³⁴

Afirmar que o justo por natureza também é *mutável* parece andar em harmonia com o que foi dito até aqui sobre Aristóteles, sobretudo quando verificamos que o estudo da natureza deve ser continuamente aprimorado pela experiência. No entanto, vem da *Retórica* a ideia de que há uma “lei universal”, efetivamente *natural*, que é “comum” a todos, independentemente de qualquer associação ou pacto entre as pessoas.¹³⁵

Ainda assim, a noção de natureza como um *princípio de mudança*, inerente às substâncias,¹³⁶ encontra respaldo na premissa mais ampla de Aristóteles, sobre o conhecimento prático, de que o fato de que ações justas e nobres sejam extremamente variáveis não significa que existem apenas *por convenção*; ainda que tenhamos mais dificuldade em determinar algo certo ou errado no âmbito político, moral ou jurídico, isso não quer dizer que não o seja *por natureza*. Falar sobre a verdade “de modo grosseiro e em linhas gerais” faz parte de um conhecimento que depende da experiência e da observação, e nisso reside também um dos aspectos fundamentais da doutrina de Aristóteles para escapar da metafísica platônica.

Na *Política*, aliás, tendo em vista o *propósito de vida feliz* do homem, o filósofo reflete acerca das instituições políticas e do modo de constituir a *polis*. Nesse ponto, Aristóteles faz uma analogia com o estudo da ginástica: para o melhor desenvolvimento da finalidade da prática de exercícios, devemos investigar qual é a atividade física mais benéfica para determinado *tipo de corpo*, qual é o melhor tipo atividade física *em geral*, e qual é o melhor exercício para *o maior número de pessoas*.¹³⁷ No caso da *constituição*¹³⁸ de uma *polis* não é

¹³⁴ *EN*, V, 1134b18 Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 92, grifo nosso.

¹³⁵ *Rhet.*, 1373b1 Cf. ARISTÓTELES. *Rhetoric*. In: BARNES, Jonathan (ed.). **The complete works of Aristotle**. Princeton: Princeton University Press, 1984. p. 4689-4690. Aliás, Aristóteles aqui faz referência à personagem Antígona, da peça homônima de Sófocles, no sentido de que é justamente essa *lei universal, comum a todos, natural*, a que ela alude para defender a necessidade de sepultamento de seu irmão.

¹³⁶ MILLER JR., Fred D. Aristotle’s philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 97.

¹³⁷ *Pol.*, IV, 1288b10 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 277.

¹³⁸ A palavra *constituição* (com inicial minúscula) é a tradução comumente utilizada para a palavra grega *politeia*. Ela deve ser compreendida, no contexto em que escreve Aristóteles, literalmente como *o modo como está*

diferente, pois como toda arte ou ciência devemos investigar a *excelência* do seu objeto à luz dos diversos contextos em que ele se apresenta.

Aristóteles não é ingênuo de indagar sobre a melhor constituição à margem das vicissitudes que encontramos no dia a dia da *polis*. Tal qual a ginástica, não devemos estudar simplesmente qual é a *melhor constituição* abstratamente, sem circunstâncias externas; devemos, também, entender qual constituição é *adaptada a qual povo* e qual a forma da constituição *sob determinados pressupostos*. Como diz o filósofo, muitos consideram impossível atingir a *melhor constituição*, de modo que o bom legislador e o verdadeiro estadista devem estar familiarizados tanto com a melhor forma da constituição quanto com a melhor a partir de certas condições pressupostas.¹³⁹

É útil visualizar a existência da *polis* a partir das *quatro causas* de Aristóteles. Assim como o bronze (*causa material*) é moldado como uma estátua (*causa formal*) por um escultor (*causa eficiente*) para exaltação (*causa final, telos*),¹⁴⁰ também a cidade-estado resulta de uma conjugação análoga de causas: *cidadãos*¹⁴¹ e *recursos naturais* (*causa material*) são organizados de modo associativo em uma *constituição* (*causa formal*), dotada de um *governante* (*causa eficiente*) e com o objetivo (idealmente) de promover a *vida feliz* aos cidadãos (*causa final*).¹⁴² O regime, ou a constituição, que é a causa que *molda, dá forma*, à cidade, tem uma função essencial: ela regula os serviços públicos no que se refere à sua distribuição, assim como determina qual é o poder soberano na *polis* e qual é o *objeto* (finalidade) de cada comunidade.¹⁴³

É esse *modo de vida* da *polis* (constituição) que define o seu propósito, mas ele, observe-se, não é definido *a priori* nem deve ignorar a matéria-prima (cidadãos e recursos naturais)

constituída a cidade — sua organização, estrutura política. O filósofo escreve que “*uma constituição é a ordem de um estado em respeito às suas magistraturas, e especialmente aquela que é suprema sobre todos os assuntos*”. (*Pol.*, III, 1278b10 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 201.). Não se trata de um documento escrito nem propriamente de qualquer constituição no sentido jurídico-político que atualmente compreendemos, mas o *modo de vida* da *polis*.

¹³⁹ *Pol.*, IV, 1288b25 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 278-279.

¹⁴⁰ Aristóteles argumenta que só pensamos ter conhecimento sobre algo quando podemos responder à questão do *porquê*: quais são as *causas* de algo? Para ele, são *quatro* os tipos de resposta possíveis. (*Phys.*, II, 194b20-196a30 Cf. ARISTÓTELES. **Physics**: Books I and II. Tradução de William Charlton. Oxford: Clarendon Press, 2006. p. 28-31.).

¹⁴¹ Deve-se ter presente que os *cidadãos* não eram qualquer pessoa que habitava a *polis*. Embora Aristóteles diga que ser “*cidadão*” depende do regime de governo, ele define a expressão, em linhas gerais, como a pessoa que tem direito a participar nas deliberações políticas e em funções judiciais, excluindo mulheres, estrangeiros residentes, escravos, crianças, idosos e alguns tipos de trabalhadores. (*Pol.*, III, 1275a-1275a25 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 173-175.).

¹⁴² A utilização das *quatro causas* para compreensão da *polis* conforme MILLER, Fred. Aristotle’s political theory. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2017 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/aristotle-politics/>. Acesso em: 3 set. 2022.

¹⁴³ *Pol.*, IV, 1289a15 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 281.

disponível. A variabilidade de possibilidades das leis e do Direito, de acordo com as contingências de cada sociedade, é referida na própria *Retórica*:

É útil, ao elaborar leis, não apenas estudar a história passada de um determinado país, de modo a compreender qual constituição lhe é desejável agora, mas também para ter um conhecimento das constituições de outras nações, e assim para aprender para quais tipos de nação os vários tipos de constituição são adequados. Disso nós podemos ver que livros de viagem são auxílios úteis para a legislação, já que a partir deles podemos aprender as leis e os costumes das diferentes raças.¹⁴⁴

Para Aristóteles, “o Direito é uma ordem, e o bom Direito é uma boa ordem”.¹⁴⁵ As leis devem produzir “um tipo de ordem nas ações e nos desejos dos cidadãos” e “são elaboradas de uma maneira racional pelo legislador”, com o intuito de concretizar aquilo que está em potência no ser humano, a sua finalidade.¹⁴⁶ Isso, como se viu, tem relação não com um Direito Natural *racionalista e abstrato* como em Platão, mas com o “comportamento normal do indivíduo e [a] estrutura normal da sociedade, empírica e sociologicamente constatadas”.¹⁴⁷ O Direito Natural, dessa forma, decorre da investigação de uma natureza que não pode ser neutra e avalorativamente descrita pelo ser humano, mas da qual desde sempre decorre um *conhecimento normativo* sobre a existência.

1.2 CÍCERO E O DIREITO IMUTÁVEL

É comum encontrar autores que descrevem a filosofia romana como de pouca inspiração, sem grandes pretensões inventivas, e talvez seja bem verdade que, comparativamente com a Grécia Antiga e o seu turbilhão de pensadores com traços tão distintos, seja difícil que uma civilização conte com um catálogo de intelectuais de tamanha originalidade. Seja como for, independentemente da suposta falta de inclinação dos romanos “à meditação e à especulação desinteressada”,¹⁴⁸ conforme escreve Fassò, a influência e a envergadura atingidas pelos trabalhos dos juristas de Roma Antiga, sobretudo logo antes e nos

¹⁴⁴ *Rhet.*, 1360a30 Cf. ARISTÓTELES. *Rhetoric*. In: BARNES, Jonathan (ed.). **The complete works of Aristotle**. Princeton: Princeton University Press, 1984. p. 4640.

¹⁴⁵ *Pol.*, VII, 1326a29 Cf. ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 555.

¹⁴⁶ MILLER JR., Fred D. Aristotle’s philosophy of law. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 85.

¹⁴⁷ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 70

¹⁴⁸ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 89.

primeiros séculos da Era Comum, demandam um estudo em particular. As leis (*leges*) e os conceitos dos quais somos herdeiros em nossa tradição jurídica têm, sem dúvida, importância fundamental para aquilo que somos enquanto sociedade e para o que viremos a ser, mas a Teoria do Direito da época romana, em um ambiente cultural em que o próprio Direito era alçado a um *status* superior ao que gozava na Grécia, tem muito a nos dizer sobre a forma como o jusnaturalismo é até hoje visto.

Dada a importância assumida pela Ciência do Direito em Roma, faz sentido que um dos seus maiores pensadores, Marco Túlio Cícero (em latim *Marcus Tullius Cicero*), seja visto como um dos mais antigos difusores do jusnaturalismo como expressão de uma lei *natural, imutável, eterna*. Se antes, em Platão, o estudo do Direito era pouco sistematizado e essencialmente emaranhado com amplas discussões de ética e de política, em Cícero há um tratamento muito mais direto da questão — o que não significa, entretanto, menor complexidade. Cícero, no contexto deste trabalho, não apenas joga luzes sobre a tradição do Direito Natural propriamente dita, foco deste primeiro capítulo, iluminando uma faceta usualmente pouco explorada do Direito Romano, mas também tem o papel de mostrar que mesmo a linha jusnaturalista mais conhecida e mais influente tem suas nuances — e elas não podem ser ignoradas.

1.2.1 Estoicismo e lei natural

O *estoicismo*, é verdade, diz respeito mais à *ética* do que à política ou mesmo ao Direito; afinal, o desinteresse do sábio estoico pela *pólis* e suas convenções afastava esses problemas do seu âmbito de atuação.¹⁴⁹ A “lei natural” estoica, conforme Villey, “é a razão universal que reina sobre o mundo e sobre a história, ou a parte dessa razão que está disseminada na consciência de cada homem”, e ela é *imprecisa*, ordenando não apenas certos atos, mas “uma atitude mental de aceitação do destino”.¹⁵⁰ Trata-se de um princípio *absoluto*, o *logos*, a razão; uma razão universal que, seguindo a linha de Heráclito, “invade e move a matéria, identificando-se com ela”.¹⁵¹

¹⁴⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 68.

¹⁵⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 68.

¹⁵¹ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 77.

Essa é uma visão essencialmente *panteísta*: no estoicismo, a divindade é *imane*nte ao mundo; Deus é o princípio animador do universo, sua *lei*, e essa lei é razão, a mesma razão que é essência da alma humana.¹⁵² *Deus, natureza e razão* estão em conjunto. *Ser e dever-ser* coincidem; *prescrição e descrição* estão unidas, pois a divindade que prescreve à natureza seu “comportamento” é a própria natureza.¹⁵³

A lei natural (“lei comum”, *koinos nomos*), assim, é a racionalidade perfeita de Zeus e do sábio, dando ordens sobre o que deve ser feito e o que não deve ser feito, e essas ordens podem ser de dois tipos. (i) Primeiro, a lei natural comanda que os agentes racionais ajam virtuosamente, de acordo com suas razão e natureza perfeitas. Aqui, os comandos são imunes a exceção pelo seu nível de *generalidade*, mas não servem como guias definitivos para agir, pois o que é virtuoso é frequentemente determinado por circunstâncias variáveis. (ii) Segundo, essa lei natural também fornece orientação mais concreta sobre como agir ao especificar o que se deve fazer em circunstâncias particulares. A lei natural, assim, é sempre imperativa, mas admite diferentes nuances de *generalidade e especificidade*.¹⁵⁴

Se, por um lado, os estoicos lidam com um *fundamento absoluto da realidade*, enquanto Deus, natureza, razão, é de se notar também aquilo que Aristóteles já alertava sobre juízos no campo moral: não é porque falamos muitas vezes de um modo mais *geral* do que *particular* que o certo e o errado éticos existem por *mera convenção*. Nesse sentido, a lei natural, no estoicismo, ainda que tenha *alguma* similaridade com a lei natural metafísica platônica, também é respeitosa “da providência racional que governa as mudanças da história”.¹⁵⁵

1.2.2 Deus, natureza e razão

A noção de um Direito Natural, uma lei natural, diferente e mesmo *superior* ao Direito Positivo, permeia toda a obra jurídica de Cícero, e é a partir dessa brevíssima explicação sobre o estoicismo que podemos nos aproximar da melhor interpretação acerca de sua concepção. A comparação com Platão é imediata, e até certo ponto acertada, mas a plenitude do pensamento

¹⁵² FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 77.

¹⁵³ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 77.

¹⁵⁴ INWOOD, Brad; MILLER, Fred D. Law in roman philosophy. In: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 141.

¹⁵⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 69.

ciceroniano contém tantos tons diferentes, sobretudo em função de suas raízes estoicas, que apenas se reforça a necessidade de se suspenderem, na medida do possível, os preconceitos que geralmente recaem sobre o jusnaturalismo.

O texto de Cícero, descontextualizado, pode sem dúvida encaminhar-nos a uma conclusão equivocada. Em *De Officiis* (Dos deveres), um escrito posterior aos famosos *De Re Publica* (Da república) e *De Legibus* (Das leis), Cícero argumenta a favor do Direito Natural de forma bastante abstrata: ao criticar a ausência de determinadas proibições no Direito Positivo (*jus positum*), como o *jus civile*, Cícero declara que tais proibições existem *por força da lei da natureza*¹⁵⁶ — e, por isso, sem dúvida, deveriam ser incorporadas na legislação. Em um argumento superficial, e à primeira vista, poderia parecer que Cícero adota a possibilidade de traçar-se uma comparação direta entre as leis concebidas pelas pessoas e o que a natureza realmente demanda em *circunstâncias específicas*, como se a lei natural impusesse comandos tão *particulares* quanto as leis humanas.

No entanto, para Cícero, a separação entre o que está *posto* e o que *é por natureza* vem de longa data, de muitas gerações, e tem sua razão de ser *justamente* na medida em que a *lei civil* é invariavelmente mais *detalhada* e mais alinhada ao seu respectivo *contexto* do que a *lei natural*.¹⁵⁷ “Não é tudo que está na lei civil que deve estar na *lei das nações*,¹⁵⁸ mas tudo que está na lei das nações que deve fazer parte na lei civil.”¹⁵⁹ O problema maior diante desse cenário, segundo Cícero, é que nós não conseguimos alcançar “a firme e realista figura da verdadeira lei e da justiça genuína: nós fazemos uso de sombras e rascunhos.”¹⁶⁰ Em outras palavras, a lei natural deve, sim, ser perseguida pelo ser humano, mas isso só é possível até certo ponto. Cícero, como se vê, defende a aplicação da lei natural de acordo com seus cânones, seus postulados, mas não como um entidade que guarda respostas por si só, para cada caso contingencialmente. O ser humano, suas contingências, a natureza, a razão, todos esses são componentes do fenômeno Direito, compreendido enquanto um casamento harmonioso entre o *positivo*, com suas particulares, e o *natural*, com sua generalidade.

¹⁵⁶ CÍCERO, Marco Túlio. **On duties**. Edited by M. T. Griffin and E. M. Atkins. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 125-126.

¹⁵⁷ CÍCERO, Marco Túlio. **On duties**. Edited by M. T. Griffin and E. M. Atkins. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 126.

¹⁵⁸ Lei das nações, ou *law of nations*, conforme a tradução para o inglês aqui utilizada, é a lei comum, a lei universal — *i.e.* a lei natural.

¹⁵⁹ CÍCERO, Marco Túlio. **On duties**. Edited by M. T. Griffin and E. M. Atkins. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 126.

¹⁶⁰ CÍCERO, Marco Túlio. **On duties**. Edited by M. T. Griffin and E. M. Atkins. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 126.

Aqui, uma das influências mais marcantes da doutrina estoica se faz presente em Cícero: a crença em uma *reta razão* (*recta ratio*) tecida na natureza que age como a fundação do Direito. O Direito Natural, portanto, é procedente de uma *razão da natureza* (*naturae ratio*), sem uma formulação ou um reconhecimento positivo, pois é a *realidade em si mesma*.¹⁶¹ Não é por outro motivo, então, que Cícero escreve, em *De Legibus*, que a lei *mais alta* “nasceu éons antes de qualquer lei ter sido escrita ou mesmo antes de qualquer estado estabelecido.”¹⁶² Essas premissas nos permitem compreender com mais rigor a mais célebre passagem de Cícero sobre o Direito Natural, encontrada em *De Re Publica*:

A verdadeira lei é a *reta razão*, em consonância com a *natureza*, difundida pelas consciências de todas as pessoas. É *constante e eterna*; convoca ao dever por suas ordens, e dissuade do crime por suas proibições. Suas ordens e proibições a boas pessoas nunca são dadas em vão; mas não move os ímpios por essas ordens ou proibições. É errado aprovar leis que evitem esta lei; não é permitido derrogar qualquer parte dela; não pode ser totalmente revogada. Nós não podemos ser dispensados desta lei pelo Senado ou pelo povo, e ela não precisa de nenhum exegeta ou intérprete como Sexto Aelius. Não haverá uma lei em Roma e outra em Atenas, uma agora e outra depois; mas todas as nações em todos os tempos serão regidas por esta lei *eterna e imutável*, e o deus será o único mestre comum e geral (por assim dizer) de todas as pessoas. Ele é o autor, expositor e motor desta lei; e a pessoa que não lhe obedece renega *a si mesma*. Na medida em que ela despreza sua *natureza* como ser humano, por isso mesmo ela vai pagar a maior penalidade, mesmo se ele escapar de todas as outras coisas que são geralmente reconhecidas como punições.¹⁶³

A conformidade da *reta razão* com a *natureza* (“*est quidem vera lex recta ratio naturae congruens*”) também significa, *estoica e panteisticamente*, a própria conexão com Deus. Em Cícero, três diferentes concepções de Direito Natural se misturam: a lei da natureza, a lei da razão, e a lei da divindade — natureza, razão, e Deus são a mesma coisa.¹⁶⁴ Essa noção triádica, aparentemente não muito distante da ideia comum de um jusnaturalismo de caráter objetivista, apresenta uma feição bastante interessante quando observamos um aspecto particular da definição de Cícero.

Aquele que não obedece à lei natural *ipse se fugiet*, renega a si mesmo, *naturam hominis aspernatus*, rechaçando a *natureza do homem*.¹⁶⁵ O Direito Natural flui da *mens divina*, uma

¹⁶¹ ALONSO, Fernando H. Llano. Cicero and natural law. **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, v. 98, n. 2, p. 157-168, 2012. Disponível em: www.jstor.org/stable/24769084. Acessado em: 4 set. 2022.

¹⁶² Tradução livre de: “*But in establishing the nature of justice, let us begin from that highest law, which was born aeons before any law was written or indeed before any state was established.*” Cf. CÍCERO, Marco Túlio. **On the commonwealth and on the laws**. Edited by James E. G. Zetzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 112.

¹⁶³ CÍCERO, Marco Túlio. **On the commonwealth and on the laws**. Edited by James E. G. Zetzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 71-72, grifo nosso.

¹⁶⁴ FASSÓ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 97.

¹⁶⁵ FASSÓ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 97.

vez que Deus é seu supremo legislador e juiz, e ele é inerente à própria natureza humana. Daí segue que a *natura* da qual o Direito é derivado não é alguma *realidade objetiva fora do ser humano*, mas lhe é, propriamente, inata, formando parte da sua *racionalidade essencial*.¹⁶⁶ A natureza não é uma entidade pré-existente, uma ordem objetiva física anterior ao homem, mas algo que só existe a partir dele. É com base nessas explicações que podemos compreender o sentido do texto de Cícero neste ponto: “A lei é a mais alta razão, enraizada na natureza, que comanda as coisas que devem ser feitas e proíbe o oposto. Quando essa mesma razão é alcançada e estabelecida na mente humana, é lei.”¹⁶⁷

1.3 O JUSNATURALISMO TOMISTA

A obra de Tomás de Aquino¹⁶⁸ (1224/1225/1226¹⁶⁹-1274), em toda sua densidade e abrangência nos campos da ética, da política e da teologia, teve importante impacto no desenvolvimento do Direito Natural. Sua exposição na *Summa Theologiae* sobre a *lei natural* (o seu *Tratado sobre a Lei* — Questões 90-97 da *Prima Secundae*) é comumente referida como o cânone clássico do jusnaturalismo,¹⁷⁰ sua manifestação *par excellence*. Michel Villey chega a afirmar que “a doutrina do direito natural tomista desempenhou um papel tão importante na história que seria realmente imperdoável os juristas ignorarem-na”,¹⁷¹ apesar de ser justamente isso (essa incompreensão, esse desconhecimento, deliberado ou não) que costuma acontecer. Anthony J. Lisska, igualmente, refere-se ao pensamento jurídico tomista como o *locus classicus* das teorias ocidentais do Direito Natural.¹⁷²

¹⁶⁶ ALONSO, Fernando H. Llano. Cicero and natural law. **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, v. 98, n. 2, p. 157-168, 2012. Disponível em: www.jstor.org/stable/24769084. Acesso em: 4 set. 2022.

¹⁶⁷ CÍCERO, Marco Túlio. **On the commonwealth and on the laws**. Edited by James E. G. Zetzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 111.

¹⁶⁸ É comum Tomás de Aquino ser referido como “são” ou “santo”. No entanto, este trabalho utilizará a nomenclatura secularizada, sem maiores perquirições hagiográficas.

¹⁶⁹ A data de seu nascimento é contestada. Fica aqui a sua aproximação apenas como uma forma de situar cronologicamente o leitor. John Finnis sinaliza que Tomás de Aquino nasceu em 1225, talvez em 1224 ou mesmo no início de 1226. FINNIS, John. **Aquinas moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 1.

¹⁷⁰ LISSKA, Anthony J. The philosophy of law of Thomas Aquinas. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 285.

¹⁷¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 139.

¹⁷² LISSKA, Anthony J. **Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 84.

Apesar de tudo isso, da inegável importância do pensamento tomista para o Direito Natural, dos ingredientes cristãos que fazem parte da sua obra e virão à tona na sequência, uma advertência não pode deixar de ser feita neste momento: teorias do Direito Natural *não pressupõem* o elemento teológico, o recurso a um Deus ou a algum outro tipo de Criador Supremo. A força dos argumentos e dos raciocínios desenvolvidos por Tomás tiveram impacto tão profundo nas raízes da tradição, que se tornou corriqueiro associar o jusnaturalismo a concepções *teológicas*, mesmo *religiosas*. O problema, porém, é que há muito já se havia concepções sobre o Direito Natural antes de Tomás de Aquino: ainda que se conceda que Platão e Aristóteles não empregavam frequentemente a expressão “Direito Natural”, isso, como até aqui foi mostrado, não impede que os classifiquemos como expoentes dessa linha teórica. É oportuno o ensinamento de John Wild, para quem *não há necessidade de teologia no Direito Natural*.¹⁷³ Deus entrar no jogo, na história do Direito Natural, é um *accidens* (acidente), ou seja, um elemento que não integra sua *essência*.

É comum reputar o tomismo como uma doutrina prolixa, excessivamente abstrata e, portanto, destinada, no máximo, a provocar elucubrações sem maiores pretensões práticas.¹⁷⁴ O senso comum, contudo, geralmente nos conduz a inferências e conclusões equivocadas, e eis aqui uma oportunidade de fazer, mesmo que minimamente, justiça à obra de Tomás de Aquino. Se é verdade que o pensamento tomista é corriqueiramente mal interpretado e deixado de lado em prol de leituras de autores “mais modernos” — seja por uma repulsa às contribuições da Idade Média, seja por uma crença generalizada de que “o mais novo é melhor” —, no que toca à investigação sobre o Direito em Tomás de Aquino a situação parece ainda mais embaraçada.

Razão e fé. Ciência humana e revelação. É da relação entre expressões como essas, aparentemente separadas por um abismo insuperável, que Tomás de Aquino mais se ocupou em sua vasta obra. Se antes de Tomás tinha-se como verdade quase autoevidente a incompatibilidade entre o *conhecimento racional*, a *ciência*, e o *cristianismo*, foi a partir de suas reflexões que as fronteiras entre vida sobrenatural e vida mundana, vida segundo a graça e vida segundo a natureza, tornaram-se um pouco mais confusas, isto é, embaralharam-se em

¹⁷³ WILD, John. **Plato’s modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953. p. 136.

¹⁷⁴ Em especial no que concerne ao Direito, Tomás de Aquino desenvolveu importantes exposições sobre teoria geral dos delitos e do direito penal, aspectos da guerra, sedição, juramento, obediência, contratos, casamento, entre outros. Villey elenca diversos pontos bastante *práticos*, por assim dizer, da obra de Aquino. Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 137.

um *corpus* que se propôs, sobretudo, a conciliar a *fé* com o pensamento *aristotélico*. “A graça não elimina a natureza, mas conduz a sua perfeição”, bem sintetiza Guido Fassò.¹⁷⁵

Utilizo-me da elegância de Jacques Maritain ao descrever Tomás de Aquino como o “*apóstolo da inteligência*”, ou mesmo o “*apóstolo dos tempos modernos*”:¹⁷⁶ sua fé inabalável e sua inesgotável capacidade intelectual funcionaram harmoniosamente e proporcionaram ao Cristianismo uma poderosa sistematização lógica. Pode até ser que Tomás de Aquino não tenha sido um dos mais *originais* autores — e faço alusão a Michel Villey, um dos grandes estudiosos de Aristóteles e do *corpus Thomisticum*, quando este diz que Tomás “não tinha o gosto pela originalidade”¹⁷⁷ —, dado o seu interesse por sistematizações, comentários, e a sua própria forma de condução dos argumentos. Apesar disso, a árdua tarefa que lhe foi incumbida, a reconciliação entre a ciência e a filosofia aristotélicas com os princípios do cristianismo ocidental, engendrou uma diferente visão de mundo, mais racionalizada por certo, mas nem por isso menos religiosa. Como entender o Direito Natural em Tomás de Aquino?

1.3.1 A lei natural como participação na razão eterna

Graças à própria organização e à capacidade de síntese de Tomás de Aquino, é possível compreender, em linhas gerais, a relação entre *lei natural* (*lex naturalis*) e *razão* na obra tomista logo no início do seu *Tratado das Leis*. Afinal, a pergunta lançada por Tomás, no Artigo 1 da Questão 90 da *Summa Theologiae*, é justamente: “A lei é algo da razão?” Ao que ele responde, após um breve esforço dialético: “lei é certa *regra e medida* dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978.v. 1, p. 180.

¹⁷⁶ MARITAIN, Jacques. **Saint Thomas Aquinas**. New York: Meridian Books, 1958, p. 98.

¹⁷⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 140.

¹⁷⁸ Em latim: *rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*. ST IaIIae q. 90, a. 1 Cf. Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 522, grifo nosso. E aqui Tomás de Aquino aponta que “lei” (*lex*) é dito “do que deve ser ligado”, pois obriga a agir. Para ele, haveria uma derivação de “lex” de “ligar”, porque ela “obriga” (ob-ligat) a agir. Fassò aponta que essa observação etimológica é “completamente infundada”. Cf. FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 181. Na tradução adotada para este trabalho da versão em latim, o tradutor afirma que Tomás seguia a opinião corrente de sua época — já, hoje em dia, a palavra *lex* é derivada da raiz indo-europeia *lagh*, relativa à ideia de *colocar, estabelecer*. Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 522.

E qual é a relação entre essas ideias e a razão? Basta seguir o seguinte silogismo: se a lei diz respeito a determinada regra e medida dos nossos atos, e se essa própria regra e medida dos atos humanos é a *razão* — princípio primeiro da ação humana¹⁷⁹ —, então “a lei é algo que pertence à razão.”¹⁸⁰ É a partir disso, ao articular essa conexão entre os dois conceitos (*lei* e *razão*), que Tomás consegue estabelecer, o *fim último*, o *telos* (causa final), da lei (já no Artigo 2 da Questão 90): como a *razão prática* é orientada, inclinada, *aristotelicamente*, à felicidade ou bem-aventurança, é necessário que “a lei vise maximamente à ordem que é para a bem-aventurança.”¹⁸¹ E essa beatitude, para estar bem colocada em uma *comunhão política*, deve ser *comum*, isto é, “é necessário que a lei propriamente vise à ordem para a felicidade comum.”¹⁸²

A definição que Tomás de Aquino apresentará para *lei* (*lex*) será, assim: “uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade.”¹⁸³ O que existe de acordo com a razão prática, em consonância com o fim último que é o bem comum, tem razão de lei. Em outras palavras, leis são expressão da própria razão. “Nada é lei”, continua Tomás, “senão certo preceito da razão prática no príncipe que governa uma comunidade perfeita.”¹⁸⁴

Todas essas considerações feitas até aqui são relacionadas com a *lei*, em Tomás de Aquino, tomada de forma geral, qualquer que seja a *categoria* de lei a que nos referimos. Com efeito, Tomás distinguiu diversas *espécies* do mesmo *gênero* lei: (i) *lex aeterna* (lei eterna); (ii) *lex naturalis* (lei natural); (iii) *lex humana* (lei humana); e (iv) *lex divina* (lei divina). Cada uma delas exerce um papel diferente no esquema tomista e visa resolver um problema específico. A

¹⁷⁹ ST IaIIae q. 90, a. 1 — Tomás de Aquino faz referência a Aristóteles, o Filósofo, ao dizer que cabe à *razão* ordenar ao *fim* (*telos*), que é o primeiro princípio do agir. O ser humano é orientado pela *razão*, princípio que deve pautá-lo em suas decisões no caminho para a felicidade, o seu florescimento. Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 522.

¹⁸⁰ ST IaIIae q. 90, a. 1 — Em latim: “*Unde relinquatur quod lex sit aliquid pertinens ad rationem.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 522.

¹⁸¹ ST IaIIae q. 90, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 524.

¹⁸² ST IaIIae q. 90, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 524.

¹⁸³ ST IaIIae q. 90, a. 4 Em latim: “*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 527-528.

¹⁸⁴ ST IaIIae q. 91, a. 1 Em latim: “*nihil est aliud lex quam quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 529. Acerca da expressão “perfeita”, Guido Fassò esclarece sua relação com o pensamento aristotélico: *leis* fazem parte de uma *comunidade* que não é, ela mesma, parte de outra *comunidade superior* — *e.g.* não são leis as ordens de um chefe de família, pois a família faz parte do Estado, que lhe é superior. Cf. FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 181.

lei eterna não se confunde com a *lei divina*;¹⁸⁵ nem esta com a *lei natural*. Todas elas estão, é claro, relacionadas entre si, e é necessário compreender uma a uma para que tenhamos uma visão mais analítica do que significa a *lei* — em especial a *lei natural* — para Tomás de Aquino.

Um ponto de partida para explicitação do pensamento tomista é justamente uma de suas famosas passagens, em que ele escreve que “a lei natural nada mais é que a participação da lei eterna na criatura racional.”¹⁸⁶ A lei natural está diretamente associada à lei eterna, pois dela participa. Mas o que isso quer dizer? Para Tomás de Aquino, lei, *lato sensu*, diz respeito a algum preceito de razão prática naquele que governa uma comunidade; em sentido estrito, portanto, é possível “aplicar” esta máxima para o nosso mundo, regido pela providência divina: se “toda a comunidade do universo é governada pela razão divina”,¹⁸⁷ “a própria razão do governo das coisas em Deus [...] tem razão de lei.”¹⁸⁸ Essa é a *lex aeterna*: a razão divina, o eterno conceito da lei divina, a qual nada concebe no tempo. E quanto à *lex naturalis*?

É curioso notar que Tomás de Aquino não se questiona se “há uma lei natural” do mesmo modo que ele se pergunta se “há uma lei divina” (*utrum sit aliqua lex aeterna*); em vez disso, o *Doctor Angelicus* centraliza a questão em *nós mesmos*, enquanto seres humanos: “há em nós uma lei natural?” (*utrum sit in nobis aliqua lex naturalis*).¹⁸⁹ Essa diferença na redação dos questionamentos não é gratuita. Tudo que está sujeito à providência divina é regulado e medido pela *lei eterna*, tudo desta participa, e é por impressão desta que todas as coisas “têm inclinações para os atos e fins próprios.”¹⁹⁰ Mas “a criatura racional está sujeita à providência divina de um modo mais excelente, enquanto a mesma se torna participante da providência,

¹⁸⁵ Tendo em vista seu papel secundário na explicação que segue, cabe “revelar” a *lei divina* desde logo. Para Tomás de Aquino, a lei divina são os comandos de Deus, as próprias proposições prescritivas encontradas na Sagrada Escritura, o seu conteúdo moral e jurídico expressamente *revelado*. São subsídios e guias de conduta indispensáveis, conforme esclarece Kretzmann, para “o objetivo último e sobrenatural da existência e ação humanas.” Cf. KRETZMANN, Norman. *Lex iniusta non est lex: laws on trial in Aquinas’ court of conscience. The American journal of jurisprudence*. v. 33, n. 1, p. 99-122, 1988. p. 107.

¹⁸⁶ ST IaIIae q. 91, a. 2 Cf. Em latim: “*lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 531.

¹⁸⁷ ST IaIIae q. 91, a. 1 Cf. Em latim: “*quod tota communitas universi gubernatur ratione divina.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 529.

¹⁸⁸ ST IaIIae q. 91, a. 1 Cf. Em latim: “*et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe uni versitatis existens, legis habet rationem.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 529.

¹⁸⁹ ST IaIIae q. 91, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 530, grifo nosso.

¹⁹⁰ ST IaIIae q. 91, a. 2 Em latim: “*manifestum est quod omnia participant aequaliter legem aeternam, in quantum scilicet ex impressione eius habent inclinationes in proprios actus et fines.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 531.

provendo a si mesma e aos outros.”¹⁹¹ A partir da *razão natural*, pertencente à *lei natural*, que “discernimos o que é o bem e o mal”: ela nada mais é do que “a impressão da luz divina em nós.”¹⁹²

Os seres obedecem às leis de sua natureza, as quais os impelem à sua plenitude, ao seu florescimento. No entanto, enquanto os animais *em geral* seguem essa ordem *instintivamente* — o instinto impele o animal para o ato sexual, para a caça, para o descanso, e tudo isso visa a um *fim* que é a conservação da espécie —; os seres humanos não seguem essa ordem *apenas* instintivamente: existe uma diferença, bastante específica, que reside na sua capacidade de obedecer à ordem natural *racionalmente*, ou seja, com *liberdade*, segundo Michel Villey.¹⁹³ O homem é o animal dotado da possibilidade de se afastar da ordem natural: qualquer ser existe, sob a ótica aristotélico-tomista, com o objetivo de concretizar o seu *bem*, a realização de sua natureza — isso não é nenhuma novidade. Mas é peculiar ao homem se tornar *consciente* do bem e dirigir-se *livremente* em sua direção. Somente ele, no reino dos animais, que tem liberdade para se encaminhar ao seu *verdadeiro fim*.¹⁹⁴

A profundidade da *lei natural* em Tomás de Aquino, à luz dessas primeiras explicações — que tentam conferir um mínimo de familiaridade com os conceitos tomistas —, pode agora ser melhor investigada. Veja-se: ao percebermos que Tomás defende uma aparente conexão necessária entre a *lex naturalis* e a *lex eterna*, e levando em consideração a importância da fé cristã em sua obra, parece uma consequência lógica que Deus, o Criador, seja o fundamento máximo, a pedra angular de seus escritos, ainda mais aqui, no que se refere às *leis enquanto expressão da razão prática*. Afinal, se há uma *lex eterna*, uma *razão divina*, nada mais coerente do que centralizar no deus cristão o *sentido*, a *explicação metafísica final da realidade*.

Um autor do porte de Michel Villey, por exemplo, chega a afirmar que o Direito Natural, em sentido amplo, tem relação, sim, com a “hipótese teísta de que o mundo é a obra inteligente e benfazeja de um criador, de um Deus ordenador (tal como o oleiro de Aristóteles) pelo

¹⁹¹ ST IaIIae q. 91, a. 2 Em latim: “*Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 531.

¹⁹² ST IaIIae q. 91, a. 2 Em latim: “*quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio divini luminis in nobis.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 531.

¹⁹³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 142.

¹⁹⁴ MCINERNY, Ralph; O’CALLAGHAN, John. Saint Thomas Aquinas. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/>. Acesso em: 4 set. 2022.

menos”; dessa forma, “a negação do direito natural [seria] o corolário do ateísmo.”¹⁹⁵ De um modo análogo, ainda que sem a mesma veemência, diz Guido Fassò que a *lex aeterna* está relacionada com os elementos sobrenaturais da graça e da fé,¹⁹⁶ de sorte que a *lex naturalis* deitará raízes, em última análise, no sublime teísta. Seja como for, ambos estão de acordo quanto à *racionalização* promovida por Tomás de Aquino do tratamento da *lei* e do *Direito*: “é impossível que Deus queira algo a não ser o que a razão de sua sabedoria tem”,¹⁹⁷ diz Tomás. A vontade de Deus é reta e justa *por definição*; não há um *querer* divino que contrarie a própria *razão* divina.

Na sabedoria de Deus, coincidem *vontade* e *razão*. Não se trata de uma vontade arbitrária¹⁹⁸ capaz de conceber “razões contingenciais” para atender a um anseio circunstancial: a vontade de Deus só existe a partir de sua própria razão. Assim sendo, se a *lei natural* é a participação da *lei eterna* nos seres racionais — em outras palavras, se a razão prática humana participa da própria *essência* de Deus —, então nem mesmo o Criador pode alterá-la.¹⁹⁹ A importância da ideia de *razão* na lei, mais do que as inspirações cristãs que moviam Tomás, é notada pelo próprio Villey, que observa que o núcleo da doutrina tomista do Direito Natural parece não ter tanto *peso* nas conclusões que alcançamos a partir dela. É como se o *Gênese* apenas confirmasse as soluções dos antigos, a noção de ordem natural, sem (quase) nenhum acréscimo substancial.²⁰⁰

Talvez colocações como essas tornem, de início, um pouco confusa a seguinte noção: Tomás de Aquino *pode ser* visto como um dos primeiros, em sua época, a colocar às claras o caráter *laico* do Direito.²⁰¹ De um modo contraintuitivo, com Tomás de Aquino podemos concluir que “[a] natureza não estava destruída pelo pecado original; ela estava apenas enfraquecida; as luzes naturais são suficientes para certa ordem de conhecimento.”²⁰² Bastava

¹⁹⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 141.

¹⁹⁶ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 188.

¹⁹⁷ ST Ia q. 21, a. 1 Em latim: “*impossibile est Deum velle nisi quod ratio suae sapientiae habet.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 1, p. 431.

¹⁹⁸ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 186.

¹⁹⁹ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1, p. 186.

²⁰⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 154.

²⁰¹ VILLEY, Michel. **Leçons d’histoire de la philosophie du droit**. Collection “Philosophie du Droit”. Paris: Dalloz, 1962. p. 43.

²⁰² Tradução livre para: “*La nature n’était pas détruite par le péché originel; elle était seulement affaiblie; les lumières naturelles suffisent à certain ordre de connaissances.*” Cf. VILLEY, Michel. **Leçons d’histoire de la philosophie du droit**. Collection “Philosophie du Droit”. Paris: Dalloz, 1962. p. 44.

olhar para a história do pensamento: os grandes filósofos pagãos, privados da graça divina e dos textos da Escritura Sagrada, puderam alcançar, por suas próprias *luzes naturais*, a verdade filosófica.²⁰³ A *lei natural* existe tanto nos pagãos quanto nos fiéis.

Anthony Lisska sustenta que a *lei eterna* funciona como um *princípio ontológico de explicação*, cujo papel é similar àquele pretendido por Platão em sua ontologia por intermédio do mundo das *Formas*. O pensamento tomista teria condições de fornecer — sem perda de consistência — uma explicação da *lei natural* sem referência alguma à *lei eterna*: dessa forma, seria possível sustentar um *secularismo conceitual* na teoria da *lei natural*.²⁰⁴ Lisska fundamenta sua posição a partir da ideia de que o mundo platônico das *Formas*²⁰⁵ encontra-se na mente divina. A lei eterna é justamente o conjunto de arquétipos, análogos aos *padrões* do mundo das *Formas*, que são encontrados como as ideias divinas na mente de Deus.²⁰⁶

Deus não parte de pressuposto algum em sua criação divina; se assim fosse, ele, evidentemente, estaria *subordinado* a algo para além de seu controle. Ele não seria a *causa*, o *princípio universalíssimo* de todas as coisas. Dizer que “Deus produz as coisas em seu ser a partir do nada”,²⁰⁷ com a luz de sua *razão divina*, na qual apenas participamos de alguma forma *imperfeita*, significa também que é no Criador que se concentram as *essências eternas*, *perfeitas*, que constituem os *modelos* para toda a criação. A produção do próprio homem, “feito à imagem à semelhança de Deus”, indica uma relação de aproximação entre *modelado* e *modelo*, não de igualdade,²⁰⁸ conforme anotado pelo próprio Tomás de Aquino. Nesse sentido, a função desenvolvida por Deus e seus arquétipos divinos assemelha-se, *platonicamente*, à função do Demiurgo (*dêmiourgos*) e as Formas no Timeu.

“A lei eterna”, afirma Lisska, “é fundamentalmente uma explicação metafísica ‘do que há’”: trata-se de um esquema ou padrão metafísico dos seres que existem.²⁰⁹ O mundo em que vivemos não passa de uma expressão *imperfeita* da realidade *perfeita* do mundo das *Formas*,

²⁰³ VILLEY, Michel. *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*. 2. ed. Collection “Philosophie du Droit”. Paris: Dalloz, 1962. p. 44.

²⁰⁴ LISSKA, Anthony J. *Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 91.

²⁰⁵ A teoria das Formas (ou das Ideias) foi objeto de breve análise no item 1.1.1 desta dissertação.

²⁰⁶ LISSKA, Anthony J. *Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 92.

²⁰⁷ ST Ia q. 45, a. 2 Em latim: “*Unde necesse est dicere quod Deus ex nihilo res in esse producit.*” Cf. AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 2, p. 49.

²⁰⁸ ST Ia q. 93, a. 1 Em latim: “*Manifestum est autem quod in homine invenitur aliqua Dei similitudo, quae deducitur a Deo sicut ab exemplari: non tamen est similitudo secundum aequalitatem, quia in infinitum excedit exemplar hoc tale exemplatum.*” Cf. AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 2, p. 620.

²⁰⁹ LISSKA, Anthony J. *Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 94.

modelos, arquétipos. Tomás rejeitava o irracionalismo da máxima teológica “*creio porque é absurdo*” — *i.e.* creio em uma proposição teológica porque seu conteúdo transcende as habilidades da razão humana —, de modo que falar *racional e descritivamente* por meio do discurso metafísico sobre a lei eterna, o primeiro princípio ontológico, não é absurdo nem além das possibilidades humanas.²¹⁰ Isso tudo é fundamental para compreender o papel desempenhado pela *razão* na lei em Tomás de Aquino: não apenas temos a capacidade de investigar intelectualmente a *ordem* que existe na criação, como devemos nos empenhar para compreender a *lei natural* que em nós reside e o que ela significa para a nossa própria produção legal — a *lei humana*. Essas questões estão ao alcance de nossos esforços racionais, e é justamente por isso que existe uma exigência de buscarmos conclusões *corretas e justas* no campo da lei.

A *lei natural*, enquanto participação particular do ser humano na *lei eterna*, pode então ser compreendida como “os primeiros princípios ou pontos de partida da razão prática.”²¹¹ Tomás de Aquino explica o conceito a partir de uma analogia: “os preceitos da lei da natureza se têm em relação à razão prática como os princípios primeiros das demonstrações se têm em relação à razão especulativa: uns e outros são princípios conhecidos *por si*.”²¹² O ser humano, então, participa na lei eterna de forma a apreender *racionalmente* os fundamentos primeiros sobre o agir.

Paralelamente ao primeiro princípio indemonstrável da razão especulativa (teórica), prossegue o Aquinate, de que “não se pode afirmar e negar ao mesmo tempo” (*princípio da não-contradição*) — *ser e não ser, ente e não ente* —, podemos concluir que o *primeiro princípio da razão prática*, relacionado com a *razão de bem*, é o que diz que “bem é aquilo que todas as coisas desejam” — “o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado”²¹³ (ou *princípio*

²¹⁰ Essa questão refere-se à expressão latina “*Credo, quia absurdum est*”, conhecida no contexto da defesa dos princípios do cristianismo ortodoxo contra o docetismo, doutrina heterodoxa — considerada herética — que afirmava que o fenômeno de Jesus era uma ilusão, uma aparência, sem respaldo factual na realidade. LISSKA, Anthony J. **Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 92-95.

²¹¹ MCINERNEY, Ralph; O’CALLAGHAN, John. Saint Thomas Aquinas. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/>. Acesso em: 4 set. 2022.

²¹² ST IaIIae q. 94, a. 2 Cf. Em latim: “*praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam: utraque enim sunt quaedam principia per se nota.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 561, grifo nosso.

²¹³ ST IaIIae q. 94, a. 2 Em latim: “*Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum.*” Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 562.

da não-contradição prática²¹⁴) A partir disso é possível derivar *princípios secundários*, preceitos da natureza que podem ser deduzidos do primeiro princípio: (i) a *inclinação à autopreservação* (conservação de seu ser de acordo com sua natureza), característica *comum a todas as substâncias*; (ii) a *inclinação a certas coisas mais especiais relacionadas com a natureza em comum do ser humano com outros animais* (e.g. união do macho e da fêmea, a educação dos filhos, entre outros); (iii) a *inclinação ao bem segundo a natureza da razão*, como a busca da verdade a respeito de Deus e a vida em sociedade. Nesse último aspecto, relacionado com o elemento que diferencia o homem em meio aos outros animais, a *razão*, decorre toda sorte de preceitos como “evitar a ignorância”, “não ofender os outros.”²¹⁵ Tudo isso *pertence à lei natural*. Muitos outros preceitos podem ser derivados desses, e todos podem ser reconduzidos (reduzidos) ao *princípio fundamental da lei natural* (fazer o bem, evitar o mal).

A formulação da lei natural a partir de princípios da razão prática está estruturada sobre a ontologia da natureza humana em Tomás de Aquino. Para ele, a natureza do homem funciona como um *conjunto de propriedades disposicionais*.²¹⁶ A essência da substância primária do indivíduo contém *propriedades* que não estão *estáticas*, mas *se desenvolvem*. Talvez isso já tenha passado pela cabeça do leitor a esta altura — afinal, Tomás de Aquino emprega muitas ideias de Aristóteles, para quem o *telos* da natureza de cada ser deve ser concretizado a partir da excelência —, mas é preciso deixar bem claro: “o modelo de um bulbo de tulipa em desenvolvimento durante a primavera está mais próximo do conceito de essência de Tomás de Aquino do que a definição de um triângulo.”²¹⁷ Uma disposição é essa tendência, essa inclinação a um determinado *telos*, ou fim. A essência do ser humano, uma vez que visa ao bem, tem certas inclinações naturais que orientam o seu processo de desenvolvimento.

1.3.2 *Lex iniusta non est lex?*

²¹⁴ Ludger Honnefelder chamou a regra suprema da razão prática em Tomás de Aquino como “princípio da *não contraditoriedade* prática”, o qual adaptei para fins de paralelismo com o princípio fundamental da razão teórica. Cf. HONNEFELDER, Ludger. A lei natural de Tomás de Aquino como princípio da razão prática e a segunda escolástica. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 324-337, set./dez. 2010. p. 327.

²¹⁵ ST IaIIae q. 94, a. 2 AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 563.

²¹⁶ Tradução livre de: “*Human nature as a set of dispositional properties*”. Cf. LISSKA, Anthony J. **Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 97.

²¹⁷ LISSKA, Anthony J. **Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 97.

“Fazer o bem, evitar o mal”: eis o princípio primeiro e supremo da lei natural, imperativo que atribui força *moralmente obrigatória* a todas as ações ou regras de ação que estejam em concordância com ela. É bem verdade que uma máxima como essa não parece nos dizer muito. É justamente em virtude dessa ampla generalidade dos princípios — primários e secundários — que encontramos na lei natural que Tomás de Aquino justifica a existência da *lei humana*: “também dos preceitos da lei natural, como de alguns princípios comuns e indemonstráveis, é necessário que a razão humana proceda para dispor mais particularmente algumas coisas.”²¹⁸ As disposições assim descobertas estão *necessariamente conectadas* às razões da lei natural: as *leis positivas* são estabelecidas por convenção, mas são derivadas da *razão* e, portanto, dos princípios da *lei natural*. Daí que o Direito Positivo *deve* estar adequado ao Direito Natural.

Nesse aspecto, como as leis dizem respeito à razão prática, ou seja, às razões para agir, que são *singulares* e *contingentes* — e não universais e invariáveis como as questões da razão especulativa —, “as leis humanas não podem ter aquela infalibilidade que têm as conclusões demonstrativas das ciências”,²¹⁹ apenas na medida do possível compatível com seu gênero. Para Tomás de Aquino, nas operações humanas existe, sim, algo de *necessário* — relacionado com os princípios da lei natural —, mas, quanto mais *particularizamos* e “descemos às próprias”,²²⁰ tanto mais encontramos problemas e falhas.

Tomemos o exemplo do *Doctor Angelicus*, cuja inspiração aristotélica é evidente para os mais familiarizados: é verdadeiro e reto que *os depósitos devem ser restituídos*, e isso em vários casos é correto; entretanto, pode ser que em alguma situação isso seja danoso, *contrário à natureza*, como no caso de restituição de um depósito a alguém que deseja combater a própria pátria.²²¹ À medida que acrescentamos mais condições particulares e específicas às situações concretas, mais serão os modos que postulados gerais se mostrarão inadequados, falhos.

Juízos da ordem prática (como os juízos da lei natural e, por extensão, da lei humana) são verdadeiros, se verdadeiros, apenas *em geral*. Na razão especulativa — como aquela própria das matemáticas — a verdade dos princípios e das conclusões próprias se dá sem nenhuma falha, pois são coisas necessárias. Os princípios da lei natural são *meios* para atingir o *fim* (o bem), mas não há como definir *a priori* um meio em específico e o fim. Explica-se: como há

²¹⁸ ST IaIIae q. 91, a. 3 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 533.

²¹⁹ ST IaIIae q. 91, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 534.

²²⁰ ST IaIIae q. 94, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 567.

²²¹ ST IaIIae q. 94, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 567.

inúmeras maneiras com que os seres humanos podem conduzir suas vidas visando ao bem, não há como definir matematicamente — especulativamente — *a única* conexão entre um meio específico e o respectivo fim.²²² Não há *um* meio universal, teórico, para alcançar o bem; ele é dependente de *circunstâncias contingentes*.

À luz disso pode ser compreendido — ponto fundamental para quem atribui, por ignorância, uma equivocada imutabilidade ao jusnaturalismo tomista — que a lei natural, em certa extensão, pode ser *alterada*. Como as próprias situações a serem regulamentadas mudam, o próprio justo é mutável para Tomás de Aquino. Apenas os primeiros princípios da lei da natureza permanecem *imutáveis*,²²³ mas de resto é possível tanto *acrescentar* quanto *subtrair* da lei natural.

A fórmula “fazer o bem, evitar o mal” diz respeito a um princípio depositado em nós pela inteligência divina. Ele é, sem dúvida, *imutável*, mas trata-se de um postulado “puramente formal”: quando passamos para as conclusões, para o particular, para as soluções concretas de Direito, já nos encontramos no contingente, no móvel e, portanto, *mutável*²²⁴ — lembre-se do exemplo do depósito. No mais, embora seja contra a lei natural a morte dos inocentes e o furto, vemos que Deus ordenou a Abraão que matasse o filho inocente; também vemos que o Senhor ordenou aos judeus que furtassem os vasos emprestados dos egípcios. Além disso, apesar de que em tempos remotos a posse comum das coisas era regra, vemos que isso se alterou com o tempo. À lei natural, assim, podemos *acrescentar* ou *subtrair* determinados aspectos úteis à vida humana, seja por força da lei divina, seja também pelas leis humanas.²²⁵

Uma vez que a própria *natureza do homem é mutável* (“*Natura [...] hominis est mutabilis*”²²⁶), o Direito Natural não pode ser encapsulado em teoremas fixos nem em um código de regras permanentes; sua função é “nos dotar de diretrizes de caráter muito geral, flexíveis, imprecisas”.²²⁷ Assim, o Direito Positivo opera como uma *continuação* do Direito Natural a partir de sua aplicação a determinado contexto histórico, *complementando-o* e *corrigindo-o*, na

²²² MCINERNEY, Ralph; O’CALLAGHAN, John. Saint Thomas Aquinas. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/>. Acesso em: 4 set. 2022.

²²³ ST IaIIae q. 94, a. 5 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 569.

²²⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 148.

²²⁵ ST IaIIae q. 94, a. 5 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 569.

²²⁶ ST IIaIIae q. 57, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 6, p. 49.

²²⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 148-149.

medida em que o seu propósito é “estabelecer e aprimorar as condições gerais que tornam possível o bem comum ou público.”²²⁸

Se isso é assim, o que acontece quando nos deparamos com uma *lei contrária à lei natural, ao justo*? Quer dizer, é preciso convir que, embora a legislação deva obedecer aos pressupostos do Direito Natural, factualmente é possível editar uma lei simplesmente oposta aos ditames da justiça. O que ocorre se uma lei estabelecer que “depósitos não devem nunca ser restituídos”? O imaginário que se formou em torno desse assunto geralmente atribui à formulação jusnaturalista de Tomás de Aquino o brocardo latino “*lex iniusta non est lex*” (“*uma lei injusta não é lei*”).

O argumento é o seguinte: como o Direito Natural pressupõe a conexão entre *justo e jurídico*, conceber uma lei em contrariedade ao justo seria uma contradição em termos — uma lei injusta, assim, não seria lei alguma. O jusnaturalismo, nessa caricatura, estaria limitando excessivamente o domínio daquilo que podemos considerar “leis” ou “Direito Positivo”. Existiria, assim, um ônus enorme a ser suportado na elaboração das leis positivas, pois o mínimo escorregão em direção à injustiça poderia ser fatal.

Pois bem. O que realmente disse Tomás de Aquino? E quais as implicações daquilo que ele, de fato, afirmou? O que deve fazer um cidadão que se depara com uma lei injusta? Ele deve respeitá-la, no melhor estilo “*dura lex, sed lex*”? Ou fazer exatamente o contrário? Mais: se as leis *devem* obedecer à lei natural, uma lei que a contraria não é simplesmente uma negação da lei, uma *não-lei* que podemos simplesmente ignorar? Façamos justiça à obra de Aquino, sem espantalhos nem simplificações.

Conforme Tomás de Aquino, as *leis positivas* podem, de fato, ser *justas* ou *injustas*. Se justas, elas “têm força de obrigar no foro da consciência pela lei eterna, da qual derivam”.²²⁹ Em outras palavras, as leis positivas são justas quando compatíveis com as exigências da lei natural, consideradas em três dimensões: as leis devem ser (i) ordenadas ao bem comum e (ii) promulgadas por quem tem autoridade para tanto, (iii) impondo obrigações conforme a igualdade de proporção. Contudo, as leis positivas são injustas de dois modos: (a) *quando contrárias ao bem humano*, em afronta a qualquer um dos três itens citados anteriormente que

²²⁸ LISSKA, Anthony J. The philosophy of law of Thomas Aquinas. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 299.

²²⁹ ST IaIIae q. 96, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 589.

tornam as leis justas, ou (b) *quando contrárias ao bem divino*, como no caso das leis de tiranos que induzem à idolatria.²³⁰

Exposto isso, primeiro deve ser esclarecido que a expressão literal “*lex iniusta non est lex*”, grave e peremptória, *não é encontrada* no texto de Tomás de Aquino. Em seu *Tratado sobre a Lei*, o Aquinate se refere em duas ocasiões a uma passagem de Agostinho — “*não parece ser lei aquela que não for justa*”²³¹ — que não tem a mesma dramaticidade do *slogan* que se propaga acerca do Direito Natural. No primeiro momento em que ele se vale do excerto agostiniano, Tomás assinala que as leis quanto tem de justiça tanto tem de *força de lei*. Se a lei positiva discorda da lei natural, “já não será lei, mas corrupção da lei.”²³² No segundo momento em que ele levanta a passagem de Agostinho, ele argumenta que as leis injustas “são mais violências que leis”, e acrescenta que “tais leis não obrigam no foro da consciência”.²³³ O que significa dizer que uma lei não parece ser lei, ou que se trata de corrupção de lei, ou que ela é mais violência do que lei?

Brian Bix oferece duas possíveis interpretações. (i) Podemos entender que uma *lei imoral*, simplesmente, *não é lei alguma* — consoante adiantado previamente. Ou (ii) podemos entender que proposições como essas significam que leis injustas não são leis “no mais completo sentido” (“*in the fullest sense*”), tal como podemos nos referir a um profissional que, embora tenha os diplomas e as credenciais necessárias, parece carecer da habilidade ou do discernimento necessário para a melhor realização de seu ofício: “ela não é [realmente] uma advogada”, ou “ele não é [realmente] um médico”.²³⁴

O título, o rótulo — lei, advogada, médico —, não parece carregar consigo todas as *implicações* que usualmente carrega. Dizer que uma lei injusta não é “realmente uma lei” pode apenas significar que ela não carrega a mesma *força moral* ou oferece as mesmas *razões para ação* como as leis genuinamente consistentes com a lei natural. Conforme Norman Kretzmann, a preocupação de Tomás de Aquino, nessas passagens, não era com o aspecto *jurídico* da obrigação derivada da lei injusta, mas com o aspecto *moral* da lei injusta. Quando ele apresenta a questão na *Suma*, ela é formulada no que toca à *consciência humana*: “A lei humana impõe

²³⁰ ST IaIIae q. 96, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 589-590.

²³¹ Em latim: “*non videtur esse lex, quae iusta non fuerit.*” ST IaIIae q. 95, a. 2 e q. 96, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 576 e 590.

²³² ST IaIIae q. 95, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 576.

²³³ ST IaIIae q. 96, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 590.

²³⁴ BIX, Brian. Natural law theory. In: PATTERSON, Dennis (ed.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. p. 214.

ao homem a necessidade no foro da consciência?” O problema de a lei ser justa ou injusta, assim, não repercute propriamente naquilo que a comunidade humana deve fazer sobre um ou outro tipo, mas naquilo que o *indivíduo deve pensar sobre ela e como ele deve agir*.²³⁵

Nesse aspecto, aliás, uma lei injusta não ser lei “no mais completo sentido” não é uma questão que possa ser compreendida como um mero brocardo, um enunciado que por si só exprima toda uma complexa cadeia argumentativa. Na verdade, segundo Bix, o melhor é vermos esse enunciado como um *primeiro passo* de um argumento. Veja-se que podemos constatar que uma lei é injusta e, ainda assim, termos razões morais para obedecê-la: “se essa lei é parte de um sistema jurídico geralmente justo, e a desobediência pública da lei pode debilitar o sistema, há uma razão moral para, mesmo que mínima, obediência pública à lei injusta.”²³⁶ Lisska corrobora esse último ponto, sustentando que a ideia de Aquino era, dado seu viés conservador, defender que as condições devam ser *extremas* antes que até mesmo uma lei injusta deva ser descumprida.²³⁷ Isso de fato parece se alinhar com o que Tomás de Aquino propõe quando afirma que as leis injustas não obrigam no foro da consciência, “a não ser talvez para evitar o escândalo ou a perturbação, em razão do que o homem deve ceder de seu direito”.²³⁸

1.4 O NOMINALISMO DE GUILHERME DE OCKHAM

É possível dizer que existe, *de fato*, uma teoria do Direito Natural em Guilherme de Ockham (1270/1280-1347/1350²³⁹)? A pergunta não é retórica; na verdade, ela serve para demarcar o espaço teórico diferente ocupado por Ockham neste primeiro capítulo. Não é por uma razão *qualquer* que ele foi inserido neste momento da pesquisa. Veja-se: a dúvida não é (somente) derivada da (*i*) forma de exposição, da linguagem do *Venerabilis Inceptor*,²⁴⁰ que

²³⁵ KRETZMANN, Norman. Lex iniusta non est lex: laws on trial in Aquinas' court of conscience. **The American journal of jurisprudence**. v. 33, n. 1, p. 99-122, 1988. p. 117.

²³⁶ BIX, Brian. Natural law theory. In: PATTERSON, Dennis (ed.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. p. 214.

²³⁷ LISSKA, Anthony J. The philosophy of law of Thomas Aquinas. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 301.

²³⁸ ST IaIIae q. 96, a. 4 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4, p. 590.

²³⁹ Pairam dúvidas sobre as datas de seu nascimento e de sua morte.

²⁴⁰ Villey afirma que esse apelido de Ockham advém de supostas hostilidades relacionadas com a sua formação acadêmica: como ele nunca teria obtido o título de mestre, permanecendo com o grau de bacharel, ele ficou conhecido por ser o “venerável iniciante” (*inceptor*) Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 222.

geralmente acaba causando certo estranhamento aos nossos olhos contemporâneos — Ockham nem de longe escrevia do modo sistemático de Tomás de Aquino —, nem da (ii) intrincada relação entre suas posições teórico-filosóficas e suas conclusões prático-políticas, mas — e essa é a razão central para a presente abordagem — (iii) da presença de uma concepção *voluntarista* em seu Direito Natural. Isso pode parecer indicar a prevalência da *vontade* em um esquema teórico jusnaturalista: mas as premissas do Direito Natural não buscam justamente *algum tipo* de controle *racional* sobre a *vontade*? Será, no limite, contraditória a proposta *ockhamista*?

Mas não pretendo apressar as palavras e terminar por tropeçar em conceitos. Guilherme de Ockham é tradicionalmente visto como um *empirista* e um *nominalista*. Dessa forma, Ockham alia tanto a abordagem *empiricista* de que “todo conhecimento é baseado na experiência sensível”, e a epistemologia *nominalista* que “rejeita a possibilidade de propriedades essenciais e tipos naturais existirem fora da mente humana.”²⁴¹ É melhor afastar certas inquietações que podem surgir a partir dessas explicações: de um ponto de vista nominalista, Ockham (i) negava a possibilidade de *objetos abstratos*, tais como as entidades matemáticas, mas certamente não era contrário a abstrações como a *brancura*, ou a *humanidade*, tampouco a entidades imateriais como *Deus* e *anjos* — afinal, ele era um frade franciscano —; e ele também (ii) rejeitava uma *metafísica de universais*²⁴² — apesar da complexidade que envolve esse ponto, é possível dizer, ainda que muito sinteticamente, que Ockham acreditava que apenas *objetos particulares existem*, isto é, que tudo é *particular*.

Ockham, além disso, retomando o que mencionei no primeiro parágrafo desta seção, também era um *voluntarista* (*voluntas est superior intellectu*): isso significa que ele enfatizava a *liberdade absoluta* e a *vontade onipotente* de Deus, assim como o *livre arbítrio* humano.²⁴³ Deus determina o que é *bom* ou *ruim* pela sua própria vontade suprema. Deus não se conforma com padrão algum de racionalidade ou de bondade: a sua *vontade* é o próprio padrão.

²⁴¹ LISSKA, Anthony J. William of Ockham on law. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 321.

²⁴² Além disso, cabe acrescentar: Ockham também era nominalista (iii) enquanto defensor da redução de propostas ontológicas ao seu mínimo essencial: quanto menos categorias ontológicas fundamentais alguém propusesse, melhor. Noções como essa, juntamente com a negação dos universais, são frequentemente conectadas com uma preocupação *ockhamista* com a ideia de *parcimônia ontológica*. Daí o famoso princípio da Navalha de Ockham — “entidades não devem ser multiplicadas além do necessário” —, o qual, apesar de ter notório caráter *ockhamista*, nunca foi assim por ele definido. Cf. SPADE, Paul Vincent; PANACCIO, Claude. William of Ockham. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/ockham/>. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁴³ TIERNEY, Brian. Ockham and natural rights. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 325.

Continuamos com um conceito de jusnaturalismo em terras cristãs, mas há uma *inversão*, um giro de cento e oitenta graus inegável quando comparado com o pensamento *tomista*.

Tomás de Aquino, como se pôde verificar da seção anterior, defendia o primado da *razão divina*; em outras palavras, ele frisava que a *vontade* do Criador resulta daquilo que o *intelecto* divino reconhece como *bom*.²⁴⁴ Deus, à evidência, está na equação em ambos os autores. As *leis* (físicas, morais) provêm de Deus, tanto para Tomás de Aquino quanto para Guilherme de Ockham, mas eles se dividem na resposta à seguinte pergunta: elas são derivadas de sua *vontade* ou de sua *razão*?

“Estou convencido”, anota Michel Villey, “de que poucos estudos são mais necessários para a história da filosofia do direito que o do nominalismo confrontado com seu oposto, o realismo de São Tomás.”²⁴⁵ É com essa inspiração que desejo explorar, mesmo que sucintamente, o *Direito Natural* em Ockham. Aliás, ao colocar às claras a sua obra — a qual, é verdade, não conta com a mesma fama daquelas previamente examinadas —, tornar-se-ão ainda mais evidentes as diversas — e complexas — facetas do jusnaturalismo. Em especial, nesse caso, estaremos em uma posição privilegiada para contemplar importantes pistas sobre a semente do positivismo jurídico.

1.4.1 O prescritivismo divino e o Direito Natural

A complexidade no estudo do pensamento de Ockham passa pela dificuldade de compatibilizar suas opiniões e conclusões políticas com suas ideias acadêmicas sobre lógica, filosofia e teologia.²⁴⁶ Certamente não tenho a pretensão de pôr fim à polêmica que a questão

²⁴⁴ Entre outras acepções possíveis, Nicola Abbagnano alude à expressão *intelectualismo* para definir uma posição teórica historicamente contraposta ao *voluntarismo*, indicando “a primazia atribuída ao intelecto sobre a vontade”. Um exemplo que ele fornece é a oposição entre o *intelectualismo* de Tomás de Aquino e o *voluntarismo* de Duns Escoto, mas, conforme esclarece, há pouca precisão nessa dicotomia. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Intelectualismo*. In: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 659.

²⁴⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 226.

²⁴⁶ Muitos autores pesquisados — para não dizer todos — dedicam alguma parte de sua exposição aos problemas relacionados com a interpretação de uma obra que parece defender pontos de vista variáveis, até contraditórios, quando analisada em sua totalidade — *i.e.* quando contemplada tanto no aspecto mais prático desenvolvido por Ockham, às voltas com os problemas franciscanos de sua época, quanto na sua dimensão mais teórico-reflexiva. Não há consenso sobre isso. Nesse sentido: COLEMAN, J. Ockham's right reason and the genesis of the political as “absolutist”. **History of political thought**, v. 20, n. 1, p. 35-64, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26217550>. Acesso em: 4 set. 2022. Também: TIERNEY, Brian. Ockham and natural rights. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 325.

envolve, nem mesmo o interesse de adentrar a fundo esse ponto; afinal, o trabalho não é centralizado nesse autor. Qualquer tentativa dessa natureza seria tão temerária quanto desnecessária para os presentes fins. Assim sendo, apresentarei uma versão sobre o que é dito *em geral* sobre o *direito natural* em Ockham, levantando apenas uma particularidade relacionada com a *reta razão* mais à frente.

A interpretação que é comumente realizada sobre o *direito natural* em Ockham pode ser compreendida a partir da já mencionada oposição entre os *realistas* e os *nominalistas*. “A antiga visão”, afirma Otto von Gierke, “a qual é mais especialmente aquela dos Realistas [como Tomás de Aquino], explicava a *Lex Naturalis* como um ato intelectual independente da Vontade” — nesse sentido, a *lei natural* era como uma *lex indicativa*, pois Deus não era propriamente um legislador, aproximando-se mais de um professor trabalhando a partir da Razão —; ou seja, como um *ditado*, uma *prescrição* da razão sobre o que é *certo*, fundado no Ser Divino, mas inalterável até mesmo por ele. “A opinião oposta”, continua Gierke, “proveniente do puro Nominalismo [do qual Ockham é considerado expoente], via na Lei da Natureza um mero Comando divino, o qual era certo e vinculante meramente porque Deus era o legislador.”²⁴⁷

De uma maneira bastante didática, é possível apresentar a divergência entre Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham a partir do famoso *dilema de Eutífron*, oriundo de uma pergunta formulada por Sócrates a Eutífron no diálogo homônimo: “a piedade é amada pelos deuses porque é piedade, ou é piedade porque é amada pelos deuses?”. Dito de outra forma: “alguma coisa é boa porque os deuses a amam, ou os deuses a amam porque essa mesma coisa é boa?”. É *o desejo de Deus que torna uma ação correta*, ou a ação é correta porque ela está de acordo com algum parâmetro que determina a sua bondade ou o seu acerto (*rightness*)? Ockham, sem causar espanto, endossa a primeira parte da pergunta (em itálico) — afinal, o seu *Direito Natural* é resultado do mero comando divino —; enquanto Tomás de Aquino concorda com a segunda parte (sem grifo).²⁴⁸

²⁴⁷ O parágrafo foi construído a partir da tradução livre e da adaptação do seguinte trecho: “*The older view, which is more especially that of the Realists, explained the Lex Naturalis as an intellectual act independent of Will — as a mere lex indicativa, in which God was not lawgiver but a teacher working by means of Reason — in short, as the dictate of Reason as to what is right, grounded in the Being of God but unalterable even by him. [...] The opposite opinion, proceeding from pure Nominalism, saw in the Law of Nature a mere divine Command, which was right and binding merely because God was the law-giver. So Ockham, Gerson, d’Ailly.*” Cf. GIERKE, Otto. **Political theories of the Middle Age**. Translated with an introduction by Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1900. p. 173.

²⁴⁸ LISSKA, Anthony J. William of Ockham on law. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 322.

Além disso, conforme expõe José N. Heck, Guilherme de Ockham concebe o *Direito Natural* como mera consequência da fé cristã. Se Tomás apostava na possibilidade de a simples razão humana — mesmo a dos pagãos — atingir parte das verdades reveladas, Ockham sustentará que a revelação é *condição necessária* para tanto. Assim, “o direito natural apenas notifica aos homens a vontade de Deus como único legislador do bem-viver, cujo fim último é idêntico à visão beatífica.”²⁴⁹

Heck, inclusive, identifica uma complicada situação a que Ockham termina por se conduzir. De um lado, “[s]e a validade das leis naturais provém do fato de elas serem boas, não há necessidade de uma lei revelada. Caso, mesmo assim, dela houver alguma, essa não poderá contrariar aquelas.” Com essa visão tomista, ou “a lei revelada é supérflua, ou não passa de uma potencialidade normativa da *phýsis* grega.” Por outro lado, se “a validade das leis naturais não está assegurada, devido ao fato de tratar-se de leis eticamente questionáveis,” prossegue Heck, então “a lei revelada deve postular uma alteração substancial da natureza humana como fonte do *ius naturale*, caso o homem deva cumprir o que está prescrito em leis às quais ele não tem acesso por meios naturais.”²⁵⁰ O “antiaristotelismo” *ockhamista*, portanto, parece exigir do homem a observância de uma lei que não lhe seria própria por natureza.

Arthur Kaufmann explica ponto semelhante como decorrência do nominalismo *ockhamista*. Dizer que só há o individual, o especial, e não o geral, significa afirmar que os *universalia* (os universais) não são *ante rem* — *i.e.* ideias “em si mesmas” —, mas meros *post rem* — *i.e.* “conceito (*nomen*) construído pelo espírito pensante.”²⁵¹ Isso implica, ainda conforme Kaufmann, que “não pode haver uma lei natural geral realmente existente” — aliás, nas próprias ciências naturais, suas leis naturais nada mais são do que “generalizações científicas” —, restando espaço apenas para uma “doutrina do direito natural subjectivista” (“idealista”), que não concebe o Direito Natural como “algo dado ou sequer preestabelecido”: trata-se apenas de um produto da teoria,²⁵² um corolário dos preceitos cristãos.

O *Direito Natural*, em Ockham, não deixa de existir, mas ele não mais conta com a distinção que lhe dispensava o *Doctor Angelicus*. A *vontade divina* determina o *certo* e o

²⁴⁹ HECK, José N. Jusnaturalismo e dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v. 44, n. 4, p. 995-1009, dez. 1999. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35252>. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁵⁰ HECK, José N. Jusnaturalismo e dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v. 44, n. 4, p. 995-1009, dez. 1999. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35252>. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁵¹ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 81.

²⁵² KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 81.

errado, e a Revelação é *conditio sine qua non* do conhecimento da verdade. O *Direito Natural* não existe *em si mesmo*, como uma espécie de categoria universal da essência humana — *ante rem*, seguindo Kaufmann —, pois ele somente pode ser concebido, *ontologicamente*, a partir dos comandos divinos. É, pois, o caminho inverso adotado por Tomás de Aquino.

No limite, nenhuma obrigação recai sobre Deus. E isso deve ser levado às últimas consequências: Deus pode até mesmo “ordenar que por um certo tempo ele próprio não seja amado.”²⁵³ Isso pode ser lido como: se é possível argumentar que é da *natureza* do homem amar a Deus sobre todas as coisas, assim é porque Deus o *quis*; na verdade, ele poderia até mesmo desejar o contrário, *sem contradição*. A natureza humana, o direito natural, decorrem de uma concepção voluntarista sobre a ética; são, portanto, *contingentes*. E quanto à “reta razão”?

Nessa altura, avanço com cautela. Conforme já adiantei, há muita discussão em torno da melhor leitura da relação entre as ideias acadêmicas e as posições políticas de Ockham — como franciscano, ele se envolveu em árdua disputa teológica com o papa João XXII, de modo que seu trabalho pode ser interpretado, em determinados pontos, mais como *tática de debate* do que como uma proposta verdadeiramente crítica e rigorosa —, e até mesmo sobre a possibilidade de compreender seu pensamento *jurídico* à luz de suas concepções *metafísicas* — lembro aqui que Ockham não era um autor sistemático como Tomás de Aquino, de sorte que é natural que surjam problemas na articulação, pela bibliografia secundária, entre posições teóricas que não foram devidamente coordenadas pelo próprio autor.

Em seus *Dialogus* e nos *Comentários às Sentenças de Pedro Lombardo*, Ockham se refere à “reta razão” de maneiras que parecem embaralhar o que foi até aqui exposto. Em um momento, é pelo próprio fato de o divino *comandar* que a *reta razão* diz que deve assim ser desejado; em outro, o desejo passa a ser (cor)reto por meio de sua *conformidade* com a *reta razão*.²⁵⁴ Shepard, por exemplo, argumenta que noções como “direito natural ou razão natural evidente” não são estranhas ao pensamento *ockhamista*; na verdade, segundo ele, seria possível argumentar que Ockham apegava-se à ideia, da antiga tradição, de princípios da natureza *eternos, imutáveis*, passíveis de serem descobertos pelo uso da razão.²⁵⁵ Brian Tierney é outro autor que se opõe ao voluntarismo extremista a que Ockham foi relegado: anedoticamente,

²⁵³ OCKHAM, Guilherme de. Física e ética. In: CIVITA, Victor (ed.). **Seleção de textos de Tomás de Aquino, Dante Alighieri, John Duns Scot, William of Ockham**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 404. (Os Pensadores VIII).

²⁵⁴ LISSKA, Anthony J. William of Ockham on law. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 323.

²⁵⁵ SHEPARD, Max A. William of Occam and the Higher Law. **The American Political Science Review**, v. 26, n. 6, p. 1005-1023, dez. 1932. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1947697>. Acesso em: 4 set. 2022.

parece haver “um mundo concebido *aristotelicamente*, cheio de luz e doce razão, e um mundo concebido *ockhamisticamente*, onde tudo são trevas e vontade cega.”²⁵⁶

De toda sorte, o coração do *Direito Natural* em Ockham parece se encontrar mesmo na *vontade*. Fazendo minhas as palavras de Francis Oakley, “o fato é que [...] não há nada que seja, em si, *final* sobre a *reta razão*; a última prioridade reside na vontade divina”.²⁵⁷ Nenhum ato contra a *reta razão* pode ser virtuoso, já que isso significaria um ato contra o próprio preceito divino e contra a vontade divina que comanda que tal ato seja realizado em conformidade com a *reta razão*. Esse é o *núcleo* da posição de Ockham, uma posição que, para além de rejeitar uma dicotomia entre os respectivos critérios da *reta razão* e da vontade divina, estabelece uma conexão *hierárquica* entre eles.²⁵⁸

Assim sendo, é correto dizer que Ockham conjuga elementos *voluntaristas* com a *reta razão* — ainda que limitada pelo que a *vontade divina prescreve* —, o que, de algum modo, *ameniza* a tradicional visão de que haveria um voluntarismo “radical” no seu pensamento. Concisamente, deve ficar a ideia de que o *direito natural*, em Ockham, está relacionado com a apreensão, por meio da *reta razão*, da *vontade divina*. De um lado, exige-se um *empreendimento intelectual* por parte dos seres humanos; de outro, no campo divino, não existe limitação *racional* para o que Deus pode desejar.

1.4.2 Jusnaturalismo voluntarista ou positivismo jurídico?

O jurista britânico John Austin (1790-1859), didaticamente, assim redigiu uma das mais célebres premissas do positivismo jurídico:

A existência do Direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ele existe ou não é uma questão; se ele está ou não está conforme um determinado padrão é uma questão diferente. Existir é uma questão; estar de acordo com um determinado padrão

²⁵⁶ Tradução livre para: “*There is an Aristotelian thought-world, full of light and sweet reason, and an Ockhamist thought-world, where all is darkness and blind will.*” Cf. TIERNEY, Brian. **The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law, and church law, 1150-1625.** Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 2001. p. 30, grifo nosso.

²⁵⁷ OAKLEY, Francis. Medieval theories of natural law: William of Ockham and the significance of the voluntarist tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 6, n. 1, p. 65-83, 1961. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=nd_naturallaw_forum. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁵⁸ OAKLEY, Francis. Medieval theories of natural law: William of Ockham and the significance of the voluntarist tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 6, n. 1, p. 65-83, 1961. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=nd_naturallaw_forum. Acesso em: 4 set. 2022.

é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que dela desgostemos, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.²⁵⁹

A partir da expressão *austiniana*, que une a virtude da clareza sem cair em simplificações, é possível compreender um ponto fundamental do positivismo jurídico: ao separar a questão da *existência do direito* do problema do *valor moral do direito* — o *ser (is)* do *direito* do seu *dever-ser (ought)* —, os positivistas assumem que “é tanto possível quanto valioso ter uma teoria do direito descritiva e moralmente neutra.”²⁶⁰ No positivismo jurídico, a *existência* do direito e o seu próprio *conteúdo* dependem de *fatos sociais*, e não de sua *qualidade moral*, seu *mérito*.²⁶¹ O Direito, assim, passa a ser investigado a partir de elementos empiricamente verificáveis, de *fatos*, uma empreitada com pretensão *avalorativa* acerca das práticas sociais jurídicas. Questões como essas serão vistas com mais vagar nos capítulos seguintes deste trabalho, mas a exposição dessas premissas, ainda que de forma vaga e um pouco desorganizada, são condição necessária para esta reflexão.

Muito bem, será possível que Ockham estaria defendendo uma espécie de positivismo *jurídico, avant la lettre*, ainda que incipiente? O problema é importante: Michel Villey, por exemplo, dedica páginas e páginas de sua abordagem sobre Ockham a partir de um *possível* positivismo jurídico em sua obra.²⁶² Argumentarei que *não* há positivismo jurídico em Ockham: seu pensamento tem uma tonalidade diferente do que comumente se entende por jusnaturalismo clássico e medieval, mas não existe uma ruptura que autorize a colocá-lo em uma outra matriz teórica.

Aparentemente, ao menos em um lance de vista superficial, atribuir a Ockham, um autor voluntarista, nominalista, o rótulo de *positivista jurídico* parece ter *algum* sentido. Philotheus Boehner ressalta que “a teoria ética de Ockham é, às vezes, chamada de *positivista*”.²⁶³ É fácil

²⁵⁹ Tradução livre para: “[t]he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation”. Cf. AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832]. p. 157.

²⁶⁰ BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2022 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>. Acesso em: 4 set. 2022.

²⁶¹ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁶² É preciso mencionar, no entanto, que Villey, a quem não faltava sensatez, não chegou a arriscar que Ockham foi verdadeiramente o *primeiro* positivista jurídico, ou seja, seu *inventor*. Cf. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 249.

²⁶³ A passagem se encontra na introdução redigida por Boehner em um livro que reúne escritos filosóficos diversos de Ockham. Cf. OCKHAM, Guilherme de. **Philosophical writings**: a selection. Traduzido por e com introdução de Philotheus Boehner. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1964. p. xlviii, grifo nosso.

entender o motivo: como se viu, o *Venerabilis Inceptor* sustenta que a moralidade de um ato humano, a sua qualidade de certo ou errado, está amparada pela própria *ordem* ou *comando* de Deus, sem recorrer a uma *razão divina*, a uma *lei eterna*, como parâmetro e medida da vontade divina. Em outras palavras: o que importa é o *comando* de Deus, um *fato*, sem necessidade de perquirir sobre o *mérito*, a razão, desse imperativo.

Michel Villey reconhece que remontar o *positivismo jurídico* ao início do século XIV “não deixa de contrariar a opinião corrente”: ainda assim, o título de seu capítulo dedicado à teoria jurídica *ockhamista*, no livro *A formação do pensamento jurídico moderno* (citado aqui diversas vezes em virtude de sua excelência) é, justamente, “O positivismo jurídico de Guilherme de Ockham”. A sua definição de positivismo jurídico, entretanto, é um tanto vaga: “a doutrina que exalta o direito positivo a ponto de pretender edificar sobre a lei, e apenas sobre a lei, o *conjunto da ordem jurídica*.”²⁶⁴

É nesse sentido, segundo Villey, que “o positivismo jurídico é produto do *nominalismo*”, o qual configura parte marcante da doutrina *ockhamista*. Dessa forma, como se sabe, Ockham apenas reconhecia “*res positivae*” singulares como objeto do conhecimento; no Direito, portanto, ele só poderia reconhecer, logicamente, como “fontes de direito fórmulas de leis, expressões de vontades individuais, e não mais a ordem da natureza.” É assim, diz Villey, que “Guilherme de Ockham concebeu e até aplicou o positivismo jurídico.”²⁶⁵

Do que se depreende do modo como conduz seus argumentos subsequentes, Villey parece querer “forçar” o argumento. Primeiro, (i) ele defende que o voluntarismo divino em Ockham está apenas relacionado com a *lei natural moral*, mas não precisamente o *direito*; segundo, (ii) Villey recorre à ideia de que, “em seu íntimo”, Ockham não considerava preceitos morais como “não matarás”, “não cometerás adultério”, como realmente *necessários* para a razão, nem autenticamente “naturais”, pois sua origem é *positiva*, é a simples vontade de Deus; terceiro, (iii) ele sustenta ser “impossível o autêntico direito natural ingressar na óptica do *nominalismo*”²⁶⁶ — repetindo o ponto do parágrafo anterior. O seu discurso é longo, mas espero ter sintetizado seus pontos principais com alguma justiça.

É possível desenvolver objeções às inquietações *villeyanas*. De início, não se mostra a melhor estratégia realizar um “salto” lógico do *nominalismo* de Ockham para um possível

²⁶⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 234-236.

²⁶⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 236.

²⁶⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 237-240.

positivismo jurídico. Tanto não é impossível um *Direito Natural* com um pano de fundo nominalista que o próprio Ockham nunca abandonou a expressão. Aliás, ainda que Guilherme de Ockham possa ter dado bastante ênfase às leis romanas *positivas*, sobretudo diante dos seus embates acalorados com o papa, isso nunca significou negar o *caráter vinculativo* da ordem superior moral de Deus. Utilizando-me da mesma linha argumentativa de Villey, não é de se imaginar que Ockham concordaria com uma legislação que atentasse contra os preceitos morais “não matarás”, “não cometerás adultério”. O imperador pode baixar leis, pode alterar antigos decretos, mas não é coerente com o pensamento *ockhamista* que tais legislações pudessem se chocar com as verdades (vontades) divinas. Dessa forma, as “fontes sociais”, as convenções, se encontram limitadas por um *Direito superior, divino*.

Portanto, (i) não parece haver impossibilidade de compatibilização entre o nominalismo *ockhamista* e o seu *Direito Natural*; (ii) o seu voluntarismo divino tem, sim, implicações sobre o Direito em Ockham — leis humanas *não devem ser* contrárias aos comandos de Deus —; (iii) o fato de preceitos divinos serem provenientes da vontade de Deus em detrimento da razão divina não significa que Ockham não os considerasse preceitos morais propriamente ditos; (iv) um “positivismo jurídico” em Ockham teria de lidar com uma limitação substantiva *externa e superior*, o que entraria em contradição com a tradicional máxima positivista relacionada com as *fontes sociais* — *i.e.* a existência do direito em Ockham depende não apenas das práticas sociais, mas também da *revelação divina*. Ao que se vê, a “afiada distinção entre o Direito como ele é e o Direito como ele deve ser”,²⁶⁷ traço do positivismo jurídico bem identificado por Lon Fuller, não aparece nos trabalhos de Ockham.

Se pode ser verdade que muitas das expressões do *Direito Natural* não combinam com o pensamento jurídico *ockhamista*²⁶⁸ — e isso concedo a Villey —, daí não decorre que devamos catapultá-lo para “o outro lado” da dicotomia jusnaturalismo-positivismo jurídico. Parece muito mais adequado vasculhar por uma vaga entre os jusnaturalistas, ainda que, para isso, tenhamos de encaixá-lo como um caso à parte. Não penso, de qualquer sorte, que o principal a ser considerado é a *etiqueta*, o *título* por si mesmo; contudo, Ockham não propõe um caminho intermediário nem adere às propostas características do positivismo jurídico. Aliás, o *próprio*, como vimos, aludia ao *Direito Natural* direta e literalmente.

²⁶⁷ Tradução livre para “*a sharp distinction between the law that is and the law that ought to be*”. Cf. FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1940. p. 8.

²⁶⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 235.

Seja como for, não pode deixar de ser ressaltado que no positivismo jurídico podemos encontrar “fortes traços do nominalismo de Ockham”, como bem pontuou Lenio Streck.²⁶⁹ Posicionamento similar é compartilhado por Francis Oakley, para quem “a mudança para as pressuposições metafísicas necessárias para o desenvolvimento de uma ciência natural empírica ou quase-empírica fez muito para encorajar o crescimento de um positivismo jurídico desenvolvido.”²⁷⁰

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 230.

²⁷⁰ Tradução livre para: “*In a very tentative way, therefore, I would proffer the general conclusion that the shift to the metaphysical presuppositions necessary for the development of an empirical or quasi-empirical natural science did much to encourage the growth of a full-blown legal positivism.*” Cf. OAKLEY, Francis. Medieval theories of natural law: William of Ockham and the significance of the voluntarist tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 6, n. 1, p. 65-83, 1961. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=nd_naturallaw_forum. Acesso em: 4 set. 2022.

2 O DIREITO NATURAL MODERNO E O POSITIVISMO JURÍDICO

“Além disso, quem diz que é a ciência que determina a natureza da realidade presume que as ciências têm uma única voz. Acredita que existe um monstro, a CIÊNCIA, e que quando ele fala, repete e repete sem parar uma única mensagem coerente.”²⁷¹

(Paul K. Feyerabend)

Com o avanço da história, um sem-número de aspectos conduzem o conhecimento da humanidade para um lado ou para outro, alterando-o em certos pontos ou até inaugurando um novo e inovador modo de pensar. Nenhum esforço humano pode dar conta de identificar e analisar cada um desses elementos e causas que nos influenciam. Muitas vezes, todavia, os historiadores e filósofos conseguem delimitar algumas situações ou eventos cuja importância para o que veio a acontecer posteriormente é, simplesmente, inegável. No que concerne ao Direito, da parte final da Idade Média em diante podemos distinguir ao menos *duas questões* que foram decisivas não apenas para a alteração do modo de conceber o jusnaturalismo, mas também para o surgimento do positivismo jurídico em suas primeiras — e autênticas — versões. Refiro-me aqui (*i*) à perda da unidade cristã e (*ii*) ao florescimento das ciências naturais.

(*i*) Com a Reforma Protestante, que fragmentou a cristandade e deu início a infindáveis disputas acerca da religião, houve “um importante estímulo para a busca de uma comunidade de valores que não fosse dependente de nenhuma confissão religiosa particular”, conforme anota Knud Haakonssen.²⁷² Para os protestantes, a pressuposição da *continuidade e interdependência morais* entre Deus e seres humanos, na base do Direito Natural escolástico — *e.g.* a lei natural de Tomás de Aquino e a sua relação necessária com a lei eterna —, era simplesmente inadmissível. Para eles, o ponto de partida era, justamente, a *descontinuidade completa* entre Deus e homem, uma descontinuidade que, portanto, “tornava impossível fornecer uma formulação racional da moralidade humana a partir da referência a Deus e sua lei

²⁷¹ FEYERABEND, Paul K. **Ciência, um monstro**: lições trentinas. Tradução de Rogério Bettoni. Edição, revisão e notas de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 85.

²⁷² HAAKONSSSEN, Knud. Early modern natural law theories. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (eds.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 76.

eterna.”²⁷³ Não havia uma conexão direta e imediata entre os seres humanos e o Criador,²⁷⁴ apenas um abismo que poderia ser preenchido por meio da *fé*.

Lutero, um dos protagonistas da Reforma, defende que a capacidade humana de discernir entre o bem e o mal, embora tenha sido inscrita nos corações de todos os homens por Deus, é tão obscurecida pelo Diabo que sequer é possível reconhecer seus mandamentos: a natureza humana está totalmente pervertida pelo pecado original. Assim, conforme esclarece Kaufmann, “entre a *lex aeterna* e a *lex humana*, entre o reino de Deus e o reino dos homens não há uma ponte *jurídica*, só existe o dom de Deus através da sua graça misericordiosa.”²⁷⁵ Se a *lumen naturale* apagou-se, o homem precisa da fé, do Evangelho.

É nesse sentido que, com Lutero e seus seguidores espirituais, o Direito perde seu caráter sagrado. Não há mais participação na *lei eterna*. Agora é verdadeiro Direito *secular*, entregue totalmente às autoridades seculares.²⁷⁶ Assim, segundo Villey, o Direito sofria uma importante desvalorização pela teologia luterana, ficando reduzido a um instrumento da vida terrena, temporal. Estava arrasada a razão humana, incapaz de discernir as instituições naturais das que vão contra a natureza.²⁷⁷

(ii) A turbulência provocada no conhecimento humano durante a Modernidade, como não poderia deixar de ser, atingiu diretamente a Teoria do Direito. O amplo desenvolvimento das ciências naturais e o contínuo crescimento do seu âmbito de aplicação nas mais diversas atividades trouxeram profundas rupturas no panorama intelectual. O poder analítico das novas ideias científicas estava associado a uma nova era do entendimento: a *era da razão*, do *racionalismo*.²⁷⁸

O Direito Natural moderno sofreu forte influência do conceito científico *racionalista*.²⁷⁹ Apenas a partir da própria e reta razão seria possível alcançar o Direito *correto, justo* de acordo

²⁷³ HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy**: from Grotius to the Scottish Enlightenment. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 25.

²⁷⁴ Veja-se que foi justamente essa ideia de que *todo* ser humano, apenas em virtude de *ser humano*, participava da lei eterna por meio da lei natural (conexão direta e inata com Deus) que permitiu que Tomás de Aquino trouxesse o *corpus aristotelicum*, de origem pagã, para “dentro” da filosofia cristã.

²⁷⁵ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 82.

²⁷⁶ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 82.

²⁷⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 315-321.

²⁷⁸ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 83-84.

²⁷⁹ Para evitar quaisquer mal-entendidos, sem negar a imensa complexidade que gravita em torno do tema, a ideia do *racionalismo* aqui está atrelada à possibilidade de se afirmar que “nossos conceitos e conhecimento são obtidos

com a natureza humana. Sem Formas, nem substância, nem lei eterna: há apenas a capacidade humana de conhecimento para buscar uma ordem jurídica de caráter universal, “necessariamente válida para todos os homens e para todos os tempos.”²⁸⁰ Essa pretensão, pelo seu próprio caráter de generalidade, devia ser perseguida à margem dos *factos*, isto é, da *experiência empírica*. A natureza que caracterizava as teorias de Direito Natural clássico estava no mundo *exterior* — ainda que falássemos em “natureza dos homens”, tratava-se de uma natureza à qual a razão devia se dirigir. Não mais: o Direito Natural racionalista não depende de nenhum mundo exterior, uma natureza com essências que forneçam sentido. O sentido está na própria razão, em uma espécie de tentativa de situar-se entre os extremos da razão subjetiva e a observação objetiva da realidade. Esse é o ponto-chave para compreender a abordagem que segue.

Uma abordagem, aliás, que, pela própria diversidade de autores acaba por corroborar a citação que abre este capítulo, que traduz, *grosso modo*, o espírito do que desejo transmitir: a ânsia científica nunca se traduziu — nem se traduzirá — em uma *visão unitária* de mundo. Séculos de pesquisas demonstra(ra)m a importância de se entender a construção científica como um empreendimento intrinsecamente plural: para nós pode até mesmo parecer risível que alguém do gênio de *Sir* Isaac Newton tenha concebido um Deus interventor para corrigir supostos defeitos na trajetória dos planetas, mas isso de fato ocorreu, e foi necessário que Leibniz nos lembrasse que, se Deus realmente cria algo, ele o cria com perfeição.²⁸¹

2.1 O JUSNATURALISMO RACIONALISTA DE *HUGO GROTIUS*

É bastante comum encontrar autores que definam Hugo Grócio (1583-1645), ou em sua versão latinizada, *Hugo Grotius*, como “o pai do direito natural moderno”.²⁸² Sua presença,

independentemente da experiência sensível”. Quer dizer, para os fins do presente trecho, um Direito Natural racionalista se voltará para conhecer o Direito *a partir* da própria razão humana, em detrimento dos dados colhidos no “mundo exterior”. Por todos os importantes autores, remeto o leitor a René Descartes, cuja expressão “*cogito, ergo sum*” é amplamente considerada um dos grandes marcos do pensamento racionalista, pois o *cogito* essencialmente traduz a dependência do conhecimento para com nossa própria consciência reflexiva e intuitiva de nossos pensamentos. Cf. MARKIE, Peter; FOLESCU, M. Rationalism vs. empiricism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁸⁰ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 85.

²⁸¹ FEYERABEND, Paul K. **Ciência, um monstro**: lições trentinas. Tradução de Rogério Bettoni. Edição, revisão e notas de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 71-72.

²⁸² Este título é, certamente, menos conhecido do que o outro que lhe é comumente atribuído: o de “pai do direito internacional (público) moderno”. Cf. HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy**: from Grotius to the Scottish Enlightenment. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 15.

portanto, em um trabalho disposto a estabelecer as diferentes conexões entre a *Moralidade* e o(s) *jusnaturalismo(s)*, é indispensável. Rótulos de tamanha pretensão, indicando importante inovação e originalidade no conhecimento, no entanto, sempre devem passar por uma contextualização para a devida apreensão de seu sentido.

Knud Haakonssen, por exemplo, refere que há muita literatura que divide o *Direito Natural* a partir do pensamento tomista: é como se houvesse um Direito Natural *anterior* que se encaminhava para a versão paradigmática de Tomás de Aquino, e outro Direito Natural *posterior* dela derivado. Tal aproximação resultou em disputas de longa data sobre o *status* do Direito Natural protestante²⁸³ que predominou na Europa entre os séculos *xvii* e *xviii vis-à-vis* o tomismo, muitas vezes gravitando em torno da originalidade de *Grotius*.²⁸⁴ Por sua vez, António Manuel Hespanha, em sua *Introdução* à edição brasileira d’*O Direito da Guerra e da Paz*²⁸⁵ — *magnum opus* de Grotius —, argumenta que há exageros nas palavras daqueles que negaram a originalidade de Grotius, autor que teve crédito por ter, segundo Hespanha, “pela primeira vez, formulado, cautelosamente, a ‘hipótese impiíssima’ de prescindir do papel constituinte de Deus na formação de um direito do género humano”.²⁸⁶

A posição externada por Hespanha é a compreensão padrão que se tem do Direito Natural *grotiano*: ele teria conseguido inaugurar a *era secular*, após longo período de domínio da tese da origem *divina* do Direito Natural, da qual a obra *tomista* é o principal expoente. É o “*etiamsi daremus Deum non esse*” (mesmo que admitíssemos que Deus não existisse), de *Grotius*, constante do *Prolegomena* do seu *De jure belli ac pacis*:

“11. O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existira Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados.”²⁸⁷

KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 85.

²⁸³ Relacionado com o que foi rapidamente discutido na seção anterior (item de abertura deste capítulo).

²⁸⁴ HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy: from Grotius to the Scottish Enlightenment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 15.

²⁸⁵ Em latim: *De Jure Belli ac Pacis* (1625).

²⁸⁶ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 15.

²⁸⁷ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 40. Na versão em língua inglesa consultada, encontra-se texto similar: “*And indeed, all we have now said would take place, though we should even grant, what without the greatest Wickedness cannot be granted, that there is no God, or that he takes no Care of human affairs.*” Cf. GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v. 1. p. 89.

Em Grotius, mesmo se negássemos a existência de Deus — o que não poderia ser concedido sem a mais extrema *perversidade* —, a natureza humana *per se* continuaria a nos fornecer uma orientação, indicar-nos o caminho para conhecer e agir, para distinguir o certo do errado. Esse é um ponto fundamental em Grotius, não há dúvidas.

John Finnis, entretanto, considera que categorizar Grotius como “inovador”, ou “original”, *somente* em razão da hipotética negação ou indiferença com relação a Deus, é um “mero mal-entendido” (*mere misunderstanding*); afinal, “deve-se assumir que Grotius conhecia (ainda que apenas por sua leitura de Suarez) que [...] a hipótese da não-existência de Deus (ou indiferença) era comum no debate teológico desde, pelo menos, o meio do século quatorze.”²⁸⁸ Mais: Deus existe, criou o mundo e o povoou, mas não há necessidade alguma de pensar no caráter divino da criação para compreender a constituição do mundo físico, e todas as pessoas de todos os períodos da história, independentemente de suas crenças religiosas, haviam concordado com relação aos princípios do Direito Natural.²⁸⁹ Como entender tudo isso? O que é, de fato, o *Direito Natural* em Grócio e como ele se relaciona com a *divindade*? O que Finnis propõe para superar o *misunderstanding*?

2.1.1 A natureza humana, não Deus

Os dois textos “filosóficos”²⁹⁰ mais influentes de Hugo Grotius apresentam noções aparentemente conflitantes de *Direito Natural*. No *De iure praedae commentarius* (*Comentário sobre a lei do prêmio e do saque*²⁹¹, de 1604-1605), Grotius é bastante contundente ao dizer que é necessário dar “o primeiro lugar e autoridade preeminente” à seguinte regra: “*O que Deus mostrou ser Sua Vontade, isso é o direito*” (*Quod Deus se vele significarit, id jus est*). Esse é o princípio primário, e ele aponta à *causa* do direito.²⁹² O papel de Deus, aqui, aproxima-se

²⁸⁸ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 43.

²⁸⁹ Trecho redigido a partir de tradução livre e adaptação de passagem da introdução escrita por Richard Tuck a “The rights of war and peace”: “[...] Grotius accepted that God had indeed created the world and peopled it with beings constituted along these lines; but one did not need to think about the divine character of the creation to apprehend what the constitution of the physical world was, and all people at all periods of history, irrespective of their religious commitments, had agreed on the principles of natural law.” Cf. GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v.1. p. xxiv.

²⁹⁰ Digo “filosóficos” para separá-los de outras obras de Grotius relacionadas com outras áreas do conhecimento, como o *Pontifex Romanus*, uma coletânea de textos sobre eventos políticos de sua época, o *Annales et Historiae de Rebus Belgicis*, uma pesquisa sobre a história dos Países Baixos, e outros tantos de suas dezenas de trabalhos.

²⁹¹ Tradução livre do título do livro traduzido para o inglês: “*Commentary on the law of prize and booty*”. Cf. GROTIUS, Hugo. **Commentary on the law of prize and booty**. Edited with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

²⁹² Texto traduzido e adaptado de: “[...] *let us give first place and pre-eminent authority to the following rule: What God has shown to be His Will, that is law. This axiom points directly to the cause of law, and is rightly laid down*

daquele do Direito Natural *ockhamista*, ou seja, é ele quem determina *voluntaristicamente* o que é bom e mau.²⁹³

No *De jure belli ac pacis* (1625), em momento posterior de seu pensamento, mais maduro, Grotius apresenta o já referido “*etiamsi daremus Deum non esse*” (mesmo que admitíssemos que Deus não existisse). Conforme expõe Brian Bix, “o direito natural, o direito superior a partir do qual as ações das nações, dos legisladores, e dos cidadãos poderiam ser julgados, não exigia a existência de Deus para sua validade.”²⁹⁴ De qualquer sorte, Deus, na teoria de *Grotius*, *existe*: a fé cristã *grociana* é declarada e frequentemente vem à tona em seus textos, mas, mais do que isso, Deus continua sendo, em alguma medida, *fonte* do direito.²⁹⁵ Afinal, foi Deus, por sua suprema vontade, que dotou o homem dos seus próprios *princípios inerentes*.

Apesar disso, a presença de Deus no esquema traçado por *Grotius* não significou a submissão da existência do Direito Natural à razão ou à vontade divinas. O “fundamento comumente partilhável para o direito natural”, segundo Hespanha, seria a própria *natureza*, a partir da qual poderíamos destilar *princípios universais*, para além das contingências dos comportamentos da vida humana — o Direito Natural era “*imane*nte à ordem das coisas, aos equilíbrios universalmente observados.”²⁹⁶ Não é necessário que o homem creia em Deus, nas premissas cristãs, para que ele possa compreender o Direito Natural. *Grotius*, deve ser esclarecido, não negava a existência de uma ordem transcendente ao mundo, nem a criação divina dessa ordem por Deus, mas que “a ordem é verdadeira independentemente das crenças individuais.”²⁹⁷

as a primary principle.” Cf. GROTIUS, Hugo. **Commentary on the law of prize and booty**. Edited with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. p. 19.

²⁹³ Embora haja autores que o *De iure praedae* “pertence firmemente” à tradição do jusnaturalismo voluntarista, como Jon Miller. Michel Villey vai por outra linha: para o francês, a regra de que “o que Deus mandar é o direito” é uma fórmula vazia; na verdade, mesmo no *De iure praedae*, “a verdadeira fonte será a moral neo-estóica e a razão”, uma lei comum da própria natureza do homem. Cf. MILLER, Jon. Hugo Grotius. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/grotius/>. Acesso em: 9 jan. 2022; VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 641.

²⁹⁴ BIX, Brian. Natural law theory. In: PATTERSON, Dennis (ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2. ed. Malden/Oxford/Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. p. 215.

²⁹⁵ “Essa já é outra fonte do direito, além daquela que emana da natureza, a saber, aquela que provém da livre vontade de Deus, à qual nossa razão nos prescreve de nos submetemos de modo irrefutável.” GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 41.

²⁹⁶ Grifo meu. Na introdução de GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 20-21.

²⁹⁷ JONES, Meirav. Natural law as true law. In: LESAFFER, Randall; NIJMAN, Janne E. (eds.). **The Cambridge Companion to Hugo Grotius**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 151.

“O direito natural”, diz *Grotius*, “é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus.”²⁹⁸ O rigor dessa limitação ao poder divino é *matemático*: Deus não pode fazer com que dois mais dois não sejam quatro, nem que o intrinsecamente mau não seja mau. A *natureza humana*, sua *essência*, uma vez concebida de determinada maneira por Deus, não pode mais ser alterada. E é essa essência, esses princípios inerentes, que nos permitem reconhecer o *justo do injusto*: “a natureza do homem [...] é ela própria a mãe do direito natural.”²⁹⁹ Assim, “[o] direito natural nos é ditado pela *reta razão* que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional,” prossegue *Grotius*, “é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena.”³⁰⁰

Grotius, nesse sentido, torna o ser humano suficiente, por meio de sua capacidade *racional*, de sua própria *natureza*, para encontrar os princípios mais fundamentais da ética, da política, do direito. De que modo isso se desenvolve? Em *Grotius*, a natureza humana é constituída por duas *propriedades essenciais*: (i) o desejo de *autopreservação* e (ii) a necessidade de *sociedade*.³⁰¹ Essas propriedades se *misturam* e informam uma à outra: o desejo de autopreservação é limitado pelo impulso social, de forma que os humanos não procurem naturalmente manter e aprimorar seu ser a todo custo; vista do outro lado, essa relação implica que a necessidade de companhia de outros humanos é limitada pelo impulso de autopreservação, pois os indivíduos devem naturalmente se esforçar para garantir os meios para seu bem-estar.³⁰²

Para *Grotius*, desses cânones naturais fundamentais, conformes ao entendimento humano, deflui “o fundamento do direito propriamente dito”, relacionado com “o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro

²⁹⁸ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 81.

²⁹⁹ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 43.

³⁰⁰ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 79.

³⁰¹ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 36-39. De modo similar, no *Prolegomena* (Capítulo II) do seu *De iure praedae*, *Grotius* explica que é possível deduzir esses princípios naturais a partir de duas leis naturais: (i) a possibilidade de defender a (própria) vida e de evitar aquilo que ameaça ser prejudicial; e (ii) a possibilidade de adquirir para si, e de conservar, as coisas úteis para a vida. Tradução livre e adaptação de: “two precepts of the law of nature emerge: first, that It shall be permissible to defend [one’s own] life and to shun that which threatens to prove injurious; a secondly, that It shall be permissible to acquire for oneself, and to retain, those things which are useful for life.” Cf. GROTIUS, Hugo. **Commentary on the law of prize and booty**. Edited with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. p. 23.

³⁰² MILLER, Jon. Hugo Grotius. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/grotius/>. Acesso em: 9 jan. 2022.

que disso tiramos, a obrigação de cumprir promessas, a de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens.”³⁰³ Chegamos aos pilares do direito civil, sumariza Villey: (i) direito de propriedade, relativa à abstenção de tocar na coisa alheia; (ii) direito de crédito oriundo do contrato e da obrigação moral de respeitar as convenções; e (iii) reparação de danos.³⁰⁴⁻³⁰⁵

“Eis três máximas morais, que se tornaram regras de direito.”³⁰⁶ O jusnaturalismo, agora *moderno*, laicizado, visto a partir da ótica do racionalismo de *Grotius*, mostra-se uma proposta teórica que não mais se socorre da *natureza externa* para orientar a razão humana — não se trata de se curvar aos desígnios de um ser ou de uma realidade *externa e superior* —; a *moralidade*, a natureza são, nesse contexto, *internas*. Partimos de nós mesmos, do “*dictatum rectae rationis*”, para descobrir princípios *universais e imutáveis, válidos em todos os lugares e em todas as circunstâncias*, de forma a pautar nossas ações.

Direito, portanto, para *Grotius*, é o próprio *justo*. É contrário ao direito “o que repugna à natureza da sociedade dos seres dotados de razão.”³⁰⁷ Ponto que está esclarecido. Há um outro aspecto, todavia, uma outra dimensão de *direito*, em *Grotius*, inequivocamente conexa com a relação “*direito = justo*”, que não pode deixar de ser mencionada: é a sua célebre noção de direito enquanto “*qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer de modo justo alguma coisa*”³⁰⁸ (*jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*). Essa outra “perspectiva” do direito, por assim dizer, refere-se diretamente à *pessoa*, isto é, trata-se de algo mais *individualizado, particular*. Aludo, aqui, à chamada *teoria dos*

³⁰³ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 39.

³⁰⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 659.

³⁰⁵ *Grotius* não deriva apenas esses preceitos das *propriedades básicas* da natureza humana. No segundo capítulo do *De jure praedae*, há um elaborado sistema de *nove regras e treze leis*: nele, por exemplo, encontramos *leis ciceronianas* (*Grotius* muitas vezes recorria aos ensinamentos do jurista romano) como “a permissão para defender a própria vida e evitar ameaças que se mostrem prejudiciais”; “a permissão para adquirir para si mesmo e reter aquelas coisas que são úteis para a vida”; a *regra* que relaciona o “consentimento comum da humanidade” com o direito. No *De jure belli ac pacis*, há um grupo similarmente amplo de regras e leis, para além daqueles já referidos no corpo do texto. De qualquer sorte, *Grotius* não tinha pretensão de esgotar a lista de princípios deduzíveis a partir da razão humana; sua enumeração, portanto, é exemplificativa. Cf. GROTIUS, Hugo. **Commentary on the law of prize and booty**. Edited and with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. p. 23-25. GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1.

³⁰⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 659.

³⁰⁷ *Grotius*, aliás, afirma que “[a] palavra *direito* nada significa mais aqui do que aquilo que é justo.” GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 73.

³⁰⁸ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 74.

direitos subjetivos de Grotius:³⁰⁹ um *ius*, um *direito* (subjetivo), é a capacidade ou o poder possuído pelo agente; pode ser uma “faculdade” ou uma “aptidão” da pessoa. Um *direito* assegura à pessoa a possibilidade de se envolver em determinadas ações sem sanção moral ou legal — ter o direito de autopreservação, por exemplo, significa ter o poder de perseguir nossos próprios interesses sem a necessidade de permissão ou assistência do estado ou de qualquer outra autoridade.³¹⁰ A partir do direito natural, em sentido amplo, universal, justificamos os direitos subjetivos dos indivíduos em particular.

2.1.2 Por que obedecer: ainda a relação entre Deus e natureza humana

Segundo Hugo Grotius, podemos descobrir regras *universais* e *imutáveis* sobre o direito (natural) a partir de nossa *razão*. Isso parece bem compreendido. Mas por que motivo devemos seguir os resultados racionais que alcançamos? Isto é, em outras palavras, existe uma *obrigação*, um *dever de obediência* para com a *reta razão*? Entre *saber distinguir* o que é certo e errado, e *ter a obrigação de escolher* a alternativa *boa, correta e justa*, é necessário que haja uma conexão, um elo que estabeleça que a vontade não é livre para se desgarrar do que a razão nos indica.

Uma abordagem, à primeira vista, possível sobre a obra de Grotius — e essa parece ser uma linha de raciocínio razoável e, mesmo, comum quando se tem em mente que Grotius é o “pai do direito natural moderno”, secular, laico — é aquela que situa a *base da obrigação*, ou seja, a explicação do porquê devemos atender a nossas conclusões racionais, na *própria consciência* do ser humano. “Nós somos obrigados a realizar ou a evitar certas ações que são compatíveis ou incompatíveis com as nossas consciências, porque nós seríamos culpados de inconsistência se assim não fizéssemos”, diz Jon Miller acerca do pensamento *grotiano*. E

³⁰⁹ “A mais importante contribuição de Grotius para o pensamento moderno foi sua *teoria de direitos*. [...] Em vez de ser algo que uma ação ou um estado de coisas ou uma categoria destes *é* quando está de acordo com o direito (*in casu*, o direito natural), *ius* é visto por Grotius como algo que uma pessoa *tem*. O conceito se torna ‘subjetivizado’, centrado na pessoa: É um poder que a pessoa tem, e por isso ele é chamado de qualidade moral da pessoa.” Tradução livre para: “Grotius’s most important contribution to modern thought was his theory of rights. [...] Instead of being something that an action or state of affairs or a category of these *is* when it is in accordance with law (*in casu*, natural law), *ius* is seen by Grotius as something a person *has*. The concept becomes ‘subjectivized,’ centered on the person: It is a power the person has, as such it is also called a moral quality of the person.” Cf. HAAKONSSSEN, Knud. Hugo Grotius and the history of political thought. **Political Theory**. v. 13, n. 2, p. 239-265, maio 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191530>. Acesso em: 5 set. 2022.

³¹⁰ MILLER, Jon. Hugo Grotius. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/grotius/>. Acesso em 9 jan. 2022.

continua ele, em outros termos: “nós somos obrigados a realizar ou a evitar certas ações que são compatíveis ou incompatíveis com nossas naturezas enquanto seres racionais, porque nós seríamos menos do que humanos se assim não procedêssemos.”³¹¹

O argumento parece seguir neste sentido: (i) a nossa *reta razão* nos conduz ao conhecimento do que é *certo* e *errado* por *natureza*, e, como (ii) isso faz parte do que é *ser* humano, (iii) se nos desviássemos do caminho correto definido pela natureza, estaríamos *rejeitando* nossa própria condição humana. Temos, nesse sentido, *obrigação* de perseguir as coisas que reforçam nossas *propriedades essenciais*. Deus, em última análise, apenas colocou o mundo em movimento; nossa orientação deve ser a partir das *coisas mesmas existentes nesta realidade*.

Tudo isso parece ser corroborado pelo próprio Grotius: “[o] direito natural nos é ditado pela *reta razão* que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional,” prossegue *Grotius*, “é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, *em decorrência*, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena.” Grotius, aliás, em passagem mais adiante, diferencia o *direito natural* do *direito divino voluntário*: enquanto aquele, como foi dito, remete ao conhecimento do que é obrigatório ou ilícito *por si mesmo*, este é aquele que “torna as coisas ilícitas ao vetá-las e obrigatórias ao ordená-las.”³¹² Não nos percamos em confusões conceituais: o *direito divino voluntário*, para Grotius, é aquele que foi dado ao gênero humano pela vontade de Deus, com “mandamentos particulares, próprios de um lugar, de um tempo, de uma confissão”,³¹³ esclarece Antônio Manuel Hespanha. Trata-se, portanto, de certas determinações aceitas em uma específica comunidade religiosa. O direito natural *não é* direito divino voluntário.

Pois bem. John Finnis discorda da ideia de que Hugo Grotius tenha sido um autor tão radical, inovador e original no que se refere ao papel (diminuto) de Deus no *Direito Natural*. Conhecemos o “*etiamsi daremus Deum non esse*” (mesmo que admitíssemos que Deus não existisse), mas o que *exatamente* Grotius “*tinha acabado de dizer*”?³¹⁴ Melhor dizendo, o que

³¹¹ MILLER, Jon. Hugo Grotius. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/grotius/>. Acesso em 9 jan. 2022.

³¹² GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 79.

³¹³ Na introdução de GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 22.

³¹⁴ Transcrevo novamente, por clareza, a famosa passagem: “11. O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existira Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados.” Cf. GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 40.

permaneceria, *de fato*, da mesma forma nessa situação hipotética se admitíssemos que Deus não existisse? Dois parágrafos antes de enunciar o “*etiamsi daremus*”, Grotius afirmou isto:

9. [...] De fato, o homem tem a mais que os demais seres animados, não somente as disposições para a sociabilidade de que falamos, mas um juízo que lhe permite apreciar as coisas, presentes e futuras, capazes de agradar ou de ser prejudiciais e também aquelas coisas que podem levar a isso. Concebe-se que é conveniente à natureza do homem observar, dentro dos limites da inteligência humana, na busca dessas coisas, a conformação de um juízo sadio, o fato de não se deixar pelo temor nem pelas seduções dos prazeres presentes, de não se deixar levar por um ímpeto temerário. O que está em oposição a um tal juízo deve ser considerado como contrário também ao direito da natureza, isto é, da natureza humana.³¹⁵

Qual é a avaliação de Finnis nesse cenário? “Admitido que podemos discernir entre certo e errado, devido e indevido, por meio da razão, o que torna *obrigatório* escolher o certo e o devido e evitar o errado e o indevido?” A resposta é: o que é certo e errado depende da natureza das coisas — do que lhe é *apropriado* —, e não de um decreto divino; mas a *significação normativa* da justiça ou injustiça moral “depende fundamentalmente de haver um decreto de Deus que ordene que o certo seja feito (como uma questão de obrigação) e que o errado seja evitado (da mesma forma).”³¹⁶ A leitura correta para Finnis, do cenário *grotiano* hipotético sem a presença de Deus, é que a *capacidade humana de discernimento moral* (“o que acabamos de dizer”) ainda subsistiria em um mundo privado do divino, mas não existiria *obrigação moral de seguir os preceitos racionais* — por isso que “o que acabamos de dizer teria lugar”, *apenas*, “de certo modo”.

Finnis defende seus argumentos na própria explicação de Grotius do Direito Natural, no Capítulo 1 do *De jure belli ac pacis*: “[o]s atos, a propósito dos quais se manifesta essa regra [derivada da reta razão], são, por si mesmos, obrigatórios ou ilícitos e, como tais, são considerados *necessariamente* ordenados ou proibidos por Deus.”³¹⁷ Em nota de rodapé, Jean Barbeyrac, grande tradutor dos escritos de Grotius e Pufendorf, assinala que, do fato de que conseguimos deduzir regras da natureza e da moralidade sem a existência de Deus, não segue que “estejamos, falando propriamente, *obrigados* a fazer ou a não fazer tal coisa.” A adequação ou inadequação que encontramos para cada ação é, sim, uma razão para agir, ou não agir; contudo, não é *esta* uma razão que imponha uma necessidade indispensável, noção implícita na

³¹⁵ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 39-40.

³¹⁶ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 44.

³¹⁷ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 79.

ideia de uma *obrigação*.³¹⁸ Em outras palavras, para deixar mais claro: a natureza racional do homem o permite distinguir entre aquilo que é *apropriado* e *não apropriado* de acordo com a sua qualidade moral; Deus só aparece na equação para justificar, em última instância, a necessidade/exigência de se fazer o *bem*.³¹⁹

Uma perspectiva como essa também compatibiliza *melhor* a afirmação de Grotius no início do *De iure praedae commentarius* (*O que Deus mostrou ser Sua Vontade, isso é o direito*) e a perspectiva mais amplamente desenvolvida no *De jure belli ac pacis*, que centraliza na *reta razão* o Direito Natural. Não se trata de imaginar se Grotius, no seu interior, mudou ou não mudou de posição; trata-se de ver sua obra como um todo um pouco mais coerente do que se poderia pensar. De qualquer forma, independentemente da originalidade ou não das posições de Grotius, o que é certo, mesmo, é que sua ênfase na *reta razão* é um elemento essencial para compreender o jusnaturalismo mais moderno, assim como o próprio positivismo jurídico. Compremos ou não comprems o “*misunderstanding*” que paira sobre a (des)necessidade de Deus no complexo teórico de Grotius, a profundidade e a influência do seu pensamento são ímpares na teoria do direito.

2.2 O JUSNATURALISMO MATEMÁTICO DE SAMUEL VON PUFENDORF

Samuel Freiherr von Pufendorf (1632-1694) definitivamente não é — e isso se pode dizer com segurança — um dos mais lembrados autores quando se fala em *jusnaturalismo*, ou mesmo em *direito, teoria do direito*, no Brasil. A obscuridade e o esquecimento que envolvem o seu nome, no entanto, são proporcionais ao seu tamanho e à sua relevância para o pensamento jurídico ocidental. Seu primeiro trabalho mais conhecido, o *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II* (*Dois livros sobre os elementos da teoria universal do direito*,³²⁰ de 1661) marca não apenas o início de sua carreira como professor (*lecturer*) de Direito Natural — aliás, como *primeiro* ocupante de uma cátedra de Direito Natural na Universidade de Heidelberg —, como também o ponto de partida da tradição do Direito Natural na Alemanha.³²¹ “O mais

³¹⁸ Cf. Nota de rodapé n. 3. GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v.1. p. 151.

³¹⁹ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 44.

³²⁰ Tradução livre para: *Two Books on the Elements of Universal Jurisprudence*.

³²¹ Cf. Introdução de Thomas Behne a PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behne. Edited and with an introduction by Thomas Behne. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. ix.

SCATTOLA, Merio. Scientia iuris and ius naturae: the jurisprudence of the holy Roman empire in the seventeenth and eighteenth centuries. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal**

importante herdeiro de Grotius e Hobbes,”³²² segundo Haakonssen, Pufendorf se tornou imensamente influente por causa da qualidade dos seus escritos sobre o *Direito Natural*, cuja clareza e abrangência, assim como sua acuidade intelectual e sua “ponta” polêmica, fizeram com que se disseminassem e fossem traduzidos para muitas línguas europeias. Apesar disso, é verdade, ele ficou tão desconhecido durante os séculos *xix* e *xx* quanto ele havia sido popular durante os séculos anteriores.³²³

“A ciência do direito e da *equity*,³²⁴ que não está compreendida nas leis de qualquer estado único, mas em virtude da qual os deveres de todos os homens em relação uns aos outros são governados,” diz Pufendorf, “até agora não foi cultivada, na medida em que sua necessidade e sua dignidade exigiam, por aqueles que exaltaram o estudo do conhecimento universal sob essa designação.”³²⁵ Assim Pufendorf inicia seu prefácio ao seu *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II*, conclamando expressamente o dramático “estado de coisas” (*state of affairs*) do estudo científico do direito. E entre as principais razões de por que isso acontecia, segundo ele, encontrava-se uma “convicção comum”, que prevaleceu entre os eruditos, “que em questões de moralidade, por sua própria natureza, não há certeza firme e infalível, e que todo o conhecimento de tais questões repousa sobre opinião provável apenas.”³²⁶

philosophy and general jurisprudence, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p.16.

³²² HAAKONSSSEN, Knud. Early modern natural law theories. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (eds.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 85.

³²³ SEIDLER, Michael. Pufendorf’s moral and political philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/pufendorf-moral/>. Acesso em: 5 set. 2022.

³²⁴ *Equity* é uma palavra de difícil tradução. Especificamente para Pufendorf, segundo o seu *On the duty of man and Citizen according to Natural Law*, *equity* tem relação com “a correção do direito onde o direito é deficiente em sua universalidade; ou uma habilidosa interpretação do direito por meio da qual é mostrado pela razão natural que algum caso particular não é coberto por uma lei geral, já que disso resultaria uma situação absurda.” Veja-se, portanto, que *equity* está associada com uma *adequação*, uma *correção* da aplicação da lei a depender de casos concretos. No seu *elementorum*, Pufendorf define *equity* de maneira similar: “Trata-se de esclarecer prudentemente que um determinado caso, revestido de circunstâncias especiais, não foi compreendido pelo legislador de acordo com a lei geral.” Cf. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 30. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 224.

³²⁵ Tradução livre para: “*The science of law and equity, which is not comprehended in the laws of any single state, but by virtue of which the duties of all men whatsoever toward one another are governed, has hitherto not been cultivated, to the extent that its necessity and dignity demanded, by those who have extolled the study of universal knowledge under that designation.*” Cf. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 7.

³²⁶ Tradução livre e adaptação para: “*A common conviction has prevailed down to the present among the learned that in matters of morality, by their very nature, there is no firm and infallible certainty, and that all knowledge of such matters rests upon probable opinion only.*” Cf. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of**

O ceticismo moral era *intolerável* para Pufendorf, mas para ele toda a ortodoxia religiosa e a tradicional interpretação do *corpus aristotelicum* não lhe ofereciam uma oposição eficaz. Era necessária a *libertação* de concepções como essas para a (re)fundação adequada do *Direito Natural*, uma posição teórica que se mostrasse adequada às “condições da Europa moderna e baseada em um conjunto de princípios universais ou leis naturais”,³²⁷ escreve James Tully em sua introdução ao *De officio hominis et civis (Os deveres do homem e do cidadão)* de Pufendorf. O florescimento de um novo contexto político europeu, em ebulição com profundas alterações, como “a desintegração do Sacro Império Romano-Germânico, o decaimento da autoridade papal, o declínio do feudalismo, o descrédito das sanções religiosas por meio dos conflitos religiosos”,³²⁸ proporcionou a eclosão e o fortalecimento de uma diferente forma de pensar o *Direito Natural*, mais secularizada. Os princípios fundamentais do agir humano pareciam, mesmo para um pensador com formação escolástica como Pufendorf, ter sido nublados, escondidos, por uma herança prisioneira do discurso religioso e incapaz de enxergar através do véu confessional. A fé do indivíduo, por mais valorosa que fosse, não poderia cegá-lo do caminho do raciocínio científico.

Pufendorf, aliás, luterano convicto, pôs a seu serviço a ideia da “inacessibilidade da mente de Deus” justamente para fundamentar a separação entre *Direito Natural e teologia*. Ao fazer isso, Pufendorf marcou uma posição específica *contra* os luteranos de sua época a partir da afirmação do próprio Lutero sobre o *abismo* racional e moral existente entre Deus e homem. Foi aí que, enquanto o reformador da Igreja retirou disso fundamento para suspeita e negligência do direito natural, o jurista Pufendorf viu a possibilidade de desenvolver uma “ciência da moral” completa, “nitidamente separada da teologia moral e análoga à nova ciência dedutiva.”³²⁹

A tradicional rejeição da possibilidade de uma ciência moral era vista como uma má compreensão envolvendo a doutrina *aristotélica* de demonstração: para Pufendorf, a *apodeixis*³³⁰ seria um “método universalmente aplicável para demonstrar relações necessárias

universal jurisprudence. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 7.

³²⁷ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law.** Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xiv.

³²⁸ PHILLIPSON, Coleman. Samuel Pufendorf. **Journal of the Society of Comparative Legislation**, v. 12. n. 2, p. 233-265, 1912. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/752451>. Acesso em: 5 set. 2022.

³²⁹ Tradução livre para: “[...] sharply separate from moral theology and analogous to the new deductive science.” Cf. HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy: from Grotius to the Scottish Enlightenment.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 37.

³³⁰ Em Aristóteles, *apodeixis é demonstração*, e significa “uma dedução que produz conhecimento [científico]”. Na visão aristotélica, a *mera opinião (doxa)* é o contrário de *epistêmê*, expressão geralmente traduzida como “ciência” nos dias atuais — uma imprecisão, de qualquer sorte, mas que não prejudica a compreensão deste ponto.

em qualquer campo do conhecimento” — não apenas nas disciplinas teóricas da matemática, física, e metafísica.³³¹ As ações humanas, ainda que dependentes da vontade, poderiam ter sua *retidão* demonstrada a partir de sua conformidade com as respectivas leis (*naturais*) que as regiam. O “absurdo”³³² erro de tratar a moral como assunto *insuscetível* da análise científica, verdade indisputável até entre os doutos, vinha sendo “persistentemente nutrida pela falsa interpretação de não mais do que três ou quatro palavras de Aristóteles.”³³³ Pufendorf tomou para si a responsabilidade de consertá-lo.

2.2.1 Demarcação e método do Direito Natural

A compreensão da proposta teórica de Pufendorf deve passar, necessariamente, pelo seu *argumento de demarcação*³³⁴ do campo do *Direito Natural*. De um lado, o Direito Natural, sua prática e teoria, é separado do *direito positivo*;³³⁵ de outro, o direito natural é diferenciado da *teologia moral* e do *direito divino*. Seguindo sua posição *racional-matematizante*, em meio a uma tradição por ele acusada de não compreender o *estudo científico da moral*, apresentar uma linha clara, circunscrevendo apropriadamente o Direito Natural, significou não apenas uma forma de tornar viável o tratamento rigoroso da matéria, mas também de proteger sua teoria de

A *demonstração científica* (*apodeixis*), conhecida também como *silogismo científico* (*epistêmonikon*) ou *apodítico*, é, portanto, a forma particular de expressar esse tipo de conhecimento. Cf. SMITH, Robin. Aristotle’s logic. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-logic/>. Acesso em: 30 ago. 2022. Conforme Aristóteles: “Mas o nosso interesse agora é que efetivamente obtemos conhecimento pela demonstração. Por demonstração entendo o silogismo científico [*syllogismòn epistemonikón*], e por [silogismo] *científico* aquele em virtude do qual compreendemos alguma coisa pelo mero fato de apreendê-la.” Cf. ARISTÓTELES. **Órganon**. 3. ed. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016. p. 269.

³³¹ Tradução livre e adaptação de trecho da introdução de Thomas Behne: “Apodeixis as a universally applicable method of demonstrating necessary relations in any given field of knowledge.” Cf. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behne. Edited and with an introduction by Thomas Behne. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. x.

³³² Pufendorf diz parecer “completamente absurdo que aos homens seja negado o conhecimento seguro dessas coisas que foram ordenadas pela autoridade [*autoritatem*] de seu Criador a colocar em ação [...]” Cf. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behne. Edited and with an introduction by Thomas Behne. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 8.

³³³ PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behne. Edited and with an introduction by Thomas Behne. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 8.

³³⁴ A expressão “argumento de demarcação” conforme James Tully, em sua introdução à obra de Pufendorf. Cf. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxii.

³³⁵ A expressão é “civil law”, mas a tradução direta, para “*direito civil*”, não se mostra adequada. “Civil law” são as leis criadas pelo homem, postas por sua mão.

críticas de juristas e teólogos: suas preocupações, queria dizer Pufendorf, eram distintas.³³⁶ Isso, em uma Europa dividida do ponto de vista confessional, também significava uma tentativa de encontrar uma moralidade comum, um meio-termo.

É no prefácio do seu *Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*³³⁷ que podemos localizar a (possivelmente) mais didática explicação de Pufendorf sobre o assunto. No seu “cuidadoso delineamento”³³⁸ desses limites, ele aponta *seis características constitutivas*³³⁹ do Direito Natural para distingui-lo do *direito positivo* e da *teologia moral*. Seguirei os tópicos, ponto a ponto, tal como Pufendorf fez — como não se trata de uma simples lista de enumeração, separarei cada um dos aspectos em parágrafos diversos.

(1) *Fontes*. “É evidente que há três fontes do conhecimento do homem sobre seu dever,” começa Pufendorf, “isto é, sobre o que ele deve fazer em sua vida porque é correto [*honestum*] e sobre o que ele deve se omitir porque é errado [*turpe*]: a luz da razão, as leis civis e a revelação particular da Divindade.” Da primeira fonte, da *razão*, fluem os “deveres mais comuns de um homem, particularmente aqueles que o tornam capaz de sociedade [*sociabilis*] com outros homens”, enquanto da segunda fluem “os direitos do homem enquanto cidadão vivendo em um particular e definido estado [*civitas*]”, e da terceira, “os deveres de um cristão.” A partir das fontes de que emanam os deveres, Pufendorf distingue três diferentes disciplinas: (i) a primeira é o *direito natural*, comum a todas as nações; (ii) a segunda é a disciplina do *direito positivo*³⁴⁰ dos estados individuais; (iii) a terceira é a *teologia moral* (distinta da parte da teologia destinada à explicação dos artigos de fé).³⁴¹

(2) *Fundamento de justificação*. Essas diferentes disciplinas também têm seus a base de comprovação de seus dogmas, o princípio que as fundamenta. No *direito natural* o dever é

³³⁶ Trecho baseado na introdução de James Tully em: PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxii.

³³⁷ Trata-se de um (belo) compêndio produzido por Pufendorf a partir de sua obra principal, *Sobre o Direito da Natureza e das Nações em Oito Livros* (tradução livre para “*On the Law of Nature and of Nations in Eight Books*”). Nesse compêndio, ele “expõe para iniciantes os principais tópicos do direito natural”. É uma verdadeira síntese da sua filosofia política e moral.

³³⁸ “Careful delineation”.

³³⁹ A ideia das *seis* características foi retirada da introdução escrita por James Tully em: PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxii.

³⁴⁰ A expressão de Pufendorf é “*civil law*”, mas ele não se refere, como se verifica no contexto, nem ao “*direito civil*” *per se*, disciplina específica do direito, nem ao “*civil law*” entendido como o tradicional sistema romano-germânico. “*Civil law*”, aqui, são as leis *criadas pelo homem*, postas por sua mão. Traduzir “*civil law*” por “*direito positivo*”, além de manter, na medida do possível, o sentido no original, também encontra respaldo na própria obra de Pufendorf, que diz que “toda lei humana, assim estritamente chamada, é positiva.” Cf. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 32.

³⁴¹ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 7, grifo nosso.

“deduzido da reta razão por ser essencial à sociabilidade [*socialitas*] entre os homens”; no direito civil, a fundação última dos seus preceitos é a *imposição do legislador*; e na teologia moral, o ponto de referência é o comando de Deus nas Escrituras Sagradas.³⁴²

(3) *Método de descoberta*. O direito natural é investigado pela *razão sozinha*,³⁴³ ou seja, sem “ajuda” externa: as respostas devem ser buscadas dentro dos limites da *capacidade racional* dos homens. A teologia moral é estudada a partir da *revelação divina*; o direito positivo, similarmente, é analisado segundo as leis de um determinado estado.

(4) *Objetivo*. O propósito do direito natural é conduzir o homem, neste plano terreno, “a ser um membro útil [*commodum*] da sociedade humana” — o direito natural “molda o homem sob a pressuposição de que ele deve levar sua vida em sociedade com outros” —; enquanto o direito divino pretende moldar o homem para a salvação no mundo do além.³⁴⁴

(5) *Material ético*. As ações humanas sobre as quais atua o *direito natural*, assim como o *direito positivo*, são suas *ações externas*. A *teologia moral* visa ao governo dos pensamentos *internos*, assim como *intenções* e *desejos* — “sua tarefa principal é conformar a mente e seus movimentos internos à vontade de Deus; e ela condena ações que parecem externamente ser corretas mas que provêm de um coração impuro.”³⁴⁵

(6) *Condição humana*. O *direito natural* está relacionado com a condição humana existente após a Queda: corrupto, inclinado ao amor-próprio e “ferendo de desejos malignos.” A *teologia moral* precisa lidar com o homem tanto em sua condição corrupta quanto incorrupta.³⁴⁶

O *direito natural*, para Pufendorf como se pode observar, tem sua sustentação na *razão humana (reta razão)*, a qual é livre — pois *separada* de questões externas como a religião — para *deduzir* deveres essenciais à *sociabilidade* dos homens, isto é, aqueles relativos a suas relações *exteriores*, na sociedade, nesta realidade *terrena*. Em síntese, fazendo minhas as palavras de James Tully, “o argumento de demarcação transforma a moralidade do direito natural em uma teoria *social*, preocupada exclusivamente com ordenar as ações externas de

³⁴² Grifos do autor. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 7.

³⁴³ “*Reason alone*”.

³⁴⁴ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxiii e 8.

³⁴⁵ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxiii e 9.

³⁴⁶ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxiii e 10.

homens que amam a si mesmos por meio de deveres sociais que os tornam membros úteis da sociedade.”³⁴⁷

Antes de avançar para o *Direito Natural* propriamente dito, é necessário acrescentar o cuidado dispensado por Pufendorf ao *método de exposição de seus argumentos* em sua obra. O verdadeiro conhecimento científico do direito natural, para ele, só poderia ser alcançado por um procedimento rigoroso de investigação, de uma forma que se assemelhasse àquela adotada nos trabalhos dos cientistas da natureza.

É por isso que, em um primeiro momento de seu pensamento, no *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, Pufendorf segue as premissas metodológicas de seu mentor Erhard Weigel (1625-1699), um matemático e filósofo na Universidade de Jena, estruturando e organizando o livro a partir de uma perspectiva reformada do *aristotelismo euclidiano*.³⁴⁸ Primeiramente, seria preciso explicar o que se quer dizer com “*direito natural*”, para, então, procurar “princípios fixos dos quais se podem deduzir declarações necessariamente verdadeiras acerca dessas questões.” Mais: seguindo uma verdadeira ciência, a doutrina “deveria ser completa em três partes”, sendo a primeira delas as *Definições*, a segunda, os *Princípios*, e a terceira, as *Proposições* ou *Conclusões* derivadas dos princípios³⁴⁹ — é verdade que, quanto a essas últimas, Pufendorf decidiu deixá-las próximas das definições ou dos princípios em vez de lhes dedicar um livro específico.

No seu trabalho principal, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), no entanto, Pufendorf abandonou seu programa euclidiano de definições, princípios, e proposições. O comprometimento com a ideia de certeza nas *ciências morais*, contudo, permaneceu, ainda que mais como um pano de fundo do que propriamente como sistema de organização do livro.³⁵⁰ De qualquer sorte, mesmo que em seus trabalhos encontremos diferenças quanto ao procedimento

³⁴⁷ Cf. Introdução a PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxiii, grifos do autor.

³⁴⁸ Segundo Thomas Behme, autor da introdução da tradução do *Elementorum* para o inglês, Pufendorf havia se inspirado na *Analysis Aristotelica ex Euclide restituta* (*Análíticos aristotélicos conforme restaurados de Euclides*, em tradução livre), de 1658. p. x. Cf. PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. Vale lembrar que Pufendorf entendia que a doutrina aristotélica da *apodeixis* havia sido, historicamente, mal compreendida: corrigindo a errônea interpretação dos seus antecessores, seria possível utilizar-se da noção de *demonstração científica* também na esfera da moralidade.

³⁴⁹ PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 10.

³⁵⁰ Conforme Thomas Behme, na introdução a PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behme. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. xv.

de exposição e ao estabelecimento de relações entre suas premissas e conclusões, a *certeza demonstrativa* permaneceu como orientação principal.

2.2.2 *Entia moralia* e o voluntarismo ético

Para se ter uma compreensão satisfatória do *direito natural* em Pufendorf, ainda que em linhas gerais, *quatro* elementos essenciais de sua obra precisam ser analisados: (i) *entes morais* (*entia moralia*); (ii) *necessidade moral* (*obrigação*); (iii) *estado de natureza* (*argumento antropológico*); (iv) e *direito natural* propriamente dito. Vistos em conjunto, concatenados, eles fornecem uma noção do que Pufendorf, pautado por seu exigente método científico, trouxe de diferente para o jusnaturalismo e para a teoria do direito.

No início de sua obra maior, *O Direito da Natureza e das Nações*,³⁵¹ Pufendorf lamenta que, mesmo “aqueles que haviam até agora procurado cultivar essa disciplina [da filosofia no seu sentido mais amplo³⁵²], e que parecem ter cumprido tão bem sua tarefa na classe dos entes naturais, não haviam [...] dado aos *entes morais* a atenção que elas merecem.”³⁵³ Consoante Pufendorf, todas as coisas do universo têm suas características particulares provenientes dos *princípios* que lhes foram atribuídos pelo Criador, responsável pela constituição de suas respectivas *essências*. A forma, portanto, com que cada coisa se expressa e se manifesta tem relação direta com sua *substância*, e, assim, nós chamamos suas ações de *naturais* — não apenas a totalidade das coisas criadas, consideradas em sua existência, pode ser dita *natural*, mas também os *modos* e as *atividades* que fluem de sua *força inata* (a qual lhes foi transmitida por Deus).³⁵⁴

O ser humano tem *atributos distintos*, muito próprios, diante dessa vasta natureza concebida pelo Criador, pois ele foi munido, para além de sua notável aptidão física, de uma “*luz especial da mente*”.³⁵⁵ É por meio dessa luz que ele pode “compreender e comparar assuntos

³⁵¹ Em francês: “*Le droit de la nature et des gens*”.

³⁵² Pufendorf se refere àquilo que ele chamou de *primeira filosofia*, que procura “definir coisas da maneira mais ampla possível e organizá-las consistentemente em certas categorias, e também fornecer uma descrição geral da natureza e da condição de cada tipo de coisa.” Em outras palavras, ele aludia à filosofia que abrangia não apenas os *entes morais*, relacionados com a ética, mas também os *entes naturais*, concernentes às ciências naturais. Cf. PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 99.

³⁵³ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 99, grifo nosso.

³⁵⁴ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 99.

³⁵⁵ “Special light of the mind”.

com mais precisão, inferir o desconhecido do conhecido, e julgar os arranjos apropriados entre as coisas, de modo que”, continua Pufendorf, “ele não seja obrigado a agir sempre da mesma maneira, mas que possa exercer, suspender, ou moderar suas ações conforme parecer adequado.” O ser humano não age apenas pelo instinto natural. Ele sabe como controlar suas ações a partir de certos padrões.³⁵⁶ Esses atributos, particulares do ser humano, são chamados de “*entes morais*”, e estão relacionados com essa dimensão de refinamento das ações que separa os homens da simplicidade dos brutos.

Entes morais são definidos como *modos* — pois dependem de entes autossubsistentes, aos quais são “adicionados” — que são “inventados” (*inventis*) por seres *reflexivos*, os quais, ao comparar coisas e estabelecer relações, concebem *certas noções* que são “sobrepostas” ou “impostas” sobre o mundo para direcionar ou moderar atos humanos livres e voluntários. Todos os entes morais, independentemente da sua espécie,³⁵⁷ dependem, para sua existência, da *vontade de seres inteligentes* que externamente *atribuem* um *sentido normativo*, orientando suas ações, a coisas que *intrinsecamente* não possuem esse sentido. Entes morais, vale ser ressaltado, são, *positivisticamente*, *impostos* ou *atribuídos* em vez de dados ou achados.³⁵⁸

O primeiro autor, nesse sentido, é Deus, o qual *desejou* que a vida e as ações dos homens fossem moderadas por *certos princípios* — o Criador, assim, inculcou a todos nós de *noções normativas*. A maioria dos entes morais, entretanto, foi *imposta* depois pela *vontade* dos próprios homens, de acordo com o desenvolvimento e a ordenação da vida humana. Seu propósito de ser, portanto, diferentemente dos entes físicos que visam à perfeição do universo, é a “*perfeição distintiva da vida humana*”.³⁵⁹

Guido Fassò acusa Pufendorf de empregar um racionalismo “puramente metodológico”, pois sua posição se aproximaria mais de um *voluntarismo* do que de um *racionalismo*.³⁶⁰ Embora seja verdade que a *vontade* ocupa um papel fundamental na formação de uma *obrigação*, segundo Pufendorf, também é certo que a razão é essencial para a *dedução científica* do direito natural. De acordo com o jurista alemão, *obrigação* diz respeito a uma “*necessidade*

³⁵⁶ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 100.

³⁵⁷ Em Pufendorf, há quatro tipos de *entes morais*: de um ponto de vista mais geral, há (i) estados ou condições (*status*); e (ii) substâncias (especificamente, pessoas); de um ponto de vista mais específico, há (iii) qualidades morais (modos afetivos/efetivos); e (iv) quantidades morais (modos estimativos).

³⁵⁸ SEIDLER, Michael. Pufendorf’s moral and political philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/pufendorf-moral/>. Acesso em: 5 set. 2022.

³⁵⁹ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 100.

³⁶⁰ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. 3. ed. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1982. v. 2, p. 123.

moral” relacionada com todas as esferas em que existe *normatividade moral* — e.g. autoridade, direito —, a partir da qual uma pessoa é *obrigada* a fazer ou deixar de fazer isso ou aquilo, aceitar ou sofrer alguma coisa.³⁶¹ É na análise sobre a *lei*, entretanto, que se torna mais claro o *sentido* de obrigação em Pufendorf: *lei* não é conselho, nem pacto, nem direito (subjutivo),³⁶² mas é por causa da *lei* que uma *obrigação* é “introduzida na mente de um homem por um superior, isto é, por alguém que não apenas tem a *força* para ameaçar algum mal contra aqueles que lhe resistem, mas também *razões legítimas* que o autorizem a exigir que nossa liberdade seja restringida a seu critério.”³⁶³ Em Pufendorf, a base de uma obrigação é tanto a *vontade* quanto a *razão*; há nela um duplo aspecto que pressupõe tanto o *medo* (relacionado com o caráter compulsório da obrigação) quanto a *reverência* (concernente à sua legitimidade).³⁶⁴⁻³⁶⁵

Posto isso, antes de apresentar a própria ideia de *direito natural* em Pufendorf, nenhuma explanação razoável sobre seu trabalho pode deixar de passar por sua noção de *estado da natureza*. “Todas as vantagens que acompanham a vida humana hoje derivam da ajuda mútua dos homens”, afirma Pufendorf.³⁶⁶ Mas como isso veio acontecer? Por que os homens uniram esforços em sua condição primitiva — *i.e.* “no começo”?

Pufendorf realiza uma descrição de tendências e comportamentos humanos observáveis. Homens têm mais tendência a causar mal do que qualquer outra das bestas. Seus desejos sexuais e seu apetite é maior do que os dos animais — o homem está pronto para atividades sexuais em qualquer ocasião, muito mais frequentemente do que parece necessário para a preservação da

³⁶¹ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 108.

³⁶² Aqui Pufendorf remete ao antigo problema de diferenciação entre “*ius*” e “*lex*”, palavras que, a depender do contexto, podem significar a mesma coisa. “O ditado comum que diz que leis específicas concedem o direito de fazer qualquer coisa que elas não proibam expressamente vem do fato de que o homem tem autoridade para fazer qualquer coisa que se encontre dentro de sua capacidade natural, exceto se uma lei a proibir. Nesse sentido, pelo menos, *direito* (subjutivo, *ius*) se refere a uma liberdade, enquanto *lei* (*lex*) denota uma amarra por meio da qual nossa liberdade natural é constrangida.” Cf. PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 120.

³⁶³ PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994. p. 123.

³⁶⁴ SEIDLER, Michael. Pufendorf’s moral and political philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/pufendorf-moral/>. Acesso em: 5 set. 2022.

³⁶⁵ A diferença entre *coação* e *obrigação* em Pufendorf é esclarecedora: “a *coação* nos leva a fazer qualquer coisa contra nossa inclinação, e unicamente em razão de uma força maior que vem de fora; em vez disso, a obrigação nos determina a agir por um princípio de consciência, e pela persuasão da justiça dos deveres que ela nos impõe.” Tradução livre para: “*la Contrainte nous porte à faire quelque chose contre nôtre inclination, & uniquement à cause d’une force majeure qui vient du dehors : au lieu que l’Obligation nous determine à agir par un principe de Conscience, & par la persuasion où l’on est de la justice des Devoirs qu’elle nous impose.*” Cf. PUFENDORF, Samuel. **Le droit de la nature et des gens, ou système general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique**. Traduit du latin par Jean Barbeyrac. Basle: chez E. & J. R. Thourneisen, Frères, 1732. p. 355.

³⁶⁶ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 34.

espécie; ele se deleita com a comida, não apenas se satisfaz, e come mais do que consegue digerir. Homens precisam de roupas por necessidade, mas também as utiliza para ostentação. A raça humana é gananciosa, avarenta, deseja glória e também quer superar os demais, tem inveja, rivalidade e conflito intelectual. A sua capacidade de causar lesões uns aos outros é muito mais poderosa do que a dos animais. Além disso tudo, homens não são movidos por um desejo simples e uniforme como as bestas, mas por uma multiplicidade de diferentes aspirações e vontades combinadas.³⁶⁷

Disso Pufendorf deduz que o homem é um animal com intensa preocupação com sua própria preservação, carente e necessitado quando sozinho, incapaz de proteção sem a ajuda de seus companheiros e muito bem equipado para a provisão mútua de benefícios. Ao mesmo tempo, ele é malicioso, agressivo, facilmente provocado e tão disposto quando capaz de infligir dano aos outros. Assim, conclui Pufendorf que o segredo da *segurança* do homem é sua *sociabilidade*: ele deve unir forças com outros homens como ele para preservar e promover suas vantagens [*commoda*].

São exatamente essas *leis da socialidade* [*socialitas*] — “leis que ensinam a conduzir-se de modo a se tornar um membro útil [*commodum*] da sociedade” — que denominamos de *leis naturais*. É nesse sentido que a lei natural *fundamental* é: “todo homem deve fazer tanto quanto ele pode para cultivar e preservar a sociabilidade.” O que contribui para a *socialitas*, portanto, é ordenado pelo *direito natural*; o que perturba ou viola a *socialitas* é proibido.³⁶⁸ “Tornar-se um membro útil da sociedade”, conforme expressado por Pufendorf, contudo, não pode ser lido à parte de sua relação com a *sociabilidade*: o direito natural não é baseado em uma “pura” utilidade ou em um “puro” interesse; existe *utilidade* nos deveres sociais em razão da sociabilidade que tais ações cultivam e preservam, o que é condição de possibilidade, é verdade, da segurança individual e do bem-estar. De qualquer sorte, os deveres da sociabilidade se estendem para além de considerações de utilidade própria de um único indivíduo ou de sua conveniência imediata, podendo até envolver a necessidade de se arriscar a vida pelo bem da sociabilidade.³⁶⁹

Não se trata de uma *moralidade intrínseca* existente no mundo, nem um *acordo em comum* entre humanos, mas de algo que foi *imposto, ordenado* pela vontade de Deus, o qual

³⁶⁷ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 34-35.

³⁶⁸ PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 35-36.

³⁶⁹ Segundo James Tully, em sua introdução à obra de Pufendorf. Cf. PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. xxvii.

determinou que os homens sigam aquilo que a *luz da razão* descobrir ser do seu *interesse*. A *reta razão*, nesse cenário, que articula o conteúdo, a finalidade prática das leis, a força normativa do direito natural, das leis naturais, depende “da vontade de uma autoridade sobre-humana com o poder de sanção.”³⁷⁰

Haakonssen argumenta que existem dois *voluntarismos* em Pufendorf que precisam ser distinguidos: (i) um voluntarismo *ontológico*, relacionado com a *escolha da criação* de Deus, que tudo criou e concebeu a partir do exercício de seu supremo *livre-arbítrio* — entenda-se aqui: a *natureza humana*, da forma como ela existe, foi incluída por Deus; os *entes morais* vieram a reboque, derivados da vontade do Criador (por meio da essência *posta* em todos nós) e da vontade dos homens —; e (ii) um voluntarismo *moral*, mais propriamente relacionado com o *direito natural*, que diz respeito à ideia de que a *lei* está em um nível lógico-causal *primário*, do qual *obrigação*, *dever*, e *direito (subjetivo)* são *derivados* — são as leis que permitem diferenciar o *bom* do *mau*, a *justiça* da *injustiça*; sem *leis* não há possibilidade de juízos morais.³⁷¹

Em Pufendorf, essas leis naturais têm influência direta na elaboração das leis humanas (*civil law*), porquanto “nada deve ser regulado pela autoridade das leis positivas a não ser que tenha influência no interesse público”, e, continua ele, “é da mais alta importância para a dignidade e a paz da vida civil que os cidadãos observem adequadamente o *direito natural*”. É por causa disso que “é dever dos soberanos emprestar-lhe a força e a eficácia do direito positivo.”³⁷² A preservação da integridade moral da vida civil decorre da atribuição de força, de coação, às *leis naturais* por meio das *leis civis*.

2.3 A RAZÃO HUMANA COMO PONTO DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA

Ao sairmos das propostas jusnaturalistas mais *clássicas*, começamos a notar uma valorização cada vez maior da *racionalidade do ser humano* no Direito Natural. Com isso não se quer dizer que os antigos não recorressem a algum tipo de *razão* para explicação das leis naturais: a Forma do Bem, da Justiça, em Platão deveria ser buscada pela *razão*, capaz de

³⁷⁰ SEIDLER, Michael. Pufendorf’s moral and political philosophy. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/pufendorf-moral/>. Acesso em: 5 set. 2022.

³⁷¹ HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy**: from Grotius to the Scottish Enlightenment. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 39-40.

³⁷² PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press. p. 155.

distinguir o *real* do *aparente*; Aristóteles ressaltava o papel do conhecimento prático, *racional*, da experiência, como caminho para saber como agir; Cícero relacionava *Direito Natural* e *razão da natureza*; Tomás de Aquino se referia a uma *razão divina* da qual a *razão humana* participa. A questão é que, em todos esses, o uso da capacidade racional buscava descobrir uma *ordem objetiva* encontrada nas próprias *coisas*, isto é, no mundo *externo*.

Por outro lado, Grotius associava o Direito Natural com um “*dictatum rectae rationis*” da natureza humana, o qual nos permitiria descobrir *princípios universais* e *imutáveis* — nem mesmo Deus poderia alterá-los. Pufendorf, se discordava do diminuído papel da *vontade* no trabalho *grotiano*, mantinha a ideia de lei unida à *luz da razão* proveniente da natureza humana. Em ambos o Direito Natural estava relacionado com um tipo de *razão orientada pela essência do próprio homem*. Antes, o elemento principal para a investigação do Direito Natural eram *fatores externos*, que transcendiam o sujeito pensante e estavam “à disposição”, dados para serem descobertos. Com a modernidade, o notável progresso das ciências naturais, o enfraquecimento do poder da Igreja Católica, as importantes alterações na estrutura dos Estados no cenário político europeu, todos esses aspectos contribuíram também para a transformação do estudo do Direito. O ser humano passa a ser o *ponto de referência* para a construção do direito, que é *natural*; afinal, ele é derivado de características *naturais* das pessoas, como sua necessidade de autopreservação e de socializar. *Fatores internos* como esses tornam-se a fundação do Direito Natural: entende-se, então, que é a partir deles que toda a construção teórica jurídica deve ser erigida.

Junto com Lenio Streck, podemos chamar a ideia de natureza que fundamenta o Direito nos gregos — e também nos romanos como Cícero — de “*ordem cosmológica*”; entre os medievais, a noção de natureza estará conectada com o “*ser perfeito: Deus*”. Por isso é possível falar em um jusnaturalismo *cosmológico*, em um primeiro momento, e em um jusnaturalismo *teológico*, na sequência. Em ambos os casos “*há uma certa ordem natural a determinar o conteúdo correto (ou os critérios de correção) do Direito positivo, da lei humana*”. É com o renascimento e a modernidade que o “*racionalismo antropocêntrico*” rejeitará ordens transcendentais para a explicação da natureza:³⁷³ a *razão* parte de *si mesma* para oferecer respostas e parâmetros de certo e errado que, no limite, encontram nela mesma, na *própria razão*, seu fundamento. Não é necessário divagar sobre um mundo perfeito para além desta realidade, seja em busca da Forma do Bem ou da Justiça, seja à procura dos desígnios de Deus.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 504, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2138>. Acesso em: 14 jan. 2022.

De modo semelhante, Guido Fassò identifica *três* variantes fundamentais do jusnaturalismo: (i) uma posição *voluntarista*, em que há uma lei que é *justa*, absolutamente *válida*, superior às leis positivas humanas, porque é *determinada* por uma vontade superior à humana, ou seja, por uma divindade; (ii) uma posição *naturalista*, em que a lei natural diz respeito a um instinto comum a todos os animais, isto é, ela tem relação com sua condição natural; e (iii) uma posição *racionalista*, em que a lei é *natural* pois é ditada pela razão, algo da essência natural humana. Essas versões podem se encontrar (con)fundidas, como no caso do panteísmo (estoicos; Cícero).³⁷⁴

Apesar dessas generalizações — que são, importantes, diga-se de passagem, para facilitar e orientar o esforço intelectual —, não se pode deixar de fazer algumas ressalvas com relação a *duas posições jusnaturalistas* até aqui analisadas: (i) a versão desenvolvida por Aristóteles e (ii) a formulação de Tomás de Aquino acerca da lei natural.

Para o Estagirita, a política e a ética — e, nesse sentido, o Direito caminhará junto com elas — são conhecimentos práticos que dependem não apenas de ideias universais, mas também particulares. A *experiência*, assim, não é uma questão acessória ou vulgar para o seu estudo: ela é justamente o que lhes torna possíveis, tomando-lhes parte em um nível elementar. O rigor da razão prática aristotélica é a *justa medida*, e não a exatidão da astronomia ou das matemáticas. Afastado do fantasma de uma teoria jusnaturalista permanente, definitiva, fixa no tempo, e despidido de deduções baseadas em princípios *a priori*, Aristóteles propõe algo muito mais *contextual*, *móvel*, certamente muito menos totalizante do que seu mestre. O conhecimento prático vem sempre acompanhado de uma certa mobilidade, e isso é trazido para o próprio âmbito do Direito Natural.

Em Tomás de Aquino, há toda uma complexidade envolvendo a *lei natural*. Uma vez que a própria *natureza do homem é mutável* (“*Natura [...] hominis est mutabilis*”³⁷⁵), o Direito Natural não pode ser encapsulado em teoremas fixos nem em um código de regras permanentes; sua função é “nos dotar de diretrizes de caráter muito geral, flexíveis, imprecisas”.³⁷⁶ Assim, o Direito Positivo opera como uma *continuação* do Direito Natural a partir de sua aplicação a determinado contexto histórico, *complementando-o* e *corrigindo-o*, na medida em que o seu propósito é “estabelecer e aprimorar as condições gerais que tornam possível o bem comum ou

³⁷⁴ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1. p. 35.

³⁷⁵ ST IIaIIae q. 57, a. 2 Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 6, p. 49.

³⁷⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 148-149.

público.”³⁷⁷ A lei natural não ordena diretamente nas situações concretas; ela precisa, justamente, de uma realização a partir da razão prática.

Veja-se, portanto, o contraste entre essas particulares posições jusnaturalistas de Aristóteles e de Tomás de Aquino com os princípios imutáveis de que falam Hugo Grotius e Pufendorf. Todos elaboraram posições jusnaturalistas, não há dúvidas disso, mas os primeiros, mesmo trabalhando a partir de panos de fundo cosmológico (Aristóteles) e teológico (Tomás de Aquino), compreenderam a importância da *variabilidade da própria natureza*. Aristóteles, vale lembrar, dizia que assuntos de conhecimento prático não podiam aspirar ao mesmo tipo de resposta exatas da matemática, física etc., o que foi duramente contestado por Pufendorf como uma má compreensão sobre a obra do Estagirita.

O problema é que foi justamente esse método excessivamente rigoroso, essa suposição não demonstrada dos próprios racionalistas modernos, que contribuiu para o nascimento dos primeiros positivismo jurídicos. Se era possível partir de um determinado e reduzido número de princípios superiores para, a partir deles, deduzir todas as regras de direito, independentemente da realidade empírica, por que não construir um sistema completo de direito com essas mesmas regras, positivadas e acabadas?

Esse panorama nos permite avançar para o positivismo jurídico, que passa a ser o paradigma jurídico dominante desde o final do século XVIII. Isso será possível, sobretudo, diante da constatação de que foram os próprios fundamentos do *jusnaturalismo moderno* — cujas obras de Grotius e Pufendorf são representativas *par excellence* —, ao apostar na *razão humana* como condição para arquitetar o Direito enquanto sistema silogístico, que permitiram o fortalecimento de uma visão mais *positivista*. Ao transferir a pedra angular da Teoria do Direito daquilo que estava *fora* do sujeito (a natureza cosmológica ou Deus) para *dentro* deste mesmo sujeito (*razão*), o jusnaturalismo lançou as bases para o positivismo jurídico. É nesse sentido que Lenio Streck argumenta: “[...] em face da rejeição de ordens transcendentais, a assimilação pelos códigos dos sistemas *jusnaturalistas* levou à possibilidade de equiparação entre Direito e lei.” E segue: “Ora, se esse sistema [de Direito Natural] já havia sido incorporado ao Direito positivo — por meio dos Códigos Civis — por que continuar falando de um critério exterior de justificação?”³⁷⁸ Uma vez plasmado esse (suposto) Direito permanente em leis

³⁷⁷ LISSKA, Anthony J. The philosophy of law of Thomas Aquinas. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 299.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 504, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2138>. Acesso em: 14 jan. 2022.

escritas, tornava-se desnecessário acudir a outras fontes, indica da mesma forma Javier Hervada.³⁷⁹

A pesquisa se deterá em *duas manifestações* particulares dessa primeira “fase” positivista, uma espécie de positivismo jurídico clássico: (i) a Escola da Exegese; e (ii) a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Ambas, cada uma à sua maneira, identificarão o Direito como aquilo que é estabelecido, *posto*, por alguma autoridade humana autorizada/legitimada, sem o emprego de qualquer recurso da “razão prática” para dizer o que é jurídico e o que não é. É no afastamento do *racionalismo* presente no Direito Natural moderno em direção ao *empirismo* que vamos encontrar as formulações positivistas. A *razão humana*, tanto em um quanto em outro, é fundamental, mas é o *modo* como utilizamos nossas capacidades racionais que demarca a posição que tomamos.

Se Grotius e Pufendorf partem de uma abstrata razão natural, interna, para chegar a conclusões generalizáveis sobre o Direito, os positivistas dessa primeira cepa dirigirão sua razão para o mundo lá fora, para o exterior de nós mesmos. Trata-se de uma tentativa de adaptação do método das ciências naturais ao Direito: *descrevamos*, sem emitir juízos. Assim como um físico, quando observa o movimento dos corpos, não lhes diz como eles *devem* agir, também o jurista não pode se comprometer com o que ele queria que fossem os *códigos de leis* e os *conceitos jurídicos* criteriosamente definidos. A Moralidade, dessa forma, é catapultada para fora dos domínios do Direito.

2.4 L'ÉCOLE DE L'EXÉGÈSE: A LEI, NADA ALÉM DA LEI

A *École de l'Exégèse* (Escola da Exegese) é um dos mais conhecidos movimentos do positivismo jurídico. Sua influência, porém, é tão vasta e difundida quanto mal compreendida: muito se ouve, na área jurídica, sobre o problema (ou a importância) do “apego” excessivo ao sentido “literal” das palavras da lei — o que, aliás, na maioria das vezes vem acompanhado da expressão de raiz *montesquiana* do juiz “boca da lei” (*bouche de la loi*) —, e é comum que se identifique *essa* característica, *desse* tipo particular de formulação teórica, com o próprio positivismo jurídico como um todo. Dito de maneira mais simples: a Escola da Exegese é vista como *protótipo* das formulações positivistas por um motivo que é mais propriamente *seu* do que verdadeiramente do positivismo jurídico *como um todo*. Em *algum* sentido, é claro que a

³⁷⁹ HERVADA, Javier. **Historia de la ciencia del derecho natural**. 3. ed. Barañáin: Ediciones Universidad de Navarra, 1996. p. 312-313.

École de l'Exégèse é importante para o desenvolvimento do positivismo, mas muito mais por sua preocupação eminentemente *empírica*³⁸⁰ sobre o Direito do que por sua característica específica do “fascínio pela letra da lei”. De antemão, portanto, fica a advertência: a Escola da Exegese é *positivista*, sim, mas há de se ter muito cuidado com a *universalização* de seus princípios e suas conclusões.

Dito isso, foi na experiência de codificação na França, nos séculos XVIII-XIX, que essa perspectiva teórica se desenvolveu: em um ambiente com uma mentalidade jurídica regida pelos princípios da *autoridade* e da *certeza* do Direito, obcecado por um inalcançável ideal de segurança, a renúncia “a toda contribuição criativa na interpretação da lei”, como diz Bobbio, “limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei”,³⁸¹ mostrava-se o caminho a ser seguido.

Chaim Perelman diz que esse esforço codificador veio em contraposição à “jurisprudência universal”³⁸² de pensadores como Grotius, Pufendorf, Leibniz, e Christian Wolff, com suporte em três teses: (i) a noção *hobbesiana* de Direito enquanto expressão não da *razão*, mas da *vontade do soberano* (a justiça é aquilo que está em *conformidade com as leis* promulgadas por esse soberano — *auctoritas, non veritas facit legem*); (ii) a doutrina da *separação dos poderes* de Montesquieu (em que há uma distribuição de competências entre os braços executivo, legislativo, e judiciário, com o objetivo principal de *evitar abusos* causados pela concentração de poderes nas mãos de um corpo só), assim como o caráter essencialmente *contingencial* das *leis* em sua obra, de acordo com as condições políticas, sociais e culturais do meio em que inseridas; e (iii) a aproximação realizada por Rousseau entre o soberano com a nação, com a sociedade política organizada, “cuja vontade geral, oposta às vontades particulares dos cidadãos, decide do justo e do injusto, promulga leis do Estado e designa aqueles que, em conformidade com estas leis, executarão as vontades da nação, administrarão o Estado e distribuirão a justiça” — a voz do povo, a vontade geral, ou seja, a lei é a expressão da justiça. O papel dos juízes, portanto, é *mínimo*. O Direito é o conjunto das leis (*identidade entre Direito e lei*), e a aplicação dos textos legais aos casos concretos significa apenas “uma dedução

³⁸⁰ A tese do *empirismo* — de uma forma muito geral — pode ser assim definida: “Não temos fonte de conhecimento acerca de *x* ou dos conceitos que utilizamos em *x* senão a *experiência*.” Ela implica que só podemos obter conhecimento (da área que for), *se é que podemos*, por meio da *experiência*. Cf. MARKIE, Peter; FOLESCU, M. Rationalism vs. empiricism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>. Acesso em: 30 ago. 2022. Só há *fatos (sociais)* no positivismo jurídico. No caso da *Escola da Exegese*, a lei é o *fato* (posto pela mão humana) a partir do qual podemos *conhecer o Direito*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 246.

³⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78-80.

³⁸² Jurisprudência enquanto “Teoria do Direito”.

correta”, excluída a possibilidade de se “recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador.”³⁸³

A *razão* que era empregada para a determinação de uma “jurisprudência universal”, da compreensão das *leis naturais* do agir humano, a partir da dedução abstrato-científica, havia sido transportada para a codificação. A razão, agora, estava *contida* nos códigos: prescindia-se de ideais exteriores, de critérios externos de correção do Direito; afinal, é o sujeito que constrói as leis *racionalmente*. A Escola da Exegese manteve a *concepção sistemática* da ordem jurídica — que já existia, ainda que sob outra perspectiva, no jusnaturalismo moderno —, transportando-a para o próprio campo do positivismo jurídico: os *atos*, aqui relacionados com a legislação. A “oposição” entre o jusnaturalismo moderno e o movimento codificador está muito mais relacionada com o *modo de conexão* entre seus resultados e o Direito positivo — pois um confere um parâmetro *externo* de comparação, enquanto outro é *incluído* nas próprias bases do Direito posto pelo homem —, do que propriamente na *forma de investigação*, excessivamente concentrada na racionalidade do sujeito.

Divide-se a Escola da Exegese, tradicionalmente — e aqui me valho do trabalho do conceituado estudioso Julien Bonnetcase, —, em três fases; (i) o *período de formação*, compreendido entre 1804 a 1830, aproximadamente, em que a doutrina exegética, ainda incipiente, trouxe à tona apenas alguns aspectos do que ela viria, de fato, a ser; (ii) o seu *apogeu*, com duração entre 1830 a 1880, em que professores (estes com maior brilho), magistrados, litigantes, advogados, e procuradores esforçaram-se colaborativamente na estruturação da doutrina da Escola e os seus rigorosos e precisos métodos, época dos “grandes comentadores”³⁸⁴ do *Code Napoléon*; e, por fim, (iii) sua *decadência*, sentida a partir de 1880,³⁸⁵ cujo marco final é comumente atribuído à publicação do *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, por François Géný, em 1899.³⁸⁶ De toda sorte, essa classificação tem muito mais a

³⁸³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18-23.

³⁸⁴ Apenas de passagem, é possível citar A. Durantou (*Cours de droit français suivant le Code Civil*, em 22 volumes) — o primeiro grande comentador do *Code Napoléon* —, Aubry e Rau (*Cours de droit civil français*, 8 volumes), Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, 31 volumes), Laurent (*Cours élémentaire du droit civil*), e Blondeau (*L’autorité de la loi: de quelle source doivent découler aujourd’hui toutes les décisions juridiques*).

³⁸⁵ BONNETCASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 36-66.

³⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31. Apesar de Perelman indicar a obra de Géný como aquela que “anunciou o fim” da Escola da Exegese, Julien Bonnetcase defende não ser o caso: Géný identificou procedimentos “verdadeiramente abusivos da Escola da Exegese”, mas o que resultou disso foi apenas a dúvida acerca da existência mesma da Escola — *i.e.* se havia alguma sistematização entre os exegetas. Cf. BONNETCASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 29-30.

finalidade de orientação cronológico-histórica do que de servir como caminho a ser seguido neste estudo. O que importa — e deve ficar esclarecido nestas próximas páginas — são as questões *em comum* entre tantos autores diferentes que lhes permitem colocar em um todo sob o título de “escola”.

2.4.1 “Não conheço o Direito Civil, ensino o Código de Napoleão”: os traços característicos da *École de l’Exégèse*

Provavelmente poucas são as frases que capturariam o espírito da Escola da Exegese de uma forma tão eloquente como essa que serve de título para esta seção. Proferida pelo professor francês Jean-Joseph Bugnet³⁸⁷ — expoente secundário do pensamento exegético, é verdade —, a fórmula bem sintetiza o método exegético. Afinal, por que se ocupar de questões para além da *literalidade* do código que estava posto, se era justamente nesse código que estava contido o Direito? Tudo o mais, diriam os exegetas, não passava de divagação sem finalidade alguma para o estudo jurídico.

“A lei é a única fonte do direito”,³⁸⁸ eis a premissa fundamental da Escola da Exegese. É na criação do Código Civil francês de 1804 — o *Code Napoléon* — que encontramos o marco fundamental dos trabalhos dos exegetistas. No árduo combate contra o *ancien régime*, a possibilidade de estruturar *racionalmente* as relações jurídicas de uma nova ordem social, a partir de uma rígida codificação, veio como que para “coroar (ou assim pensavam os seus autores) a obra da própria Revolução Francesa,” nas palavras de Nelson Saldanha.³⁸⁹ A lei, bem redigida e de fácil interpretação, significava o triunfo do direito escrito sobre os costumes, da razão iluminista sobre os abusos e caprichos das vontades das autoridades. Ao menos era assim que os defensores da Escola entendiam. Quais eram, então, os elementos essenciais de sua doutrina? Permito-me, novamente, utilizar a obra de Julien Bonnecase, com sua apreciável capacidade didática em suas pesquisas sobre a *École*.

(i) *O culto ao texto da lei*. A lei é o Direito para a Escola da Exegese, isso já foi dito e reforçado. O que mais pode ser dito? Segundo Bonnecase, o Direito positivo passa a ser a

³⁸⁷ Bugnet, aparentemente, disse esta frase durante uma de suas aulas, mas não a deixou por escrito. Cf. BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 47-48.

³⁸⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 485.

³⁸⁹ SALDANHA, Nelson. Escola da exegese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Livraria Editora Renovar, 2009. p. 271.

preocupação principal, *exclusiva*, na verdade, dos juristas. Assim, é como se os códigos não deixassem nada a cargo do intérprete, não havia incerteza; o Direito já estava feito e terminado.³⁹⁰ A lei não é um livro de autoridade (*book of authority*), mas, nas palavras de Helmut Coing, “a expressão da vontade do soberano à qual se deve uma obediência estrita.” A regra do código é uma ordem precisa, não a fonte de um argumento geral nem a expressão de uma ideia do *Volksgeist* (o *espírito do povo* da Escola Histórica, a qual será brevemente referida na seção seguinte). Os juristas, portanto, não estão autorizados a desenvolver uma *communis opinio doctorum*³⁹¹ — *i.e.* desenvolver um entendimento³⁹² que possa agregar sentido a algo que já estava pronto.

(ii) *O predomínio da intenção do legislador na interpretação do texto da lei.* Na Escola exegética, o Direito é o que está posto nos artigos dos códigos. Tudo bem. Mas mesmo os seus integrantes compreendem que os textos não significam nada isolados *em si mesmos*, sem uma fonte ou um contexto com o qual relacioná-los; por isso, a Escola da Exegese compreende que a lei *traduz a vontade do legislador*.³⁹²

(iii) *O caráter profundamente estatista da doutrina exegética.* A Escola da Exegese proclama a onipotência do legislador, isto é, do Estado, pois igualar o Direito à lei, que deve ser lida de acordo com a *voluntas legislatoris*, significa deixar o Direito sob o poder absoluto do Estado. É o clássico “*dura lex, sed lex*”: não há de se duvidar da bondade da obra do legislador, que é infalível e que já havia antevisto todas as hipóteses e todas as dificuldades.³⁹³ John Gilissen, da mesma forma, fala em um *estatismo* na *École*, uma concepção que consagra o Estado-Deus e a soberania da nação — como se o legislador, sozinho, à parte da realidade, criasse o Direito.³⁹⁴

(iv) *O caráter ilógico, ao mesmo tempo paradoxal, da doutrina da exegese quanto à existência e à função da noção de Direito.* Conforme Bonnacase, todos os representantes da Escola da Exegese, de uma maneira ou de outra, aceitavam a ideia de “um elemento supremo

³⁹⁰ Conforme relata Julien Bonnacase, Laurent, maior expoente da Escola da Exegese *belga*, teria dito que “os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete, este não tem por missão fazer o Direito; o Direito está feito.” Cf. BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 141.

³⁹¹ COING, H. Trois formes historiques d’interprétation du droit: glossateurs, pandectistes, école de l’exégèse. **Revue historique de droit français et étranger**, quatrième série, v. 48, p. 531-543, 1970. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43847669>. Acesso em: 5 set. 2022.

³⁹² BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 143-158.

³⁹³ BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 158-166.

³⁹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 516.

ao Direito”, uma noção transcendente que lhe fixava a orientação geral e que, portanto, era possível de estar em desacordo com a obra do legislador — uma espécie de Direito Natural. Entretanto, ainda com Bonnecase, admitir uma concepção metafísica para o Direito não significava sua incorporação na análise do Direito positivo.³⁹⁵

É importante desfazer qualquer mal-entendido que possa surgir diante da leitura desse aspecto. Bonnecase parece se referir aqui ao que Bobbio denominou de “*inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo*”, o que quer dizer o seguinte: os expoentes da Escola exegética não *ousaram* negar *sic et simpliciter* toda a enorme tradição do Direito Natural; contudo, despiram-no de todo seu valor e seu significado prático. Em outras palavras, os exegetas poderiam até *admitir* a existência de princípios “absolutos e imutáveis, anteriores e superiores a toda legislação positiva”, mas não lhes concediam nenhuma aplicação.³⁹⁶

(v) O “*argumento de autoridade*” na doutrina da Escola da Exegese. Consoante (corretamente) infere Bonnecase, se cada autor estivesse rigidamente limitado ao texto legal para resolver os problemas, seria natural que os representantes da *École* não se fiassem muito, ao elaborar suas obras, naquilo que seus antecessores haviam dito. O problema é que havia grande respeito, na Escola da Exegese, às autoridades predecessoras.³⁹⁷ Segundo Bobbio, alguns dos primeiros comentadores do Código francês acabaram desfrutando de grande autoridade, e muitas de suas afirmações foram adotadas quase como se fossem dogmas.³⁹⁸

Bonnecase, ao explicar cada um desses itens, apresenta posições mais amenas existentes entre os próprios exegetas — não haveria como imaginar uma Escola sem posicionamentos divergentes; se assim não fosse, tratar-se-ia mais de uma *seita* do que de uma forma crítica de pensar —, mas é seguro afirmar que esses cinco pontos proporcionam uma ideia, ainda que em traços gerais, da *alma* da Escola da Exegese. A lei é o Direito, independentemente de toda e qualquer análise acerca do seu caráter moral.

2.4.2 A divergência entre os redatores e os intérpretes do *Code Napoléon*

³⁹⁵ BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 166-177.

³⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 84-85.

³⁹⁷ BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944. p. 178-187.

³⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 88-89.

Muito embora os exegetistas contemplassem a aplicação do Direito, aproximadamente, como uma espécie de *cálculo* — *i.e.* como se fosse um tipo de operação matemática particular que todos poderiam seguir da mesma maneira para alcançar sempre os mesmos resultados —, isso não havia sido, entretanto, expressa e declaradamente teorizado desde a *concepção* do Código de Napoleão. Na verdade, os envolvidos na sua elaboração eram juristas do século XVIII, “para os quais o direito natural formava uma espécie de pano de fundo do direito positivo.”³⁹⁹ Entre eles estava Jean-Étienne-Marie Portalis, cujo *Discurso preliminar do primeiro projeto de Código Civil*⁴⁰⁰ traz uma visão diferente sobre o problema do raciocínio a ser realizado pelos juízes.

Longe da tese de Laurent de que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete”, Portalis afirmava que “nós estamos [...] resguardados da perigosa ambição de querer tudo regular e prever. [...] Não importa o que façamos, as leis positivas não poderão jamais substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida.” As necessidades da sociedade são tão variadas, tão contingenciais e constantemente se multiplicando e se alterando, que “é impossível para o legislador prever tudo.” A lei positiva, para Portalis, não se confundia com o Direito “concluído”: “[q]uando a lei é clara, é necessário segui-la; quando ela é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Se nos falta a lei, é necessário consultar o uso ou a equidade.” E é a partir disso, em uma das passagens mais expressivas, que ele conclui: “A equidade é o retorno à lei natural, diante do silêncio, da oposição ou da obscuridade das leis positivas.”⁴⁰¹

O projeto que estava por detrás do Código não pretendia romper completamente com o passado, mas constituir “um ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo”, nas palavras de Bobbio, ou seja, uma tentativa de sintetizar o passado que não excluía “a sobrevivência e a aplicação do direito precedente (costume e direito comum romano), ao menos em casos para os quais a nova legislação não estabelecesse alguma norma.”⁴⁰² Apesar disso tudo, é inegável que

³⁹⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

⁴⁰⁰ Tradução livre para: *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*.

⁴⁰¹ Grifos meus. Tradução livre para: “*Nous nous sommes [...] préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. [...] Quoi que l’on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. [...] [I]l est impossible au législateur de pourvoir à tout. [...] Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives.*” Cf. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004 [1801]. p. 16 e 22. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁴⁰² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 73.

o Código de Napoleão pode ser considerado como o *início* de uma importante e nova tradição jurídica. Os responsáveis por isso, todavia, não foram seus *criadores*, mas os seus *intérpretes*.

É em torno do *sentido* atribuído ao artigo 4º do Código que giravam as diferenças entre o que os redatores, como Portalis, diziam e o que os comentadores e demais intérpretes passaram a dizer. Eis a redação do dispositivo: “o juiz que se recusar a julgar, sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça negada.”⁴⁰³ Se o juiz não podia abster-se de decidir — *i.e.* valer-se do *non liquet* —, então surgia naturalmente a pergunta: quando houvesse casos em que a aplicação da lei era dúbia — e casos assim inquestionavelmente surgiriam —, como deve o juiz proceder?

Os pontos de vista se dividiam em *dois* extremos — e, em uma nota pessoal, apesar de se tratar de perspectivas teóricas sem grande sofisticação, ao menos da forma como a seguir expostas, essas são ideias que permanecem difusas no imaginário jurídico até hoje —: de um lado, (i) defendia-se que o juiz deveria buscar uma resposta no *interior* do próprio sistema de Direito Positivo (realizando analogias ou recorrendo a certos princípios do ordenamento jurídico); de outro, (ii) sustentava-se a necessidade de se utilizar de uma perspectiva *exterior* ao sistema (a partir de uma dedução de um juízo pessoal de equidade, ou seja, por meio de elementos normativos estranhos ao Direito Positivo, como a moralidade ou o Direito Natural).⁴⁰⁴ Em uma ponta, (i) a solução *autointegrativa* foi aquela, de fato, adotada pelos positivistas exegéticos franceses; em outra ponta, (ii) a solução *heterointegrativa* era aquela que era esperada, ao menos em algum grau, pelos redatores do Código. No fim, prevaleceu a palavra dos intérpretes, firmando-se o positivismo jurídico como uma corrente que, se não era *oposta* ao Direito Natural, lhe era notoriamente *distinta*.

2.5 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS (PANDECTISMO)

Ainda que com algum grau de simplificação, é possível dizer que, se na França floresceu a Escola da Exegese, na Alemanha houve, analogamente, a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Cronologicamente, é verdade, embora ambos sejam movimentos oitocentistas, o surgimento da *École* tem um marco muito bem definido no Código francês de

⁴⁰³ Tradução livre para: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*”

⁴⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

1804, enquanto a *Pandectística*,⁴⁰⁵ mais para a metade do século *xix*, foi a consolidação de uma visão particular de Ciência Jurídica baseada, sobretudo, nos trabalhos de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e da sua Escola Histórica do Direito. A tendência científicista, a inclinação racional, a inspiração no método das ciências naturais, asseguradas as devidas particularidades, eram aspectos *compartilhados* pelos exegetas e pelos pandectistas. Contudo, o *conceptualismo* desses últimos, diferentemente do *exegetismo* daqueles, não estava amarrado à codificação; em vez disso, a sua atenção estava voltada para a construção de um *Direito Científico* elaborado pelos *professores/juristas* (*Professorenrecht/Juristenrecht*), pois são eles que teriam capacidade para, de fato, produzir *ciência*.

A aversão ao movimento codificador — e, por extensão, ao positivismo legalista (*Gesetzpositivismus*) — era, aliás, declarada. Savigny, em seu *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*,⁴⁰⁶ argumenta, com base em Bacon,⁴⁰⁷ que um código de leis só deveria ser concebido em uma época que *superasse* as anteriores em inteligência; isso, no entanto, não era o caso na Alemanha de seu tempo, em que as qualidades cívico-culturais, tanto da população em geral quanto dos juristas em particular, não eram tão apreciáveis.⁴⁰⁸ Era necessário um elevado *espírito científico* para transformar o “lamentável” cenário identificado por Savigny, não de um código que apenas eternizaria, a partir da palavra da autoridade, “um estado de conhecimento muito defeituoso e superficial”.⁴⁰⁹

Além disso, a Alemanha da época de Savigny se encontrava em uma situação de fracionamento político-territorial, só chegando a conhecer um Estado nacional, oficialmente,

⁴⁰⁵ A Jurisprudência dos Conceitos também é chamada de *Pandectística*, ou *Pandectismo* (*Pandektismus; Pandektenwissenschaft*), tendo em vista a importância atribuída às *Pandectas* de Justiniano (do grego *pandékoma*, o que *recolhe/abarca tudo*), base do trabalho de sistematização a ser empreendido pela Ciência Jurídica.

⁴⁰⁶ Em alemão: “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”.

⁴⁰⁷ É no aforismo n. 64 do seu *Exemplum Tractatus de Justitia Universali, sive de Fontibus Juris* (*Exemplo de um Tratado de Justiça Universal, ou das Fontes do Direito*, em tradução livre) que Francis Bacon (1561-1626) escreve que: “Seria desejável que esse tipo de reforma de leis fosse empreendida naqueles tempos que, em termos de aprendizado e conhecimento dos negócios, superassem os mais antigos cujos atos e trabalhos eles estão a revisar. [...] Porque é algo infeliz quando o trabalho da antiguidade é derrubado e remodelado de acordo com o juízo e o critério de uma época que é inferior em sabedoria e conhecimento.” Na fonte consultada (já traduzida do latim): “*It were to be wished that this kind of instauration of the laws should be undertaken in those times, which, in learning and knowledge of affairs, surpass the more ancient, whose acts and works they revise. [...] For it is an unhappy thing, when the work of antiquity is taken down and remodelled, according to the judgment and discretion of an age that is inferior in wisdom and knowledge.*” Cf. BACON, Francis. **Exemplum Tractatus de Fontibus Juris, and other latin pieces of Lord Bacon**. Translated by James Glassford. Edinburgh: Waugh and Innes, 1823. p. 26-27. Bacon foi um pensador de notável importância no período de transição entre o Renascimento e o início da era moderna, sendo muitas vezes lembrado por seus trabalhos sobre o *empirismo*. Ele é, por vezes, chamado de “fundador da ciência moderna.”

⁴⁰⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 61-64.

⁴⁰⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 61-67.

em 1871. Esse contexto de ausência da unidade política *contribuiu*, segundo António Manuel Hespanha, para uma manifestação mais intensa da *consciência nacional*, influenciando todas as áreas da cultura e da sociedade, assim como reagindo “contra a ideia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação.”⁴¹⁰

E não se pode dizer que os alemães não tinham experiência pessoal com a codificação: no Sacro Império, a Prússia (1794), a Baviera (1751-6) e a Áustria (1760-1811) haviam criado seus códigos; os Códigos franceses (1804-1810), no período do expansionismo de Napoleão, haviam sido impostos aos Estados renanos.⁴¹¹ O fim da ocupação francesa, contudo, fez emergir a oposição da Escola Histórica contra qualquer codificação — conforme Wieacker, após as guerras da libertação, parecia que a Alemanha estava encaminhada para uma democracia nacional unificada; todavia, o que se passou foi uma imediata restauração das dinastias tradicionais, forçando a renovação do Direito “de dentro para fora” (a partir da consciência jurídica histórica e científica) em vez de reforma “de fora para dentro” (por meio de uma unificação político-jurídica nacional).⁴¹²

À época de Savigny, o *Corpus Juris Civilis* e os grandes comentadores medievais tinham enorme influência no Direito Privado germânico. Isso porque a Alemanha — *i.e.* os diferentes estados que a compunham —, por volta do ano 1500, havia adotado o Direito Romano desenvolvido nas universidades medievais como o seu *Direito comum* (*ius commune/Gemeines Recht*), abandonando a multidão de costumes locais e regionais (mudança esse que ficou conhecida como *Rezeption*).⁴¹³ Savigny, evidentemente, tinha consciência disso e nutria grande admiração pela longeva tradição romana: em uma ciência como o Direito, “tudo depende da posse dos princípios fundamentais,” dizia ele, e é justamente a posse desses princípios primeiros que “constitui a grandeza dos juristas romanos”, com suas noções e seus axiomas cuidadosamente produzidos, e seu modo de proceder “cuja certeza não se encontra em

⁴¹⁰ De qualquer sorte, Hespanha não é ingênuo de afirmar uma ligação fundamentalmente *causal* entre a fragmentação existente entre os estados alemães à época (causa) e o afloramento da consciência nacional (efeito): ele mesmo assinala que “a história serviu apenas de ponto de apoio de projectos de organização política e jurídica voltados para o presente e para o futuro.” Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 409.

⁴¹¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 457.

⁴¹² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 401.

⁴¹³ CAENEGEM, R. C. van. **European law in the past and the future: Unity and diversity over two millennia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 5.

lugar algum, senão nas matemáticas”. Parecia, para Savigny, “sem exagero”, que eles *calculavam* com suas proposições e ideias.⁴¹⁴

Todos esses elementos, combinados, como (i) o empenho na construção de um sistema rigoroso e formal para o Direito, (ii) a inexistência de um Estado-nação na Alemanha, (iii) a adaptação e a adoção do Direito Romano como *ius commune* entre os diferentes estados germânicos, resultaram em uma conjuntura particular e favorável, em alguma medida, para a defesa da autoridade do conhecimento dos *professores* em detrimento de assembleias populares. Apesar de contraintuitivo, seriam os juristas eruditos, os instruídos, que teriam melhores condições de determinar o Direito do povo; seriam eles “os oráculos naturais do que sentia o povo.”⁴¹⁵

2.5.1 A Escola Histórica como predecessora da *Pandectística*

Muito embora o título desta seção seja sugestivo — na verdade, bem direto —, uma coisa deve ficar clara: o movimento teórico que se intitula “Jurisprudência dos Conceitos” não é nem *inclui* a Escola Histórica do Direito (*Historische Schule*). O *Pandectismo*, na realidade, vai se apropriar de um horizonte teórico lançado pelas ideias de Savigny sobre (i) a *impossibilidade* de se reduzir o fenômeno jurídico ao material legislado e (ii) a necessidade de *sistematização* científica do Direito. Em uma nação sem Estado, defenderá a Escola Histórica, deve-se valorizar “formas espontâneas de organização política”, as quais também explicitariam “a sua identidade por fontes que eram jurídicas, mas não legislativas.”⁴¹⁶ Ao mesmo tempo, consciente o jurista da importância desses elementos, captados a partir de “um sentimento e intuição imediatos” sobre “a comum convicção jurídica do povo”, para além das meras leis positivas, caberia a ele realizar um tratamento *lógico-formal*, abstratamente, de construção de um sistema “científico” a partir dos *conceitos jurídicos*.⁴¹⁷

⁴¹⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 45. Não se pode deixar de observar que Savigny, afinal de contas, foi autor do tratado *Sistema do Direito Romano Atual* (*System des heutigen Romischen Rechts*, em oito volumes, 1840-49).

⁴¹⁵ CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors**: chapters in European legal history. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 52.

⁴¹⁶ DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Livraria Editora Renovar, 2009. p. 483.

⁴¹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 13-19.

Isso pode parecer bastante nebuloso e complexo, até mesmo *contraditório*: afinal, como compatibilizar os *conceitos abstratos* da ciência jurídica com aspectos originados de uma *intuição* acerca do contexto social?⁴¹⁸ De qualquer sorte, questões e problematizações à parte, o importante para esta pesquisa, ao menos neste ponto, é compreender a influência da Escola Histórica sobre a Jurisprudência dos Conceitos.

Para isso, é preciso observar que, antes de Savigny, encontramos em Gustav Hugo (1764-1844) uma primeira expressão, um anúncio do que viria a ser a Escola Histórica, e com ela um primeiro *desafio* ao Direito Natural na Alemanha. O título do seu *Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo*⁴¹⁹ é autoexplicativo: “não há Direito, para Hugo, senão o Direito Positivo”; o Direito Natural é tão-somente a *filosofia* do Direito Positivo, isto é, ele é a filosofia do Direito *tout court* — afinal, para Hugo, o Direito Positivo constituía a *integralidade* do fenômeno jurídico.⁴²⁰ Em outras palavras, o Direito Natural não era mais visto como um “sistema normativo autossuficiente” nem como um “conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo”, mas essencialmente um “conjunto de consideração filosóficas sobre o próprio direito positivo.”⁴²¹

Para Hugo, portanto, não havia um Direito Natural, racional, universal à parte do Direito positivo, empírico, nacional. Isso implicava que o Direito era fundamentalmente *variável*, tanto no tempo quanto no espaço, e era função do Direito Natural, enquanto filosofia dirigida ao Direito (positivo), ocupar-se de *conceitos jurídicos gerais* elaborados com base no Direito Positivo (aquele que existe ou pode existir nos diferentes Estados).⁴²² É em razão dessa guinada

⁴¹⁸ “Efectivamente, se a unidade de um instituto jurídico só se oferece na intuição, é claro que não pode ser compreensível cientificamente; mas nesse caso também não se vislumbra caminho algum que nos possa fazer regressar de lá, uma vez formadas as regras abstractas e iniciada a elaboração científica.” Assim responderia Karl Larenz. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 19.

⁴¹⁹ Em alemão: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*.

⁴²⁰ Tradução livre para: “*There is no law, for Hugo, other than positive law*”. O AUTOR afirma que devemos a Gustav Hugo a disciplina que é usualmente denominada de “*filosofia do Direito*”. Foi em seus trabalhos que o termo *Rechtsphilosophie* apareceu em *primeiro lugar*, utilizado como forma abreviada da expressão *Philosophie des positiven Rechts* (*filosofia do Direito Positivo*). Posteriormente, John Austin fará expressa menção a Hugo, nas suas *Lectures on Jurisprudence*, de 1832, cujo subtítulo não era incidentalmente *The Philosophy of Positive Law* (*A Filosofia do Direito Positivo*). Cf. BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 187.

⁴²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 46 e BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 187.

⁴²² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 46.

empírica de Hugo, preocupado com aquilo que estava ou viria a ser *posto* pelos Estados, que se diz que foi o seu trabalho que marcou a passagem, na Alemanha, do *jusnaturalismo* para o *positivismo jurídico* (*Rechtspositivismus*) — ainda que antes do *nome* da coisa, isto é, *avant la lettre*.⁴²³

Friedrich Carl von Savigny, conforme Caenegem, “era um homem profundamente conservador”: a ideia de legislaturas democráticas, como na república francesa, causava-lhe um grande temor. Em sua visão, era tarefa de líderes nobres conhecer melhor a lei e falar pelo povo. Professores de ascendência aristocrática, como o próprio Savigny, tinham vocação predestinada de guardar o Direito.⁴²⁴ Eram esses professores, esses cultos juristas, a partir de sua produção científica, que poderiam voltar às origens, restaurar o autêntico Direito Romano⁴²⁵ — lembro da já mencionada fascinação com que Savigny se referia aos juristas romanos. Romper com tudo isso por força de uma codificação *à la française*, universal e artificial, um produto indiferenciado, exportável,⁴²⁶ configuraria uma simplificação indevida da ciência jurídica, incompatível com uma compreensão *estática* sobre o seu fenômeno: os códigos, ao fim e ao cabo, *fixavam, imobilizavam* o Direito em um determinado momento da história.⁴²⁷

No *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, na parte dedicada à “origem do Direito Positivo”, Savigny defende que o modo como o Direito se apresenta nas diferentes nações do mundo é “peculiar ao povo, assim como sua língua, seus costumes e sua constituição política.” Para ele, fenômenos como esses não têm existência separada, pois são “faculdades e tendências particulares de um povo individual, inseparavelmente unidos na natureza,” e o que liga esses aspectos em um todo único é “a consciência comum do povo, um

⁴²³ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 188.

⁴²⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors**: chapters in European legal history. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 52.

⁴²⁵ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 196.

⁴²⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p. 384.

⁴²⁷ É célebre o debate travado entre Savigny e Thibaut acerca da codificação na Alemanha. De um lado Savigny se opunha à codificação, porque, no limite, ela iria de encontro aos próprios fundamentos do Direito, entendido como fenômeno em constante movimento; Thibaut, por sua vez, pretendia construir um sistema do Direito Positivo nacional para a Alemanha, eliminando a confusão de diferentes fontes do Direito existentes nos Estados independentes. Muito já se escreveu sobre a controvérsia, que abrange não somente uma perspectiva mais teórica sobre a compatibilidade científica entre Direito e codificação, mas também dimensões de razão contra tradição, história contra renovação, visão progressista contra visão reacionária. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 57-62.

sentimento compartilhado de uma necessidade interior que exclui qualquer ideia de origem acidental ou arbitrária.”⁴²⁸

As palavras de Savigny são eloquentes. O Direito se manifesta a partir de circunstâncias *particulares, específicas e contingenciais*, não existindo espaço nem possibilidade para um ordenamento jurídico ser idêntico em todas as épocas. O Direito, assim como outros fenômenos sociais como a língua, os costumes, e a constituição política, é *variável*, e suas diversas manifestações estão atreladas à *história* do povo em questão.

Paolo Becchi anota que as passagens de Savigny contra a *codificação* apresentam “uma correspondência perfeita com as ideias e as intenções de Gustav Hugo”. Em ambos há o mesmo modo de colocar o problema da origem do Direito, a crítica ao Direito Natural e — eis o ponto fundamental — “a mesma atitude para com o Direito como um fenômeno *intrinsecamente histórico*.”⁴²⁹ A rejeição do jusnaturalismo, a importância dada aos elementos empíricos e históricos, a inescapável mutabilidade da vida humana, a negação da possibilidade de “aprisionamento” do Direito a partir de uma razão universal, todos esses aspectos sugerem que tanto Savigny quanto Hugo, homens conservadores, subscreveriam aos *cinco traços básicos* que Bobbio atribuiu à Escola Histórica do Direito: (i) *individualidade e variedade do homem* — não há Direito único e igual para todos os locais e momentos, pois ele não é ideia da razão, mas produto da história —; (ii) *irracionalidade das forças históricas* — o Direito nasce imediatamente do senso de justiça, gravado no coração do homem, e não de uma avaliação e de um cálculo racional, e isso se exprime por meio das formas jurídicas primitivas, nas origens da sociedade —; (iii) *pessimismo antropológico* — ao contrário do otimismo iluminista que acredita na razão do homem como caminho para melhorar a sociedade, a Escola Histórica desconfia da possibilidade do progresso humano e dos efeitos positivos de reformas, de modo que se mostra necessário conservar o que já existe —; (iv) *amor pelo passado* — para a Escola, esse amor significava ir para além da *Rezeption* na Alemanha, buscando o Direito não corrompido pelas doutrinas medievais, em especial no que se refere ao “autêntico” Direito

⁴²⁸ Tradução livre e adaptação para: “*In the earliest times to which authentic history extends, the law will be found to have already attained a fixed character, peculiar to the people, like their language, manners and constitution. Nay, these phenomena have no separate existence, they are but the particular faculties and tendencies of an individual people, inseparably united in nature, and only wearing the semblance of distinct attributes to our view. That which binds them into one whole is the common conviction of the people, the kindred consciousness of an inward necessity, excluding all notion of an accidental and arbitrary origin.*” Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 24.

⁴²⁹ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 192.

Romano —; (v) *sentido da tradição* — a relevância do costume é revigorado, pois “as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, se formam e se desenvolvem por lenta evolução da sociedade. O costume, aliás, é direito originário diretamente do próprio povo, exprimindo o sentimento e o “espírito do povo”, o *Volksgeist*.⁴³⁰

O Direito, para Savigny, era uma *entidade viva*, transformando-se e movendo-se de acordo com o amplo fluxo de ideias de uma nação; ele era, nesse sentido, uma das muitas expressões do *espírito do povo*, o *Volksgeist*, e deveria ser livre, portanto, para modificar-se.⁴³¹ O *Volksgeist*, assim, bem compreendido, teria uma forma peculiar a cada povo e atuaria silenciosamente na evolução histórica das sociedades, conferindo unidade e sentido às manifestações histórico-culturais de uma nação.⁴³²

A *história*, lentamente, impulsiona a mudança e a evolução do Direito, tornando-o mais complexo com o progresso da civilização. Chega-se a um ponto de seu desenvolvimento, aliás, que o Direito se encontra com tal *autonomia*, com um caráter tão especializado, que ele depende de uma classe de pessoas instruídas — os *juristas* — para analisar e compreender os assuntos concernentes ao Direito:⁴³³ “as tendências nacionais se tornam mais e mais distintas, e o que de outra forma teria permanecido comum é apropriado por classes particulares”, escreve Savigny, afirmando na sequência que “os juristas se tornam cada vez mais uma dessas classes específicas; o Direito aperfeiçoa sua linguagem, toma uma direção *científica*, e, se antes ele existia na consciência da comunidade, agora ele recai sobre os juristas, que, assim, nesse departamento, representam a comunidade.”⁴³⁴

O Direito, em um cenário como esse, vive uma “vida dupla”: em linhas gerais, ele continua a existir na *consciência comum do povo*; o seu mais minucioso cultivo e manejo, entretanto, diz respeito à *vocação especial* dos juristas.⁴³⁵ Há, nisso, um fino equilíbrio entre o Direito (i) continuar a moldar as vidas das pessoas em geral e (ii) constituir uma atividade em

⁴³⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 51-52.

⁴³¹ CAENEGEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors**: chapters in European legal history. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 51.

⁴³² HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p. 385.

⁴³³ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 203.

⁴³⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 28.

⁴³⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System of the modern Roman Law**. Traduzido por William Holloway. Chennai: J. Higginbotham, 1867. v. 1. p. 36.

si mesma, confiada à expertise de uma determinada profissão.⁴³⁶ A emergência do Direito, portanto, dá-se, *grosso modo*, a partir do costume e da fé popular, em um primeiro momento, e, depois, por meio de sua gradual e crescente *intelectualização* pelos juristas, isto é, “por poderes internos que operam silenciosamente,” conforme Savigny, “não pela *vontade arbitrária* do legislador.”⁴³⁷

O que significava, então, posicionar a *ciência jurídica*, ou seja, a doutrina articulada pelos juristas, no centro da problemática do Direito? É possível argumentar que, para Savigny, um Direito excessivamente concentrado em códigos, encarnações da vontade do legislador, tornava os juristas “servos do Direito.” Era como se o Direito permanecesse *extrínseco* aos estudiosos, que deveriam se limitar a *explicar/descrever* um objeto externo.⁴³⁸ A ciência jurídica não deveria assistir passivamente às mudanças do Direito, mas ter uma função muito mais *substancial, intrínseca, produtiva* no seu fenômeno.⁴³⁹ Conforme Savigny, os juristas realizam uma *dupla ação*: (i) uma *material*, na medida em que são eles que dão continuidade à atividade legisladora do povo, na figura de representantes do todo; e (ii) uma *formal* e puramente *científica*, pois são eles que desenvolvem e estabelecem o conhecimento científico do Direito. Nesse último sentido (formal e científico), a ação dos juristas “parece à primeira vista ser dependente” de algo *externo*, como se analisasse algum material “de fora”; contudo, é “ao dar aos materiais assim apresentados uma forma científica”, revelando e aperfeiçoando a *unidade* que neles habita, que “surge uma nova vida orgânica que molda e reage aos próprios materiais,

⁴³⁶ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 203.

⁴³⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 30.

⁴³⁸ Arrisco-me a dizer que Savigny não ficaria surpreso com a tamanha produção bibliográfica no Brasil que apenas repete ou parafraseia acriticamente a “letra” da lei e as decisões judiciais. Por mais que se discorde das posições de Savigny e da Escola Histórica, por mais que se argumente que toda essa teorização faz parte agora apenas da “história”, a inclinação a reduzir a integralidade do Direito àquilo que é *posto* pelo Legislativo e pelo Judiciário está profunda e estruturalmente presente na prática jurídica no País. Lenio Streck, no cenário brasileiro, é um dos poucos que (com razão) tanto denuncia a inércia e a ausência de críticas doutrinárias no País com relação à ampla discricionariedade e ao tão disseminado ativismo judicial nas práticas forenses. Remeto o leitor ao verbete “Constrangimento epistemológico” no Dicionário de Hermenêutica do autor. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 61-66.

⁴³⁹ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 205.

de modo que de tal ciência um novo tipo de *geração de Direito* prossegue incessantemente.” — eis o *Direito Científico*, também chamado de *Direito dos Juristas*.⁴⁴⁰

Apresentadas essas considerações, torna-se mais compreensível o que significa o “espírito duplo” indispensável a todo jurista de que fala Savigny (o qual, ao que parece, apreciava desenvolver seus argumentos a partir de uma divisão binária): (i) não apenas é necessário que o jurista consiga captar com prontidão as peculiaridades de cada época e de cada forma do Direito (dimensão *histórica*), (ii) como também deve ele ser capaz de ver cada noção e cada regra em uma viva conexão e cooperação com o todo, isto é, na única verdadeira e natural relação (dimensão *sistemática*).⁴⁴¹ Em outras palavras, a *ciência do direito, produzida* pelos juristas, ocorre em uma combinação entre aspectos *históricos* e *sistemáticos*,⁴⁴² “referindo-se aquele[s] à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este[s] compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante.”⁴⁴³

2.5.2 A assimilação do Direito Científico pela *Begriffsjurisprudenz*

As linhas mestras da Escola Histórica darão fundamento à Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), ou Pandectística (*Pandektenwissenschaft*). Para os pandectistas, a *construção sistemática do Direito* não é apenas uma forma de proporcionar mais clareza e facilidade no domínio do conhecimento jurídico (como se fosse, portanto, uma *descrição simplificadora* do Direito Positivo); na verdade, sistematizar o Direito significará “a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério

⁴⁴⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System of the modern Roman Law**. Traduzido por William Holloway. Chennai: J. Higginbotham, 1867. v. 1. p. 37-39.

⁴⁴¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831. p. 64-65.

⁴⁴² Savigny, em seu livro *Metodologia jurídica*, ora citado, chama “ciência do direito” de “ciência legislativa”, assim como a qualifica como “filosófica” no sentido de “sistemática”. Isso é bem esclarecido por Karl Larenz, que assinala que as diferenças no uso das palavras, entre uma obra e outra de Savigny, devem-se a alterações profundas em sua teoria, sobretudo no que se refere à sua noção de fonte originária do Direito: inicialmente, como no livro *Metodologia jurídica*, era a *lei*, depois, já no seu *Sistema do Direito Romano atual*, passa a ser o *espírito do povo*. De qualquer forma, o que se pode dizer que permanece, e por isso a citação se mostra apropriada, é sua ideia de estabelecer uma *ciência* fundada em aspectos tanto *históricos* quanto *sistemáticos*. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 5-6; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 13.

⁴⁴³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 18.

da ‘racionalidade’ intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade.”⁴⁴⁴ Esse Direito Científico (ou Conceitual) *à la Savigny*, sistematizado, com ênfase na abstração conceitual, no rigor da lógica formal, seria desenvolvido pelos juristas (professores), não a partir de um conhecimento *a priori*, totalmente abstrato e à parte de toda experiência, evidentemente, mas segundo a “emanação de um todo orgânico, o espírito do povo.”⁴⁴⁵

Os pandectistas, é bem verdade, embora construíssem seus sistemas em torno de *conceitos (Begriff)*, não se referiam a si mesmos como parte de um movimento maior denominado de “Jurisprudência dos Conceitos” — ao que consta, conforme esclarece Bobbio, é que “*Begriffsjurisprudenz*” era utilizado com tom polêmico por seus adversários.⁴⁴⁶ Seja como for, houve diferentes formulações teóricas em busca do mesmo objetivo: a *sistematização científica* do Direito. *Duas* delas serão exploradas, em virtude da relevância teórica dos autores e do próprio contraste que é possível estabelecer entre suas obras: (i) a de Puchta; e (ii) a do “primeiro” Ihering.

De um modo geral, ressalvadas as nuances próprias de cada autor, um Direito sistematizado, concebido a partir de um *formalismo* conceitual rigoroso, tal como intentavam os teóricos pandectistas apresentaria *duas* consequências importantes, conforme Wieacker: (i) a ordem jurídica passa a constituir um sistema *fechado* (*i.e.* autônomo e coerente) de instituições e normas e, por isso, “independente da realidade social das relações da vida reguladas por essas instituições e normas” — tal é o grau de abstração e “pureza” conceitual aspirada pelos pandectistas, que seria “em princípio possível decidir correctamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de carácter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)” —;⁴⁴⁷ e (ii) é justamente por ser definido como um sistema fechado que se exige a sua própria *plenitude*, o que significa não que as normas jurídicas em si são plenas (sem “lacunas”), mas que a correta articulação dos conceitos e de suas conexões lógicas permitem

⁴⁴⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21.

⁴⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 412-413.

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 122.

⁴⁴⁷ Wieacker ainda faz um apontamento interessante sobre esse primeiro ponto: os conceitos jurídicos não teriam apenas “um valor ordenador de carácter sistemático, pedagógico ou semântico” — como as unidades de conta ou os símbolos matemáticos —, mas neles haveria uma *realidade concreta*, como se estivessem imbuídos de princípios permanentemente válidos sobre a correção (moral) do Direito. Assim, sua aplicação conduziria, necessariamente, a uma decisão correta (justa). Para Wieacker, isso manifesta o ideal científico do idealismo formal “de que a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também a sua correção material.” Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 494-495.

imediatamente o “preenchimento” das “lacunas do Direito” — no limite, o “incessante limar e polir dos conceitos jurídico-científicos” conduzirá a uma “plena sistemática da justiça” (sua *autossuficiência*) — concluído o trabalho científico, ou seja, *completo* o sistema de conceitos do Direito, “a subsunção lógica em relação a um princípio ou conceito deve ser possível e suficiente em todos os casos pensáveis.” Encontrar a solução correta limita-se, então, “ao acto lógico da *subsunção* correta.”⁴⁴⁸

O destaque à noção de *sistema* — qualificado como *fechado*, *pleno*, *autossuficiente*, *completo* — não deve passar despercebido: a exposição até aqui serviu para entremostrear que a Jurisprudência dos Conceitos se alça a um nível ainda mais elevado de *abstração* do que a Escola Histórica preconizava. Valho-me da explicação de Larenz sobre as *duas maneiras* de se pensar a *unidade* de um sistema:⁴⁴⁹ (i) de um lado, é possível organizar um sistema “à maneira da unidade de um ‘organismo’”, ou seja, “como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta” — *e.g.* assim é a ideia de sistema em Savigny, com o carácter *orgânico* do instituto jurídico e da sua unidade (relembrando que, para Savigny, o *sentimento*, a *intuição* acerca da “comum convicção jurídica do povo” tem grande relevância) —; e (ii) é possível conceber-se um sistema em que a unidade é baseada em um “conceito geral *abstrato*, ‘limpo’ de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal.”⁴⁵⁰

Explicando melhor: na primeira hipótese, em que o trabalho de Savigny pode ser tomado como exemplo, os elementos que integram o sistema “gravitam, todos eles, em volta de um centro”, de forma que a sua *unidade* se dá na relação de todos os seus componentes com esse centro fundado em si próprio, e vice-versa, formando algo comparável a um *círculo*; na segunda hipótese, em que o sistema se funda nos princípios da lógica formal, temos algo semelhante a uma *pirâmide*. Quanto a esta última, o conceito mais elevado, o conceito *supremo*, ocupa o vértice da pirâmide: é ele que *unifica* o sistema, pois é o conceito mais geral possível e a partir do qual todos os outros podem ser, logicamente, *subsumidos*, como espécies e subespécies. Da base até o topo, no caminho percorrido, de estrato em estrato, a diminuição da largura significa

⁴⁴⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 498.

⁴⁴⁹ Sistemas, *grosso modo*, são constituídos por elementos integrados a partir de um princípio que lhes confere unidade. O Direito, enquanto conhecimento sistemático, seria mantido coeso, íntegro, por força de um tal princípio. Conforme diz (poeticamente) o próprio Larenz: “[a] ideia de ‘sistema’ significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista de sentido.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 22.

⁴⁵⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 22.

a perda em *matéria*, em elementos *particulares*, enquanto o incremento em altura significa o aumento da *capacidade de perspectiva*, de *generalização*.⁴⁵¹

Georg Friedrich Puchta (1798 – 1846), discípulo de Savigny, é considerado o *fundador*⁴⁵² da Jurisprudência dos Conceitos propriamente dita justamente porque foi ele quem, divergindo de seu mestre, conduziu a *ciência jurídica* em direção à sistematização do Direito tal como uma “*pirâmide de conceitos*”. Para Puchta, assim como para Savigny, a atividade científica do jurista não era apenas *cognitiva* — ou *descritiva* —, mas também tinha uma função *produtiva*, isto é, *criativa*.⁴⁵³ o *professor*,⁴⁵⁴ o “jurista cientificamente formado”, *criava* Direito — dessa forma, entre as fontes do Direito, passavam a conviver os *costumes*, a *legislação*, e o próprio *Direito Científico*.⁴⁵⁵ O objetivo dessa construção teórica era o estabelecimento de uma *hierarquia de conceitos*, construída de “forma contínua e sem lacunas”, por esses juristas treinados cientificamente. Uma vez realizado esse complexo trabalho, a resposta aos casos concretos seria *deduzida* a partir do *estrito rigor lógico*.⁴⁵⁶

Se, por um lado, é verdade que Puchta não negava as fontes do Direito delineadas por Savigny — em especial no que se refere à presença do *Volksgeist* como fonte originária —, de certa forma o acompanhando, por outro, também o é que, na sua formulação científica, havia uma proeminência muito maior do pensamento *conceptualista formal* — até por isso que, ao se distanciar de Savigny nesse ponto, inaugurou a Pandectística. Larenz, por exemplo, chama a atenção para o fato de que Puchta não mais operava a partir da conexão *orgânica* de *institutos jurídicos* como fazia Savigny (institutos esses intuídos da consciência comum), mas a partir de

⁴⁵¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 22-23.

⁴⁵² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 456.

⁴⁵³ “Em síntese, a doutrina possuindo um caráter prescritivo.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 144.

⁴⁵⁴ “Com Puchta [...], a ênfase muda para um aspecto diferente da atividade do jurista, com o foco principal sendo o jurista não enquanto *juiz*, mas enquanto *mestre da ciência jurídica*.” Tradução livre para: “*With Puchta [...] the emphasis shifts to a different aspect of the jurist’s activity, the main focus being on the jurist not qua judge but qua master of legal science.*” Cf. BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 218.

⁴⁵⁵ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 222-223.

⁴⁵⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 455-457.

um nexa *orgânico* de *proposições jurídicas*, o qual se transformava em um nexa *lógico* entre *conceitos* em razão de um processo de abstração.⁴⁵⁷

Seria incorreto, de toda sorte, afirmar que Puchta negligenciou a origem concreta dos institutos jurídicos ou, o que é dizer algo bem parecido, que sua concepção de Direito era absolutamente *abstrata e imaterial*: os seus *conceitos* estavam sustentados, fundamentalmente, na realidade das relações *materiais* da sociedade. Ainda assim, embora Puchta se mantivesse fiel, em algum grau, à *mutabilidade* do Direito enquanto organismo suscetível ao curso da história, ele inegavelmente acabou ficando “preso” às suas fórmulas lógicas e, conseqüentemente, “foi levado em uma direção que o fez perder contato com a realidade, com a substância material do Direito.” Mesmo a conexão próxima entre teoria e prática terminaria por ser sacrificada em favor do *sistema* e em detrimento da *historicidade* do fenômeno jurídico.⁴⁵⁸

Na verdade, muito embora os *professores* tivessem um papel de *criação* do Direito — de modo que, conforme já dito, o Direito Científico constituía uma de suas fontes —, Puchta apregoava uma distinção entre a atividade *teórico-científica* dos juristas e a sua atividade *prática* em geral: o que as cortes e os juízes fazem é uma coisa; a ocupação do cientista é outra. Claro: juízes, advogados, promotores, os envolvidos nas lidas cotidianas do Direito enfrentam *casos concretos*; o professor articula *proposições, conceitos abstratos* para a construção do sistema científico. É nesse sentido que Paolo Becchi sustenta haver em Puchta uma *ciência “pura”*⁴⁵⁹ do Direito:⁴⁶⁰ aquele que produz a *ciência jurídica* não se preocupa com sua aplicação e interpretação em situações específicas, apesar de que, de fato, produto do seu esforço intelectual permita a solução de casos por meio de *dedução lógica*.

A *ciência do Direito* compreenderia uma “*genealogia dos conceitos*”, ou seja, a construção do sistema de pirâmide conceitual segundo as regras da *lógica formal*: no topo, há um *conceito supremo*, “a partir do qual se deduzem, em primeiro lugar, conceitos muito abstractos e genéricos; destes, porém, são deduzidos conceitos mais concretos e com mais

⁴⁵⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 23-24.

⁴⁵⁸ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 219-222.

⁴⁵⁹ Uma ideia de *ciência pura* estará muito presente no trabalho de Hans Kelsen, desenvolvido no capítulo seguinte (item 3.1 da dissertação).

⁴⁶⁰ BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. In: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009. p. 221-223.

conteúdo, e assim por diante.”⁴⁶¹ Independentemente se seguirmos no sentido *ascendente* ou *descendente* na pirâmide, cada conceito pode ter sua proveniência traçada através dos termos médios envolvidos na sua formação. As *proposições jurídicas* encadeiam-se de tal modo, portanto, que a sua genealogia pode ser deduzida até ao princípio comum, e, inversamente, é possível partir do princípio até a parte mais inferior.⁴⁶²

É interessante notar que o sistema de Puchta tem a intenção de proporcionar a *descoberta* de proposições jurídicas *ocultas* do espírito do Direito — dito de outro modo, proposições que ainda não haviam sido expressadas nos *elementos do povo* nem na *legislação*. Como isso acontece? Conforme Larenz, como cada conceito superior autoriza determinadas afirmações, para os conceitos inferiores a ele subsumidos deverá valer, por decorrência *lógica*, cada uma das afirmações relacionadas com o superior. Em um exemplo: se definirmos (hipoteticamente) que o conceito (superior) de *direito subjetivo* é que se trata de “*um poder sobre um objeto*”, e quisermos compreender o conceito (inferior) de *crédito* como *espécie* de direito subjetivo, teremos (hipoteticamente), por dedução, que *crédito* é “*um poder sobre um objeto* [conceito superior] que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último.”⁴⁶³⁻⁴⁶⁴ Eis, então, como se dá a função *criativa* do Direito Científico.

Rudolf von Ihering (ou Jhering; 1818-1892), no chamado *primeiro período* de seu pensamento,⁴⁶⁵ formulará uma posição bastante própria de uma *ciência jurídica pandectística*,

⁴⁶¹ KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 168.

⁴⁶² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 24.

⁴⁶³ Grifos meus. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 25.

⁴⁶⁴ Larenz ressalta que “a ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? [...] Segundo PUCHTA, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. Mas, se analisarmos mais em concreto, o *a priori* jusfilosófico do sistema de PUCHTA não é senão o conceito kantiano de liberdade.” Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 25. O *vértice da pirâmide*, desse modo, não se encontra no Direito Positivo, mas é dado, externamente, pela filosofia do Direito.

⁴⁶⁵ É bastante conhecida a radical ruptura realizada por Ihering, contra o formal pensamento pandectista, a partir de seu “segundo período”. No seu livro “*A finalidade do Direito*” (*Der Zweck im Recht*), Ihering desenvolve uma visão pragmático-teleológica do Direito: “o critério do direito não é o absoluto que se toma para a verdade, mas o relativo que se aplica com relação ao fim. Disso tudo se depreende que o conteúdo do direito não só *pode*, como também deve ser infinitamente variável. [...] Tudo o que brota sobre o solo do direito, nasceu através de sua finalidade e em função de sua finalidade. Todo o direito outra coisa não é, senão uma única criação teleológica.” O Direito, assim, é “a forma de *asseguramento das condições vitais da sociedade*, produzido através do poder coercitivo do Estado.” Grifos no original. Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1. p. 292-294.

orientando-a a partir do método “histórico-natural”: é no desenvolvimento da *doutrina da história natural do Direito*, por meio da filosofia e do Direito comparado, que “a noção da genuína ciência do Direito romano será mais vasta.”⁴⁶⁶ Veja-se: Ihering, como os pandectistas em geral e a Escola Histórica, havia sido muito influenciado pelo Direito romano — Bobbio chega a dizer que, para os pandectistas, “a codificação já havia ocorrido uma vez e se referiam ao Código de Justiniano”⁴⁶⁷ —, de modo que o seu trabalho envolvia uma *decomposição científica* desse material jurídico recebido. Tal empreendimento, todavia, não era ingenuamente projetado para “reproduzir simplesmente a doutrina dos romanos” ou “ressuscitar a pureza da teoria romana”, mas para tomar seus ensinamentos de forma *construtiva*.⁴⁶⁸ Buscava-se o *espírito* do Direito romano,⁴⁶⁹ não uma pretensa *cópia*.

Investigar o Direito a partir do método “histórico-natural” passava por uma concepção sistêmica de Direito enquanto *organismo vivo* — opondo-se, por exemplo, ao sistema piramidal de Puchta. Para Ihering, deve ficar bem claro, essa comparação com os seres vivos não deveria ser tomada levianamente: ao Direito eram reconhecidas todas as qualidades de um *produto da natureza* (não é à toa, portanto, que ele se referia a noções como *crescimento*, *desenvolvimento natural*, aspectos *anatômico* e *fisiológico* do Direito).⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹

“A modalidade extrema da Jurisprudência dos Conceitos” de que fala Wieacker é essa tentativa de Ihering de aproximar os direitos e as situações jurídicas das *coisas reais*, como se

⁴⁶⁶ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 27.

⁴⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 122.

⁴⁶⁸ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 43.

⁴⁶⁹ O título do clássico livro de Ihering em sua primeira fase é “*O espírito do Direito romano*” (*Geist des römischen Rechts*, 1852-1865, quatro volumes).

⁴⁷⁰ Até como uma forma de mostrar a proximidade entre as diferentes versões do positivismo jurídico apresentadas neste capítulo, não obstante suas inegáveis diferenças, é importante aludir à menção feita por Ihering à possibilidade de aproximação entre o *Direito* e as *ciências médicas* ventilada por Jeremy Bentham, em seus *Traité de législation* (1802) — “será que o corpo político não poderia ter sua *anatomia*, sua *fisiologia* e sua *matéria médica*? A referência, é verdade, foi acrescentada *após* a publicação da primeira edição, o que talvez até reforce um certo *espírito de ciência da natureza* que predominava no imaginário teórico da época. Cf. JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 29.

⁴⁷¹ Larenz destaca que, apesar de ser verdade que o Direito como “organismo vivo” é predominante na elaboração do sistema conceitual de Ihering, por vezes há uma certa “despreocupação filosófica” em suas palavras — *e.g.* o modo como Ihering compara o Direito com uma *máquina* em determinadas passagens, imagem essa *incompatível* com a ideia de organismo (enquanto este é movido por uma “força interna”, captando a evolução do Direito de acordo com práticas *inerentes* à vida em sociedade, a máquina dependeria de uma *mão alheia*, uma *força externa* para realizar sua função). De qualquer sorte, atemo-nos à comparação com *organismos vivos*, que sem dúvida se harmonizam melhor com a obra de Ihering. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 30-31.

fossem regidas pelas leis gerais da *experimentação física*.⁴⁷² O Direito, entendido como sistema orgânico de conceitos, é “apreensível por observação e indução”; seus conceitos não provêm de um raciocínio puramente abstrato, mas são construídos de maneira análoga à das *ciências da natureza*, na qual, “a partir da observação do real e da elaboração lógica dos resultados dessa observação”, torna-se possível extrair “princípios gerais subjacentes aos fatos empíricos (como a lei da atracção universal, a velocidade da luz, as leis que presidem às combinatórias químicas).”⁴⁷³

Novamente em Ihering, assim como em Puchta, o papel *sistemático* da *ciência jurídica* é “superior” em comparação com a sua função *histórica*; dessa vez, contudo, não tanto em virtude da busca de um encadeamento entre *proposições jurídicas*, mas em razão de uma *deapuração* das próprias proposições jurídicas e dos seus elementos lógicos em “corpos simples”. A ideia, no fundo, é elevar ainda mais o nível de “purificação” dos conceitos para que, por meio de suas (re)combinações, seja possível chegar às normas jurídicas.⁴⁷⁴

A comparação de Ihering entre a tarefa do *legislador* e a da *ciência jurídica* é esclarecedora: (i) de um lado, o legislador “pode limitar-se em estabelecer a sua vontade na forma originária, imediatamente praticável”; de outro, a ciência “não somente tem a missão de explicar e de coordenar estas vontades, senão que deve também reduzi-las a elementos lógicos do sistema”; (ii) o legislador “oferece-nos, por assim dizer, *corpos compostos* que só o interessam por sua utilidade imediata; a ciência emprega “a análise, converte-os em *corpos simples*.”⁴⁷⁵ A ciência tem a missão de encontrar as *relações lógicas* existentes nas instituições e nas regras jurídicas, articulando-as e desarticulando-as, identificando os elementos em comum e também os distintos em umas e outras, de modo que seja possível conduzir o conhecimento do Direito às suas partes mais *fundamentais*. É por isso que *uma* das vantagens da ciência é que, “em lugar de uma multidão de regras distintas,” afirma Ihering, ela “obtem um número limitado de *corpos simples*, por meio dos quais pode recompor, quando queira, cada uma das regras do direito.”⁴⁷⁶

⁴⁷² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 495.

⁴⁷³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p. 414-416.

⁴⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 31.

⁴⁷⁵ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1, p. 37, grifo nosso.

⁴⁷⁶ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1, p. 37-38, grifo nosso.

Aqui não se pode deixar de apresentar duas célebres analogias elaboradas por Ihering: (i) a da ciência do Direito com relação ao *alfabeto*; e (ii) a da ciência jurídica com relação à *química*. Quanto à primeira, (i) Ihering argumenta que o *alfabeto* representa, para a *língua*, a solução que o seu *sistema orgânico* representa para a *ciência jurídica*, pois ambos envolvem uma espécie de *simplificação da matéria*, sua *decomposição* em elementos mais simples. “[U]m direito reduzido a seus elementos lógicos nos oferece seu alfabeto, por meio do qual podemos decifrar os diferentes modos de vida, por difíceis que possam ser.”⁴⁷⁷ No que se refere à (ii) comparação entre ciência jurídica e química, a ideia é bastante parecida, pois cada uma delas também procura os seus respectivos *corpos simples*, *sublimando* os conceitos e permitindo o trânsito do estado inferior de agregação para o superior. A “química do Direito” é a “ciência que se ocupa de pesquisar os elementos simples do direito.”⁴⁷⁸

A *simplificação* do material jurídico, entretanto, não é a única vantagem do sistema orgânico de Ihering. Os conceitos, os “corpos simples”, não autorizam apenas a reconstituição das regras de Direito a partir das quais foram decompostos, mas também possibilitam acrescer o Direito por *meio do próprio Direito*. A ampliação e o engrandecimento do Direito tornam-se possíveis na medida em que os elementos podem ser (re)combinados de modo a “criar novas noções, que em sua *fecundidade* melhoram e *engendram* outras”⁴⁷⁹ — note-se a linguagem empregada por Ihering, reforçando o caráter *natural* do Direito, aproximando-se de um verdadeiro *ser vivo*, reprodutivo e produtivo. Isso mostra que a própria noção de “criação” do Direito pelo cientista estava associada à sua capacidade de estabelecer conexões entre esses conceitos por ele “purificados”. O caráter *criativo* da ciência, portanto, tinha relação com essas *novas deduções*, que nada mais eram do que *decorrências lógicas internas* do sistema por ele construído.

⁴⁷⁷ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1. p. 38-39.

⁴⁷⁸ JHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases do seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 3. p. 25.

⁴⁷⁹ JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1, p. 38, grifo nosso.

3 TRÊS VERSÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO NO SÉCULO XX

“Do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo. Não há nenhuma razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos. Tal como empregado nestas investigações, o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais. Ele designa uma técnica específica de organização social.”⁴⁸⁰

(Hans Kelsen)

Chegado o século XX, o positivismo jurídico, que já não era um projeto teórico unificado e homogêneo, como se pôde perceber, assumiu novas e variadas facetas, com ainda mais amplas sofisticação e complexidade. Por certo que à presente investigação não cabe apresentar os tantos caminhos que foram adotados por todos os autores positivistas, tarefa que ultrapassaria, com facilidade, as milhares de páginas. No entanto, para os fins deste trabalho, *três formulações teóricas* em particular são capazes de trazer proveitosos elementos para a relação entre Direito e Moralidade: (i) o positivismo *normativista* de Hans Kelsen; (ii) o positivismo *inclusivista* de H. L. A. Hart; e (iii) o positivismo *exclusivista* de Joseph Raz.

Cada uma dessas três linhas, uma vez consideradas em seus pormenores, apresentadas uma a uma, são capazes de jogar luz sobre as nuances conceituais que as envolvem e que autorizam qualificá-las como verdadeiramente positivistas. Para uma tal compreensão, não é tanto nos pontos de convergência, de concordância, entre Kelsen, Hart e Raz que vamos ampliar nosso horizonte de ideias, mas justamente a partir de suas *divergências* que conseguimos alcançar um entendimento mais aprofundado sobre o positivismo jurídico.

Com isso não se quer dizer, evidentemente, que esses aspectos semelhantes entre suas obras não sejam importantes. É preciso, com efeito, identificar algo como uma “espinha dorsal” do positivismo jurídico, ainda que com isso sempre estejamos sob risco de cometer reducionismos. Seja como for, mesmo nesses positivismos do século XX, existe uma pretensão comum, fundante para a posição positivista: a de “metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista”, conforme escreve Lenio Streck.⁴⁸¹ A rejeição positivista das questões *valorativas*, tão caras aos diversos jusnaturalismos, como as questões do bem e do

⁴⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 8.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 265.

mal, da lei justa e lei injusta, está umbilicalmente associada à necessidade de que uma legítima Teoria do Direito restrinja-se a *proposições descritivas*.

Essa aposta descritiva vem a reboque de uma visão de mundo que assume que a verdade sobre a realidade pode ser apreendida pelo intelecto humano *objetiva e avalorativamente*. O teórico do Direito, como se observador *externo* à realidade fosse, captaria os *fatos* sobre o fenômeno jurídico, analisando-os e sistematizando-os de forma *neutra*.⁴⁸² A “tese dos fatos sociais” positivista é justamente isto: o Direito é *fato social*, independentemente de considerações de natureza moral que possamos fazer sobre ele. Não é por outro motivo que um dos grandes autores positivistas, pré-século XX, John Austin, proferiu a célebre frase de que “a existência do Direito é uma coisa; seu mérito e demérito é outra.”⁴⁸³ É por meio da redução à *descrição* que os positivistas encontraram um caminho para tornar o Direito um conhecimento *objetivo*, capaz de ser avaliado como *verdadeiro* ou *falso*.

Considerar o Direito como “fato social posto pela razão humana”, ou seja, algo identificável na realidade externa ao observador, significa uma tentativa de aderência a concepções antimetafísicas, fundadas em *fatos empiricamente observáveis, dados empíricos*, a mesma base das ciências naturais (as *hard sciences*).⁴⁸⁴ O positivismo parte, assim, do que está *posto, positivado* — em sua raiz etimológica, segundo Lenio Streck, está a palavra latina *positivus*, relativa a “algo existente de modo explícito, estabelecido e/ou aceito convencionalmente.”⁴⁸⁵

⁴⁸² Norberto Bobbio afirma que uma das características fundamentais do positivismo jurídico é a sua forma de abordar, de encarar o Direito: *metodologicamente*, o positivismo jurídico considera o Direito como *fato*, e não como *valor*. Diz o jurista de Turim: “O direito é considerado um *conjunto de fatos*, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 131.

⁴⁸³ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832]. p. 157.

⁴⁸⁴ A convicção no método exato das ciências naturais é um elemento basilar do *positivismo*, entendido em seu sentido amplo, enquanto paradigma filosófico e científico desenvolvido por Augusto Comte. Nesse aspecto, muito relevante o que anota Nicola Abbagnano sobre esse positivismo (científico): “a característica do positivismo é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível.” Ainda segundo Abbagnano, podem-se elencar três “teses fundamentais” do positivismo: (i) a ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido; (ii) o método da ciência é puramente descritivo; (iii) o método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Positivismo. In: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 909.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 272.

A citação que abre este capítulo 3, de autoria do austríaco Hans Kelsen, sintetiza muito bem essa discussão. O Direito, da forma como propugnado pelos tantos jusnaturalismos que dominaram o imaginário jurídico, recheado de noções moralistas e moralizantes, era, simplesmente, *não científico* para os positivistas. “Uma técnica específica de organização social”: eis a definição que Kelsen fornece para o Direito. Nenhum juízo sobre a qualidade moral de suas leis sequer poderia entrar em pauta nessa análise; afinal, uma tal técnica de organização social poderia ser *boa* ou *má*, mas isso já não poderia interessar ao campo da Teoria do Direito.

Esse é, evidentemente, apenas um exemplo acerca do que os positivistas queriam dizer sobre as suas propostas. Muitos outros poderiam ser apresentados, mas essa passagem de Kelsen é extremamente significativa do distanciamento, supostamente científico, que os positivistas gostariam de adotar. Posto isso, uma vez que, ainda que minimamente, essas poucas linhas permitam entrever *alguma ideia* sobre os pontos em comum entre os positivistas, é importante destacar rapidamente questões *contrastantes* entre as obras dos três autores a serem estudados neste capítulo.

Isso é necessário porque, como eu havia dito, são as divergências entre eles que enriquecem a presente pesquisa. O positivismo é uma atitude teórica com pretensões científicas, isto é, *objetivas, neutras, factuais*, sobre o Direito. Certo. Todavia, assim como nas ciências naturais coexistem teorias, acerca do mesmo objeto de estudo, que divergem entre si, mesmo partindo da mesmo *método científico*, também no positivismo teremos essas perspectivas que, embora partam desses ideais de cientificidade, traçam soluções e conclusões distintas sobre o seu objeto de estudo, o Direito.

Kelsen, Hart e Raz foram selecionados para integrar este capítulo não apenas porque podem ser considerados os “mais importantes arquitetos do positivismo jurídico contemporâneo”,⁴⁸⁶ mas também porque trazem aspectos em suas teorias jurídicas bastante diversos entre si, para não dizer até mesmo *antagônicos* em certos sentidos. Além disso, conjugar as obras de autores da tradição continental (Kelsen) com outros da tradição analítica (Hart e Raz) proporciona uma conjuntura profícua para a demonstração de que o positivismo jurídico não se limita a esse ou aquele país, mas que representa uma forma de compreender o

⁴⁸⁶ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Direito extremamente disseminada — até mesmo quando os juristas e filósofos não estejam familiarizados com as nomenclaturas e os conceitos aqui envolvidos.

A *teoria pura do Direito* de Hans Kelsen, a qual empresta seu nome para o título da obra mais famosa do jusfilósofo austríaco, é uma teoria positivista *normativista*, porque, para ela, o Direito é um *conjunto de normas jurídicas*, sejam elas de caráter geral (como a legislação), sejam de caráter individual (como a decisão judicial). O fato social a ser descrito são essas normas que constituem o fenômeno-objeto da Ciência Jurídica. O cientista, então, *descreve* essas normas produzidas pelas autoridades jurídicas, pois quanto a isso, crê Kelsen, há possibilidade de uma análise *objetiva e neutra* pelo teórico. Quanto ao plano da *criação/produção* dessas normas, como no caso da decisão judicial, Kelsen, entretanto, não visualiza possibilidade de *controle racional*, tornando-se essa atividade essencialmente *discricionária*. Relevante contribuição, portanto, para o positivismo, é entender a *cisão entre Direito e Ciência de Direito*,⁴⁸⁷ nos termos *kelsenianos*.

H. L. A. Hart e Joseph Raz, ilustres positivistas jurídicos, chocam-se em um ponto central de seus pensamentos. Na sua mais célebre obra, *The concept of law* (O Conceito de Direito), Hart fornece uma definição sobre o que ele considera enquanto *positivismo jurídico*: “a simples afirmação de que não é em nenhum sentido uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas demandas de moralidade, embora de fato elas tenham muitas vezes assim feito.” Isso, ainda, é complementado no *postscript* póstumo dessa mesma obra: “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, conformidade a princípios morais e valores substantivos.”⁴⁸⁸

Raz defende uma visão oposta à de Hart, seu ex-mestre. Para ele, uma teoria legítima do Direito, assentada em uma perspectiva verdadeiramente científica, positiva, não pode sequer ventilar a possibilidade de que juízos morais ingressem no conceito de Direito. Os testes para verificação, tanto da existência quanto do próprio conteúdo do Direito, podem depender tão-somente de elementos que possam ser *descritos avaliativamente*, com a rejeição do recurso a argumentos morais.⁴⁸⁹ Pode-se dizer, assim, que, se a formulação positivista de Hart contempla uma conexão contingencial entre Direito e Moralidade (afirmando a inexistência de *conexão*

⁴⁸⁷ Esse é um ponto crítico da obra de Kelsen. Tão crítico, mas pouco compreendido. Nesse aspecto, Lenio Streck e Luis Alberto Warat são autores que iluminam o caminho da compreensão dessa problemática, e suas obras guiarão a seção destinada ao austríaco.

⁴⁸⁸ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 250.

⁴⁸⁹ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39-40.

necessária entre os conceitos), a de Raz rechaça totalmente essa possibilidade (afirmando uma *necessária inexistência* entre os conceitos).

3.1 O POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen (1881-1973), sem dúvida alguma, é um autor fundamental para compreender a influência e o alcance do positivismo jurídico até os dias de hoje. Seu *magnum opus*, com sua primeira publicação em 1934 e uma segunda — e bastante reelaborada — edição em 1960, a *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, expõe uma forma bastante particular de pensar a relação entre *Direito* e a *Ciência do Direito*. Para Kelsen, só podemos fazer *ciência* com um *conjunto de normas* como Direito a partir de uma *terapia lógica*, da ordem do *a priori*, a qual deve garantir que o Direito se movimente “em um solo lógico rigoroso”.⁴⁹⁰ Esse elevado grau de *abstração* na construção do conhecimento jurídico, todavia, não dispensava sua fundação na *experiência*: a dialética entre *racional* e *empírico*, entre conceitual e referencial, ao mesmo tempo em que evitava um frágil idealismo metafísico, também se afastava de um empirismo ingênuo.⁴⁹¹

Nesse sentido, porque ciência se faz com *dados sensíveis*, a aproximação entre Direito e justiça, entre o Direito e demandas de moralidade, será vista por Kelsen como “tendência política, não científica.”⁴⁹² Isso não significa que não há — ou mesmo que não *deva* haver — exigências, por parte das pessoas, de que o Direito Positivo deva ser justo, mas apenas que a distinção conceitual entre o *jurídico* e o *justo* é derivada da impossibilidade de se responder, *cientificamente*, sobre a justiça ou a injustiça de uma lei. Disso decorre a rejeição de toda a tradição do Direito Natural por Kelsen, para quem a doutrina jusnaturalista sustentava a existência de “um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana[va] da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus.”⁴⁹³ *Ideologias e autoilusões*: eis a síntese do que isso representava para

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 18.

⁴⁹¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade. p. 131-132.

⁴⁹² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9.

⁴⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12.

Kelsen, uma mistura de noções de justiça e de moralidade apoiadas em meros juízos *subjetivos* de valor.

Segundo Kelsen, era simplesmente *errado* uma Ciência Jurídica objetiva *prescrever* qualquer tipo de *conteúdo* para o Direito. Isso quer dizer, para o jurista austríaco, que a justiça e a moralidade em geral não poderiam servir de *critério* para o Direito positivo: Direito é Direito em virtude de sua adequação lógico-formal *tout court*. Argumentos baseados na *natureza*, no *poder divino*, na *recta ratio* não passavam de tentativas de ressurreição da velha metafísica do Direito Natural. No fundo, segundo Kelsen, o jusnaturalismo passava “pela suposição das normas imanes da natureza e, assim, pela suposição de uma imanência dos valores” na realidade, seja na natureza em geral, seja no ser humano em particular. De qualquer sorte, “é a imanência de um dever no ser.”⁴⁹⁴

À época de Kelsen, segundo o próprio,⁴⁹⁵ as tradicionais teorias jurídicas estavam irremediavelmente contaminadas com ideologias políticas e moralizações de toda sorte, por um lado, e com tentativas simplistas de reduzir o Direito às ciências naturais, por outro. Aquelas confundiam o Direito com opiniões subjetivas e incontroláveis racionalmente, estas não compreendiam o caráter particular da Ciência Jurídica. Como alcançar os ideais de “objetividade e exatidão” que, para Kelsen, orientavam toda ciência? A partir da elaboração de uma genuína *ciência do espírito*, consciente da sua *pureza metodológica*: dirigida ao conhecimento do Direito, *apenas* do Direito, excluído tudo quanto não pertença rigorosamente ao seu objeto. Isso se dá com fundamento em duas premissas associadas.

(i) Primeiro, a *distinção entre ser e dever-ser* (*Sein e Sollen*, em alemão), que é característica marcante da obra de Kelsen — afinal, ele é um *positivista*. Para o austríaco, trata-se de “um dado imediato da nossa consciência”:⁴⁹⁶ da circunstância de algo *ser* não se segue que algo *deva ser*, e vice-versa. Argumentos normativos *apenas* podem ser justificados por outros argumentos normativos. Evidentemente que o *ser* do Direito não dependerá, no âmbito de sua *validade*, de seu *dever-ser*. O Direito pode ser bom ou mau, justo ou injusto, sem que nenhuma dessas qualificações possa lhe retirar o título de Direito.

(ii) Segundo, a Ciência Jurídica, ainda que seja verdadeira ciência, não o é *exatamente* como a física ou a química. A *neutralidade valorativa* deve estar presente em todas elas, mas há uma notável diferença quanto ao seu *objeto*. O Direito é um *fenômeno normativo*, e o seu

⁴⁹⁴ KELSEN, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 55.

⁴⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. xi.

⁴⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 6.

conhecimento científico, embora *empiricamente* fundado, não é do tipo *causal* — eis o perigo do empirismo ingênuo.⁴⁹⁷ As relações entre as *normas jurídicas* não se dão da mesma forma como as relações entre as leis da natureza,⁴⁹⁸ pois o princípio ordenador daquelas, em vez da causalidade, é a *imputação*. A Ciência Jurídica apenas *descreve* a conexão funcional entre certas *normas* de dever-ser (*Soll-Normen*) — embora não as *prescreva*, pois não é autoridade social para tanto.⁴⁹⁹

De um lado, portanto, há a Ciência Jurídica; de outro, o Direito. A Ciência se destina à *explicitação* do fenômeno-objeto, mostrando, depurando como se dão as relações lógicas no discurso jurídico. O Direito é um domínio das práticas sociais humanas, reino dos *atos de vontade* intrínsecos a qualquer agir do ser humano. Analisemos cada um dos lados dessa divisão entre Ciência e Direito.

3.1.1 A Ciência pura *kelseniana*

“A *Teoria Pura do Direito* é uma teoria do Direito positivo”. Assim inicia Hans Kelsen a sua mais famosa obra. O que importa é o Direito *posto*, positivo: como *deve ser* o Direito ou como ele *deve ser feito* são questões de *política*, e não de *ciência*. Conforme sustenta o austríaco, a Ciência Jurídica tradicional, já no século XIX, mas sobretudo após a Segunda Guerra, tinha-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política.⁵⁰⁰ Na sua visão, a investigação científica do Direito deveria bem delimitar o seu *objeto* e excluir deste conhecimento tudo aquilo que lhe fosse estranho. Portanto, elaborar uma teoria jurídica

⁴⁹⁷ CHIASSONI, Pierluigi. **La tradición analítica en la filosofía del Derecho**: de Bentham a Kelsen. Tradução para o espanhol de Félix Morales Luna. Lima: Palestra Editores, 2017. p. 376.

⁴⁹⁸ Em nada relacionadas com as *leis naturais* concernentes ao *Direito Natural*. Leis da natureza de que o autor fala podem ser, exemplificativamente, a lei da gravitação ou as leis do eletromagnetismo.

⁴⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 86-96.

⁵⁰⁰ Ponto fundamental, para evitar perplexidades teóricas neste trabalho, é compreender que Kelsen se voltava, sem dúvidas, não apenas contra a tradição do Direito Natural, mas contra os diversos positivismos jurídicos até então desenvolvidos (pois incapazes de perceber o subjetivismo inerente à aplicação do Direito) e contra as próprias *reações* àqueles primeiros positivismos analisados no capítulo antecedente (pela sua radicalidade em rejeitar qualquer possibilidade de ciência no campo normativo). Na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos sofreu oposição da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, por exemplo, enquanto na França, a Escola da Exegese foi confrontada pela Livre Investigação Científica, e a Jurisprudência Analítica inglesa foi rebatida pelo Realismo Jurídico, o qual se fortaleceu mais nos Estados Unidos da América, na Inglaterra e na Escandinávia. Se nas primeiras fases do positivismo havia um notório *formalismo*, os movimentos opositores defendiam, *grosso modo*, uma maior *flexibilidade* ou *maleabilidade* no discurso jurídico. De acordo com Streck, “do positivismo legal ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas/empiristas.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 277-278.

que fosse “pura” significava, para Kelsen, assegurar um conhecimento apenas dirigido ao Direito: o cientista do Direito deveria responder a questões *descritivas* sobre o fenômeno jurídico — *i.e.* o que *é* e *como é* o Direito?⁵⁰¹ A partir disso, com razão Streck quando diz que — e essa é uma questão muitas vezes mal compreendida —, “em Kelsen, há uma cisão entre Direito e Ciência do Direito”.⁵⁰² O objetivo do austríaco é propor uma *Ciência Jurídica* que — como toda “boa” ciência aparentemente demanda — seja “pura”; o Direito *em si* não será “purificado” por Kelsen.

Na obra *kelseniana*, a Ciência Jurídica tem a missão de conhecer “de fora” (como um observador externo) o Direito — as normas jurídicas —, *descrevendo-o* com base no seu conhecimento, enquanto são os órgãos jurídicos, dotados de autoridade, que efetivamente produzem o Direito a ser, posteriormente, conhecido e descrito pela Ciência Jurídica. A Ciência Jurídica *descreve*; a autoridade jurídica *prescreve*. Kelsen, assim, divide os enunciados produzidos no plano da metalinguagem (a ciência) daqueles elaborados no plano do objeto (Direito): a Ciência Jurídica produz *proposições jurídicas* que descrevem normas jurídicas de modo objetivo, afastado de toda valoração, sendo passíveis, portanto, de serem *verdadeiras* ou *falsas*; os órgãos jurídicos produzem *normas jurídicas* com caráter de comando, permissão ou atribuição de poder ou competência, podendo ser *válidas* ou *inválidas*.⁵⁰³

Kelsen articula essa (forte) divisão entre *Ciência do Direito* e *Direito* precisamente na oposição entre juízos de *realidade* e juízos de *valor*, duas dimensões (supostamente) incomunicáveis. O dualismo entre ser (*is*, *Sein*) e dever-ser (*ought*, *Sollen*), influência neokantiana presente na *Teoria Pura*, significava para Kelsen que “não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática”.⁵⁰⁴ Era preciso, portanto, buscar aquilo que fosse digno de um conhecimento *científico*; e isso, dada a influência dos neopositivistas (positivistas lógicos) do Círculo de Viena — principalmente por meio do trabalho de Carnap —,⁵⁰⁵ levou Kelsen a apoiar a racionalidade da Ciência Jurídica no nível sintático-semântico da estrutura linguística,⁵⁰⁶ evitando o âmbito pragmático, de índole prescritiva, “locus dos valores e da

⁵⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

⁵⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 17.

⁵⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 82.

⁵⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 18.

⁵⁰⁵ Que negavam a objetividade no campo dos valores, como será, muito brevemente, explorado no Capítulo 4, item 4.2 — O emaranhamento de fatos e valores, desta dissertação.

⁵⁰⁶ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(2):141-149, jul.-dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2013.52.06/3934>. Acesso em: 27 jan. 2021. Discussão aprofundada sobre os níveis da sintática, da semântica e da pragmática na linguagem no Direito pode

ideologia”.⁵⁰⁷ A rigor, Kelsen visou aproximar a *objetividade* na Ciência Jurídica da *objetividade* na ciência natural, pois as proposições jurídicas deveriam apenas estabelecer uma *conexão funcional* verificável a partir das normas *postas* pela autoridade.

Dito isso, deve-se ter cuidado em compreender que, para Kelsen, o Direito, como sistema logicamente ordenado de normas jurídicas, não é constituído por uma mera *facticidade*, diferentemente dos fenômenos próprios das ciências naturais. Há sempre uma *atribuição significativa*, uma operação mental particular que associa um determinado conteúdo *deôntico* à observação empírica das atividades humanas.⁵⁰⁸ Os exemplos de Kelsen são esclarecedores: relacionamos (i) a reunião de várias pessoas em uma sala, onde se realizam discursos e uns e outros levantam as mãos, com (ii) a votação de uma lei, ou seja, a criação de Direito; associamos (i) a atuação de certo indivíduo que provoca a morte de outro com (ii) o conceito jurídico de homicídio.⁵⁰⁹ Chegamos às conclusões (ii), de caráter jurídico, não diretamente a partir da percepção sensorial dos eventos descritos (i), mas por intermédio de normas que lhes emprestam *significação jurídica*.

Assim, a *norma* funciona, para Kelsen, como um *esquema de interpretação*. Interpreta-se normativamente determinado ato de conduta humana para determinar o seu caráter *jurídico* ou *antijurídico*. É somente assim que se torna possível distinguir entre a execução de uma pena capital e um homicídio. É justamente o elemento de “*dever-ser*” existente nas normas jurídicas que permite a Kelsen qualificá-las como *atos de vontade* — *i.e.* um ato que deriva da vontade de alguém de que outrem se comporte de determinada maneira. Veja-se: se alguém deseja que um terceiro faça *x*, ele não pode, simplesmente, dizer que esse terceiro *fará x*, mas que ele *deverá* fazer *x* — nas palavras de Kelsen, “o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se *deverá* conduzir dessa maneira.”⁵¹⁰

A natureza, por meio das particulares leis que regem seus fenômenos, não “quer” nem “deseja” nada: um corpo solto no ar *cairá*, uma barra de ferro aquecida se *dilatará*, pois em ambas as situações não existe *escolha* na realização desses eventos, apenas a sua concretização *causal*. Por outro lado, o sentido da *prescrição*, da *permissão* ou da *atribuição de poder* para a

ser encontrada em WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 19.

⁵⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade. p. 133.

⁵⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.

⁵¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4-5.

prática de uma conduta só pode ser enunciado, ou descrito, ao dizermos que o indivíduo sobre o qual recai esses comandos ou autorizações *deverá se conduzir* dessa ou daquela maneira. Existe possibilidade de que o *ser* não corresponda, na sua concretização factual, ao *dever-ser*: a Ciência Jurídica é ciência *normativa*, e não ciência natural.

Nada mais evidente, afinal encontramos exemplos disso o tempo todo. Embora existam leis contra furtos, crimes como esses acontecem diariamente. Ordens judiciais podem ser descumpridas. Uma *proposição jurídica* que estabeleça que “se alguém não pagar sua dívida, dever-se-á proceder a uma execução forçada de seu patrimônio” não implica uma relação de causalidade, mas de *imputação* entre seus dois elementos. Para que ocorra a execução forçada do patrimônio de um devedor, há a exigência de um ato de vontade, “uma norma estabelecida pela autoridade jurídica”,⁵¹¹ que assim possibilite a produção da consequência jurídica prevista pelo ordenamento.

Uma vez demarcada a diferença entre o *natural* e o *normativo*, é possível observar que não é todo *ato de vontade* que pode ser visto como *norma válida*. A ordem de um gangster para que alguém lhe entregue uma soma em dinheiro tem, seguindo o exemplo do próprio Kelsen,⁵¹² o mesmo *sentido subjetivo* que a ordem de um auditor fiscal: cada um deles exige que um indivíduo lhe entregue determinada quantia. Entretanto, é claro que somente a ordem do auditor fiscal, alguém devidamente legitimado por um ordenamento jurídico, observando os procedimentos legais respectivos, que tem o sentido de uma norma *válida*, vinculante para o destinatário. O ato do auditor é fundamentado em uma *lei fiscal*, enquanto o ato do gangster não encontra amparo em norma alguma que lhe atribua competência.

Um ato de vontade direcionado à conduta de outrem, portanto, sempre tem um *sentido subjetivo* — *i.e.* ele explicita a vontade de alguém para que outrem se comporte dessa ou daquela maneira. Por meio de gestos, símbolos, palavras faladas ou escritas, ordenamos alguém a ficar em silêncio, permitimos alguém a ingressar em nossa residência, ou lhe autorizamos a fazer determinada atividade. Mas é apenas quando esse *sentido subjetivo* coexiste com um *sentido objetivo* que podemos denominar o *dever-ser* desse ato de vontade como “norma”.

Para que isso aconteça, isto é, para que o *dever-ser* constitua também o sentido objetivo do ato, de acordo com Kelsen, é necessário que a conduta a que o ato (de vontade) intencionalmente se dirige seja considerada como obrigatória (devida) não *apenas* do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do *ponto de vista de um terceiro*

⁵¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 86.

⁵¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 9.

desinteressado.⁵¹³ O ato de vontade dirigido à conduta alheia de um gângster até pode ser considerado por ele próprio como obrigatório, mas não o é perante um ordenamento jurídico válido. Somente se constata a obrigatoriedade/vinculação jurídica de um ato de vontade por intermédio da verificação do seu sentido objetivo a partir das normas que o legitimam.

Um tal sistema encadeado de normas é uma “ordem” cuja unidade “é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo *fundamento de validade*”.⁵¹⁴ Esse fundamento de validade de uma ordem normativa é a sua *norma fundamental* (sua *Grundnorm*). Um juiz produz uma norma individual em razão de determinada lei federal que, por sua vez, encontra sua validade jurídica na Constituição. Mas o que confere validade à Carta Magna de um país?

Para Kelsen, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, quanto a esta, uma norma superior. Isso está muito bem. O problema é que a indagação acerca do fundamento de validade de uma norma pode conduzir à mesma situação da investigação da causa de determinado efeito: “pode perder-se no interminável.”⁵¹⁵ Para sair desse melancólico cenário, para que se tenha resposta a qual é a norma última e a mais elevada, Hans Kelsen defende, famosamente, que devemos *pressupor* uma tal norma.

Apenas podemos *pressupor*, por exemplo, uma norma que dê fundamento de validade à Constituição brasileira. Uma norma como essa não foi *posta* por autoridade alguma, senão deveria haver alguma outra norma, mais elevada, que atribuísse tal competência para tanto. É nessa linha, em que a validade já não pode ser derivada nem reconduzida de outra norma mais elevada, em que já não faça sentido colocar em questão o fundamento da validade, que Kelsen argumenta sobre a necessidade lógica, para fechamento do sistema, de fazer a *pressuposição* da *norma fundamental*. É ela a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma ordem normativa.

Todo esse “artifício metodológico” *kelseniano*, nas palavras de Warat, visava proporcionar condições de *validade objetiva* das normas positivas, do Direito Positivo. Kelsen era ferrenho crítico da “mistura” que outros autores faziam na análise do que constituía o Direito, do que era *jurídico* e do que não era. Com efeito, Kelsen via no Direito Natural (em suas mais variadas formulações) uma tentativa ideológica de justificar o critério de validade do Direito a partir de elementos metafísicos e políticos. Ao incorporar a problemática da justiça, as teorias jusnaturalistas jogavam, na visão de Kelsen, o fundamento de validade do Direito Positivo para um sistema superior de normas. De acordo com o jurista austríaco, entretanto, a

⁵¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8-9.

⁵¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33, grifo nosso.

⁵¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

validade objetiva não poderia surgir da correspondência com algum ideal de justiça, mas da *conformidade com a norma hipotética ou fundamental da ordem jurídica*. Tratava-se, para ele, de uma análise de *conexão lógica* entre enunciados, sem necessidade de recurso a qualquer intuição sobre valores éticos.⁵¹⁶

Essa discussão está bem presente na análise de Kelsen sobre a natureza da norma fundamental, acerca da qual, segundo ele, é possível distinguir dois tipos de sistemas normativos: sistemas *estáticos* e *dinâmicos*. Diz-se *estático* o sistema cujas normas são *válidas* em razão de seu *conteúdo*: o seu conteúdo tem uma qualidade imediatamente evidente, derivável de uma norma fundamental específica. Normas como “não debes mentir” e “não debes enganar” são deduzíveis de uma norma geral que prescreve a honestidade, a qual pode ser, por exemplo, deduzida de uma norma como o postulado de que “é preciso viver em harmonia com o universo”. Podemos, em um tal sistema hipotético, considerar esta norma como última, da qual deflui a validade de todas as outras. Por outro lado, diz-se *dinâmico* o sistema cujas normas não são válidas em virtude de um determinado conteúdo cuja obrigatoriedade seja autoevidente, mas por terem sido *criadas segundo uma regra definida*, “e apenas em virtude disso.” Qualquer conteúdo, qualquer conduta humana, independentemente de sua natureza, pode ser objeto de norma jurídica. Para Kelsen, como já deve ter sido antecipado, a ordem jurídica é um sistema do tipo *dinâmico*: a validade e a positividade do Direito não estão relacionadas com alguma dedução racional de critérios de moralidade presumidamente autoevidentes, mas com uma *regra básica* — a *norma fundamental, basic norm, Grundnorm* — de acordo com a qual as normas dessa ordem devem ser criadas.⁵¹⁷

Em Kelsen, portanto, a Ciência Jurídica opera, com relação ao Direito, a partir da mesma *perspectiva* que as Ciências da Natureza operam quanto aos seus objetos de investigação: trata-se de uma visão *descritiva*, em que o cientista não se “intromete”, não se envolve com o fenômeno em questão. É no domínio da Ciência em que se produzem *atos de conhecimento*, pois é nela em que os estudiosos conseguem estabelecer, assim como o físico com suas equações, as conexões lógico-formais entre proposições *acerca do* Direito. Muito bem. Mas e quanto ao Direito propriamente dito?

⁵¹⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade. p. 139.

⁵¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 165-167.

3.1.2 O Direito impuro

Kelsen construiu um marco teórico importante na reformulação da Ciência Jurídica. Se o estudo sobre o Direito estava, conforme o mestre austríaco apregoava, enlameado, sujo de elementos provenientes de outras áreas do conhecimento, agora existia uma particular forma de abordar o *objeto* Direito a partir de uma perspectiva *externa* e alegadamente *científica*. O “problema” — arrisco dizer — é o teórico ter procurado escapar ao prático.⁵¹⁸ Descobrimos como fazer ciência, mas como o Direito em si *deve ser* feito? É bem verdade que Kelsen não estava preocupado com isso.

Trabalhar com uma verdadeira Ciência do Direito significava, para Kelsen, colocar o conceito de Direito Positivo no centro do debate. Ciência Jurídica não poderia ser Filosofia da Justiça, e, para demonstrar isso, Kelsen empregou esforços para mostrar que uma noção tão *relativa* quanto a moralidade não poderia estar conectada — ao menos não da forma como o senso comum entendia, ou como a linguagem comum se expressava — com a *objetividade* que o conhecimento jurídico exigia. Para assegurar o estudo verdadeiramente científico do *jurídico*, Kelsen precisou afastar a *validade* do Direito de sua conformidade com sistemas da Moral. Isso tudo conduziu à (problemática) *impossibilidade de controle* da própria interpretação a ser realizada pelos órgãos judicantes.

Kelsen sustenta que afirmar que o Direito é essencialmente *moral* nada tem a ver com o seu *conteúdo*, mas com a sua *configuração normativa*. Como a Moralidade, o Direito também é norma social que estabelece como (in)devida uma determinada conduta humana. Trata-se de uma questão de *forma*, não de *conteúdo valorativo específico*. É interessante notar que Kelsen vai além, chegando a dizer que todo Direito tem *caráter moral* na medida em que se compreenda como “caráter moral” esse particular aspecto de regulação de *dever-ser* do comportamento humano. Entretanto, o mestre austríaco não para aqui: para ele, não é verdade que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom, tendo em vista que, ao fim e ao cabo, “bom” é “o que deve ser”, ou seja, em outras palavras, “o bem” é, na verdade, uma *norma*; e, se definirmos Direito como norma, tem-se como consequência que “o que é conforme-ao-Direito (*das Rechtmässige*) é um bem.”⁵¹⁹

⁵¹⁸ Como bem pontua o professor Lenio Streck: “[...] Kelsen fugiu da realidade para construir uma ciência jurídica.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 20.

⁵¹⁹ Tal passagem, beirando um talvez inesperado reducionismo, muito revela sobre o relativismo moral *kelseniano*. Ante a conhecida complexidade da questão envolvendo o *bem*, o *bom*, o *justo*, o *correto*, Kelsen sinaliza que o caminho é identificar o *bom* com “o que deve ser”. Parece ser falacioso concluir, a partir dessa premissa, que o que é “conforme ao Direito” é um “bem”, como se o Direito fosse o único sistema de normas possível dirigido à

Cientificamente, Kelsen frisa, devemos rejeitar valores absolutos em geral e, assim, *um valor moral absoluto em particular*. Para que isso pudesse ser admitido, segundo o mestre, precisaríamos recorrer a uma crença (religiosa) na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade.⁵²⁰ Não há nada científico a ser aproveitado de *juulgamentos de valor*: são eles sempre e irremediavelmente determinados por fatores *emocionais*, de caráter *subjetivo*, válidos apenas para o *sujeito que julga*. Um cristão convicto considera o bem-estar de sua alma mais importante que os bens terrenos, enquanto um materialista sequer contempla a vida após a morte, satisfazendo-se com o que lhe cabe neste plano. Os questionamentos que envolvem juízos valorativos não podem ser respondidos por meio de cognição racional. Os seus resultados são apenas *relativos*.⁵²¹ É por isso que, seguindo o raciocínio de Kelsen, não existe uma *única* Moral válida, visto que aquilo que é bom e justo sempre sofreu variações ao longo das diferentes épocas e nos diferentes povos da humanidade.⁵²²

A colocação da questão da Moralidade, tal como feita por Kelsen, permite uma conclusão surpreendente, a saber, a de que o Direito, por sua essência, *é moral* em Kelsen, mas não faz sentido exigir que esse Direito *deva ser moral* — no sentido da existência de um valor moral absoluto. Esse jogo de palavras significa que, muito embora o Direito tenha *caráter moral*, constituindo *forma* de estabelecer as condutas humanas devidas e indevidas, ele apenas detém *carga, valor moral* na medida em que se admita que só há valores morais *relativos* e que, conseqüentemente, “*a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema [específico] de Moral.*”⁵²³

Kelsen chama a *separação do Direito da Moral* como “conseqüência essencial do positivismo jurídico”, intimamente relacionada com a existência de sistemas de moralidade muito distintos. Um ordenamento jurídico positivo pode consagrar um ideal de justiça e contradizer a um outro, sem que isso tenha qualquer impacto na validade das suas normas. No limite, como explica ele, “as normas jurídicas [...] podem ligar a qualquer conduta uma

conduta humana. De qualquer forma, esse argumento pode ser visto como um reforço de sua tese de que há vários sistemas de moralidade igualmente defensáveis e que, portanto, não faz parte do estudo científico do Direito legitimar seu próprio objeto. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 74-78.

⁵²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72.

⁵²¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9-10.

⁵²² Vale ressaltar que Kelsen, inclusive, rejeita até mesmo a possibilidade de que o Direito representa um *mínimo moral*, pois isso implicaria, evidentemente, a existência, em alguma medida, de uma Moral absoluta. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 74.

⁵²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76.

sanção.”⁵²⁴ *Kelsenianamente*, “[n]ão há mal em si”. “Matar não é bom, nem ruim. É apenas proibido ou permitido.”⁵²⁵⁻⁵²⁶

Compreender que a Ciência Jurídica de Kelsen deita raízes na *dicotomia fato-valor* nos permite avançar para as importantes implicações que a ausência de “cientificidade” do Direito *em si* — não da ciência — acarreta. Vejamos: se o tratamento científico do Direito só é possível a partir de uma *perspectiva externa* que descreva de modo neutro o seu *objeto*, isso significará que não há como verificar racionalmente a produção das normas (Direito); afinal, o nível da aplicação do Direito passa por uma dimensão pragmática “incontrolável”. Passamos do “descritivo” para o “prescritivo”: das proposições jurídicas, provenientes de *atos de conhecimento* (científicos), para normas jurídicas, derivadas de *atos de vontade*.

Em seu fatídico Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Kelsen trata sobre *interpretação*. É essencialmente com base na *distinção* entre Ciência do Direito e o Direito propriamente dito, *e em razão dela*, que a interpretação pode acontecer (*i*) como ato de conhecimento ou (*ii*) como ato de vontade. As *descrições* objetivas da Ciência do Direito são atos de conhecimento (científico): elas apenas estabelecem as *possíveis significações* de uma norma jurídica, mas não tomam nenhuma decisão (prescritiva) entre as possibilidades reveladas. As *normas* do Direito são produzidas por atos de vontade do órgão aplicador da lei: elas são criadas “segundo a *livre apreciação* do órgão chamado a produzir o ato”.⁵²⁷ Kelsen limita o escopo da *Teoria do Direito* a simplesmente *enunciar* as várias significações de normas jurídicas — pois, afinal, *determinar* qual seria a melhor significação romperia a barreira intransponível entre “fato” e “valor”.⁵²⁸ O Direito, por sua vez, não poderia ser criado tão-somente a partir de um ato intelectual de clarificação e de compreensão (razão), pois sempre pressuporia a sua *vontade*.⁵²⁹

⁵²⁴ KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico?. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 92-93.

⁵²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 20.

⁵²⁶ Kelsen, para explicar o seu sistema de normas positivas, utiliza a (feliz) metáfora do rei Midas: “da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.” As normas jurídicas adquirem esse *status* a partir da análise de sua validade de acordo com o princípio dinâmico: o que é proibido e permitido, válido e inválido, é assim definido apenas em virtude de relações lógico-formais entre as normas jurídicas. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 308.

⁵²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 393, grifo nosso.

⁵²⁸ Em Kelsen, essa seria uma questão de *política do direito* Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 393.

⁵²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 391.

A *vontade do intérprete* está associada à “característica relativista da moral kelseniana”.⁵³⁰ Para Kelsen, afirmar que o Direito é, por essência, moral, apenas significa que ele tem uma determinada *forma* — um determinação de conduta humana —, não que haja uma conexão *substantiva* entre os fenômenos: todo *conteúdo moral é relativo*, e é por isso que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral”.⁵³¹ Lembremos que, conforme o austríaco, normas não são passíveis de *verificação* (perspectiva *não-cognitivista*). A metáfora da “moldura da norma” é esclarecedora: conforme Kelsen, o ato jurídico que cria a norma pode corresponder “a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma”; é diante desta “moldura”, dentro da qual coexistem várias possibilidades *com igual valor* de aplicação do Direito, que o intérprete pode *escolher*, com base na sua vontade, a solução a ser positivada.⁵³² Em outras palavras, o juiz vai optar subjetivamente pelo que melhor lhe aprouver, pois “não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”.⁵³³

A *discricionariedade do intérprete* é uma consequência lógica da construção *kelseniana*. “Para manter a separação entre Direito e Ciência do Direito, ele tem de aceitar que a aplicação do Direito é um ato de política jurídica, envolvendo moral, política, ideologia, enfim, admitindo que, no plano da aplicação, o juiz realiza um ato de vontade”.⁵³⁴ Levar a separação fato-valor ao limite, para assegurar um conhecimento “científico” do Direito, exigiu que Kelsen preterisse a interpretação no âmbito da aplicação do Direito. Como no momento da criação da norma o intérprete deve ir além da *descrição*, elaborando uma *valoração* do que é *melhor* para determinado caso, a atividade cognoscitiva vai incluir normas de moral, justiça, valores sociais como o bem comum, o interesse do estado, o progresso, entre outros. Como todas essas questões são, ao fim e ao cabo, *relativas*, não há respostas *melhores* do que outras.

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 17.

⁵³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76.

⁵³² Aliás, na segunda edição da sua *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen diz que o intérprete pode inclusive decidir *fora da moldura*.

⁵³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 391, grifo nosso.

⁵³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 19.

3.2 O POSITIVISMO INCLUSIVO DE HERBERT HART

H. L. A. Hart (1907-1992) foi responsável pela elaboração de uma das mais influentes formas de pensar a teoria do Direito (ou *jurisprudence*), lançando luzes sobre um ambiente jusfilosófico até então estagnado, dominado pelas ideias de Austin.⁵³⁵ Em sua *magnum opus*, *The concept of law* (“O conceito de Direito”), Hart estabelece um marco teórico distintamente inovador e *positivista* por excelência: “minha explicação é *descritiva* no sentido de que ela é moralmente neutra e não tem objetivos justificadores”, sustenta o autor britânico, porque, conforme prossegue, “ela não procura justificar ou recomendar com base em motivos morais ou outros as formas e estruturas que aparecem em minha consideração geral sobre o Direito.”⁵³⁶ Sua preocupação teórica, nesse sentido, não era dirigida a nenhuma cultura ou sistema jurídico *em particular*, mas à investigação do Direito como um fenômeno generalizado da sociedade humana, uma instituição política e social complexa que, em princípio, apesar de todas as nuances com que ela se manifesta, assume uma *estrutura geral* nos diferentes povos e nas diversas épocas.

É notório o interesse de Hart na filosofia da linguagem — em especial a partir do paradigma inaugurado por Wittgenstein — e na filosofia da mente, tendo em vista o seu esforço em arquitetar uma teoria do Direito tanto *antiformalista* quanto *anticética* (no sentido de combate ao que se pode denominar de *realismo* ou *empirismo jurídico*). Não é surpreendente, assim, que sua *analytical jurisprudence*⁵³⁷, fosse dedicada a “clarificar a estrutura geral do pensamento jurídico” em vez de suscitar críticas, juízos de valor, com relação ao Direito ou políticas públicas.⁵³⁸ A clareza com que Hart cuidadosamente desenvolve seu tema, sua busca pela *correta descrição* do Direito a partir da linguagem, transparece em seus exemplos envolvendo o uso de expressões cotidianas, como a diferença entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”, a relação entre hábito e regra, e os aspectos interno e externo das regras, por exemplo.

⁵³⁵ Gerald Postema afirma que o pensamento jurídico de Hart, em sua particular forma de colocar e enfrentar os problemas da *jurisprudence*, “acordou a teoria jurídica inglesa do seu confortável sono.” Adaptação e tradução livre para: “*Hart’s Concept of Law set the problems, defined the terms, articulated a methodology, and offered a compelling theory of law that awakened English jurisprudence from its comfortable slumbers*”. Cf. POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. New York: Springer, 2011. v. 11. p. 261.

⁵³⁶ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 240.

⁵³⁷ Jurisprudência/Teoria do Direito analítica, pautada por um *método analítico-descritivo*.

⁵³⁸ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. v.

Essa importância atribuída ao emprego de certas expressões na linguagem do Direito e à sua dependência do contexto social em que elas aparecem são aspectos que levam o próprio Hart a denominar seu ensaio de “*sociologia descritiva*”: era necessário considerar a experiência social, aquilo que *factualmente* se passa na atividade jurídica, como um domínio importante na teoria jurídica, de modo que fosse possível conjugar uma articulação interpretativa com a prática do Direito. Isso fica bem evidente quando observamos que Hart nunca almejou delimitar a definição de “Direito”, mas, como já alertado, *descrever* o fenômeno jurídico em seus elementos fundamentais.

Com isso já é possível observar que Hart fundará sua teoria em uma posição menos *abstrata*, do que Kelsen, já que o rigor lógico-formal da teoria pura *kelseniana*, a ideia de separarem-se ciência do Direito e Direito propriamente ditos, assume contornos distintos em Hart. Para o autor do *The concept of law*, o Direito é uma prática social complexa cujo *critério de validade* deverá ser encontrado no *próprio modo como ela é praticada*. Ainda que os sistemas jurídicos sejam normativos, sua autoridade, em última análise, não será encontrada em um argumento transcendental, mas em uma constatação *empírica*. A validade do Direito, para Hart, não repousa em uma *norma jurídica* nem em uma *norma pressuposta* para fins de fechamento lógico do sistema, mas simplesmente em uma *regra social* cujo uso, cuja *prática*, destina-se a guiar o comportamento humano. Isso significa que o Direito está sustentado em um *fato social*.

É na *regra de reconhecimento* de um sistema jurídico que encontraremos o *pilar* da teoria jurídica de Hart, pois é ela a regra a partir da qual se determina a *validade* de todas as demais — trata-se do *critério último de validade* do Direito. Em qualquer sistema jurídico, a existência dessa regra é uma *questão de fato*: ela existe, e pode ser assim identificada, simplesmente porque é *aceita* nas *práticas dos officials*⁵³⁹ do sistema. A teoria *hartiana*, assim, diz Stephen Perry, “caracteriza o Direito em termos puramente factuais, não-normativos.”⁵⁴⁰ A regra de reconhecimento define as *fontes do Direito*, na medida em que é ela que permite a identificação “dos fatos ou eventos que se consideram como produtores de modos estabelecidos de criação, modificação, e anulação de padrões jurídicos no sistema jurídico em questão.”⁵⁴¹

⁵³⁹ Os *officials* são, basicamente, à falta de tradução mais direta, os *agentes jurídicos* do sistema. São aqueles que efetivamente conhecem e trabalham com o Direito, de modo que é nas suas *práticas*, nas suas *lidas* com o Direito, que encontramos as características da regra de reconhecimento. Veja-se, por exemplo, a extrema relevância dos juízes nesse cenário, pois suas decisões, seus entendimentos sobre o Direito, influenciam diretamente na sua criação e na sua aplicação futura.

⁵⁴⁰ PERRY, Stephen R. Hart’s methodological positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *The concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 320.

⁵⁴¹ MARMOR, Andrei. Legal conventionalism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *The concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 193.

Para compreender a teoria positivista de Hart, é indispensável (i) delinear o seu famoso *modelo de regras*, com especial atenção para a sua regra mais importante, a *regra de reconhecimento*, e (ii) mostrar como a rejeição *hartiana* dos *aspectos morais* que envolvem os fundamentos do Direito conduziu a uma discricionariedade judicial intransponível nos — assim denominados — *hard cases*. Como se verá, o modelo de regras de Hart desaguará em um problema de *indeterminação semântica* dessas mesmas regras, de sorte que haverá, invariavelmente, uma *textura aberta*, uma “região semântica” sujeita à *discricionariedade* do intérprete para *escolher* entre alternativas igualmente legítimas para a solução dos casos jurídicos.

É conhecido o exemplo dos veículos no parque de Hart: “uma regra jurídica o proíbe de levar um veículo para dentro de um parque.” Com ele, podemos claramente admitir que uma tal regra proíbe um automóvel de adentrar o parque, mas e quanto a bicicletas e automóveis de brinquedo? E aviões? Hart afirma que deve haver um “núcleo de sentido estabelecido”, um núcleo em torno do qual não há dúvidas sobre a aplicação da regra — *e.g.* certamente a regra em questão impede que um carro entre no parque. Todavia, ele argumenta que há uma “penumbra de casos discutíveis” na qual as palavras da regra não são obviamente aplicáveis nem obviamente descartadas.⁵⁴² O que fazer nessas situações? Esse espaço de incerteza dará margem para a *discricionariedade*, uma situação em que a conclusão a ser alcançada, embora não seja arbitrária ou irracional, é, irremediavelmente, uma *escolha*.⁵⁴³

Mesmo diante disso, Hart rejeitará que em situações de penumbra haja uma aproximação entre o que o Direito *é (is)* e o que ele *deve ser (ought to be)*. Apesar de que possa parecer que o intérprete deveria, então, realizar um *juízo moral* acerca do que o Direito, em um caso aparentemente não contemplado pela lei, *deve(ria) ser*, isso não vem a ser o caso. Dizer que uma decisão não é automática, “meramente formalista”, não significa negar que no Direito haja *casos centrais*, que haja “um núcleo duro de sentido estabelecido que seja Direito em algum sentido importante.” Assim, para que existam “casos de fronteira”, é preciso que existam, primeiro, casos *no espaço interior às fronteiras*.⁵⁴⁴

Hart, portanto, insiste na distinção entre o Direito *como ele é* e Direito *como ele deveria ser*, chegando mesmo a negar que juízes exerçam juízos de valor nos *hard cases*. Para Hart,

⁵⁴² HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 607.

⁵⁴³ HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 127.

⁵⁴⁴ Tradução e adaptação de: “[E]ven if there are borderlines, there must first be lines.” Cf. HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 614.

note-se, nos *hard cases* o Direito é, fundamentalmente, *incompleto*: “ele não fornece *nenhuma* solução para as questões levantadas nesses casos.”⁵⁴⁵ A discricionariedade surge para suprir essa lacuna, mas sem compromisso com questões ou testes morais. “A existência de fatos morais objetivos”, afirma Hart, “é uma teoria filosófica controversa.”⁵⁴⁶

Há um ponto de contato, todavia, entre Direito e Moralidade, na proposta teórica de Hart, que assim o concede diante de evidências empíricas extraídas de sistemas jurídicos existentes. Para o mestre britânico, a regra de reconhecimento *poderá* incorporar a *conformidade com princípios morais ou valores substantivos* como critérios de validade jurídica. É em virtude dessa *inclusão* de princípios entre as *possibilidades* de fundamentos/critérios que um sistema jurídico *pode* aceitar para determinar a existência e o conteúdo de leis válidas que sua posição positivista é chamada de *inclusiva*.⁵⁴⁷

Não se pode perder de vista, entretanto, que mesmo essa “suavização” da teoria não foge à raiz positivista, porquanto a Moralidade, aqui, só é incorporada na medida em que a regra de reconhecimento assim o autoriza. Permanece, dessa forma, o caráter *convencional* dessa inclusão: não se trata de admitir que o Direito contemple exigências morais, mas apenas que, em certas situações, a regra de reconhecimento conterà, *factualmente*, convenções admitindo o ingresso da Moralidade nos critérios de definição do Direito. Convenções são *fatos sociais*, e são esses *fatos sociais* que devem ser descritos pelo positivista.

3.2.1 Modelo de regras e discricionariedade

Hart, desde o início de sua obra, propõe-se a rejeitar a matriz jurídica *austiniana* – até então dominante na *jurisprudence* inglesa –, que, em sua leitura, pressupunha a *concepção* de Direito como ordens apoiadas em *ameaças*. Muito embora o *método analítico em si* de Austin fosse atraente para Hart — o que refletiu na própria construção do seu *Conceito*, com sua ênfase

⁵⁴⁵ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 252.

⁵⁴⁶ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 253.

⁵⁴⁷ Por isso, aliás, que Hart argumenta, em resposta a Ronald Dworkin, seu ex-aluno e figura importante na Teoria do Direito, que sua doutrina é chamada de *soft positivism* (“positivismo macio/moderado”): ele não inclui apenas “fatos simples/duros” entre as possibilidades de configuração da regra de reconhecimento, mas a própria Moralidade, *contingencialmente*, pode ser incorporada em sistemas jurídicos específicos. Um dos exemplos concretos que Hart fornece a tal título provém dos Estados Unidos: a décima sexta e a décima nona emendas à Constituição americana são exemplos de *restrições substantivas* sobre o conteúdo da legislação. Cf. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 250.

na elucidação dos elementos necessários para a existência do Direito —, a ideia de *comando* propugnada por Austin não lhe soava suficiente para que o Direito fosse tido como diferente da ordem de um assaltante qualquer: como jurista preocupado com a *linguagem*, Hart se ocupou da tarefa de criticar a noção de *comando* desprendida de uma *hierarquia*,⁵⁴⁸ pois, para ele, a simples situação, em que uma ameaça de um dano ou prejuízo e nada mais é utilizado para forçar obediência, não é natural quando *falamos naturalmente* de comandos.⁵⁴⁹ Para Hart, *comandar é exercer autoridade* sobre homens, não um poder para infligir dano, e, embora essa autoridade possa ser combinada com ameaças de dano, ela funciona como forma de apelo de *respeito à autoridade*, não como um modo de geração de medo nos cidadãos.⁵⁵⁰

Ainda assim, a correção do conceito de comando a partir da introdução da autoridade não é suficiente para abranger a totalidade do fenômeno jurídico. Não é porque os comandos “agora” têm autoridade — já que as razões para obedecê-los não se restringem ao medo da punição — que conseguimos uma explicação mais adequada para as práticas jurídicas. É preciso ir além do esquema *Direito = comandos*. E Hart estava bem ciente disso. Por isso que ele se vale de cinco pontos para começar a distinguir o Direito de uma mera coerção, formulando um *modelo simples de ordens coercivas* para, na sequência, rejeitar qualquer possibilidade de adotá-lo como uma estrutura uniformizadora para todo o Direito.

Para ele, o funcionamento padrão do Direito, a partir de um modelo simplificado, estaria assentado em um aspecto de (1) *generalidade*, que deve ser compreendida a partir de duas frentes complementares: (i) as condutas prescritas são *gerais* e (ii) se aplicam a uma *classe genérica* de pessoas, de quem se espera que saibam que elas se lhes aplicam e lhes sejam obedientes. A esse duplo sentido de generalidade, soma-se o (2) *caráter duradouro* do Direito: as leis têm uma característica de *persistência* ou de “permanecer de pé”, uma vez que sua existência e sua aplicação têm *continuidade temporal*.⁵⁵¹ Veja-se que esses argumentos atacam frontalmente o cenário de coerção em que um assaltante aponta uma arma para alguém e exige determinado bem, ou seja, o *controle jurídico* é baseado em direções que são *gerais* em dois sentidos e ele não cessa sua eficácia ou influência logo após que alguém cumpre ou descumpre alguma conduta prescrita. Hart ainda faz coro a Austin e agrega um (3) “hábito geral de

⁵⁴⁸ Para Hart, haveria *comando* nas Forças Armadas, por exemplo, pois há evidente *hierarquia* entre os postos ocupados pelos oficiais, como generais, sargentos, cabos.

⁵⁴⁹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 19-20.

⁵⁵⁰ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 20.

⁵⁵¹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 21-23.

obediência” a esse cenário, destacando que se trata de uma noção “essencialmente vaga e imprecisa”,⁵⁵² acrescentando, para além desses três itens, uma espécie de (4) *supremacia* do ordenamento jurídico dentro do seu território e (5) *independência* de outros sistemas.⁵⁵³

Essa especulação de Hart sobre um modelo hipotético, simples, para a análise do Direito não se trata de uma ilação ou mesmo um *espantalho* de que ele se serve *ad hoc* para desmistificar os seus vícios: pelo contrário, ele tentou construir uma figura que bem representasse o “espírito jurídico” da sua época. É justamente a partir de *três diferentes objeções* a esse protótipo que Hart formulará o seu conhecido *modelo de regras*.

A *primeira objeção* se refere ao *conteúdo das leis*. Nesse aspecto, Hart traz um posicionamento que pode ser resumido da seguinte forma: enquanto é possível traçar uma analogia razoável entre as punições no âmbito do Direito penal e do Direito civil⁵⁵⁴ e as ordens sustentadas por ameaças do modelo tradicional, existem importantes classes de leis em que essa analogia falha completamente, uma vez que elas desempenham uma *função social* bastante diferente, não sendo possível imaginar que toda lei pressuponha um conteúdo de *espécie coerciva*. Para Hart, leis que definem os *modos* a partir dos quais contratos válidos, testamentos e casamentos são realizados fornecem *facilidades* para concretização dos desejos das pessoas. Trata-se de *poderes* conferidos aos indivíduos. Ademais, leis sobre procedimentos judiciais e legislativos também não podem ser entendidas como meras ordens coercivas, pois configuram exercício válido de poderes legais.⁵⁵⁵

A *segunda objeção* diz respeito ao *alcance da aplicação das leis*: uma legislação não é uma expressão de um desejo de que *outros* façam ou deixem de fazer algo; na verdade, a legislação tem *força auto-vinculante*. Afinal, as leis não são postas por pessoas acima da lei ou para outros a ela subordinados, mas criam obrigações *para todos dentro do âmbito designado*

⁵⁵² HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 24.

⁵⁵³ Vale a leitura das próprias palavras de Hart sobre esse modelo simples: “*On this simple account of the matter, which we shall later have to examine critically, there must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed, and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person or body must be internally supreme and externally independent*”. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 24.

⁵⁵⁴ *Torts*.

⁵⁵⁵ Nesse ponto, é esclarecedora a seguinte passagem de Hart: “[J]ust as there could be no crimes or offences and so no murders or thefts if there were no criminal laws of the mandatory kind which do resemble orders backed by threats, so there could be no buying, selling, gifts, wills, or marriages if there were no powerconferring rules; for these latter things, like the orders of courts and the enactments of law-making bodies, just consist in the valid exercise of legal powers”. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 32.

pela linguagem, o que pode incluir até mesmo aqueles que participam do processo legislativo.⁵⁵⁶ O legislador não pode ser entendido como um mero *provedor* de ordens, pois ele desde sempre já está naquela sociedade atingida pelo Direito positivo.

A *terceira objeção* é a rejeição de que toda lei (em seu sentido amplo) possa ser considerada um *ato datável*, ou seja, um ato (de alguma autoridade competente) que possa ter a sua origem efetivamente traçada no *tempo*. O exemplo de que Hart se utiliza é o do *costume*, que, para Hart, é o tipo de lei que “mais obviamente” conflita com o argumento do modelo simples.⁵⁵⁷ Note-se que, no caso do costume, não existiria uma *vontade consciente* na elaboração.⁵⁵⁸ É verdade que Hart deixa claro que o costume não é uma das “fontes” de Direito mais prestigiadas, assim como pontua ele que a *fluides* com que os tribunais o aplicam dá algum apoio àquela visão de que os tribunais incorporam costumes na sua argumentação a partir de uma discricionariedade virtualmente descontrolada.⁵⁵⁹

Bem estabelecidas essas críticas, Hart, já se encaminhando para a introdução do seu próprio *sistema de regras*, salienta *dois elementos particulares* da maioria dos sistemas legais: a *continuidade* da autoridade para fazer leis possuída pela sucessão de diferentes legisladores e a *persistência* das leis mesmo muito tempo após o seu criador e aqueles que lhe dedicavam obediência habitual terem perecido.⁵⁶⁰ Para Hart, o “hábito geral de obediência” *austiniano* a um soberano – ou a alguém com capacidade para exercer coerção – não explica a ininterrupta continuidade do poder de criação de leis, que *conecta* a sucessão de um legislador para outro: tratar a obediência a um soberano a partir de um tal *hábito geral* não justificaria a obediência que os súditos invariavelmente dirigem ao sucessor desse soberano. Em outras palavras, meros hábitos de obediência *não conferem* a um legislador posterior qualquer *direito* de suceder o antigo e dar ordens em seu lugar. Essa obediência habitual a um legislador não haveria como ser traduzida automaticamente como uma segurança de que as ordens de um novo legislador também o fossem. Como diz Hart, se há esse direito e essa presunção no momento da sucessão, deve haver, mesmo durante o mandato do legislador anterior, uma *prática social geral* mais

⁵⁵⁶ Hart aqui não nega que possam existir leis que se apliquem a grupos ou a pessoas em específico. O que ele demonstra, com razão, é que a visão do modelo simples tradicional é herdeira de uma época em que havia um soberano que poderia dizer o que quisesse sem estar submetido às próprias leis.

⁵⁵⁷ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 44-46.

⁵⁵⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98-9.

⁵⁵⁹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 45.

⁵⁶⁰ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 51.

complexa na sociedade: a aceitação da *regra* sob a qual o novo legislador tem o *direito* de suceder.⁵⁶¹

Para Hart, as diferenças entre um *hábito* (como ir ao estádio ver o jogo de futebol de seu time) e uma *regra* (como cumprir promessas) são três: (i) os desvios de um padrão estabelecido por *hábito* não têm o condão de necessariamente gerar críticas, enquanto a inobservância de *regras*, que *exigem* comportamentos, são geralmente consideradas como lapsos ou faltas passíveis de críticas e sujeitas a pressões por conformidade; (ii) além disso, tratando-se de *regras*, o desvio do padrão prescrito é geralmente aceito como uma *boa razão* para críticas, que são consideradas legítimas e justificadas nesse sentido; e, ainda – e aqui Hart esclarece um dos pontos fulcrais do seu trabalho – (iii) as *regras* contam com um *aspecto interno*: em contraste com os *hábitos gerais* em um grupo, que podem ser verificados simplesmente por intermédio de uma observação do comportamento majoritário desse grupo, a existência de *regras sociais* está ligada à ideia de que pelo menos alguns do grupo devem *considerar* o comportamento em questão como uma *padrão geral* a ser seguido pelo grupo como um todo.⁵⁶² Esse *aspecto interno*, frise-se, não se relaciona com sentimentos ou emoções, mas com uma *atitude reflexiva e crítica*⁵⁶³ acerca de certos padrões de comportamento como um padrão comum, e isso se revela em críticas, pressões por conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e pressões são justificadas.⁵⁶⁴

É essa a função desempenhada por essas *práticas sociais* tanto em relação às *regras sociais* simples (e.g., tirar o chapéu antes de entrar em uma igreja) quanto à *autoridade legislativa*. Para Hart, o fundamento da continuidade e da persistência do ordenamento jurídico deve se situar nessa forma de prática social concernente à *aceitação de uma regra*. O que deve ser notado, e será retomado mais adiante, é o fato de que, em um estado moderno, não há como sustentar a tese de que as pessoas, além de obedecerem ao Direito, também compreendem e aceitam a regra que qualifica uma sucessão de legisladores a legislar, como no caso de uma

⁵⁶¹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 53-55.

⁵⁶² HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 56.

⁵⁶³ Essa atitude, esse *ponto de vista interno*, daqueles que aceitam o Direito é uma característica complexa da teoria da Hart. Para Brian Bix, essa perspectiva “não pode ser capturada facilmente por uma abordagem mais empírica e científica, e a vantagem de incluir esse aspecto da prática jurídica empurrou Hart em direção a uma abordagem mais ‘hermenêutica’”. De fato, se o aspecto interno não pode ser totalmente compreendido a partir de observações externas do comportamento de uma sociedade, então existe uma dimensão fundamental do fenômeno jurídico que não pode ser investigado da mesma forma que os “fatos brutos” das ciências da natureza. Cf. BIX, Brian H. Legal positivism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (eds.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Publishing, 2005. p. 33.

⁵⁶⁴ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 57.

sociedade simples. Como sabemos, as pessoas em geral, que não estudam a área jurídica, não têm conhecimento de matéria constitucional nem de muitos aspectos jurídicos que fornecem sustentação ao ordenamento: é por isso que esse *entendimento prático*, esse *reconhecimento* de regras fundamentais sobre a autoridade legislativa, deve apenas ser exigido dos “oficiais ou especialistas do sistema” — os *officials* de que fala Hart, sejam juízes, promotores, delegados, advogados.⁵⁶⁵ As falhas da teoria até então dominante no Direito anglo-saxão (de matriz *austiniana*) são instrutivas e fornecem importantes razões para que se construa uma teoria jurídica escorada na ideia de *regra*, fundada nas *práticas sociais* que constituem o Direito (o *fato social* a ser *descrito* pelo positivista).

As *regras*, no entanto, para Hart, não podem todas ser categorizadas sob a mesma “roupagem”. São dois os tipos de regras na teoria *hartiana*: (i) as *regras primárias* (ou de tipo primário), que dizem respeito àquilo que os seres humanos devem fazer ou deixar de fazer, mesmo que o desejem ou não — são deveres, ações que envolvam movimento físico ou mudança (como a proibição de matar alguém ou a obrigação de que o devedor pague ao credor nos moldes contratados); e (ii) as *regras secundárias* (ou de tipo secundário), que permitem aos seres humanos, por meio de ações ou palavras, *introduzir* novas regras primárias ao sistema, *extingui-las* ou *modificá-las*, ou mesmo determinar sua incidência ou controlar o seu funcionamento — são regras que conferem poderes, públicos ou privados, para criação ou alteração de deveres e obrigações (entram aqui, por exemplo, regras de competência jurisdicional ou mesmo regras do processo legislativo).⁵⁶⁶

O Direito, assim, é constituído por regras, e essas regras são *variadas*. Elas não apenas ordenam que se faça ou se deixe de fazer algo sob pena de determinada sanção, mas também se referem a *si próprias*, em uma *autorreferência necessária* para a preservação e o desenvolvimento do próprio Direito. Em Hart, em uma síntese muito breve, sistemas jurídicos “continham tanto regras dirigidas aos cidadãos (“regras primárias”) e regras que informavam os *officials* sobre como identificar, modificar, ou aplicar as regras primárias (“regras secundárias”)”. Sistemas jurídicos, assim, “continham tanto regras que impunham deveres e regras que conferiam poderes” — e não conferiam poderes apenas às autoridades do sistema,

⁵⁶⁵ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 60.

⁵⁶⁶ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 81.

mas também aos cidadãos, com poderes para, por exemplo, criar contratos e testamentos juridicamente vinculantes.⁵⁶⁷

No texto de Hart, a necessidade de regras secundárias deflui de um exercício de imaginação: em uma sociedade exclusivamente regida por regras consuetudinárias (*grosso modo*, regras primárias), sem um corpo legislativo, judiciário ou oficiais de qualquer tipo, logo se verifica que essa comunidade está envolta em (i) *incerteza* – pois não há quem diga quais são especificamente as regras nem qual o alcance de determinada regra –, (ii) em uma situação normativa *estática* – pois não há meios de adaptar, modificar ou excluir regras às transformações sociais – e (iii) com uma grave *ineficiência* da difusa pressão social de manutenção das regras – as disputas sobre violações de comportamentos prescritos ou proibidos permanecerão sem solução, *ad infinitum*, se não existe órgão com autoridade para decidir sobre o caso.⁵⁶⁸

É a partir da suplementação das *regras primárias* com as *regras secundárias* — ou seja, da sua união — que Hart afirma que se ultrapassa uma *fase pré-jurídica* para o *mundo jurídico*.⁵⁶⁹ Para Hart, tais *regras secundárias* se dividem em três categorias, cada uma delas proporcionando um *remédio* diferente para os problemas identificados na primitiva sociedade constituída unicamente por regras primárias.

Em uma dessas categorias encontram-se as *regras de mudança* (*rules of change*), que solucionam o *caráter estático* do regime primitivo de regras primárias. Por força dessas regras, um indivíduo ou um corpo de pessoas passa a ter a prerrogativa de *introduzir novas regras primárias* para o comportamento da vida do grupo e de *eliminar regras antigas*. Em outra categoria, com o objetivo de sanar o *problema da ineficiência* da difusa pressão social de manutenção das regras, existem *regras de julgamento* (*rules of adjudication*), que conferem poder a indivíduos para “fazer determinações autoritativas”.⁵⁷⁰ Essas regras, aliás, não só identificam os indivíduos autorizados a realizar o julgamento, mas também as *regras de procedimento* a serem seguidas.

A solução para o *problema da incerteza* do sistema primitivo recai sobre a mais importante categoria: a da *regra de reconhecimento* (*rule of recognition*). A *regra de*

⁵⁶⁷ BIX, Brian H. Legal positivism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (eds.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Publishing, 2005. p. 33.

⁵⁶⁸ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 92-93.

⁵⁶⁹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 94.

⁵⁷⁰ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 96-97.

reconhecimento é um conceito-chave para a compreensão do modelo *hartiano* e de importantes críticas que são feitas ao seu positivismo. A sua influência e seu alcance na teoria do Direito exigem uma reflexão mais detida sobre a solução formulada por Hart para dar conta da *sustentação* das regras do sistema jurídico. Sem ela, não há critério nem condição para identificação das demais regras do ordenamento.

A *regra de reconhecimento* é uma *regra social praticada pelos agentes jurídicos* e fornece critérios para análise da *validade* das demais regras do sistema jurídico. Hart, nesse aspecto, voltou-se diretamente contra o que ele denominou de *concepção imperativista* de John Austin: é a presença de uma *regra de reconhecimento vinculante*, e não a presença de um soberano capaz de exercer coerção, que permite a existência de um sistema jurídico.⁵⁷¹ Essa *meta-regra* fornece elementos acerca das características necessárias para que alguma regra seja conclusivamente identificada como tal. Hart destaca que a regra de reconhecimento pode assumir uma ampla variedade de formas, desde aquelas mais simples (como uma lista ou um texto autoritativo de regras encontrado em um documento escrito ou esculpido em algum monumento) ou até formas complexas (que, em vez de disporem diretamente das regras em uma lista, referem-se a alguma característica genérica possuída pelas regras primárias).⁵⁷²

Todas as demais regras do ordenamento derivam da regra de reconhecimento. Ela providencia um marco autoritativo que, ao permear todas as outras regras, permite a identificação de um verdadeiro *sistema jurídico* — as regras não estão mais desconectadas, mas estão, *grosso modo*, unificadas. Conforme prossegue Hart, ainda, é essa própria operação de verificar que uma regra possua determinada característica exigida em uma lista autoritativa que conduz ao “germe” da ideia de *validade jurídica*.⁵⁷³

A *regra de reconhecimento* é a *regra última e suprema* que serve como fundamento para rechaçar um modelo de Direito baseado em meros hábitos de obediência. Nas práticas das cortes ou dos demais *officials*, a regra de reconhecimento é evidenciada na forma como as regras particulares são identificadas. O sistema jurídico, assim, é baseado em regras “*all the way down*” (“de cima a baixo”), mas em suas raízes, em especial na regra de reconhecimento, há uma *norma social* com o tipo de *força normativa dos costumes*. Trata-se de “uma regularidade de comportamento” dos próprios *officials* a partir de seu *ponto de vista interno*: eles o utilizam

⁵⁷¹ HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth E.; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 127.

⁵⁷² HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 95.

⁵⁷³ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 95.

como “um padrão para guiar e avaliar o seu próprio comportamento e o dos outros, e o seu uso é mostrado na sua conduta e no seu discurso, incluído o recurso a várias formas de pressão social para sustentar a regra e a pronta aplicação de termos normativos”.⁵⁷⁴

É nesse sentido que a regra de reconhecimento deve ser entendida como uma *regra social* que pressupõe a *prática* pelos oficiais (*officials*) do sistema.⁵⁷⁵ Aqui Hart, à evidência, retoma a ideia de que, em um estado moderno, não se pode exigir a compreensão da população em geral sobre as regras (como a regra de reconhecimento) que permitem a identificação de outras regras enquanto regras. É por isso que, ao fim e ao cabo, em uma sociedade complexa, não se poderia cogitar de uma regra de reconhecimento amparada na prática social de toda a população. “O Direito, então, tem seu fundamento último nos comportamentos e nas atitudes dos seus *officials*.”⁵⁷⁶

Sendo assim, a validade da regra de reconhecimento não é deduzida de nenhuma outra regra do sistema, mas deve sua existência ao fato de que é, a partir de um *ponto de vista interno*, aceita pelos *oficiais* (juízes, promotores, advogados) desse próprio sistema. Uma vez que essa regra se baseia, pelo menos em parte, em um padrão de conformidade dos atores jurídicos, ela é, portanto, *convencional*.⁵⁷⁷

Esse caráter *convencional, criterial*, da teoria jurídica de Hart conduz, inevitavelmente, à afirmação da *indeterminabilidade* do Direito em determinadas situações, característica que, ao fim e ao cabo, demanda dos intérpretes o exercício de sua *discricionariedade (discretion)*. As convenções, fundadas na linguagem humana, não são capazes de abranger todas as hipóteses de aplicação. Conforme Hart, em algum ponto, o Direito *não alcança*, não determina uma resposta a um caso em específico, de modo que ele é *parcialmente indeterminado*. “O Direito

⁵⁷⁴ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁵⁷⁵ Em passagem bastante elucidativa, Hart assim leciona: “[F]or whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‘exist’ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact”. *A regra de reconhecimento só existe enquanto prática daqueles que trabalham com o direito, que identificam as normas por meio de referências a certos critérios, diferentemente de uma outra regra subordinada qualquer, que pode ser válida ainda que seja geralmente desrespeitada ou ignorada nas práticas sociais. Cf. HART, H. L. A. The concept of law*. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 110.

⁵⁷⁶ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁵⁷⁷ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 132.

em tais casos é, fundamentalmente, *incompleto*.⁵⁷⁸ As cortes, assim, devem pôr em prática sua *função criadora do Direito*.

Hart, sem ingenuidade, rejeita qualquer possibilidade de um *paraíso conceitual* dos juristas: nenhuma regra pode englobar universalidades conceituais que a tornem “pronta” para sua aplicação em todos os casos. Essa característica fundamental da comunicação humana significa que a descrição (linguística) da realidade está condenada à *incompletude*. Não é nenhuma novidade que as palavras sejam polissêmicas, e Hart sempre esteve preocupado com suas implicações.

Não é à toa, então, que, ao tratar dos dois principais mecanismos utilizados pelo Direito para a comunicação de *padrões gerais de conduta* (*precedente* e *legislação*), em especial no Capítulo VII do seu *Conceito*, Hart já inicie a discussão levantando as dificuldades que essas *transmissões linguísticas* invariavelmente acarretam. De pronto, Hart se refere ao exemplo de um pai que, ao entrar na igreja, tira o chapéu que vestia, assumindo que seu filho faria o mesmo em razão da *autoridade* do seu genitor no que diz respeito ao comportamento devido. Essa *comunicação por meio do exemplo*, que Hart compara ao *precedente*, pode trazer dúvidas: Deve o filho retirar o chapéu com a mão esquerda ou direita? Rápido ou devagar? O chapéu deve ir obrigatoriamente embaixo do assento?⁵⁷⁹

Por outro lado, ao falarmos de legislação, que se traduz por meio de uma *comunicação de padrões gerais por formas gerais explícitas de linguagem* — como se, retomando o exemplo, o pai dissesse expressamente ao filho que “todo homem deve tirar seu chapéu ao entrar na igreja” —, é tentador imaginar que estamos diante de uma transmissão *clara, confiável e certa*. Como diz Hart, agora as características dos padrões gerais estão identificadas com palavras, estão *verbalmente* externalizadas. Basta reconhecer instâncias de termos verbais claros e, a partir de uma operação silogística, subsumir fatos particulares sob cláusulas gerais.

Nesse ponto, Hart reconhece que a teoria do Direito de sua época estava progressivamente percebendo que a certeza da comunicação por *linguagem geral autoritativa* (a legislação) não é tão clara como acima se esboçou. Os fatos da vida não nos aguardam com um rótulo de qual regra deve ser aplicada, nem a regra caminha em nossa direção para resolver os casos concretos. Para Hart, é evidente que um *carro* é um *veículo*, mas não é tão claro se podemos considerar como *veículo* uma bicicleta, um avião ou *roller skates*. Nem mesmo os

⁵⁷⁸ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 252.

⁵⁷⁹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 124-125.

famosos cânones interpretativos eliminam totalmente as incertezas: tais cânones também são regras gerais de uso da linguagem e são constituídos por palavras que exigem interpretação.⁵⁸⁰

Os casos simples, em que os termos gerais, na visão de Hart, *não necessitam de interpretação*, são os casos familiares, que aparecem constantemente em casos similares e em que há um *consenso geral* dos juízes sobre a aplicação dos termos de classificação.⁵⁸¹ Para Hart, são esses casos familiares que dão sentido à existência de termos gerais, afinal são eles que fornecem exemplos para a orientação interpretativa nos casos diferentes. Nesses cenários em que dúvidas (interpretativas) devem ser resolvidas, algo da natureza de uma *escolha entre alternativas abertas* deve ser feita pelo intérprete.⁵⁸²

Hart, aqui, afirma que a linguagem autoritativa por meio da qual uma regra é expressada (legislação) é tão boa como *guia* (uma orientação) quanto um exemplo autoritativo (precedente). Ainda que a linguagem da regra *limite as características* que demandam a atenção do intérprete – por meio de seus elementos expressos –, ela se resume agora a um mero exemplo do caso simples: o raciocínio não é mais subsuntivo, e o intérprete deve fazer uma *escolha* a partir de sua *discricionariedade*.⁵⁸³

O argumento de Hart, em suma, é de que, diante de uma questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos em um parque, por exemplo, é aplicável a alguma combinação de circunstâncias em que a sua incidência *pareça* indeterminada, tudo que o intérprete pode fazer é considerar se o presente caso se assemelha ao caso simples *suficientemente* em aspectos *relevantes*. A *discretion* (discricionariedade) deixada para o intérprete pode ser bastante ampla, de modo que, se ele aplica a regra, a *conclusão*, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional, é, com efeito, uma *escolha*.⁵⁸⁴

Assim, não importa qual seja o dispositivo de comunicação das regras – por meio do precedente ou da legislação –, nem o quão bom seja para a grande massa dos casos ordinários, todo mecanismo de transmissão dos regramentos será, em algum momento, indeterminado: eles

⁵⁸⁰ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 126.

⁵⁸¹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 126.

⁵⁸² HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 127.

⁵⁸³ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 127.

⁵⁸⁴ Deve ser notado neste ponto que Hart, de modo expreso, deixa de fora de sua análise o *legal reasoning* (ou raciocínio jurídico) realizado pelos intérpretes para alcançar determinada conclusão. Para ele, “[i]n the case of legal rules, the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system and on the aims or purpose which may be attributed to the rule. To characterize these would be to characterize whatever is specific or peculiar in legal reasoning”. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 127.

terão o que Hart denominou de *textura aberta*. Para Hart, essa constatação é uma característica geral da linguagem humana (de todas as línguas naturais, como o inglês, o português, o espanhol), sendo a *incerteza* nos casos-limite o *preço* a ser pago pelo uso de termos gerais classificatórios em qualquer forma de comunicação.⁵⁸⁵

Pode-se dizer, junto com MacCormick, que a abertura à discricionariedade dos juízes na teoria *hartiana*, derivada da própria *natureza* das regras jurídicas, também pode ser considerada uma estratégia de Hart de afastar a sua teoria do *formalismo jurídico*, à época já castigado pelas ideias de F. Gény e Ihering, para ficar só nesses.⁵⁸⁶ A ideia de que o Direito é um *modelo de regras*, e que essas *regras* são constituídas por *signos linguísticos* dotados de vagueza, portanto, já “superaria” o velho exegetismo francês, o pandectismo alemão e a jurisprudência analítica inglesa.

3.2.2 A inexistência da conexão necessária entre Direito e Moralidade

Hart não nega que existam muitos tipos diferentes de relação entre o Direito e a Moralidade. É justamente por isso, justamente por haver tantos sentidos possíveis para essa conexão entre os fenômenos, que ele rejeita a possibilidade de que algo proveitoso seja obtido em um estudo sobre a relação entre eles. Não há dúvidas de que o desenvolvimento do Direito, em todos os tempos e lugares, foi profundamente influenciado pela moral. O ponto, argumenta Hart, é que não podemos, disso, dessa premissa, concluir que um sistema jurídico *deva* exibir alguma conformidade específica com a moralidade ou a justiça, ou que ele *deva* estar assentado em uma convicção amplamente difundida de que existe uma obrigação moral de obedecê-lo.⁵⁸⁷

A definição do positivismo jurídico de Hart está intimamente conectada com essas ideias. Segundo ele, conforme já foi mencionado previamente, o *positivismo jurídico* pode ser entendido como “a simples afirmação de que não é em nenhum sentido uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas demandas de moralidade, embora de fato elas tenham muitas vezes assim feito.”⁵⁸⁸ É claro que a influência da Moralidade se faz sentir de

⁵⁸⁵ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 128.

⁵⁸⁶ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 154-155.

⁵⁸⁷ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 185.

⁵⁸⁸ Tradução livre de: “Here we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.” Cf. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 185-186.

diversas maneiras no Direito, seja “abrupta e declaradamente” por meio da legislação, seja “silenciosamente e aos poucos” por meio dos processos judiciais.⁵⁸⁹ Hart não rechaça que leis possam expressamente sinalizar que sua interpretação deve ser realizada a partir de princípios morais, nem que a responsabilidade por danos civis e criminais possa ser avaliada a partir de determinadas visões de responsabilidade moral, por exemplo. Questões como essas são corriqueiras no Direito: “nenhum ‘positivista’ poderia negar que esses são fatos, ou que a estabilidade de sistemas jurídicos dependa, em parte, de tais tipos de correspondência com a moral.”⁵⁹⁰ O ponto de Hart é que, muito embora tudo isso seja facilmente observado nos mais variados ordenamentos jurídicos, o *positivismo jurídico* não reconhece que haja qualquer tipo de *restrição moral* àquilo que podemos chamar Direito. Se o positivismo jurídico está preocupado com a *descrição do Direito enquanto fato(s) social(is)*, ele não pode se ocupar de *critérios justificadores/valorativos* da prática social jurídica. Um sistema jurídico pode incorporar, ou não, questões de moralidade para identificação da existência e do conteúdo do Direito: trata-se de uma mera questão *contingencial*, particular de certos ordenamentos, e não uma *exigência conceitual* para caracterização do Direito.

O *fato (social)* de a Constituição norte-americana contar com emendas que proíbem a edição de certos tipos de normas em virtude da sua matéria⁵⁹¹ assinala a existência de restrições *substantivas* (questões de *valor*, de *moralidade*) sobre o conteúdo da legislação. Apesar disso, mesmo que se admita que isso está *incorporado* à regra de reconhecimento do Direito dos Estados Unidos, daí não segue que exista uma obrigatoriedade (moral) de que assim fosse. Para Hart, portanto, é plenamente possível que haja Direito *sem* que nele exista qualquer tipo de critério de validade, em sua regra de reconhecimento, que remeta a considerações de ordem moral: a tal título, com o que Hart concordaria, “tudo o que o Parlamento decreta é lei” seria um candidato a critério último de validade jurídica que *independe* da aplicação de juízos morais.

Essa *separação conceitual* entre Direito e Moralidade tem, no seu nascedouro, a premissa de que a teoria do Direito não começa a partir da determinação de quais características do Direito são *importantes* ou *interessantes*. Se assim fosse, haveria um evidente compromisso teórico com algum tipo de questão *normativa* (quer dizer, para definir o que é importante ou

⁵⁸⁹ Adaptado e traduzido de: “*These influences enter into law either abruptly and avowedly through legislation, or silently and piecemeal through the judicial process.*” Cf. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 204.

⁵⁹⁰ Tradução livre de: “*No ‘positivist’ could deny that these are facts, or that the stability of legal systems depends in part upon such types of correspondence with morals.*” Cf. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 204.

⁵⁹¹ Como a proibição de leis que restrinjam o livre exercício da religião ou o direito ao voto em razão do sexo (Primeira e Décima Nona Emendas).

interessante para o Direito, precisaríamos realizar, necessariamente, um juízo acerca do que é *bom* ou *mau* para o Direito). Na verdade, a formulação *hartiana* parte do questionamento acerca da *existência* de características que são *essenciais* ou *necessárias* para o (conceito de) Direito. Essencial, ou necessário, aqui, no sentido de que “uma prática social que não consegue tê-las [essas características] não poderia ser qualificada como Direito.”⁵⁹² Seja como for, a identificação da *existência* dessas características, *positivisticamente*, não dependeria de uma confusa e elaborada teoria sobre as funções ou os propósitos do Direito, mas simplesmente de uma compreensão de como ele se apresenta *na realidade*, daquilo que o Direito *é*.

Tudo isso deve ser compreendido à luz de uma outra premissa *hartiana*: julgamentos sobre o que *deve* ser feito, juízos valorativos/normativos não têm “a simples demonstrabilidade de proposições matemáticas” nem derivam, exclusivamente, “de alguma vontade arbitrária ou escolha existencial.”⁵⁹³ Hart não estava seguro sobre a possibilidade de *uma* moralidade iluminada, correta e superior a tantas outras possíveis moralidades, nem mesmo quanto à possibilidade de sua demonstração. Fatos morais objetivos são uma questão filosófica controversa, afirmava Hart, de modo que uma teoria do Direito deveria evitar comprometer-se com tais posições especulativas.⁵⁹⁴

Mesmo que se pudesse conceder que julgamentos morais são *racionalmente defensáveis* quanto quaisquer outras formas de juízo, “leis, por mais moralmente injustas que sejam, ainda seriam leis”, segundo Hart. A *única* diferença que haveria, nesse caso, é que a injustiça moral das leis poderiam ser *demonstrada*. Diríamos que essas leis não *deveriam ser* leis, teríamos bases racionais para isso, mas essa demonstração não provaria que a lei não *era* lei. A possibilidade de mostrar que princípios morais são passíveis de serem *descobertos racionalmente* — em vez de serem meros “decretos da vontade” (“*fiats of the will*”) — em *nada* alteraria o *fato* de que leis extremamente iníquas ou estúpidas *continuariam a ser* leis.⁵⁹⁵

A tese de que o Direito deve ser visto como *fato*, como *prática social* que pode ser *descrita avalorativamente*, vai ao encontro, portanto, dessa *aparente* negação da possibilidade de verificação racional da verdade de juízos morais. A (i) impossibilidade de avaliação da *correção/adequação de juízos de valor* alia-se e fornece sustentação ao (ii) comprometimento

⁵⁹² COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to *The concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 108.

⁵⁹³ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 65.

⁵⁹⁴ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 253-254.

⁵⁹⁵ HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 626.

positivista de pura análise *factual* da realidade (*tese das fontes sociais*). A moralidade, nessa visão, mostra-se *incompatível* com a investigação científica do Direito, reforçando a necessidade de uma formulação teórica alheia a questões de justificação.

3.3 O POSITIVISMO EXCLUSIVO DE JOSEPH RAZ

Joseph Raz (1939-2022) foi, possivelmente, o autor que desenvolveu a mais amplamente discutida abordagem do positivismo jurídico *exclusivo*. Como ex-aluno de H. L. A. Hart, Raz se dedicou à elaboração de uma posição teórica verdadeiramente *positivista*, mas divergiu da possibilidade de *suavização* do positivismo jurídico decorrente da “conexão fraca” entre Direito e Moralidade. Se, *grosso modo*, é possível dizer que o *positivismo inclusivo* “aceita” conexões *contingentes* entre Direito e Moralidade, para o positivismo exclusivo de Raz é necessário rejeitar, *peremptoriamente*, qualquer possibilidade como essa. A “radicalização” do positivismo jurídico *raziano* pode ser visualizada na seguinte síntese das concepções da relação Direito-Moralidade do *positivismo inclusivo* (PI) e do *positivismo exclusivo* (PE), conforme lição de Leslie Green e Thomas Adams:⁵⁹⁶

(PI) Não é necessariamente o caso que haja uma conexão entre Direito e Moralidade.
(PE) É necessariamente o caso que não haja conexão entre Direito e Moralidade.

Raz, sem dúvidas, reconhece a importância do esforço de seu mestre na tentativa de *desmistificar o Direito* a partir de uma perspectiva não apenas *realista* — no sentido de fugir de justificações mitológicas, divinas, metafísicas —, mas também *nada romântica*: com Hart, “herdeiro e portador da tocha”⁵⁹⁷ da tradição do positivismo jurídico, a existência e o conteúdo do Direito são uma questão de mero *fato social*, cuja conexão com a moralidade ou quaisquer outros valores passa a ser vista como *contingente e precária*. A necessidade de introduzir posições racionais críticas, principalmente por meio da *rejeição de mitos moralizantes* que,

⁵⁹⁶ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁵⁹⁷ Adaptação da tradução livre para: “H. L. A. Hart is heir and torch-bearer of a great tradition in the philosophy of law which is realist and unromantic in outlook.” Cf. RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **Monist**, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 295.

segundo Raz, historicamente se acumularam em torno do Direito,⁵⁹⁸ é uma posição que o filósofo israelense atribui a H. L. A. Hart e à qual subscreve sem ressalvas.

Mas Raz concorda com Hart até certo ponto. Se é correto, para fins de conhecimento teórico sobre o Direito, livrá-lo do ranço mitológico nele impregnado há séculos, isso deve ser levado até o limite. O que isso significa na obra de Raz? Como se viu, o positivismo inclusivo admite que a regra de reconhecimento em determinada sociedade *incorpore restrições morais sobre o conteúdo do Direito*. Nessa medida, a regra de reconhecimento poderia incorporar *critérios de conformidade da validade jurídica* com princípios morais ou valores substantivos. Para Raz, todavia, espantar os fantasmas da metafísica na teoria jurídica também significava rechaçar toda e qualquer possibilidade de que um sistema jurídico pudesse incorporar restrições morais na análise da *validade do Direito*. Daí por que seu positivismo exclusivo também é conhecido como “*anti-incorporacionismo*” e positivismo *radical* (ou *inflexível*).⁵⁹⁹ O êxito de Hart havia sido parcial: era necessário construir uma teoria inteiramente alicerçada sobre *atos sociais*.

3.3.1 Direito e autoridade

A concepção de Raz de *autoridade* é uma das peças fundamentais para compreender o seu pensamento jurídico. Conforme ficará mais claro, Raz defende que apenas o positivismo jurídico exclusivo é consistente com a natureza *autoritativa*⁶⁰⁰ do Direito. Conforme sintetiza Waluchow, o positivismo *raziano* sustenta que “é da própria natureza dos sistemas jurídicos que eles reivindicam autoridade justificada sobre uma população.”⁶⁰¹ Em um curto esboço, pode-se dizer, *razianamente*, que um sistema jurídico deve ser, ao menos, o tipo de coisa que é logicamente *capaz de possuir autoridade, de ter autoridade prática*.

“O Direito”, assinala Joseph Raz, “é uma medida pública pela qual um indivíduo pode medir o seu comportamento e o das demais pessoas.” Segundo o filósofo israelense, o Direito

⁵⁹⁸ Adaptação da tradução livre para: “[...] *how much the rejection of the moralizing myths which accumulated around the law is central to his whole outlook.*” Cf. RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **Monist**, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 295.

⁵⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 135.

⁶⁰⁰ Na língua inglesa, muitos autores empregam a palavra “*authoritative*” — qualificação daquilo que tem autoridade —, que não encontra tradução direta para o português. Nesse sentido, não é incomum para os autores trazerem o vocábulo para suas línguas com pequenos ajustes de adequação. Assim, *autoritativo* é expressão utilizada como tradução de *authoritative*, constituindo o adjetivo derivado de autoridade.

⁶⁰¹ WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 123.

ajuda a “assegurar a cooperação social não só por meio de suas sanções que promovem motivação para conformidade, mas também ao designar de um modo acessível os padrões de conduta exigidos para tal cooperação.”⁶⁰² Isso tudo só é possível, na visão de Raz, na medida em que demarcamos o *ponto*, a *divisa*, em que uma determinada visão privada dos membros da sociedade, ou de suas partes influentes ou de seus grupos poderosos, *deixa de ser sua visão privada* e se torna (*i.e.* afirma ser) uma “visão vinculante a todos os membros independentemente de seus desacordos com relação a ela.”⁶⁰³

Qualificar uma regra como *juridicamente vinculante* significa qualificá-la como uma *decisão autoritativa*. Para Raz, isso indica a existência, em determinada sociedade, de uma “instituição ou organização que reivindica autoridade sobre os membros da sociedade que os obriga a se conformar a certos padrões” — e aqui uma premissa fundamental — “*apenas porque foram escolhidos por essa suposta autoridade, independentemente de serem ou não padrões justificáveis sob outros fundamentos.*”⁶⁰⁴

Segundo Joseph Raz, portanto, é “da própria essência” da suposta autoridade que suas decisões (*rulings*) sejam *vinculantes independentemente de qualquer outra justificção*: considerar determinada conduta como criminosa ou não *depende apenas* daquilo que foi definido *factualmente* pela autoridade, à margem de toda e qualquer perquirição acerca das razões morais, políticas, sociológicas, econômicas que possam envolvê-la. Se as decisões *autoritativas* em uma sociedade valem apenas em razão de a autoridade ter assim definido, isso significa, para Raz, que “deve ser possível identificar essas decisões sem se envolver em um argumento justificador”.⁶⁰⁵ Em outras palavras, essas decisões vinculantes, o Direito em si, deve poder ser identificado a partir de certas atividades (*atos*) e interpretado à luz de padrões publicamente *verificáveis*, não envolvendo questões de moralidade.

Para melhor compreensão, ainda que em linhas gerais, do conceito de *autoridade* em Joseph Raz, é útil valer-me de um conhecido exemplo por ele descrito. Considere-se o caso em

⁶⁰² Trecho adaptado e livremente traduzido de: “*Law is a public measure by which one can measure one's own as well as other people's behaviour. It helps to secure social co-operation not only through its sanctions providing motivation for conformity but also through designating in an accessible way the patterns of behaviour required for such co-operation.*” Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 51.

⁶⁰³ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 51.

⁶⁰⁴ Tradução de: “*This marking off of authoritative rulings indicates the existence in that society of an institution or organization claiming authority over members of the society that is holding them bound to conform to certain standards just because they were singled out by that purported authority regardless of whether or not they are justifiable standards on other grounds.*” Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 51, grifo nosso.

⁶⁰⁵ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 52.

que duas pessoas levam uma disputa a um árbitro. Ele tem *autoridade* para resolver a disputa, já que os envolvidos aceitaram acatar sua decisão. Dois aspectos principais vêm à tona: (i) primeiro, a decisão do árbitro é, para os disputantes, uma *razão para agir* — os envolvidos devem agir como ele disser *porque ele assim o disse* —; (ii) segundo, a decisão do árbitro *substitui as razões das quais ela depende* — concordar em obedecer a solução proposta pelo árbitro significa seguir o julgamento do árbitro acerca do *saldo das razões envolvidas no caso* em vez da própria conclusão, privada, dos contendores.⁶⁰⁶

Quanto ao (i) primeiro ponto, Raz enfatiza que a decisão do árbitro não é *simplesmente* uma nova razão para agir que os litigantes adicionam à sua lista de motivos para agir dessa ou daquela maneira. Na verdade, a decisão do árbitro destina-se a, ao ser fundada nas outras razões trazidas pelos envolvidos, uma *soma que reflita o seu resultado*. Com isso, é possível ver que o (ii) segundo ponto diz respeito à ideia de que as razões originais, formuladas pelas partes em conflito, fundem-se na decisão do árbitro ou do julgamento de uma corte, a qual tem a capacidade de se tornar *res judicata* (*coisa julgada*). Uma vez que a decisão não possa ser rediscutida (superado, por exemplo, o prazo para recurso), as razões originais não têm mais propósito algum: a decisão, quando final e vinculante, *substitui a discussão anterior* — Raz denomina uma razão para agir como essa, uma tal decisão, como *razão preemptiva*. E arremata o jusfilósofo: “a única forma adequada de compreender a autoridade do árbitro é de tomá-la como razão para agir que substitui as razões com base nas quais ele deveria decidir.”⁶⁰⁷

Na teoria positivista de Raz, conforme explica Waluchow, diretrizes legais, as normas do Direito, são como a decisão do árbitro, já que elas também têm um papel de *mediação* e de *exclusão*: elas estabelecem o que fazer, em parte por meio da exclusão de outras razões para agir. Essas diretrizes jurídicas também são apresentadas como dotadas de *autoridade* (*being authoritative*), de um *status* de preempção, e isso tem um sentido específico: uma norma jurídica que exija *x* não apenas constitui, por si só, uma *boa razão* para fazer *x*, mas também exclui todas as outras razões que poderíamos ter tanto para fazer *x* quanto para nos abstermos de fazê-lo. O *fato* de as normas serem tal como são em determinado ordenamento jurídico proporciona, em si mesmo, uma *razão de exclusão* que torna irrelevantes em nossas deliberações práticas quaisquer outras razões que poderíamos ter para agir.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *Monist*, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 297.

⁶⁰⁷ Tradução livre de: “*The only proper way to acknowledge the arbitrator’s authority is to take it to be a reason for action which replaces the reasons on the basis of which he was meant to decide.*” Cf. RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *Monist*, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 297.

⁶⁰⁸ WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 125.

O positivismo jurídico exclusivo de Raz fundamenta-se na necessidade de que o Direito, cada um dos sistemas jurídicos vigentes no mundo, tenha autoridade *de facto*, o que implica que o Direito reivindica a posse de uma autoridade legítima *ou* que se considera que ele a possui, ou ambos. Essa reivindicação de autoridade do Direito é facilmente observada no fato de que as instituições legais são oficialmente chamadas de “autoridades”, ou pelo fato de que elas se consideram dotadas da prerrogativa de impor obrigações aos cidadãos, entre outras manifestações. Raz aponta que tal reivindicação é tão evidente que até mesmo uma lei ruim (*bad law*) deve ser cumprida enquanto for vigente, enquanto as competentes ações são tomadas para promover sua correção — *i.e.*, enquanto ela não for legitimamente alterada, conforme as normas do ordenamento em questão, ela tem validade jurídica.⁶⁰⁹

Como se pode notar, a Tese da Autoridade, isto é, de que toda ordem jurídica reivindica autoridade, tem profundas implicações. A imposição de normas jurídicas, como se viu no exemplo do árbitro, passa pela ideia de que, se antes o indivíduo poderia ter quaisquer razões para agir da forma que bem entendesse, com as normas do Direito ele encontra uma *razão determinante* para agir do modo nelas estabelecido. Veja-se que, com isso, dada a característica *preemptiva* das diretivas jurídicas, suspende-se o balanço de razões *individual, subjetivo*, dos indivíduos, já que a reivindicação de autoridade do Direito implica uma ação conforme às diretrizes dadas, *independentemente do juízo individual que se possa fazer sobre elas*.⁶¹⁰

A autoridade reivindicada pelo Direito, dessa forma, está ligada a uma função básica dos ordenamentos jurídicos: “proporcionar padrões publicamente verificáveis por meio dos quais os membros da sociedade são considerados vinculados, de modo que eles não podem escusar a não-conformidade ao desafiar a justificativa do padrão.”⁶¹¹ Se as autoridades jurídicas realizam um papel de *mediação* — ao analisar as razões para agir e definir, a partir de uma avaliação oficial, uma razão determinante para agir —, ele só pode ser concretizado se aqueles que estão submetidos à sua autoridade guiarem suas ações a partir das *instruções* que lhe são fornecidas por aqueles que põem as normas, e não a partir das razões que foram empregadas na elaboração dessas instruções. As autoridades atuam no “espaço” entre as *razões definitivas para*

⁶⁰⁹ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *Monist*, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 300.

⁶¹⁰ Esse ponto é bem explicado por André Luiz de Souza Coelho, autor que aborda os diversos aspectos do positivismo exclusivo. Cf. COELHO, André. Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo. *Filósofo Grego*, 19 nov. 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 31 ago. 2022.

⁶¹¹ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 52.

agir e as pessoas às quais elas se aplicam. Suprime-se, assim, o julgamento individual acerca do que se deve fazer.⁶¹²

3.3.2 A necessária inexistência da conexão entre Direito e Moralidade

“Uma teoria sobre o Direito”, declara Joseph Raz, “é aceitável *apenas se* os seus testes para identificar o conteúdo do Direito e determinar sua existência dependam exclusivamente dos fatos do comportamento humano capazes de serem descritos em *termos de valor neutro*, e aplicados *sem recurso a argumentos morais*.”⁶¹³ Eis a definição fornecida por Raz para a *tese* fundamental de seu trabalho, a *strong social thesis*, ou — e principalmente — *sources thesis*.⁶¹⁴

Não obstante a complexidade dessa definição — e até mesmo uma certa nebulosidade da forma como posta —, é possível depreender, notoriamente, uma forte ênfase de Raz quanto à necessidade de afastamento de questões *valorativas* do campo de identificação da existência e do próprio conteúdo do Direito. Os “mitos moralizantes” que haviam sido tão bravamente combatidos pelo seu mestre, H. L. A. Hart, continuavam a prejudicar a mais adequada compreensão do fenômeno jurídico. Não à toa, Raz afirma que a *tese social*,⁶¹⁵ a característica mais marcante do positivismo jurídico, é melhor entendida não como uma verdadeira “tese de primeira ordem” — *i.e.* uma tese propriamente sobre o Direito, sua existência, conteúdo e validade —, mas como uma *restrição* sobre que tipo de teoria do Direito é uma teoria *aceitável*. A *tese social*, assim, seria sobre *certas propriedades gerais* de testes aceitáveis para a existência

⁶¹² RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **Monist**, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. p. 299-300.

⁶¹³ Tradução livre para: “A *jurisprudential theory* is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.” Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39-40, grifo nosso.

⁶¹⁴ Ambas as nomenclaturas são empregadas por Raz em suas diferentes obras. Em tradução livre, a *strong social thesis* seria “tese social forte”, enquanto a *sources thesis*, a famigerada “tese das fontes”.

⁶¹⁵ Isso merece um aparte: o positivismo jurídico tem seu nome derivado da ideia de que o Direito é *posto*, *positivado*, sendo concebido, enquanto Direito, por meio das atividades dos seres humanos. Em termos bastante genéricos, conforme esclarece Raz, a *tese social* positivista diz que o que é Direito e o que não é diz respeito apenas a uma questão de *fato social* (com todas as variações e os refinamentos propostos pelos tantos autores positivistas). Tal aspecto é, indubitavelmente, o ponto de partida dos trabalhos de Raz. O problema é que Raz discorda veementemente da *tese moral*, defendida por alguns positivistas, que pressupõe que o *valor moral do Direito*, ou o seu *mérito moral*, é um aspecto contingente, dependente do conteúdo do Direito e das circunstâncias da sociedade à qual ele se aplica. Raz, assim, parte da *tese social*, mas a leva ao limite ao rejeitar a possibilidade de perturbações derivadas de questões morais/valorativas na identificação do que conta como Direito e do que não conta como tal. Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 37-38.

e a identidade de sistemas jurídicos.⁶¹⁶ É nessa mesma linha que devemos visualizar a *tese das fontes* de Raz.

Dito isso, é necessário, ainda que rapidamente, apresentar certos esclarecimentos que o próprio Raz formula para a definição de sua *tese das fontes*. (i) Primeiro, Raz assume que uma teoria *completa* do Direito inclui, necessariamente, *testes para identificação do conteúdo e determinação da existência do Direito* (nas teorias positivistas em geral, esses testes contêm três elementos básicos, a saber, a *eficácia*, o *caráter institucional*, e as *fontes do Direito*⁶¹⁷); (ii) segundo, a tese assume, e Raz não nega a controvérsia e as dificuldades que pairam sobre a questão, que haja um *vocabulário suficientemente rico de termos de valor neutro* — quer dizer, não é que Raz defenda uma “clara e afiada” divisa entre termos *carregados de valor* e termos *com carga neutra de valor*, mas que, por exemplo, aspectos como a eficácia e a institucionalidade do Direito sejam compreendidos na medida em que explicitam a realidade sem realizar juízos de valor;⁶¹⁸ (iii) terceiro, a tese não implica o desprezo às intenções, motivações e visões morais das pessoas; (iv) quarto, a *tese social* pode ser dividida em duas: (a) uma condição social é *necessária* para identificar a existência e o conteúdo do Direito (“uma regra é uma regra jurídica apenas se atender a uma condição social”) e (b) uma condição social é *suficiente* para identificar a existência e o conteúdo do Direito (“uma regra é uma regra jurídica se ela atende à respectiva condição social”)⁶¹⁹ — nesse aspecto, a teoria exclusivista de Raz acentua a importância da condição (fonte) social para uma teoria sobre o Direito ser, como ele mesmo afirma, *aceitável*.

Para Raz, as *fontes do Direito* (essas condições *necessárias* e *suficientes* para determinar se uma regra é ou não jurídica) são uma característica tão importante quanto ignorada pela

⁶¹⁶ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39.

⁶¹⁷ Ainda que este não seja o ponto principal desta seção, vale ao menos uma passagem superficial sobre esses aspectos. A *eficácia do Direito* pode ser compreendida no sentido de que o Direito não é Direito se não é respeitado em geral e aceito e internalizado por ao menos certa parcela da população; o *caráter institucional do Direito* está associado a noções como a de que um sistema jurídico em geral contém instituições de julgamento responsáveis pela regulação de disputas, assim como a de que ele reivindica para si autoridade e ocupa posição de supremacia na sociedade; as *fontes do Direito* têm relação com as fontes sociais que permitam avaliar a existência e o conteúdo do sistema jurídico. Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 42-46.

⁶¹⁸ Com isto, Raz não quer dizer que nenhuma conclusão deontica ou valorativa possa ser deduzida dos testes de identificação e conteúdo do Direito. Na verdade, a ideia é mais ou menos a seguinte: deve ser possível *descrever* um tal teste em termos que, por si sós, não denotem questões de valor. Um teste que avalie a *eficácia* de um sistema jurídico, para que ele seja considerado como tal, deve ser capaz de ser descrito a partir de uma visão *avalorativa*. Isso pode ser exemplificado a partir de um teste hipotético que examinasse o nível de obediência da população às normas jurídicas. Em princípio, se fosse possível medir o quanto as pessoas aceitam e obedecem às leis, calculando uma média em determinada sociedade, isso *descreveria* certo aspecto desse sistema normativo sem, necessariamente, conduzir a uma conclusão valorativa.

⁶¹⁹ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 40.

maioria dos autores positivistas. Conforme ele argumenta, embora pareça, muitas vezes, que os trabalhos dos positivistas endossam uma *strong social thesis*, seus argumentos se apoiam, surpreendentemente, apenas na *eficácia* e na *institucionalidade* como as únicas condições concernentes à fundação social do Direito.⁶²⁰ Raz denomina a combinação dessas duas condições (*eficácia + institucionalidade*) de *weak social thesis* (tese social fraca, em tradução livre).⁶²¹ A diferença entre a *weak* e a *strong thesis* demonstra uma qualidade crucial para a teoria *raziana*. Segue um exemplo fornecido pelo próprio Raz.

“Suponha que a lei exija que casos não regulamentados em lei sejam decididos com fundamento em considerações morais.” Além disso: “suponha, ademais, que em razão dessa lei, seja argumentado que considerações morais *se tornaram* parte das leis do país (e, portanto, o Direito nunca é incerto a não ser que a moralidade também o seja).” Com isso, arremata Raz: “essa afirmação vai diretamente de encontro à *strong thesis*.” Se aceita, a identificação do Direito (sua existência e seu conteúdo) em certos casos se volta a considerações morais, que passam a ser vistas como necessárias para tanto. Para que seja possível compatibilizar uma tal lei à *strong thesis*, teremos de dizer que a *decisão em si*, que contém considerações morais, é Direito (pois a decisão emana, afinal, de *fonte autorizada*), mas a moralidade à qual ela se refere *não é* incorporada ao Direito. A situação se assemelha à hipótese em que um Direito estrangeiro deve ser aplicado: o Direito estrangeiro continua sendo somente Direito estrangeiro, permanecendo *independente e fora* do Direito nacional.⁶²²

Veja-se que o exemplo mostra que a incorporação da moralidade ao Direito, de acordo com a visão da *weak thesis*, é compatível com a *eficácia* e com a *institucionalidade* do Direito. Em muitos sistemas jurídicos, em regular funcionamento e dotados de eficácia, recorre-se a considerações morais. No mais, a moralidade “se torna” Direito, segundo essa perspectiva, na medida em que as instituições jurídicas se refiram a juízos valorativos.

Entretanto, enquanto a *weak thesis* encaixa no Direito as condições de eficácia e institucionalidade, a *strong thesis* de Joseph Raz insiste que a existência e o conteúdo de todas as leis é *totalmente determinada pelas suas fontes sociais*. Uma lei tem uma fonte se o seu conteúdo e sua existência podem ser determinados *sem* o emprego de argumentos morais: as

⁶²⁰ Para uma melhor compreensão desses elementos — eficácia e institucionalidade do Direito — remeto o leitor aos esclarecimentos constantes nas notas de rodapé da página anterior.

⁶²¹ RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 45.

⁶²² RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 45-46.

fontes de uma lei são, portanto, aqueles *factos* que identificam seu conteúdo e em virtude dos quais ela é válida.⁶²³

Tudo isso evidencia que o positivismo exclusivista de Raz adota uma “teoria da validade do direito de cunho formal”,⁶²⁴ conforme dizeres de Dimitri Dimoulis, rechaçando requisitos e critérios materiais. Essa fixação no carácter formal da identificação do Direito é bem expressa na seguinte proposição: “necessariamente, aquilo que constitui Direito válido, em um sistema jurídico, L, é determinado por meio de testes que envolvem apenas o *pedigree* (a origem) ou a fonte de X e que ignoram completamente o conteúdo (moral ou de outra natureza) de X.”⁶²⁵ Essa discussão recupera a questão da *autoridade reivindicada pelo Direito*; afinal, se as autoridades atuam na mediação *entre* os cidadãos e as razões últimas para agir, isto é, realizam um tipo de “meio de campo”, avaliando as razões individuais, particulares, intermediárias (Raz as chama de “dependentes” — *dependent reasons*) para fornecer *diretivas jurídicas* para ação, o seu papel só pode ser concretizado na medida em que as diretivas possam ser conhecidas e compreendidas sem recurso às razões/motivações subjacentes. A incorporação de padrões morais, em última análise, tornaria inviável a função mediadora do Direito. A identificação do Direito se confundiria com a identificação das razões do próprio Direito.⁶²⁶ Um cenário como esse manteria o Direito acorrentado aos mitos moralizantes e valorativos, condenado a discussões sem fim.

No positivismo exclusivista de Joseph Raz, há uma “versão rigorosa da tese da separação entre direito e moral.” A moralidade encontra-se, fazendo um paralelo com o exemplo do Direito estrangeiro, em um ponto *exterior* ao Direito, embora possa ser utilizada em argumentos e razões que darão origem às diretivas jurídicas. Note-se que juízos morais exercem influência de ordem genética no Direito, mas a moralidade *jamais*, para Raz, interferirá na definição conceitual do Direito: “algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade”.⁶²⁷ Mesmo quando uma decisão jurídica é fundada em razões morais, para Raz, isso não significa que a moralidade influencie na

⁶²³ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 47.

⁶²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 136.

⁶²⁵ WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 180.

⁶²⁶ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁶²⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 135.

identificação do que é Direito e do que não é. Como Raz lida, então, com os casos jurídicos em que os juízes parecem “criar Direito novo”?⁶²⁸

Raz afirma que todos que trabalham com o Direito sabem que, em certas questões, o Direito é *indefinido, indeterminado*. Às vezes, diz ele, é como se ninguém soubesse qual é o direito aplicável ao caso. Nessas situações, é dito que os juízes, por não haver um direito definido a ser aplicado, *desenvolvem o Direito* a partir de *argumentos não-jurídicos* (morais, sociais, políticos, econômicos, entre outros). A sua *tese das fontes* elucida esse fenômeno: de um lado, o direito de um caso é *definido* quando fontes jurídicas vinculantes fornecem sua solução — aqui, diz-se tipicamente que os juízes *aplicam* o Direito —; por outro, o direito de um caso é *indefinido*, isto é, ele carece de *resposta jurídica*, se a questão jurídica não é devidamente respondida por padrões derivados de fontes jurídicas — aqui, as cortes *inevitavelmente abrem novos caminhos jurídicos, e sua decisão desenvolve o Direito* a partir de considerações morais e outras de natureza extra-jurídica.⁶²⁹

Como, para Raz, as razões morais não têm prioridade sobre os juízos particulares, é uma conclusão lógica que a moralidade seja *afastada* do conceito de Direito. As diretivas jurídicas devem ser observadas de modo determinante e suficiente, de sorte que o ingresso de imperativos não-jurídicos ou juízos eminentemente particulares fragilizariam a autoridade do Direito, o qual impõe necessariamente *razões excludentes* para o agir.⁶³⁰

⁶²⁸ Coloco esta expressão entre aspas em razão de não desconhecer a controvérsia que envolve a “criação judicial” do Direito. Isso, de fato, não é um capricho: as discussões acerca de “*hard cases*” e “*easy cases*”, assim como de “definição” e “indefinição” do Direito são trazidas por Raz mais ou menos nesses termos, como verá.

⁶²⁹ Trecho adaptado e traduzido de: “*If a legal question is not answered by standards deriving from legal sources then it lacks a legal answer--the law on the question is unsettled. In deciding such cases courts inevitably break new (legal) ground and their decision develops the law (at least in precedent-based legal systems). Naturally, their decisions in such cases rely at least partly on moral and other extra-legal considerations.*” Cf. RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 49-50.

⁶³⁰ Lenio Streck, aliás, traz um ponto interessante sobre um “paradoxo” do positivismo exclusivista: os autores exclusivistas, objetivando apenas descrever o Direito, admitem que decisões judiciais que recorram a razões extrajurídicas têm a mesma força jurídica como qualquer outra. Assim, uma vez proferida decisão baseada em algo que não era Direito, ela passou a ser. Após isso, o autor positivista simplesmente descreverá essa operação realizada pelo juiz a partir de um ponto de vista externo. O Direito, assim, inegavelmente construído sobre razões morais, será descrito, avaliativamente, pelo positivista, que dirá que a fonte da qual se originou a norma é autorizada para tanto (*sources thesis*). Streck chega a denominar o positivismo exclusivista de “autodestrutível”; afinal, se o Direito pode ser criado por intermédio de juízos discricionários, com razões morais, a moral estará fatalmente *incorporada ao Direito*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 294-296.

4 EM BUSCA DO MUNDO PRÁTICO QUE TORNA O DIREITO POSSÍVEL

“[Q]uem sustenta que dos textos não se extrai um significado que seja intersubjetivamente comunicável, esse irrita-se muito quando alguém não aceita sua proposta, e queixa-se de não ter sido compreendido. Vem-nos à mente o paradoxo de Smullyan: ‘sou solipsista, como todos’.”⁶³¹

(Umberto Eco)

“A tradição de nossos pais é um tecido de frases. Em nossas mãos ela se desenvolve e muda, por meio de revisões e acréscimos mais ou menos arbitrários e deliberados de nós mesmos, mais ou menos diretamente ocasionados pela estimulação contínua de nossos órgãos dos sentidos. É um conhecimento cinza-claro preto com fatos e branco com convenções. Mas não encontrei razões substanciais para concluir que haja fios bem pretos ou brancos.”⁶³²

(W. V. Quine)

Paradoxos são valiosas ferramentas para nos levar a novas maneiras de ver o mundo. Eles são incômodos, disso não há dúvida. Tanto que, à primeira vista, como tudo que causa certo desconforto, temos uma reação instintiva, uma busca por sobrevivência, ou de (auto)defesa de nossa própria concepção da existência, que tende a nos conduzir de volta à situação de equilíbrio anterior. Ler “esta afirmação é falsa” pode gerar alguma desconfiança, até um leve sorriso nos melhores dias, mas logo concluímos, ainda que inseguros, que deve haver uma boa explicação para isso, ou mesmo que exista uma “confusão” semântica ou impropriedade da própria linguagem. Nada realmente mudou em nossas vidas a partir da constatação de que as palavras podem, por vezes, iludir-nos e até mesmo expressar coisas sem sentido (*nonsense*).

W. V. Quine, um dos grandes expoentes da filosofia analítica do século passado, afirmou que paradoxos podem nos ajudar “a expor o absurdo de uma premissa subjacente ou de alguma preconcepção previamente considerada como central” para determinado conhecimento; assim, prossegue ele, “a catástrofe pode espreitar, portanto, no mais aparentemente inocente paradoxo.”⁶³³ Descobrir paradoxos tem caráter didático: não devemos

⁶³¹ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XXI.

⁶³² Traduzido livremente de: “*The lore of our fathers is a fabric of sentences. In our hands it develops and changes, through more or less arbitrary and deliberate revisions and additions of our own, more or less directly occasioned by the continuing stimulation of our sense organs. It is a pale grey lore, black with fact and white with convention. But I have found no substantial reasons for concluding that there are any quite black threads in it, or any white ones.*” Cf. QUINE, W. V. **The ways of paradox and other essays**. New York: Random House, 1996. p. 125.

⁶³³ QUINE, W. V. **The ways of paradox and other essays**. New York: Random House, 1996. p. 3.

encará-los somente como bons passatempos para um domingo à tarde, mas como novas possibilidades de olharmos para as fundações do nosso pensamento.

Vejamos o paradoxo do barbeiro, empregado pelo próprio Quine a partir de uma referência a Bertrand Russell: em um vilarejo, há um barbeiro que faz a barba de todos e apenas aqueles homens no vilarejo que não barbeiam a si mesmos. A pergunta que fica é: o barbeiro faz a sua própria barba? Logo vemos que, se o barbeiro faz a barba de todo homem do vilarejo que não faça a sua própria barba, então o barbeiro faz sua própria barba apenas se ele não faz a sua própria barba. Não há escapatória: temos problemas se dissermos que o barbeiro faz a sua própria barba e temos problemas também se dissermos que ele não a faz. Conforme Quine, trata-se de um caso de *reductio ad absurdum*, em que assumimos que existe um tal barbeiro que faz a barba de todos e apenas aqueles homens que não fazem suas próprias barbas. Não é logicamente possível que exista um tal vilarejo em que resida um tal barbeiro.⁶³⁴

É instigante a perplexidade que paradoxos como esse podem nos causar, mas talvez cenários de barbeiros e homens com barba não tenham muito a dizer sobre Teoria do Direito. Veja-se, no entanto, a situação paradoxal a que se refere Umberto Eco na citação da abertura deste capítulo: o cético insistente, rejeitando que as palavras possam ter um sentido compartilhado, ou intersubjetivamente comunicável, queixa-se de não ter sido compreendido. Como poderia alguém reivindicar compreensão alheia se ele mesmo defendia a impossibilidade de intersubjetividade na linguagem? Aliás, é por isso que Eco alude a um paradoxo de Raymond Smullyan, matemático e lógico norte-americano, pois como poderia alguém dizer-se “*solipsista como todos os outros*”? Por definição, o solipsista acredita-se sozinho no universo, então postular o solipsismo alheio é contradição em termos.

Este capítulo pretende sustentar que não apenas *não estamos sozinhos* — como solipsistas — no universo, mas que nossa condição enquanto seres que *compartilham uma vida em sociedade* é um aspecto fundamental para (re)pensar o próprio Direito. Na linguagem, sobretudo na forma *intersubjetiva* em que ela se manifesta, aflora, na existência, encontram-se elementos essenciais para o estudo de nossas práticas sociais. A hesitação que cada um de nós sente ao acharmo-nos diante de um paradoxo apenas reforça esse caráter compartilhado dos sentidos da manifestação linguística.

O paradoxo que aborda Eco nos permite dar os primeiros passos rumo a concepções *antipositivistas*. Kelsen, Hart, e Raz não eram exatamente otimistas quanto à possibilidade de controle da interpretação jurídica. É verdade, no entanto, e espero que isso tenha ficado bem

⁶³⁴ QUINE, W. V. *The ways of paradox and other essays*. New York: Random House, 1996. p. 4.

claro, que suas teorias não estavam propriamente preocupadas com o *momento da aplicação* do Direito, mas com supostas *descrições avaliativas* do fenômeno. O ponto é que, se nos textos — inclusive os jurídicos — há um significado intersubjetivamente comunicável, é possível argumentar que a *discricionariedade* do intérprete, contemplada de uma forma ou de outra no seio das teorias positivistas, seja um equívoco, uma aberração teórica decorrente de uma má compreensão sobre os próprios sentidos da existência linguística do ser humano. Afinal, se o juiz pode lançar mão de sua discricionariedade nos *borderline cases* (casos-limítrofes), ele se torna “dono dos sentidos” do Direito, um verdadeiro *solipsista*.

A busca pelo mundo prático significa trazer o âmbito do agir humano para uma autêntica compreensão sobre o Direito. Essa abordagem se dará a partir de três eixos diferentes e complementares entre si: (i) a *hermenêutica*, entendida aqui em conformidade com a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica; (ii) o *emaranhamento entre fato e valor*, segundo a obra de Hilary Putnam; e (iii) a noção de *função* ou *propósito* no conceito de Direito. Todos esses aspectos são destinados a combater não apenas a visão solipsista derivada do “assujeitamento” dos sentidos pelos autores positivistas, mas também a perspectiva metafísica propugnada por diversas vertentes do Direito Natural. Há um caminho do meio que deve ser trazido à clareira do pensamento: nem *objetivista*, nem *subjetivista*.

Apresentar um capítulo dedicado a uma abordagem especificamente filosófica em um estudo sobre Teoria do Direito não deveria causar espécie à maioria das pessoas. Platão e Aristóteles, filósofos de excelência, pensaram e escreveram sobre o Direito, utilizando-se de seus formidáveis conhecimentos filosóficos ao raciocinar sobre as leis. Os positivistas jurídicos, apegados à sua visão descritivista, rejeitavam a pesada carga metafísica que dominou historicamente o Direito, o que inquestionavelmente passava por considerações filosóficas acerca das nossas possibilidades de conhecimento. De qualquer sorte, é preciso traçar algumas linhas de justificação sobre esse aparente “desvio” na condução desta pesquisa; afinal, não é incomum a infundada crença de que a crescente especialização de cada área do conhecimento humano relegou o discurso filosófico a um plano de mera decoração, um enfeite desprovido de verdadeiro sentido ou de possibilidade de aplicação no mundo.

Martin Heidegger afirmou que a opinião habitual, comum, e o pensamento “prático” estimam equivocadamente a filosofia, seja sob o modo de uma *superestimação*, seja sob a forma de uma *subestimação*. Superestimar a filosofia, disse ele, é esperar “de seu pensamento um efeito que traga imediatamente consigo uma utilidade.” Subestimar a filosofia acontece “quando não reencontramos em seus conceitos, senão ‘abstratamente’ (de maneira dispersa e diluída), aquilo que o lidar com as coisas, pautado pela experiência, já assegurara de modo

palpável.”⁶³⁵ Assim, embora seja verdade que todo efeito da filosofia só é apreendido de forma mediata, sem nunca nos chegar diretamente, sem exclamar com resultados indiscutíveis a sua relevância, a meditação filosófica é o *caminho necessário* para o estabelecimento de inovadoras perspectivas sobre o mundo e novos critérios para nossas decisões.

Propor uma exploração filosófica, em meio às divergências e concordâncias das diversas teorias do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, dessa forma, embora seja *indispensável* para que possamos racionalizar todos os elementos que foram apresentados até aqui, não pode cometer os pecados a que Heidegger se referia. Nenhuma das reflexões que seguem *substituem* qualquer das teorias do Direito já propostas: isso seria uma grave superestimação dos propósitos da filosofia. Além disso, as observações que seguem, de forma alguma, podem ser consideradas *meras digressões* ou *ilações sem importância*. A “busca do mundo prático”, de fato, “torna o Direito possível”, na medida em que são justamente as premissas filosóficas que permitirão uma mais verdadeira, autêntica compreensão sobre as teorias do Direito a serem apresentadas no próximo capítulo. O “terreno” cultivado pela filosofia é *condição de possibilidade* para diferentes teorias que colocam a relação entre Direito e Moralidade sob nova luz. O raciocínio filosófico, assim, não se sobrepõe às tantas teorias do Direito trabalhadas, nem lhes é imprestável; na verdade, ele fornece as bases para o seu *aprimoramento*. Esse é o *caminho do meio* que deve ser trilhado, sem superestimações nem subestimações.

4.1 A HERMENÊUTICA E A “TERCEIRA CADEIRA”

O que significa “hermenêutica”? Geralmente, para quem já se deparou com tão particular palavra, a hermenêutica é vista como o estudo ou as doutrinas referentes à *interpretação*. A hermenêutica, segundo essa visão habitual, pode dizer respeito a uma teoria geral sobre a interpretação ou mesmo sobre a sua aplicação em domínios específicos do conhecimento, como a teologia, a filologia e, notoriamente, o Direito. Em certo sentido, portanto, a hermenêutica é vista como uma *metodologia* a ser empregada em *âmbitos restritos* do conhecimento humano, especificamente naquelas situações em que algum *ato interpretativo* deva ser realizado. A hermenêutica, à luz dessa definição, diz respeito a métodos de análise

⁶³⁵ HEIDEGGER, Martin. **As questões fundamentais da filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. p. 7.

desenvolvidos para dar conta de determinado objeto de pesquisa. É um saber *auxiliar*, portanto, que guia o estudioso na elucidação dos problemas de uma área de conhecimento mais ampla.

Não é esse o sentido que a hermenêutica adquire neste trabalho. Aqui, ela expressa uma ideia muito mais *fundamental* sobre a existência e o modo de compreender do ser humano. Para Martin Heidegger, o sentido da hermenêutica não pode ser percebido a partir da *artificialidade* das técnicas de interpretação que, historicamente, se fixaram no interior da concepção moderna do termo, mas a partir da recuperação do seu *sentido original*. Nesse aspecto, não obstante a obscuridade em torno de sua etimologia, Heidegger destaca que a expressão “hermenêutica” está relacionada com o nome do deus grego Hermes, o *mensageiro dos deuses*.⁶³⁶

Em Platão, diz Heidegger, os poetas são descritos como os *arautos* dos deuses, isto é, seus *intérpretes*, aqueles que “comunicam, anunciam e fazem conhecer” (*Íon*). No *Teeteto*, a hermenêutica está relacionada com o *logos* (λόγος, considerado como *discurso*), não exprimindo apenas uma *compreensão teórica*, mas também a *vontade*, o *desejo*, *ser*, *existência* — *i.e.* a hermenêutica é “o anúncio e o fazer conhecer do ser de um ser em seu ser em relação a ... (mim).”⁶³⁷ Já em Aristóteles, Heidegger declara que o discurso, a conversa com outros, serve como salvaguarda do *ser autêntico* dos seres vivos, de modo que a hermenêutica, como conversação, diz respeito ao “modo fático de realizar o *logos*”. O discurso, assim, “*torna* os seres abertamente manifestos, *acessíveis* para que possamos vê-los e tê-los em suas conveniências e inconveniências.”⁶³⁸ É no texto aristotélico *Da interpretação (peri hermeneias)*, aliás, que encontramos os aspectos mais esclarecedores: nele, o *logos* é trabalhado a partir de sua realização básica de *desencobrir seres e tornar-nos familiares com eles*. Vemos, assim, que o discurso permite tornar algo acessível “como estando lá fora”, “estando disponível.” Nesse sentido, “o *logos* (λόγος) [...] tem a distinta possibilidade de *ser-verdadeiro (aletheuein)*”, segundo Heidegger, o que significa “tornar o que estava previamente escondido, coberto, disponível enquanto descoberto, enquanto lá fora exposto.”⁶³⁹

Isso tudo pode parecer extremamente abstrato, mas essas questões revelam um aspecto essencial da abordagem hermenêutica de Heidegger. Vamos a um exemplo: ao entrar em sua sala de aula, o professor Heidegger percebe, em algum momento, que o atril⁶⁴⁰ foi ajustado alto

⁶³⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ontology**: the hermeneutics of facticity. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 6.

⁶³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ontology**: the hermeneutics of facticity. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 7.

⁶³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ontology**: the hermeneutics of facticity. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 7.

⁶³⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ontology**: the hermeneutics of facticity. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 8.

⁶⁴⁰ Pequena estante em que o palestrante pode acomodar seus papéis e notas.

demais, provavelmente por um professor que lhe antecedeu no horário, e diz para si mesmo: “alto demais de novo!” Previamente, o atril estava *encoberto*, pois a atenção de Heidegger estava desviada para a porta, ou ele estava olhando para seus alunos, ou estava mesmo perdido em seus pensamentos. A reivindicação do mestre alemão é que o significado é encontrado na própria experiência vivida; no experimentar, descobrir, por exemplo, o “estar alto demais” do atril.⁶⁴¹

Trata-se de um *acontecer da verdade* muito diferente da tradicional teoria da *verdade por correspondência*. Em uma formulação empiricista, os dados sensoriais do objeto, o atril, são “recebidos” pela mente do sujeito, que os coordena, os reestrutura, para formar o objeto percebido. O sujeito, então, de posse dos dados fáticos, julga que o atril foi ajustado alto demais: a verdade aparece, portanto, como a correspondência entre o juízo e o objeto real. “O que importa para Heidegger,” afirma Schmidt, “é que o significado ou verdade como descobrimento ocorre na própria experiência vivida, ou é parte de sua constituição, e não um juízo posterior de um sujeito sobre um objeto já experimentado.”⁶⁴² *Sujeito e objeto* não estão separados por um abismo a ser preenchido racionalmente, mas desde sempre *acontecem* “em conjunto”.

Daí por que a hermenêutica passa a ter a ver com “a maneira unificada de engajamento, aproximação, acesso, interrogação e explicação da *facticidade*”. Em outras palavras, aproximando-se de seu sentido original, trata-se de “uma unidade definida na realização da comunicação”, isto é, “da *interpretação da facticidade* na qual a facticidade está sendo encontrada, vista, apreendida, e expressa em conceitos.”⁶⁴³ Está em jogo, por conseguinte, a condição fática existencial do ser humano de interpretar e de ter-sido-interpretado. A hermenêutica volta-se à *autocompreensão* humana, condição de possibilidade para a compreensão de toda a existência. Logo isso se tornará mais claro, no avançar do capítulo.

A proposta de Heidegger constitui um verdadeiro *paradigma*. Em linhas muito gerais, um paradigma é uma espécie de matriz teórica: um campo delimitado, por determinados pressupostos, em que se desenvolvem certos processos de conhecimento. Há uma *coesão interna* nos paradigmas, que sempre abrangem um universo conceitual cuja gênese pode ser caracterizada a partir da ideia de modelo, de método, de princípio de racionalidade, de teoria de

⁶⁴¹ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 84.

⁶⁴² SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 85.

⁶⁴³ HEIDEGGER, Martin. **Ontology: the hermeneutics of facticity**. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 6 e 11.

verdade. Por isso que, em um paradigma, os elementos, expressões ou termos que utilizamos remetem a um centro, um núcleo.⁶⁴⁴

Por que importa tudo isso? Porque importa saber em que solo nos movimentamos, em qual contexto de produção do conhecimento construímos nossas ideias. Mais do que uma questão de honestidade intelectual ou acadêmica, é fundamental sabermos “de onde partimos”. Observe-se que Heidegger propõe uma mudança radical na filosofia ao *deslocar o lugar da fundamentação, antes no sujeito e na consciência, para um outro campo, para o mundo, para a nossa condição de ser-no-mundo*.⁶⁴⁵ Não estamos mais diante de uma teoria do sujeito, imersa no esquema sujeito-objeto, uma teoria que, *positivisticamente*, poderia sustentar algo como “juízes têm discricionariedade em casos difíceis”. Também não estamos diante de uma teoria fundada em uma metafísica essencialista ou divina, a verdade não está em uma hipotética aproximação da razão divina, mas ela *acontece* na existência compartilhada do ser humano. Com Heidegger, entramos nas *teorias do mundo prático*, na teorias do modo de ser-no-mundo.

Cabe uma metáfora, de autoria de Lenio Streck, um dos mais importantes hermeneutas no Direito, para explicitar os esforços de desencobrimento propugnados pela hermenêutica. Nela, chega um hermeneuta a uma ilha, onde se depara com uma estranha realidade: apesar da escassez de alimentos que os habitantes lá enfrentavam, a cabeça e o rabo dos peixes eram desprezados no momento do preparo. Como bom hermeneuta, ele foi atrás das *raízes*, das *origens* desse fenômeno. Finalmente, ele descobriu que, no início do povoamento da ilha, os peixes não apenas eram abundantes, mas também grandes, não cabendo nas frigideiras. Resultado: cortavam-se a cabeça e o rabo. No presente, mesmo que as condições de fome e de volume e tamanho dos peixes tenham-se alterado, encontrando-se os peixes menores do que o espaço nas panelas, os habitantes continuavam a cortar a cabeça e o rabo. Quando questionados os mais jovens sobre o porquê de agirem dessa forma, respondiam apenas “não sei, as coisas sempre foram assim por aqui!” O fenômeno estava encoberto, e o hermeneuta, ao “descascar aos poucos” a prática — como em um *palimpsesto* —, manifesta-se o sentido da coisa. Esse “revolvimento do chão linguístico”, como o professor Streck gosta de colocar, é essencialmente *hermenêutico*: ele busca revelar o fenômeno “como ele é”, despi-lo das camadas que se sobrepunham à sua compreensão autêntica.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 44-45.

⁶⁴⁵ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 48.

⁶⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 236.

“A hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras,” declara Stein, “não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta”, mas “uma verdade que se estabelece dentro das condições das condições humanas do discurso e da linguagem.”⁶⁴⁷ Qual é o sentido de cortar a cabeça e o rabo dos peixes? Se antes eles existiam em abundância e não havia fome, os habitantes podiam se dar ao luxo de desperdiçar as partes que julgassem desnecessárias ou menos palatáveis; tão logo a fome se abateu, e os peixes vinham em menores tamanhos e quantidades, é razoável argumentar que a prática deveria ser repensada, reavaliada diante do novo contexto. A hermenêutica consagra essa finitude, essa temporalidade inerente à existência humana. Ainda segundo Stein, deixamos de ver como racional apenas a verdade que se pode provar através de um fundamento *último, absoluto*, ou a verdade que formulada a partir de um fundamento *empírico*.⁶⁴⁸ A hermenêutica se destina ao desvelar das condições de verdade entre esses dois extremos. É essa racionalidade que constitui uma espécie de *caminho do meio*, de *terceira cadeira* entre o objetivismo e subjetivismo, que nos permite construir algo entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

4.1.1 Martin Heidegger e a questão do *Dasein*

A obra de Martin Heidegger⁶⁴⁹ é extremamente complexa. Suas imensas contribuições à filosofia não podem ser adequadamente sintetizadas neste espaço, sobretudo em um trabalho cujo tema principal não é a sua *fenomenologia hermenêutica*. De qualquer sorte, acredito ser

⁶⁴⁷ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 48.

⁶⁴⁸ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 48.

⁶⁴⁹ Antes de qualquer coisa, é preciso abordar um aspecto que nunca deixa de vir à tona com certo grau de polemização: o envolvimento de Heidegger com o nazismo. Independentemente da discussão histórica sobre o que ele, de fato, fez ou quando o fez, é verdade que Heidegger foi membro do Partido Nazista. Ademais, também é certo que existem autores que sustentam haver uma conexão entre sua afiliação política e sua filosofia, assim como outros que defendem o contrário, ou seja, que sua posição nazista não influencia, ou é mesmo irrelevante, para sua filosofia. Posto isso, é claro que essa relação com o nazismo imprime uma grave nódoa sobre a vida de Heidegger, mas não acredito que sua fenomenologia hermenêutica não possa ser analisada de uma forma muito proveitosa e estimulante. Se, por um lado, é irresponsável não reconhecer a gravidade do envolvimento de Heidegger com o nazismo, por outro também o é rejeitar os profundos *insights* que sua obra contém sobre a existência humana. Prefiramos, conforme lição de Gadamer — a ser abordado na sequência —, *deixar os textos falarem primeiro*. Os textos, veja-se bem, têm seus *próprios direitos*, o que não quer dizer, e agora me socorro de Umberto Eco, “que coincidam com os direitos de seu autor.” (Cf. ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XXII.) Evidentemente, de forma alguma este trabalho visa endossar qualquer defesa do nazismo ou do fascismo ou propiciar fundamentos filosóficos para tanto. Ideologias abomináveis, execráveis, como essas em absolutamente nada são compatíveis com as relações entre Direito e Moralidade trabalhadas nesta dissertação. Aliás, sequer se poderia ventilar uma “moralidade nazista/fascista”, na medida em que os seus pressupostos, em qualquer análise racional do assunto, devem ser vistos como a própria negação da ética: visões totalitaristas e tiranas da vida em comunidade estabelecem padrões de conduta a partir da opressão, e não a partir da deliberação prática racional.

possível trazer alguns elementos fundamentais pensamento *heideggeriano* para as discussões envolvendo Teoria do Direito de modo suficiente para que possamos ter uma visão *diferente* sobre a relação entre Direito e Moralidade. O(s) jusnaturalismo(s), de uma forma ou de outra — e esta pesquisa se propôs a mostrar isso —, apostavam na Moralidade como uma *dimensão indispensável* para a mais *adequada* compreensão do Direito, seja com base na natureza humana, em sua reta razão, seja com fundamento em ordens divinas. O(s) positivismo(s) jurídico(s), de seu lado, abordavam a Moralidade com grande precaução: até poderíamos aceitar o seu ingresso como *critério de validade* do Direito, mas isso seria apenas uma *contingência*, não uma relação necessária (como o positivismo inclusivo, o mais moderado deles, apregoava). Pois bem, o que Heidegger — que não era um jurista — pode nos proporcionar de útil para uma (re)construção de uma Teoria sobre o Direito?

Para traçar uma resposta, ainda que em linhas gerais, deve-se iniciar pelo problema central que move o filósofo alemão em seu mais conhecido livro, *Ser e tempo*: a questão do sentido do *ser*. Perguntamos: “o livro que eu penso estar em minhas mãos existe? Deus existe? A mente, enquanto algo distinto do corpo, existe?” Perguntas acerca da *existência das coisas* pressupõem que já saibamos o que “existir” significa. Geralmente sequer nós damos conta dessa premissa. Heidegger, todavia, preocupa-se justamente com esse questionamento, anterior a esses outros, acerca do sentido de “ser”.

Por que razão o filósofo se volta para essa questão? Para Heidegger, na filosofia sempre houve preconceitos que plantaram e alimentaram a dispensa da questão do *ser*. Pensadores ora consideraram o *ser* como o conceito “mais universal”, ora como conceito “indefinível” ou “evidente por si mesmo”. Nesse sentido, diz Heidegger, a questão há muito “caiu no esquecimento”⁶⁵⁰ pela *tradição (grosso modo, a filosofia ocidental de Platão em diante)*. Certamente, ele não quer afirmar, com isso, que os filósofos ignoraram completamente o questionamento do *ser*, mas que, muitas vezes, eles simplesmente assumiram que *sabiam* o que a expressão “ser dos entes” significava. “Em outras palavras, eles falharam em ver que o significado da expressão é, ela mesma, questionável, que há uma questão sobre o *sentido* do *ser*.”⁶⁵¹ Todavia, tratando-se de uma ou, até mesmo, *da* questão fundamental, como Heidegger pretende mostrar, o sentido de *ser* requer uma adequada colocação para adquirir a devida transparência.

⁶⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 37-39.

⁶⁵¹ MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996. p. 7.

Nesta altura, uma explicação mais pontual se faz necessária. É imprescindível entender a ideia de *ente*, palavra dificilmente empregada no contexto jurídico. Quando Heidegger declara que “ser diz sempre ser de um ente”, ele trabalha com uma *distinção*, chamada de *diferença ontológica*, relativa à diferença entre *ser* e *entes*. Mas o que é *ente*? “Chamamos de ‘ente’ muitas coisas e em sentidos diversos”, afirma Heidegger. “Ente é tudo de que falamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos.”⁶⁵²

Um exemplo didático pode nos auxiliar na elucidação dessas noções. Em tudo que fazemos, em nossa existência, enquanto seres humanos, deparamo-nos com diversos *fenômenos* que constituem o mundo à nossa volta, como objetos dos mais variados, processos físicos, químicos, eventos de toda sorte. Ao tomarmos banho, ao passearmos com o cachorro, ao lermos um livro, em todas essas situações nos envolvemos com coisas particulares em situações particulares, e em tudo isso, existe uma certa compreensão, *pressuposta*, da *presença* e da natureza dessas coisas. Em nosso banho, mostramos conhecer as funções do chuveiro e o escoamento da água, as relações entre eles, e também nossa compreensão de suas potencialidades distintivas. Não passeamos com o cachorro sem revelar nossa percepção da natureza do animal e sua expressão física. Aproveitar um romance pressupõe segurar o seu volume e se concentrar nas suas páginas, compreendendo sua linguagem e as expectativas que envolvem aquele tipo de leitura.⁶⁵³

Ao longo de nossas vidas, manifestamos uma *capacidade implícita* para uma *interação compreensiva* com *entes*, percebendo-os como *reais* e providos de uma *natureza distinta*. Essa capacidade encontra *expressão linguística* quando reclamamos que o chuveiro *é/está* ruim, quando o cachorro *está* com mau cheiro, ou questionamos qual *é* o material das páginas do livro. Como todas essas interações compreensivas parecem ser sistematicamente registradas por variadas formas do verbo “ser”,⁶⁵⁴ Heidegger as descreve como uma *compreensão implícita* do que é necessário para um ente *ser*, como uma capacidade de compreender *entes* enquanto tais, de compreender *entes enquanto entes*. Em outras palavras, é a capacidade de compreender o *ser* dos *entes*.⁶⁵⁵

⁶⁵² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 42.

⁶⁵³ MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996. p. 3.

⁶⁵⁴ Evidentemente, a língua portuguesa conta com verbos diferentes para as ideias de “ser” e “estar”, os quais, muito embora representem geralmente ideias distintas (“ser” fornece um sentido, aparentemente, mais *estático* do que “estar”), aqui conduzem ao mesmo questionamento sobre o sentido de “ser”, concernente ao questionamento fundamental sobre a existência. No alemão, língua materna de Heidegger, *sein* é verbo que contempla tanto o “ser” do português quanto o “estar”, a depender do contexto, o que apenas reforça que a diferenciação entre os sentidos de “ser” e “estar”, ao menos para o que ora se discute, é dispensável.

⁶⁵⁵ Trecho adaptado e livremente traduzido de: “*Since this comprehending interaction seems to be systematically registered by our use of various forms of the verb ‘to be’, Heidegger describes it as an implicit understanding of*

Contextualizados esses aspectos, portanto, pode-se entender a primordialidade da questão do *ser*. Se “ser é sempre ser de um ente”, se *ser* está na base da compreensão dos entes enquanto entes, “o questionar ontológico é mais originário do que as pesquisas ônticas das ciências positivas.”⁶⁵⁶ Entretanto, as pesquisas sobre o ser dos entes precisam discutir o sentido do ser *em geral*:

A questão do ser visa portanto às condições *a priori* de possibilidade não apenas das ciências que pesquisam os entes em suas entidades e que, ao fazê-lo, sempre já se movem numa compreensão de ser. A questão do ser visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas. *Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente o sentido de ser e não tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental.*⁶⁵⁷

Um questionar pode ser *ôntico* ou *ontológico*. A diferença entre esses diferentes tipos de questionamento é uma das maneiras de expressar a *diferença ontológica* — com relação à qual a tradição não teve o devido cuidado, segundo Heidegger, acobertando o desvelamento da pergunta sobre o *ser*. Veja-se: de um lado, é possível que uma investigação se destine aos *fatos sobre os entes* (questionar ôntico); de outro, é possível que uma pesquisa se dirija ao *sentido de ser*, com *como os entes são inteligíveis enquanto entes*.⁶⁵⁸

Física e química, biologia e estudos literários, disciplinas como essas têm como preocupação principal aspectos de fenômenos que estão implícitos em nossas lidas diárias com eles. As teorias e as proposições científicas que são produzidas nesses campos do conhecimento são um tipo de conhecimento relativo à natureza característica de tipos particulares de *entes*. Esse, para Heidegger, é o tipo de conhecimento *ôntico*.⁶⁵⁹

A passagem acima citada de Heidegger pode ser agora mais bem esclarecida. A pesquisa científica, em certo sentido, procede de maneira ingênua, grosseira, ao realizar um primeiro levantamento e uma primeira fixação dos âmbitos dos entes. “A elaboração do âmbito em suas estruturas fundamentais já foi, de certo modo, efetuada pela experiência e interpretação pré-científica do setor de ser que delimita a própria região de objetos.”⁶⁶⁰ As ciências positivas,

*what it is for an entity to be, and so as a capacity to comprehend beings as such, to comprehend beings qua beings. In other words, it is a capacity to comprehend the Being of beings.” Cf. MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996. p. 3.*

⁶⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 44-47.

⁶⁵⁷ Grifos do autor. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 47.

⁶⁵⁸ É por isso que é possível dizer que o esquecimento do ser está associado à “ontização” do ser pela tradição ocidental. Cf. WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁶⁵⁹ MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996. p. 4.

⁶⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 44-45.

assim, produzem “conceitos fundamentais” que estabelecem o seu fio condutor: trata-se de determinados elementos assumidos pelas diferentes áreas do conhecimento para determinar e delimitar seu próprio campo de estudos.

Para Heidegger, essas *fundações*, essas bases das ciências positivas permanecem inquestionadas pelas próprias disciplinas científicas, até o momento em que elas se encontram em um estado de crise. “Nessas crises imanentes da ciência, vacila e se vê abalado o relacionamento das investigações positivas com as próprias coisas questionadas.” Heidegger, nesse ponto, fornece diversos exemplos do surgimento, em sua época, de pesquisas cujos fundamentos eram questionados: na *matemática*, “a ciência aparentemente mais rigorosa e de estrutura mais sólida”, a disputa entre formalismo e intuicionismo visava a um acesso mais originário ao que deve constituir o objeto dessa ciência; a teoria da relatividade na *física* alterava as condições de acesso à própria natureza, trazendo à tona a questão da estrutura da região de objetos por ela pressuposta; na *biologia*, surgiam questionamentos sobre o organismo e a vida; nas *ciências históricas do espírito*, acentuava-se o empenho pela própria realidade histórica por meio da tradição e de sua transmissão; na *teologia*, surgia uma interpretação mais originária do ser do homem para Deus.⁶⁶¹

Essas investigações conceituais não dizem respeito a teorias que se conformem aos padrões preestabelecidos dessas disciplinas, mas exploram a *base sobre qual qualquer teoria (daquele campo) poderia ser construída*, isto é, as condições *a priori* de possibilidade para tais teorizações científicas. Na linguagem *heideggeriana*, elas revelam as pressuposições *ontológicas* das pesquisas *ônticas*.⁶⁶²

Diante disso, podemos traçar uma nova distinção entre esse tipo de investigação — um estudo sobre as condições de possibilidade de um determinado domínio particular, como a biologia ou a física — e um tipo de pesquisa *mais fundamental*, ainda mais geral do que aquela. A primeira, preocupada com as *condições de uma forma específica de pesquisa*, é um tipo de *ontologia regional*, enquanto a segunda se ocupa com as condições *a priori*, *transcendentais*, que tornam possíveis justamente *esses modos particulares de ser*, isto é, essas *ontologias regionais*.⁶⁶³ Essa última, portanto, seria uma *ontologia das ontologias*.

⁶⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 45-46.

⁶⁶² MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996. p. 4.

⁶⁶³ WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

Temos, assim, que o *ôntico* pressupõe o *ontológico-regional*, o qual, por sua vez, pressupõe o *ontológico-fundamental* (referente a essa ontologia geral que torna possível todas as outras). Se a busca pela elucidação dessa *ontologia fundamental* — expressão do próprio Heidegger — é a tarefa *primordial*, a mais importante, para que as ontologias regionais possam alcançar seu propósito mais autêntico, precisamos saber por onde começar. Para isso, Heidegger introduz a noção de *Dasein*.

Para a adequada colocação da questão concernente ao *ser*, é preciso olharmos para aquele *ente exemplar*, o ente que é capaz de questionar o sentido do *ser*. É, justamente, o ente “que nós mesmos, os que questionam, sempre somos.”⁶⁶⁴ Esse *ente* particular, que possui em seu ser a possibilidade de questionar, Heidegger chama de *Dasein* (*ser-aí* ou *presença*⁶⁶⁵). Essa expressão não pode ser confundida com a simples “pessoa biológica”, com o ego, alma, subjetividade, ou *self*: *Dasein*, enquanto esse *ente*, que cada um de nós, enquanto capazes de questionar, somos, compreende *ser* implicitamente. Mais radicalmente, *Dasein* é essa compreensão (implícita), ou o lugar onde essa compreensão de *ser* acontece.⁶⁶⁶ A questão sobre o sentido do ser só pode estar bem colocada onde ocorre *uma compreensão do ser*. Como o *Dasein se comporta compreendendo*, quanto maior nossa compreensão sobre esse ente, com mais acerto nos enfrentamos o problema ontológico fundamental.

O *Dasein*, dessa forma, não é um ente como qualquer outro. Ele tem um *privilegio*, uma *distinção ôntica*, de que, em seu ser, enquanto *é*, *está em jogo* seu próprio *ser*. “A compreensão de ser”, afirma Heidegger, “é em si mesma uma determinação de ser [do *Dasein*].” Esse fenômeno, deve ser destacado, não acontece em um *limbo*, à parte da nossa existência mundana: é da essência do *Dasein ser em um mundo*. Daí por que declara Heidegger que a compreensão de ser, esse aspecto próprio do *Dasein*, inclui, *de maneira igualmente originária*, “a compreensão de ‘mundo’ e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do

⁶⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 42.

⁶⁶⁵ Utilizarei o termo *Dasein*, proveniente do original, em alemão, mas vale fazer referência a dois termos, neologismos, que são comumente empregados para a tradução ao português: *ser-aí* e *presença* — isso quer dizer que *Dasein* = *ser-aí* = *presença*, para deixar bem claro. Conforme esclarece a tradutora da edição brasileira de *Ser e tempo*, a palavra germânica *Dasein* é geralmente traduzida como *existência*, mas as demais traduções para as línguas românicas se valem de expressões como *ser-aí*, *être-là*, *esser-ci* etc. Desse modo, a edição brasileira utilizada nesta pesquisa optou pelo termo “*pre-sença*”, com o objetivo de melhor evocar a constituição ontológica do ser humano. (Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 561.) Com efeito, como se pode observar da forma como Heidegger emprega a expressão *Dasein*, ele não a está utilizando *realmente* como *existência* em um sentido usual, como algo que aparentemente não é particular apenas ao ser humano, mas justamente como aquilo que caracteriza o nosso próprio ente. A existência não é algo que se dá em um pretense mundo exterior ao homem, mas algo conectado à nossa própria condição fundamental. A opção pelo termo *Dasein* ocorre somente por uma questão de manutenção do sentido do texto original.

⁶⁶⁶ STAPLETON, Timothy. *Dasein as being-in-the-world*. In: DAVIS, Bret W. (ed.). **Martin Heidegger: key concepts**. Durham: Acumen, 2010. p. 44.

mundo.” Compreendo o *ser*, sendo no mundo. É na estrutura ôntica do *Dasein* que todas as ontologias que tenham por tema os entes desprovidos do modo de ser do *Dasein* (como as ciências) se fundam e motivam. E isso em razão dessa particular determinação desse ente que somos, qual seja, a *compreensão pré-ontológica de ser*.⁶⁶⁷

Se isso é verdade, o *Dasein* é o ente que, ontologicamente, “deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.”⁶⁶⁸ É característica essencial do *Dasein* que, em seus modos ordinários de interação com outros entes, ele opere com uma *compreensão pré-ontológica de ser*, isto é, “com uma compreensão distorcida ou enterrada das condições *a priori* que, ao sustentar a estrutura do tomar-como, tornam possíveis modos particulares de ser.”⁶⁶⁹ É por isso que Heidegger defende a necessidade de uma *analítica existencial do Dasein*.

Na *fenomenologia hermenêutica* de Heidegger — e aos poucos o sentido dessa expressão se manifestará —, a compreensão é encarada como um *existencial*, algo que nos constitui, de uma forma basilar e indissociável, como seres humanos. O compreender é um *existencial fundamental*, um fenômeno concebido como modo fundamental de *ser* do *Dasein*.⁶⁷⁰ Antes de questionarmos (sobre) o mundo, já o compreendemos: “há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão (*Vorverständnis*) da qual nos fala Heidegger”,⁶⁷¹ esclarece Lenio Streck, possivelmente o maior autor a trazer, no Brasil, a discussão da fenomenologia de Heidegger para o âmbito do Direito.

Posta essa diferença radical entre o modo de ser do homem (*Dasein*) e o modo de ser das coisas (entes em geral), é preciso identificar de que modo essa estrutura se relaciona com aquilo que comumente chamamos de “realidade”, isto é, com o próprio “mundo”. O *Dasein*,

⁶⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 48-49.

⁶⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 49.

⁶⁶⁹ WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁶⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 202,

⁶⁷¹ Com o objetivo de aclarar ainda mais um conceito tão caro quanto complexo da teoria *heideggeriana*, cabe trazer uma cristalina passagem de Streck: “[...] é preciso deixar claro: não se pode confundir pré-compreensão com visão de mundo, preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo. A pré-compreensão demonstra exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico. E contra o relativismo ou pragmatismo, não há como nos protegemos.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 357.

Nessa linha, pode-se dizer que a pré-compreensão tem relação com uma *autoconsciência* do *Dasein* no seu lidar com o mundo. “Quando contemplo através do jardim as folhas vermelhas do bordo, eu estou ao mesmo tempo consciente de que *eu estou vendo* isso.” Esse tipo de autoconsciência não é algo que emerge apenas quando acontece um ato explícito de reflexão. “Uma autoconsciência pré-temática é uma dimensão essencial da consciência vivida.” Cf. STAPLETON, Timothy. *Dasein as being-in-the-world*. In: DAVIS, Bret W. (ed.). **Martin Heidegger: key concepts**. Durham: Acumen, 2010. p. 45.

para Heidegger, é *ser-no-mundo*. Conforme Gianni Vattimo, isso “equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados.” O mundo não está *dado* ao *Dasein*, o mundo não chega ao *Dasein* como um “conjunto de objetos” com os quais ele pode, em um segundo momento, relacionar-se, interagir, atribuindo-lhe significados e funções. As coisas do mundo apresenta-se-lhe sempre já dotadas de função, de um significado, e a sua própria manifestação *qua* coisas ocorre *apenas enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o Dasein desde-sempre-já-dispõe*.⁶⁷²

É nessa linha que Heidegger afirma que a expressão composta “ser-no-mundo” mostra, na sua própria construção na linguagem, que pretende referir-se a um fenômeno de *unidade*. Não há como dissolvê-la em elementos, uma vez que *ser-no-mundo* é uma constituição necessária e *a priori* do *Dasein*. Com ela, à evidência, Heidegger não quer remeter a uma ideia de “estar dentro de”, como se ser-no-mundo tivesse o mesmo sentido de expressões como “a água no copo”, ou “a roupa no armário”. “Ser-em” é uma constituição de ser do *Dasein*, é um existencial. O *Dasein* é *ser-no-mundo*. Essa expressão, poranto, não é uma “propriedade” que o *Dasein* pode possuir ou não. Assumir relações com o mundo só é possível exatamente porque o *Dasein*, sendo-no-mundo, é como é.⁶⁷³

Ter um ponto de partida, na ideia de *Dasein*, para a questão do *ser*, todavia, não é suficiente. É preciso um *método filosófico* que conduza nossa investigação. Para Heidegger, para tratarmos de uma questão fundamental da filosofia em geral, é necessária uma perspectiva *fenomenológica*. Aqui, *fenomenologia* não deve ser entendida como o “estudo de como as coisas meramente aparecem na experiência.” *Heideggerianamente*, a fenomenologia deve ser concebida como um empreendimento teórico que toma a experiência ordinária como seu início, mas que, a partir de uma avaliação atenta e delicada dessa experiência, propõe-se a revelar as condições *a priori*, transcendentais que a moldam e estruturam.⁶⁷⁴

Para compreender esses aspectos mais claramente, deve-se notar que a *fenomenologia* não é uma “ciência dos fenômenos” da mesma forma que a biologia é “ciência da vida” ou a sociologia é “ciência da sociedade”. Dizer que a *fenomenologia* é “ciência dos fenômenos” só é correto na medida em que se refira ao modo *como* se demonstra e se trata *o que* nesta ciência deve ser tratado. O que a fenomenologia pretende “deixar e fazer ver” é, justamente, um

⁶⁷² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 33-34.

⁶⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 98-104.

⁶⁷⁴ WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

“fenômeno” em sentido privilegiado, aquilo que se mantém *velado* ou volta novamente a *enconbrir-se* ou ainda só se mostra “*distorcido*”: trata-se do *ser* dos entes, seu sentido, suas modificações e derivados. “*Ontologia só é possível como fenomenologia*”, segundo as palavras de Heidegger.⁶⁷⁵

Dessa própria investigação resulta que o sentido metodológico da descrição fenomenológica, do labor da ciência do ser dos entes, é *interpretação*. A fenomenologia do *Dasein*, assim, “é *hermenêutica* no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar.”⁶⁷⁶ A fenomenologia, à luz disso, não é apenas *transcendental*, mas também é *hermenêutica*. Em outras palavras, a fenomenologia visa a uma *intepretação de ser*, uma interpretação que, de um lado, é guiada por certas formas historicamente embutidas de pensar que o filósofo, enquanto *Dasein* e como intérprete, traz à tarefa, e, de outro lado, está incessantemente aberta à revisão, aprimoramento e substituição.⁶⁷⁷

“Para Heidegger, essa estrutura hermenêutica não é uma limitação à compreensão, mas uma précondição para ela, e a compreensão filosófica (concebida como ontologia fundamental) não é exceção.” Nesse aspecto, aliás, observa-se que o próprio *Ser e tempo* (*Sein und Zeit*) “tem uma estrutura espiral na qual a sequência de reinterpretações produz uma cada vez mais iluminadora compreensão do *ser*.”⁶⁷⁸ Essa noção de *revisões da compreensão*, de *reinterpretações*, diz respeito a uma estrutura peculiar, *circular*, inerente à compreensão do *Dasein* — e trata-se de um dos pontos centrais da obra de Heidegger. Analisemo-la mais detidamente, seguindo um raciocínio de Gianni Vattimo.

O mundo só se apresenta se já temos sempre (originariamente, antes de toda experiência particular) um determinado “patrimônio de ideias” ou “prejuízos”. Essa *compreensão originária* de que dispomos, todavia, é simplesmente um projeto, pois todas as estruturas de nossa existência têm caráter de abertura e de possibilidade. Não se trata de um conhecimento

⁶⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 74-75.

⁶⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 77.

⁶⁷⁷ WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁶⁷⁸ Tradução livre e adaptação para: “*In other words, its goal is always to deliver an interpretation of Being, an interpretation that, on the one hand, is guided by certain historically embedded ways of thinking (ways of taking-as reflected in Dasein's preontological understanding of Being) that the philosopher as Dasein and as interpreter brings to the task, and, on the other hand, is ceaselessly open to revision, enhancement and replacement. For Heidegger, this hermeneutic structure is not a limitation on understanding, but a precondition of it, and philosophical understanding (conceived as fundamental ontology) is no exception. Thus Being and Time itself has a spiral structure in which a sequence of reinterpretations produces an ever more illuminating comprehension of Being.*” Cf. WHEELER, Michael. Martin Heidegger. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

pronto e acabado sobre o mundo. A *pré-compreensão* é aquilo que originariamente nos constitui e nos permite ter intimidade com a totalidade dos significados que constituem o mundo, antes mesmo de encontrar “as coisas individuais”.⁶⁷⁹

Por ser constituinte do ente que todos nós somos, não podemos compreender “fora”, de maneira independente da *pré-compreensão*. O conhecimento não é um ir do “sujeito” para um “objeto” dado externamente; na verdade, o conhecimento é “a articulação de uma compreensão originária em que as coisas já estão descobertas.” A ideia, assim, de um conhecimento como *interpretação* é a elaboração da constitutiva e originária *relação com o mundo* que constitui o próprio *Dasein*. Esse compreender como articulação de uma compreensão originária é a doutrina do que Heidegger chama o “círculo hermenêutico.”⁶⁸⁰

Interpretar é elaborar em formas o projetar inerente ao compreender. Quer dizer, a interpretação *funda-se* no compreender e não vice-versa. Ao interpretarmos, não tomamos conhecimento do que compreendemos, mas elaboramos as possibilidades projetadas no compreender. É a partir da abertura, das possibilidades no compreender de mundo, que se compreende. A interpretação, assim, sempre parte de um mundo já compreendido. O aspecto *circular* envolvendo a relação entre o compreender e o interpretar está muito bem posta na seguinte passagem de Heidegger, necessária para a elucidação dessas questões, embora extensa:

Tudo o que está à mão sempre já se compreende a partir da totalidade conjuntural. Esta, no entanto, não precisa ser apreendida explicitamente numa interpretação temática. Mesmo quando percorrida por uma interpretação, ela se recolhe novamente numa compreensão implícita. E é justamente nesse modo que ela se torna fundamento essencial da interpretação cotidiana da circunvisão. Essa sempre se funda numa *posição prévia*. Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado. A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa “visão previdente” (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 34-35.

⁶⁸⁰ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 35-36.

⁶⁸¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 211.

Disso, depreende-se que “a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia.” A interpretação, dessa forma, não é a apreensão, a assimilação de algum dado preliminar, *isenta de pressuposições*, como se fosse proveniente de um observador externo e neutro. Mesmo quando falamos, por exemplo, em “interpretação exata” de um texto, baseado naquilo que está “à disposição”, não estamos falando nada além da própria “opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete.” Em qualquer interpretação, essa opinião prévia *desde sempre* já se “põe” no ato.⁶⁸²

Essa preocupação essencialmente ontológica de Heidegger, portanto, estabelecia na *analítica do Dasein*, neste ente que cada um de nós sempre somos, “o ponto de partida privilegiado para recolocar a questão do ser contra toda a tradição transcendentalista e subjetivista da metafísica ocidental”, anota Ernildo Stein. Rompem-se, assim, as correntes da reflexão filosófica, e proporciona-se uma verdadeira abertura a partir da importância decisiva da análise do *ser-no-mundo*: dado que o “homem é um *ser-no-mundo* como *facticidade*”, precisamos perceber que o mundo da vida não está *à disposição*, em uma espécie de *objetivismo ingênuo*, mas que na própria reflexão há uma *antecipação* decorrente da própria *facticidade*. É para pensar essa camada de realidade do *ser-no-mundo*, do mundo da vida, das vivências cotidianas, que Heidegger esboça sua *fenomenologia*.⁶⁸³

A *hermenêutica da facticidade* de Heidegger diz respeito a essa “autocompreensão interpretativa de *Dasein* que ele tem de si mesmo na vida fática.”⁶⁸⁴ *Facticidade*, explica o filósofo alemão, é em cada caso “este” *Dasein* em seu *estar-aí* por um período em uma época particular.⁶⁸⁵ O *Dasein* vive durante uma *determinada quantidade de tempo* e em um *determinado contexto histórico particular*.

Com isso, Heidegger quer dizer que *interpretar o mundo é interpretar a condição fático-existencial do ser humano*, com todos os elementos históricos e culturais nos quais ele está enraizado.⁶⁸⁶ É isso, com a hermenêutica da facticidade, que Heidegger combate o subjetivismo moderno. Levar em consideração a facticidade significa rejeitar universalidades que contenham todos os sentidos: “um rádio aumenta as possibilidades de sabermos sobre o mundo, mas a facticidade limita que você sintonize duas estações ao mesmo tempo, por exemplo”, elucida

⁶⁸² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 211-212.

⁶⁸³ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 46-48.

⁶⁸⁴ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 87.

⁶⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ontology**: the hermeneutics of facticity. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999. p. 5.

⁶⁸⁶ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p.74-75.

Lenio Streck.⁶⁸⁷

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger, assim, fundada na facticidade do *Dasein*, proporciona-nos a noção de que nada sobre o mundo se afirma “no vácuo”. Todas as proposições estão amparadas por uma determinada história e cultura. Conforme o raciocínio de Ernildo Stein, as verdades históricas, as verdades da antropologia cultural, as verdades da psicanálise, as verdades do Direito, aliás, são exemplos privilegiados de proposições em que o elemento histórico-cultural se mostra evidente. Sempre, nelas, os fatos envolvidos são interpretados por indivíduos que vivem em épocas diferentes. Não basta, aqui, apenas o elemento lógico-semântico, tal como acontece em disciplinas como a física, a química e outras ciências naturais.⁶⁸⁸

Uma verdade hermenêutica não é uma verdade *absoluta* nem uma verdade *empírica*. Trata-se de uma verdade que se assenta entre as “duas cadeiras”, na medida em que “é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem.” A hermenêutica, assim, consagra a finitude, uma vez que *acontece* na fluidez da própria história, da própria cultura. Esse “universo hermenêutico” é flutuante.⁶⁸⁹

Em Heidegger, ainda, a *linguagem* assume papel precípuo no modo-de-ser do *Dasein*. Um *enunciado* — a que Heidegger também denomina de “juízo” — se funda no compreender, representando ele uma forma derivada de exercício de interpretação: há muito tempo, afirma o filósofo alemão, o “enunciado vale como o ‘lugar’ próprio e primário da *verdade*.” O enunciado, no fim das contas, “é um mostrar a partir de si mesmo e por si mesmo, que determina e comunica.” O enunciado é produzido em um determinado contexto, “não paira no ar, desligado e solto”, mas já se detém no ser-no-mundo.⁶⁹⁰ A *importância da linguagem* em uma compreensão mais adequada “às coisas mesmas” será abordada com mais vagar na seção seguinte.

4.1.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer

⁶⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 104-105.

⁶⁸⁸ É preciso apenas salientar que essa passagem não deve ser lida como se os cientistas das ciências naturais produzissem proposições à parte de um determinado contexto histórico. Ao contrário: um cientista nunca poderia rejeitar sua condição de *ser-no-mundo*. A produção científica, nesses casos, está irremediavelmente amarrada a um certo modo de compreender do próprio *Dasein*; se assim não fosse, não teríamos como entender o que é um axioma, o que é uma lei física. Há sempre uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Cf. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 45-49.

⁶⁸⁹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 48-49.

⁶⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 215-218.

Os efeitos e impactos que a filosofia hermenêutica de Heidegger causam na Teoria do Direito só podem ser adequadamente sentidos na medida em que compreendermos o papel que a *linguagem* assume a partir dessa nova forma de compreender o compreender. É com fundamento no trabalho de Hans-Georg Gadamer, filósofo cuja influência *heideggeriana* é inegável, que poderemos estabelecer as condições filosóficas necessárias para avançarmos na discussão da pesquisa. Por que rejeitar o subjetivismo e o relativismo, tão impregnados na forma de pensar do mundo contemporâneo? Por que “método” não pode ser reduzido a conceitos tão simples, como aqueles de que tanto falamos na área jurídica? Por que apenas *na linguagem* que se dá o conhecimento?

A partir do pensamento de Heidegger, a hermenêutica passa a ser tratada não como alguma “teoria” de interpretação de textos nem como algum “método científico” de compreensão, mas como algo por meio do qual a investigação das estruturas básicas da *existência fática* deve ser realizada. Essa “hermenêutica da facticidade”, assim, está intimamente relacionada com o ente que cada um de nós somos, o *Dasein*, e seu modo-de-ser-no-mundo. A *hermenêutica*, por conseguinte, está associada à possibilidade de autorrevelação, de *desencobrimento*, das estruturas da compreensão enquanto tal. Essa hermenêutica, porque conectada à facticidade desse ente que questiona, desde sempre opera em um *mundo prático*, um mundo indissociável do *Dasein*, que já “traz consigo” esse mundo.

Questões como essas já foram exploradas no item anterior. Temos *alguma* noção da hermenêutica em Heidegger. Muito bem. Para dar um passo adiante, é necessário entender que essa visão filosófica privilegiada está (e precisa estar) associada com o *modo* como nos referimos ao mundo. Para pensarmos, refletirmos, realizarmos a *interpretação* necessária para a *boa circularidade* da compreensão, existe uma fundamental relação entre *pensamento* e *linguagem*, ou, ainda, entre *racionalidade* e *discurso*, ou, e sendo ainda mais claro, entre *hermenêutica* e *linguagem*.⁶⁹¹

Heidegger estava bem ciente disso. Não à toa, ele escreve, em sua *Carta sobre o humanismo*, que “a linguagem é a casa do ser.” Pensar o ser *exige*, por uma questão ontológica, a *linguagem*. É na morada da linguagem que habita o homem, e são os pensadores e poetas os guardiões dessa morada. São eles quem, a partir da *palavra*, do *dizer*, trazem à tona a manifestação do *ser* ao trazê-la à linguagem.⁶⁹² O *Dasein* tem linguagem em um sentido

⁶⁹¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 9.

⁶⁹² HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre el humanismo**. Tradução de Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 11-12.

originário: a compreensibilidade do ser-no-mundo “*pronuncia-se como fala.*” A totalidade significativa da compreensibilidade *sempre vem à palavra.*⁶⁹³

A movimentação e o desenvolvimento da obra de Hans-Georg Gadamer pode ser vista a partir desse quadro teórico.⁶⁹⁴ A colocação do *problema da linguagem* como o problema central das discussões filosóficas de sua época era derivado da constatação de que a linguagem era o “modo de operação fundamental do nosso ser-no-mundo”, a “forma abrangente de constituição do mundo.”⁶⁹⁵ Se, seguindo a perspectiva *heideggeriana*, o ser do *Dasein* “mora” na linguagem, se é a linguagem o seu único modo de compreender, falar, do mundo, a linguagem está necessariamente conectada com os aspectos *fundamentais* do ser que não são arbitrários nem manipuláveis por nós, mas simplesmente demandam o nosso respeito.

A compreensão e a interpretação ocorrem sempre por meio da linguagem. Ela é, verdadeiramente, o mundo sobre o qual falamos. “Então”, afirma Stein, “é o tratamento filosófico da linguagem que está em questão quando falarmos das questões da hermenêutica”.⁶⁹⁶ A interpretação é hermenêutica, e ela ocorre a todo instante e em toda parte do nosso ser-no-mundo. A hermenêutica, desse modo, é *universal*.

A vida da linguagem acontece em certas formas de *percepção*, de “chegar a uma parada” (*Zum-Stehen-Kommen*). Esse é o verdadeiro *modo de operação* de toda a nossa experiência humana no mundo. A experiência com uma língua estrangeira esclarece essa noção: “na tentativa de traduzir, na vida prática ou na literatura ou no que quer que seja”, prossegue Gadamer, “estamos familiarizados com a estranha, desconfortável, e torturante sensação que temos quando não temos a palavra certa. Quando encontramos a expressão correta, quando estamos certos de que a temos, então há uma ‘parada’, então algo chegou a uma ‘parada’.”⁶⁹⁷

Essa “parada” é uma característica inerente a toda experiência humana. Chegamos a uma parada, a uma nova percepção, uma compreensão que se dá em um processo que é continuamente repetido em nossas vidas. “Há sempre um mundo já interpretado, já organizado

⁶⁹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 224.

⁶⁹⁴ Deixo claro que Gadamer foi, como não poderia deixar de ser, influenciado por diversas propostas filosóficas: o pensamento de Heidegger, embora este tenha sido seu professor, de forma alguma pode ser visto como o único ponto de partida para as reflexões *gadamerianas*. Gadamer foi treinado em estudos neokantianos, assim como em filologia clássica, tendo sido, sim, profundamente afetado pela filosofia de Martin Heidegger, mas também teve profundas influências platônico-aristotélicas. Cf. MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁶⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Philosophical hermeneutics**. Traduzido e editado por David E. Linge. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1977. p. 3.

⁶⁹⁶ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 15.

⁶⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Philosophical hermeneutics**. Traduzido e editado por David E. Linge. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1977. p. 14-15.

em suas relações básicas, no qual a experiência surge como algo novo, perturbando o que havia conduzido nossas expectativas e o submetendo a uma reorganização na agitação.” É essa compreensão prévia e comum que torna possível a aventura no *estranho*, o levantar algo que encobre esse estranho, e permitir a expansão e o enriquecimento da nossa própria experiência de mundo.⁶⁹⁸

A ideia de uma *universalidade da hermenêutica*, à luz desse contexto, mostra-se apropriada. A “dimensão hermenêutica” do compreender decorre de que esse compreender se dá *na e pela* linguagem. “*O ser que pode ser compreendido é linguagem.*”⁶⁹⁹

Esses aspectos nos conduzem em determinados caminhos que precisam ser analisados: (i) por que o necessário aspecto hermenêutico da existência não nos condena a uma *subjetividade “assujeitadora”* (valendo-me aqui de expressão de Streck⁷⁰⁰); (ii) de que forma a compreensão acontece a partir da *tradição* e da *história*; e (iii) como o processo de compreensão é sempre *produtivo*, em vez de *reprodutivo*. Cada um desses itens, devidamente articulados, proporcionam as linhas gerais dos atributos do pensamento *gadameriano* que tornarão possível um *ponto de vista privilegiado* para a Teoria do Direito. Para que possamos ir “às coisas mesmas”, no melhor sentido fenomenológico, é preciso saber o *como* do acontecimento do compreender.

Nesse sentido, um primeiro contato com a ênfase filosófica no envolvimento hermenêutico da compreensão — essa dimensão pré-compreensiva indissociável do *Dasein* — pode nos levar à conclusão de que estaremos sempre a dizer o mundo *subjetivamente*. Claro: se há um envolvimento, de cada um de nós, com o nosso próprio compreender, não temos o “afastamento” necessário para dizer qualquer coisa *objetivamente*. A compreensão sempre partiria, assim, de nossas *particulares disposições*, determinados juízos e concepções particulares, para *experienciar* as coisas. Um envolvimento dessa natureza, poderia alguém

⁶⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Philosophical hermeneutics**. Traduzido e editado por David E. Linge. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1977. p. 15.

⁶⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 612.

⁷⁰⁰ Com a modernidade, a busca pelo sentido foi deslocada da essência das coisas para os fundamentos do próprio homem. Este homem, dotado de subjetividade e não mais refém das estruturas, passa a “assujeitar” as coisas. É a essa *subjetividade “assujeitadora”* que se refere Streck, a subjetividade que explica o mundo *a partir de si mesma*, como se fosse possível *reduzir a realidade à sua representação subjetiva*. Trata-se de um tema muito caro ao trabalho de Streck e ele (re)aparece em muitos de seus textos. Por todos, remeto o leitor ao *O que é isto — decido conforme minha consciência?* e aos verbetes *Esquema sujeito-objeto* e *Filosofia da consciência*, ambos de seu *Dicionário de Hermenêutica*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 13-19. e STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 95-101 e 107-111.

dizer, é sempre fundado em *preconceitos subjetivos*.⁷⁰¹ Gadamer tem o cuidado de esclarecer essa situação; afinal, sua posição teórica é orientada, justamente, no sentido de combater as *tendências subjetivistas* da filosofia.

No nosso modo de ser-no-mundo, há uma contínua necessidade de “*corrigir a autocompreensão que se exerce constantemente na compreensão*.”⁷⁰² A estrutura circular do compreender de que falava Heidegger deve ser vista, antes de tudo, como um ambiente fecundo para novas possibilidades interpretativas, isto é, o círculo hermenêutico tem um *sentido ontológico positivo*. “Toda interpretação correta”, declara Gadamer, “tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”.⁷⁰³ O *Dasein* compreende projetando e reprojetoando um sentido: o projeto “prévio” precisa ser constantemente revisado conforme interpretamos.

O “problema dos preconceitos”, na obra de Gadamer, envolve uma recuperação do verdadeiro *sentido*, aliás, da *imprescindibilidade dos preconceitos* para a nossa compreensão. Conforme o filósofo, durante o Iluminismo (*Aufklärung*), foi atribuída uma conotação negativa para o *conceito de preconceito*, o que não deixa de ser, em sua essência, ela mesma um preconceito contra os preconceitos em geral — no fundo, uma “despotenciação da tradição.” Aqui, Gadamer resgata uma concepção *positiva* para a noção de “preconceito” (*Vorurteil*), retomando o sentido do termo como “*pré-juízo*” (do latim, *prae-judicium*), um *juízo prévio* (*Urteil*), “que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão.”⁷⁰⁴

Para Gadamer, segundo esclarece Jean Grondin, o *historicismo*⁷⁰⁵ enganava-se ao tentar deslocar nossos preconceitos por meio de métodos que assegurariam a *certeza* e a *objetividade*

⁷⁰¹ MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 612. p. 354.

⁷⁰³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 355.

⁷⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 360.

⁷⁰⁵ Conforme explica Grondin, o historicismo, embora reconhecesse a *historicidade universal* de todo o conhecimento humano, tinha como propósito um tipo de conhecimento *absoluto*. Wilhelm Dilthey, por exemplo, um dos mais influentes pensadores do historicismo alemão, “acreditava ser impossível reconciliar sua descoberta da historicidade da vida com seus esforços epistemológicos de fundar metodologicamente as ciências humanas.” Cf. GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 111.

Gadamer, por sua vez, condena Dilthey, na medida em que, não sendo a experiência histórica um procedimento nem possuindo ela a anonimidade de um método, não poderia ela gerar regras gerais da experiência sob as quais

possíveis nas ciências humanas. “Impedir” a atuação do sujeito era hermenêuticamente impossível. Não podemos simplesmente pôr de lado os preconceitos: a *primeiríssima* tarefa da interpretação consiste na *autocrítica*,⁷⁰⁶ o que implica uma cuidadosa avaliação da adequação e da validade desses preconceitos diante das próprias coisas.

Preconceitos não são, necessariamente, *falsos juízos*, já que seu próprio conceito permite que ele seja tomado como positivo ou negativo. A exigência que Gadamer propõe, mesmo, é uma *abertura*, seja para a opinião do outro ou para a opinião de um texto, sempre sob a pressuposição que sempre surge uma *relação* entre essa opinião e as nossas próprias opiniões.⁷⁰⁷ Assim escreve Gadamer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível — até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso uma consciência formada hermenêuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.⁷⁰⁸

Concebendo a compreensão como esse constante (re)projetar de nossos pré-juízos e juízos, ainda pende que saibamos como *identificar*, como *diferenciar* os bons preconceitos dos maus. Há *critérios* para isso? Infelizmente, a busca por critérios para garantir a *objetividade* de uma vez por todas ecoa apenas um desejo de aproximação com as bem-sucedidas ciências naturais. Não faz sentido algum recorrer a tal tipo de metodologia científica: os preconceitos e opiniões prévios *não* se encontram à livre disposição do intérprete, como se ele pudesse, a partir de certos testes, separar os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, dos improdutivos.

A distinção entre os preconceitos deve acontecer *na própria compreensão*. Para isso, a hermenêutica filosófica de Gadamer enfatiza a *produtividade da distância temporal*.⁷⁰⁹ Existe

se poderia subsumir univocamente os casos que apareçam. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 325.

⁷⁰⁶ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 111.

⁷⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 358-360.

⁷⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 358-360.

⁷⁰⁹ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 112.

uma diferença *insuperável* entre intérprete e autor (de um texto, de uma obra), e isso é dado pela *distância histórica*. O *verdadeiro sentido* de um texto não depende apenas de seu autor e de seu público originário, uma vez que ele “sempre é determinado também pela situação histórica do intérprete e conseqüentemente por todo curso objetivo da história.” Isso significa que o sentido de um texto sempre “supera” seu autor. “A compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é produtivo.” Não precisamos nos deslocar no tempo para acessar o *sentido* de algo, mas reconhecer na distância do tempo uma possibilidade positiva e produtiva do compreender.⁷¹⁰

A avaliação da arte contemporânea, por exemplo, mostra que é muito difícil para os críticos distinguirem os esforços artísticos realmente valiosos *do seu próprio tempo*. Graças à distância histórica, esses julgamentos vão se clareando e se tornando mais certos, e isso é o que pode ser considerado aquilo que se chama de *fecundidade da distância histórica*.⁷¹¹ Muitas vezes, a distinção entre *verdadeiros* preconceitos, os bons preconceitos, dos *falsos* preconceitos,⁷¹² que acarretam mal-entendidos, será possível em virtude da *distância temporal*. Para isso, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a *consciência histórica*.⁷¹³

Na medida em que uma hermenêutica adequada às coisas está, portanto, associada à consciência histórica, à consciência dos próprios preconceitos, ela exige que se mostre a realidade da história na própria compreensão. A isso Gadamer denomina “*história efetual*”. E essa ideia de “história efetual”, derivada da *reabilitação dos preconceitos* na compreensão humana, emaranha-se com a *avaliação positiva* que podemos fazer sobre o papel da *autoridade* e da *tradição* como fontes legítimas do conhecimento.⁷¹⁴

Para Gadamer, a reabilitação radical do conceito de preconceito, em contraposição às teorias iluministas, vai implicar uma abertura à *autoridade* e à *tradição*; afinal, se existem preconceitos *legítimos*, temos de levar a sério a possibilidade de que essas expressões históricas contenham pré-juízos relevantes para a compreensão. A autoridade e a tradição, note-se, não tornam *supérflua* a atividade hermenêutica. Ela permanece indispensável para a verdadeira

⁷¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 392-393.

⁷¹¹ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 112-113.

⁷¹² Gadamer chama a distinção entre os preconceitos verdadeiros dos falsos de *a questão crítica da hermenêutica*.

⁷¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 395.

⁷¹⁴ MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

compreensão. O que Gadamer afirma é que a *autoridade* não pode ser vista como a *negação da razão*, como se houvesse uma oposição excludente entre elas. Na verdade, o filósofo frisa que a autoridade não deve estar associada a uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser compreendido: o educador, o especialista, o superior, todos eles encontram sua autoridade num ato de *reconhecimento*, de *conhecimento*, pois se *reconhece* que o juízo do outro detém uma visão mais ampla, ou é mais experto, ou seja, porque sabe *melhor*.⁷¹⁵

A *tradição*, como forma particular de autoridade, é resgatada ao nos darmos conta de que as transmissões tradicionais e históricas têm uma autoridade anônima que também determina o nosso ser histórico e finito. A educação, desde nossa tenra infância até a maioridade, a realidade dos costumes, ambas constituem aspectos válidos em nossas vidas e repousam sobre essa base. A tradição é justamente “ter validade sem precisar de fundamentação” — *e.g.*, os costumes não são criados nem fundados por uma “livre razão”. Gadamer, nesse particular, também rechaça a oposição entre tradição e razão: a tradição se realiza porque é afirmada, assumida e cultivada. Essa conservação é um ato da razão, pois, afinal, conservar representa uma conduta *tão livre* como destruir ou inovar.⁷¹⁶ Estamos sempre inseridos na *tradição*, e esse estar-jogado na tradição sempre opera em nossa *consciência histórica*. O que importa aqui é identificar a tradição no nosso comportamento histórico e indagar, avaliar sua *produtividade hermenêutica*.

Essas características nos mostram a importância da *dimensão da historicidade* no pensamento de Gadamer, relacionada com o processo de pré-compreensão cuja explicitação é tarefa da hermenêutica. “Todas as manifestações culturais são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona”, como destaca Stein.⁷¹⁷ Na interpretação dos textos dos códigos legais e da Constituição, por exemplo, lá estará desde sempre presente essa historicidade que não pode ser posta “à parte”. Sempre vem um *sentido antecipado*, e nesse sentido sempre opera a historicidade. A razão existe *a partir* da historicidade do sentido.

“A história interpenetra a nossa ‘substância’ de tal maneira que não podemos, em última análise, clarificá-la ou nos distanciarmos dela.”⁷¹⁸ A compreensão, conseqüentemente, é sempre um “efeito” da história, enquanto a “consciência” hermenêutica é aquele modo de ser que é

⁷¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 368-371.

⁷¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 372-374.

⁷¹⁷ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 163.

⁷¹⁸ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 114.

consciente de seu próprio “ser afetado” pela história — trata-se da *consciência da história efetual* (*wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*). Essa consciência da história efetual é *consciência da situação hermenêutica*: estamos sempre em alguma *situação*, e temos consciência dela na medida em que a elucidamos.⁷¹⁹

Estar em uma situação abrange a ideia de ter um *horizonte* (*Horizont*), que nada mais é do que “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto.” Ao elaborarmos a situação hermenêutica, obtemos o horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.⁷²⁰ E a compreensão, diante de tudo isso, é justamente a *fusão de horizontes* (*Horizontverschmelzung*):

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.*⁷²¹

Com a *fusão de horizontes*, há a formação de um novo *contexto de sentido* que permite a assimilação daquilo que é desconhecido, estranho, ou anômalo. Fica evidente que, em Gadamer, toda a compreensão envolve um processo de mediação e diálogo entre o que nos é *familiar* e o que nos é *estranho*, e que nenhum desses aspectos permanece não afetado. Esse envolvimento entre horizontes jamais chega a uma conclusão “final” ou elucidação completa.⁷²²

O caráter fundamental da consciência histórico-efetual para a compreensão humana levou Gadamer a suscitar um outro ponto crucial da hermenêutica: o problema da *aplicação* (*applicatio*), presente em *toda compreensão*. A hermenêutica pré-Heidegger atribuía uma importância “menor” à aplicação de algo tido como compreendido: uma vez compreendido determinado sentido, a *aplicação* era vista como algo a ser realizado *ex post facto*, de modo *eventual* e não essencial — *e.g.*, no Direito, por exemplo, a lei era *aplicada* a um caso concreto; na teologia, isso ocorria na explicação homilética de uma particular passagem da Sagrada

⁷¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 399.

⁷²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 399-400.

⁷²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 404.

⁷²² MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

Escritura⁷²³ (havia, nesses casos, uma notória separação entre os “momentos” do *compreender* e do *aplicar*). Gadamer, todavia, propicia uma reviravolta na forma de ver a *aplicação*: não se trata de algo que aconteça *após* a compreensão; compreensão e aplicação estão *inseparavelmente unidas*.

Essa profunda constatação decorre da própria condição hermenêutica da existência humana. A compreensão pressupõe, sempre, nossa própria *autocompreensão*, uma espécie de “encontro consigo mesmo” derivado do tomar consciência da história efetual. Isso quer dizer que é simplesmente *incorreto* crer em uma compreensão de sentido genuinamente “pura”, “objetiva”, a qual podemos, subsequentemente, *aplicar* em situações particulares.

Essa abstração, a que podemos nos referir como “levarmo-nos nós mesmos na compreensão”, é bem exemplificada por Grondin, a partir da própria *negação* do compreender: quando não conseguimos compreender um texto, isso significa que ele não diz nada para *nós* ou não tem nada a dizer.⁷²⁴ O *dizer*, veja-se, é *dizer algo a alguém*, é levar em consideração que há *alguém* para o qual algo é dito. O dizer não está só no mundo. Quando dizemos qualquer coisa, há o propósito de fazer *acontecer* a compreensão do *outro*. O outro compreende o que é dito na medida em que existe em determinado *contexto histórico*: compreendemos, sempre, a partir de uma *tradução* para a nossa própria *situação*.

Se na velha tradição hermenêutica, conforme alude Gadamer, havia uma *afiada* distinção entre a *compreensão* (*subtilitas intelligendi*), a *intepretação* (*subtilitas explicandi*), e a *aplicação* (*subtilitas applicandi*) — as quais, em seu conjunto, perfaziam o modo de realização da compreensão como um todo —, a hermenêutica filosófica não apenas reconhece a *unidade interna* entre o *intelligere* e o *explicare* (compreensão + interpretação), mas acrescenta, em um passo adiante à hermenêutica romântica, a *aplicação* a esse *processo unitário*. “A aplicação”, conforme Gadamer, “é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.”⁷²⁵

Trazer a situação atual do intérprete, a história efetual, para dentro das próprias condições da compreensão implica uma *orientação prática*. Não nos separamos de nossa pré-compreensão para compreender, mas desde sempre dela partimos para concretizar a compreensão. “Levar o que somos” no compreender também significa que *teoria e aplicação*

⁷²³ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 115.

⁷²⁴ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 115.

⁷²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 407.

(prática) não acontecem separadamente, mas constituem uma mesma “prática hermenêutica”.⁷²⁶ Isso, como já deve ter ficado evidente, não é algo realizado “conscientemente”, mas que sempre *acontece* em virtude de que sempre participamos no evento da tradição, um processo de mediação entre passado e presente.

Esse caráter prático da hermenêutica, aliás, encontra na *hermenêutica jurídica* um exemplo privilegiado para Gadamer. De acordo com o filósofo, há um significado *paradigmático* no labor jurídico: o intérprete do Direito compreende o conteúdo normativo a partir do *caso* em que deve ser aplicado, o que sempre envolve um conhecimento histórico dos sentidos das leis. Nisso há uma mediação entre passado e presente: “quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática.”⁷²⁷ Isso ocorre na *concretização da lei* — *i.e.*, a *aplicação* da lei em cada caso —, a qual sempre está assentada nesta *complementação produtiva* inerente a todo compreender.⁷²⁸⁻⁷²⁹ Nisso Gadamer visualiza um modelo do *autêntico* procedimento das ciências do espírito.

A interpretação da lei, do Direito, é, portanto, uma tarefa *criativa*. O maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica, seguindo o raciocínio de Streck, é essa “descoberta”, esse iluminar, descobrir concernente à “impossibilidade de reproduzir sentidos.” Não podemos mais falar em uma “pura técnica de interpretação”, um “extrair sentido” (*Auslegung*), mas, sim, em um “dar, atribuir sentido” (*Sinngebung*) — assim como nunca nos banhamos na mesma água do rio, o processo hermenêutico é sempre *produtivo*.⁷³⁰

O fenômeno hermenêutico, como se viu, é linguístico, uma vez que a linguagem é o *meio universal* da experiência, é *nela* que ocorre a compreensão. “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *médium* de uma linguagem que pretende deixar

⁷²⁶ MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 430.

⁷²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 432.

⁷²⁹ A obra de Gadamer não era dedicada de modo exclusivo nem específico à hermenêutica no Direito; afinal, como já se pôde observar sua hermenêutica filosófica tinha um aspecto muito mais amplo, visando à manifestação do acontecer da compreensão em geral. De qualquer forma, sua visão sobre a interpretação no Direito deve nos servir de lição até hoje: o juiz *complementa produtivamente* o Direito, isso é fato (hermenêutico); no entanto, isso não quer dizer que sua decisão possa ser fundada em “arbitrariedades imprevisíveis” nem em um suposto ato de subsunção da lei ao caso. Em algumas poucas páginas de sua principal obra, Gadamer abordou sutilezas sobre o fenômeno jurídico que até hoje envolvem profícuos debates no Direito (basta constatar que essas nuances vêm à tona nos próprios acordos e desacordos entre Direito Natural e Positivismo Jurídico).

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 21.

falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.”⁷³¹ Bem delineadas essas premissas, é fácil ver por que Gadamer articula sua concepção de *compreensão* com a ideia de *diálogo*: quando conversamos com alguém, a conversação se mostra mais *autêntica* quanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um dos interlocutores; aos poucos, a conversa toma um rumo, as palavras se encaixam, e ela encontra um desenlace. Os interlocutores, nesse cenário, não “dirigem” verdadeiramente a conversação; com efeito, são eles os “dirigidos”.⁷³²

Na hermenêutica, isso revela uma verdade profunda sobre a compreensão. Na conversação, no diálogo, algo é *desvelado*, algo *surge* durante os nossos esforços de comunicação. A compreensão não está à nossa disposição, mas parte de uma *lógica de pergunta e resposta* que concebe a compreensão como *participação* — participação em sentido, na tradição, e no diálogo. O ponto fundamental é: participar expressa aqui mais a *busca pela linguagem* que nos permita dizer o que temos em nossas mentes e nossos corações do que propriamente as nossas declarações em si mesmas. A *linguisticidade essencial* da compreensão não diz respeito apenas ao fato de que nos expressamos na linguagem, mas que sempre participamos do *processo interminável* de “convocar a palavra” e da *procura por uma linguagem compartilhável*.⁷³³

Trata-se, dessa maneira, de um empreendimento *intersubjetivo*. Embora a busca pela verdade nas ciências humanas, como o Direito, não possa se dar por meio do *método* das ciências naturais, também não se pode dizer que a compreensão sobre os fenômenos sociais seja subjetiva. O intérprete do Direito objetiva concretizar adequadamente a lei, e não arbitrariamente. Ele não pode, assim, conceber sua compreensão como um comportamento meramente subjetivo diante de um “objeto” dado. Compreender pressupõe a história efetual, pressupõe contexto, *linguagem*. E ninguém pode ser “dono” da linguagem. Ela não é prisioneira de um único sujeito, ela não é *privada*, mas sempre *pública*. Se o mundo se dá *na* linguagem, então ele é necessariamente *compartilhado*.

É o próprio mundo que é concretizado em tal *experiência intersubjetiva*, e não um mundo “objetivo” matematicamente descritível *a priori*, explica Gadamer.⁷³⁴ A legislação é

⁷³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 503.

⁷³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 497.

⁷³³ GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994. p. 119-120.

⁷³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Philosophical hermeneutics**. Traduzido e editado por David E. Linge. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1977. p. 191.

representação da linguagem pública, da *intersubjetividade*, por isso ela deve constranger o intérprete: “aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão.”⁷³⁵ Rejeitar um “grau zero de sentido” do qual se possa “partir” em nossa atividade hermenêutica evidencia o *habitat* da hermenêutica: (i) se não podemos ir ao encontro de uma *essência* do mundo (objetivismo), (ii) nem podemos “assujeitar” as coisas, como se donos do sentido fôssemos (subjativismo), (iii) então precisamos ficar em um *meio-termo*. Há um *caminho do meio* entre os dois extremos. Eis a hermenêutica.

4.2 O EMARANHAMENTO DE FATOS E VALORES

Uma abordagem hermenêutica, na esteira do que foi exposto até aqui, deve permitir-nos uma visão *diferenciada*, verdadeiramente *privilegiada*, sobre o problema central que sempre dividiu jusnaturalistas e positivistas jurídicos: a relação entre *juízos de valor e proposições de fato*. Como podemos compreender a *conexão* que existe entre o que *é* (o caso) e o que *deve(ria) ser* (o caso)? Aliás, é possível dizer que existe *alguma* conexão? Ou será que existe uma barreira ou um abismo *intransponível* entre esses dois tipos de enunciado? Essas questões dizem respeito a um fundamental problema filosófico, ao qual podemos nos referir, entre outros títulos, como o *problema do ser/dever-ser*.

Essa *distinção* entre “duas instâncias” do pensamento não se limita exclusivamente às discussões travadas pelos defensores do Direito Natural e pelos positivistas jurídicos. Trata-se de algo profundamente *enraizado* no discurso humano. No senso comum, expressões da estirpe de “juízos de valor são subjetivos” aparecem em toda parte: argumentar que devemos fazer isso ou aquilo parece sempre recair, em última análise, em uma espécie de “gosto pessoal” de quem julga. Uma ação *é boa* ou *má* apenas na medida em que ela é assim definida por determinado *sujeito*. Essa ampla *relativização* da racionalidade das ações humanas não apenas enfraquece o impacto da ética na sociedade, mas também tende a nos acorrentar a perspectivas *objetivistas* da existência. Afinal, se o autêntico conhecimento só ocorre a partir da *separação do sujeito do objeto de estudo*, e se juízos morais/valorativos podem sempre ser *reduzidos* a um estado emocional, físico ou psicológico do sujeito, então não temos saída senão *rejeitar* qualquer pretensão de verdade da avaliação moral.

Tudo isso encontra na disseminada e popular concepção de “interpretação” um consolidado ponto de sustentação. Diz-se “isso é uma questão interpretativa”, “esse caso precisa

⁷³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 22.

de interpretação”, em situações em que o raciocínio não identifica prontamente uma resposta. Em contextos como esses, existe um acentuado *ceticismo* quanto à possibilidade de soluções corretas. Em competições esportivas e no Direito, por exemplo, hipóteses modelares em que regras necessariamente precisam ser aplicadas, uma “questão interpretativa” geralmente é circundada por mistério. Esse elemento “misterioso” no momento da interpretação decorre da suspensão da certeza, da ausência da *verificabilidade* do ato do intérprete: se não há *critérios objetivos*, certos, para determinar se uma solução do árbitro ou do juiz está *correta*, então entramos no campo da *subjetividade*. O momento da interpretação é o momento da subjetividade para essa “crença” popular. Se não há resposta “pronta”, estamos à mercê da vontade do intérprete.

Especificamente no campo do Direito, existe a tradicional divisão entre “questões de fato” e “questões de Direito”. Essa separação pressupõe que podemos lidar com o mundo a partir de uma operação intelectual fundada em “fatos crus”, aos quais devemos, posteriormente, sobrepor um *raciocínio normativo*. Novamente, essa noção, como os outros exemplos acima, parece *intuitiva*. Não à toa muito já se escreveu — e se escreve — em defesa desse modo de pensar, em que há um mundo, inteiramente à nossa disposição, composto por *fatos empiricamente verificáveis* aos quais acrescentamos, subjetivamente, nossos juízos éticos, estéticos, normativos ou prescritivos. O problema da interpretação, nos casos de indeterminação do Direito, significa simplesmente: temos os fatos, divergimos sobre a avaliação normativa, e não há nada que possamos fazer com relação a isso. Note-se, portanto, que rejeitar *toda e qualquer possibilidade de verdade* nos juízos de valor implica que as respostas no Direito são apenas escolhas entre alternativas igualmente possíveis.

Nas discussões mais propriamente acadêmicas, uma célebre passagem de David Hume, em seu *Tratado da natureza humana*, parece⁷³⁶ indicar uma *afiada distinção* entre *fato* e *valor* — daí por que o *problema do ser/dever-ser* também é conhecido por *Lei de Hume*, ou, ainda, *Guilhotina de Hume*. Nesse mencionado fragmento de seu texto, Hume menciona que, para sua surpresa, em outros sistemas de filosofia moral, haveria uma dedução “totalmente inconcebível”: enquanto por algum tempo se procede com raciocínios ordinários baseados na existência de Deus ou em observações dos assuntos humanos, repentina e sutilmente, passa-se

⁷³⁶ Utilizo o verbo “parecer” com a intenção de denotar a interpretação dominante que se formou no século XX sobre a passagem em questão. Para essa vertente, Hume estava argumentando que não é possível inferir um *juízo de valor* a parti de um conjunto de premissas apenas da ordem do *ser*, isto é, da ordem dos *fatos*. Em linhas gerais, Hume estaria defendendo que nenhuma conclusão ética ou avaliativa pode ser validamente deduzida de qualquer conjunto de premissas puramente factuais. Existiria, assim, uma espécie de “barreira”, derivada de uma distinção lógica, entre os enunciados de fatos e os de valor.

a empregar proposições não mais associadas por meio de “*é*” ou “*não é*”, mas por “*deve*” ou “*não deve*”. Trata-se, para ele, de algo da maior gravidade, pois “*ser*” e “*dever ser*” não estabelecem o mesmo tipo de *relação* ou *afirmação*. No limite, isso subverteria “*todos os sistemas vulgares de moralidade*”.⁷³⁷ A preocupação externada por Hume é justamente a dificuldade de se derivarem *proposições de valor ou normativas* de *proposições puramente factuais*: como concluir como algo *deve ser* (“*ought to be*”) a partir daquilo que ele *é* (“*is*”)?

Posteriormente, importantes autores — sobretudo *empiristas* — foram influenciados por essa problematização. A dicotomia *is-ought* está conectada com a separação entre “questões de fato” e “relações de ideias” que está na base da distinção *analítico-sintético* de Kant;⁷³⁸ *posturas emotivistas* sustentam a impossibilidade de verificação de juízos *morais*: para A.J. Ayer, um dos fundadores do *positivismo (empirismo) lógico*,⁷³⁹ juízos de valor não são significativos em sentido literal, pois são apenas *expressões de emoção*;⁷⁴⁰ para Richard Hare, juízos *morais* são subjetivos, mas não visam a descrever nada nem a expressar nossas atitudes, funcionando como um *imperativo universalizável*.⁷⁴¹ Carnap, também expoente do *positivismo lógico*, dizia que “todas as proposições da metafísica, da ética normativa e da epistemologia [...] são de fato *não verificáveis* e, portanto, *não científicas*” — no Círculo de Viena, do qual ele era um dos líderes, eles estavam “acostumados a descrever tais proposições como sem sentido” (*nonsense*, no

⁷³⁷ Adaptação e tradução livre de: “*I cannot forbear adding to these reasonings an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark’d, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz’d to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, ’tis necessary that it shou’d be observ’d and explain’d; and at the same time that a reason shou’d be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the reader; and am perswaded, that this small attention wou’d subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv’d by reason.*” Cf. HUME, David. **A treatise of human nature** — a critical edition. Oxford: Oxford University Press, 2007. v.1, p. 302.

⁷³⁸ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 14.

⁷³⁹ Muito mais um movimento do que propriamente um conjunto de doutrinas rigidamente estabelecidas, o *empirismo* (ou *positivismo*) *lógico* é a representação *par excellence* da filosofia analítica do século XX. A partir de uma nova compreensão do empirismo e uma nova rejeição da metafísica, o empirismo lógico tem como preocupação fundamental a *ciência*: é a partir dela que encontramos o *método ideal* para obter a verdade. Embora haja dificuldade entre os estudiosos em apontar *um* elemento em comum a todas as manifestações do movimento, o foco *verificacionista* e a ênfase nos dualismos entre *fato-valor* e entre proposições *analíticas* e *sintéticas* são os aspectos que predominam na imagem popular do empirismo lógico, sobretudo em razão da obra do próprio Ayer. Cf. STADLER, Friedrich. The Vienna Circle: context, profile, and development. In: RICHARDSON, Alan ; UEBEL, Thomas (ed.). **The Cambridge Companion to Logical Empiricism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 13-40.

⁷⁴⁰ AYER, A. J. **Language, truth and logic**. Londres: Penguin, 1971. p. 104.

⁷⁴¹ HARE, Richard M. **The language of morals**. Oxford: Clarendon Press, 1952. *passim*.

sentido *wittgensteiniano*).⁷⁴² Dito de outro modo, juízos de valor habitavam a esfera da “*linguagem sem sentido cognitivo*”. G. E. Moore considerava que inferir que *x* seja *bom* a partir de qualquer proposição sobre as *propriedades naturais* de *x* é incorrer na *falácia naturalista*⁷⁴³ — se considerarmos “prazer” como uma propriedade natural (porque nos causa uma *sensação* de prazer), dizer que “comer chocolate é prazeroso” *não significa* o mesmo que “comer chocolate é bom”. O conceito de “bem/bom” seria *indefinível*, e toda tentativa de reduzir uma *propriedade moral* a qualquer outra coisa está fadada ao fracasso; afinal, para Moore, uma conclusão *valorativa* só poderia ser precedida de uma premissa *valorativa*.⁷⁴⁴ O problema da relação entre fatos e valores, portanto, não apenas existe no senso comum, como é também tematizado de maneiras diversas na própria tradição filosófica.

As bases das obras de Heidegger e Gadamer iluminam um possível caminho para sair dessa “armadilha” causada pela aguda separação entre proposições de fato e juízos de valor. Para tanto, foi necessário estabelecer uma forma radicalmente diferente de compreender a compreensão. Se o ser humano “munda”,⁷⁴⁵ se o mundo não está, *de fato*, separado de nós, então é necessário “fazer as pazes” com nós mesmos, repensando a íntima ligação entre o sujeito e a razão. O racional não é definido como o meramente objetivo (ou *antissubjetivo*). A linguagem, o meio universal do acontecer da compreensão, não surge da *consciência* daquele que fala, pois uma linguagem privada simplesmente não é, *hermeneuticamente*, linguagem. O autêntico ser da linguagem depende do *outro*, de um empreendimento coletivo de entendimento mútuo.⁷⁴⁶ Por tudo isso, o mundo é “criado” a partir do sujeito, mas não em uma perspectiva individual-subjetiva, mas desde sempre *intersubjetiva*.

⁷⁴² CARNAP, Rudolf. **The unity of science**. Bristol: Thoemmes Press, 1995. p. 26.

⁷⁴³ MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Edição revisada, editada e introduzida por Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 90-91.

⁷⁴⁴ MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Edição revisada, editada e introduzida por Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 69.

⁷⁴⁵ Emprego essa expressão a partir do uso, conforme conta Lawrence Schmidt, do próprio Heidegger. “Mundar” seria o verbo derivado do substantivo “mundo” — impessoal como “chover”, por exemplo. “Mundar” teria relação com a noção de que o sujeito não liga o significado a um objeto experimentado; na verdade, o significado já está lá, assim que o suposto objeto está presente, em determinado contexto orientado pelas preocupações do “sujeito”. “Mundar” tem a ver com a experiência vivida própria do *Dasein*, é a própria *facticidade*. Cf. SCHMIDT, Lawrence **K. Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 81.

⁷⁴⁶ Há uma passagem exemplar de Gadamer sobre esse ponto: “O entendimento que se dá na linguagem coloca aquilo sobre o que se discorre diante dos olhos dos que participam da conversa, como ocorre com um objeto de disputa que se coloca no meio exato entre os adversários. O mundo é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade de linguagem, e digo mais, elas formam linguagem. Isso porque a linguagem é por sua essência a linguagem da conversação. Ela só adquire sua realidade quando se dá o entendimento mútuo. Por isso, não é um simples meio de entendimento.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 576.

A *diferença ontológica*, como um dos teoremas fundamentais da hermenêutica, tem especial relevância para esta discussão. Se o “ser é sempre ser de um ente”, nas palavras de Heidegger,⁷⁴⁷ não há possibilidade de *cindir* o ente do ser: ele só o é em seu ser. Lenio Streck, principal autor brasileiro na utilização da hermenêutica filosófica no Direito, traz com clareza esse aspecto para a teoria jurídica: “texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica”, uma vez que “o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto.”⁷⁴⁸ Não há como separar teoria e prática, questão de fato e questão de Direito, texto e norma, vigência e validade; trata-se, tudo isso, de “dicotomias metafísicas”, elementos acriticamente aceitos como verdadeiros nas lidas jurídicas, à margem de uma compreensão adequada sobre o caráter *hermenêutico* da vida.

A constatação dessa *diferença ontológica* conduz a um enfraquecimento da suposta cisão entre *ser* e *dever-ser*: os *fatos*, as proposições da ordem do *ser*, não podem subsistir como “meros fatos”, isto é, como “fatos em abstrato”. Eles sempre (co)existem com *contextos*, situações de *caráter prático* que desde sempre pressupõem a tradição, a facticidade e a historicidade, em que sempre está inserido o *observador*. Aliás, *observador* que não apenas “observa”, como se pudesse analisar determinado evento de modo neutro, mas que sempre *atribui sentidos* àquilo que observa. Trata-se, portanto, de um *intérprete*: compreender é sempre interpretar, e interpretar sempre pressupõe a *aplicação (applicatio)* de determinado evento a alguma situação (contexto), seja concreta ou imaginária.

Defender uma aproximação entre *fatos* e *juízos de valor* não significa que não exista diferença entre um e outro — quer dizer, não se está reivindicando aqui uma revolução como uma “identidade” entre fatos e valores (*fatos = valores*). Por outro lado, distinguir um e outro também não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas, na mesma linha a que se refere Streck quanto a *texto* e *conteúdo normativo (norma)*. *Ser* e *ente* — retomando a clássica distinção — não são iguais. O problema da *cisão metafísica-ontoteológica* entre palavras e coisas, fato e Direito, texto e norma são os consequentes extremos a que chegamos: de um lado, permite-se que o intérprete do Direito se torne refém do texto, “reproduzindo um superado positivismo exegético”;⁷⁴⁹ de outro, à falta de um texto “claro”, autoevidente, permite-

⁷⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 44.

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 72.

⁷⁴⁹ Lenio Streck, em seu Dicionário de Hermenêutica (atualmente em sua segunda edição), redigiu um verbete sobre *Literalidade* a partir da *explicitação da própria impossibilidade do conceito*. Nunca compreendemos “literalmente”, pois nenhum texto tem conteúdo “em si”. Ele sempre *acontece* dentro de situações determinadas, históricas e pessoais. “Disso, aliás, decorreu o fracasso do positivismo exegético do século XIX: lei não poderia ser a única fonte do Direito, simplesmente porque palavras, pura e simplesmente, não são capazes de abranger a contingência do mundo.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da

se “o total descolamento da norma (sentido) do texto (lei), fazendo com que, nesse segundo caso, o intérprete se torne o senhor dos sentidos.”⁷⁵⁰ Se as lições da hermenêutica filosófica podem nos servir de alguma coisa, é justamente para que fuçamos dos extremos — há uma “terceira cadeira”.

O ceticismo, o relativismo moral, e a crença na insuperável subjetividade lançaram um imenso descrédito sobre as *proposições normativas* (éticas, estéticas e até *jurídicas*). O impressionante sucesso obtido pelo método científico nas ciências naturais propiciou o surgimento de um horizonte totalizante da compreensão da verdade, o que apenas fez aumentar as atenções para uma noção tão ingênua quanto sedutora de *conhecimento objetivo*. É fundamental, por conseguinte, problematizar o *abismo* que se formou em nossas contemporâneas visões de fato e de valor. Se hoje essa distinção é *intuitiva* para muitos — quase como uma *verdade evidente* —, a dicotomia fato-valor revela uma espécie de encobrimento ou ignorância sobre a *conexão* entre os seus polos. O primeiro passo para clarear nosso raciocínio é *aproximar* “fatos” de “valores”: há tantas sobreposições entre eles que se torna difícil aceitar uma autêntica *tese de separação*. Como decorrência desse “emaranhamento” — como Putnam chamará — entre fatos e valores, será necessário repensar o sentido da *objetividade moral*. Na sequência, bem assentados esses pressupostos filosóficos, analisa-se um *particular aspecto* do fenômeno jurídico que permite distingui-lo de outros conceitos: o seu *propósito* (“*point*”).

Seja como for, uma coisa deve ser tomada como certa: a presente investigação não pretende esgotar os pressupostos e os efeitos do problema da relação fato-valor, objeto de tantas pesquisas e ensaios em filosofia, mas abordá-los de um modo que nos permita, ao menos, questionar a separação entre juízos factuais e normativos. Será que ela é tão incontestável como habitual e quase inconscientemente acreditamos? O que isso significa no Direito? Ao trabalho.

4.2.1 Relações entre fatos e valores e o (não-)cognitivismo moral

Hilary Putnam é considerado um autor *pragmático*. É preciso deixar claro, nesse sentido, que sua obra não foi construída a partir de uma visão *hermenêutica* da compreensão.

teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 184-185.

⁷⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 74.

Seja como for, isso não implica nenhum tipo de incompatibilidade teórica *necessária* entre as posições teóricas de Putnam e aquilo que foi analisado na primeira parte deste capítulo. Aliás, conforme o próprio Putnam, o que é atraente no pragmatismo é que ele não é uma teoria sistemática no sentido “usual” da expressão. É melhor considerá-lo como um certo conjunto de teses, teses que *podem ser* — e, com efeito *são* — defendidas de maneiras muito diferentes e a partir de preocupações e interesses diversos.⁷⁵¹

Essas teses são: (i) *anticeticismo*, noção conectada à posição pragmatista de que a *dúvida* requer tanta justificção quanto a *crença*; (ii) *falibilismo*, concernente à posição de que não há garantia metafísica de que essa ou aquela crença nunca precisará de revisão;⁷⁵² (iii) a tese de que não há uma “*dicotomia fundamental entre ‘fatos’ e ‘valores’*”; e (iv) a tese de que, em algum sentido, “*a prática é primordial na filosofia.*”⁷⁵³ Da rápida leitura dessas quatro teses, um leitor atento consegue esboçar, prontamente, algumas conexões com o que vinha sendo exposto. Ser *anticeticista*, em alguma medida, pode ser associado ao acontecer *intersubjetivo da verdade*; afinal, aceitar que a verdade se manifesta, mesmo que não seja uma verdade *absoluta* — rejeitada pela hermenêutica e pelo pragmatismo —, é uma atitude anticeticista. O *falibilismo* pode ser conciliado com a contínua revisão de nosso compreender, ideia bem ilustrada pelo *círculo hermenêutico*. Reposicionar a *prática* no centro da reflexão filosófica é hermenêutico *par excellence*, pois a *prática*, a *aplicação* do contexto histórico-cultural à situação presente, é um dos aspectos em jogo mais relevantes na compreensão do compreender. À evidência, uma articulação filosófica abrangente entre as *teses* descritas por Putnam e a *experiência hermenêutica do ser* pode ser um empreendimento deveras frutífero.⁷⁵⁴ Aliás, mostrar que é possível sustentar determinada visão sobre um fenômeno — no caso presente, a relação entre Direito e Moralidade —, mesmo partindo de “caminhos filosóficos” aparentemente diferentes, é circunstância que apenas *enriquece* o trabalho intelectual.

Esses pontos de contato são, sem dúvida, instigantes, mas não podemos perder de vista a questão central do presente estudo: a problemática da *dicotomia entre fatos e valores*. Para isso, é importante trazer à tona que uma *dicotomia*, ou um *dualismo*⁷⁵⁵ — empregando uma

⁷⁵¹ PUTNAM, Hilary. **Words and life**. Editado por James Conant. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 152.

⁷⁵² A pressuposição de que se pode ser, ao mesmo tempo, *anticético* e *falibilista* é, para Putnam, o *insight* único do pragmatismo americano.

⁷⁵³ PUTNAM, Hilary. **Words and life**. Editado por James Conant. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 152.

⁷⁵⁴ Isto deve ser lido com cuidado: não é que a hermenêutica filosófica e o pragmatismo de Putnam sejam *totalmente* compatíveis, mas que é possível traçar *alguma* compatibilidade. Mesmo com divergências e concordâncias, é possível estabelecer um *meio-termo*, alguma linha de raciocínio em comum.

⁷⁵⁵ Dualismo, em geral, é uma ideia que expressa a existência de dois tipos ou categorias fundamentais em determinado domínio, sendo elas radicalmente contrastantes, ou diferentes — *i.e.*, há um sentido de *oposição* entre

expressão mais cara à John Dewey, um dos fundadores do pragmatismo americano —, não é a mesma coisa que uma *distinção filosófica*. O exemplo a partir do caso da *dicotomia entre analítico-sintético* ilustrará a importância do respeito à diferença entre distinção e dualismo.

A base teórica do *empirismo lógico* (ou *positivismo lógico*, ou *neopositivismo*) está assentada em uma classificação *tripartite dos juízos*: (i) os *sintéticos* — os quais seriam *empiricamente verificáveis* —; (ii) os *analíticos* — cuja *veracidade* ou *falsidade* poderia ser avaliada apenas no plano das regras lógicas; e (iii) os juízos “*cognitivamente sem sentido*” — abrangidos aqui todos os juízos *éticos*, *metafísicos* e *estéticos*. Assim, independentemente das dificuldades naturais de análise que envolvem a linguagem ordinária, com todas as suas sutilezas e imprecisões, *sempre* seria possível, de alguma forma (mesmo por intermédio de uma linguagem artificialmente construída para tanto), classificar os enunciados do discurso humano dentro dessa classificação; quer dizer, os enunciados poderiam ser (i) testáveis mediante o confronto com “proposições de observação” (empírica), ou (ii) verdadeiros (ou falsos) em razão das próprias regras (ou convenções) da linguagem; ou (iii) “falando cognitivamente”, sem sentido, simplesmente *nonsense*.⁷⁵⁶

Grosso modo, a fonte do conhecimento para os empiricistas é a *experiência*.⁷⁵⁷ A *verificação empírica*, nesse sentido, é a condição básica, fundamental, da compreensão. Os enunciados da linguagem só recebem *sentido* na medida em que correspondem a esses *fatos verificáveis* — os enunciados analíticos seriam apenas tautologias, verdadeiras em virtude da conexão lógico-semântica entre seus termos (e.g., “todos os solteiros são não-casados”). Juízos de *valor*, dessa forma, não passariam de meras especulações metafísicas ou ideológicas.

Os empiricistas lógicos tomaram emprestado o vocabulário com os termos *analítico* e *sintético* de Kant. Todavia, em sua afirmação surpreendente, que originou toda sorte de estudos e ensaios, Kant dizia que as verdades matemáticas são tanto *sintéticas* quanto *a priori* — com isso, ele não se referia a “sintéticas” da mesma forma que os empiricistas; para ele, enquanto os *juízos analíticos* eram afirmações que pertenciam ou estavam contidas em determinado conceito, os *juízos sintéticos* eram afirmações que não apenas estavam conectadas com o dito

os seus polos. O dualismo entre Bem e Mal e o dualismo entre mente e corpo, por exemplo, são duas das mais conhecidas. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Dualismo. In: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 346.

⁷⁵⁶ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 10.

⁷⁵⁷ Em um esboço bastante simplificado, mas muito significativo, é possível dizer que a “tese empiricista” é: *nós não temos fonte de conhecimento em S ou para os conceitos que utilizamos em S senão a experiência*. Isso não quer dizer que o ser humano tenha (somente) conhecimento empírico, mas que o conhecimento só pode ser obtido, *se é que pode*, por meio da experiência. Cf. MARKIE, Peter; FOLESCU, M. Rationalism vs. empiricism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

conceito, mas iam além (não se tratava, portanto, de uma questão simplesmente concernente à verificabilidade empírica do enunciado). Com isso, Kant defendia não apenas que as verdades matemáticas eram *necessárias, a priori*, porque não poderiam ser derivadas da experiência sensível, mas que tais juízos não-empíricos eram capazes de *sintetizar* um conceito de sujeito e predicado em vez de meramente destrinchar um conceito em suas partes constituintes lógicas.⁷⁵⁸

Embora agradecidos pelo vocabulário, os empiricistas lógicos vão rejeitar essa conclusão *kantiana*. Para eles, não havia dúvidas, os princípios matemáticos são necessários, mas eles não são sintéticos. São, isso sim, *analíticos*. O problema, e o aspecto a ser realçado, retomando a questão de *distinção vs. dualismo*, é que, ao fazerem isso, os empiricistas levaram a noção de analiticidade até o *ponto de ruptura*, segundo Putnam. Rejeitada a possibilidade de um juízo sintético *a priori*, não podemos deixar de considerar que os princípios matemáticos funcionam de modo diferente dos exemplos paradigmáticos das *verdades analíticas* (como “todos os solteiros são não-casados”) e *verdades puramente descritivas* (como “galinhas têm penas”). Eis uma diferença entre distinções ordinárias e dicotomias metafísicas: distinções têm um determinado *alcance de aplicação*, e não é incomum que elas não se apliquem sempre.⁷⁵⁹

Distinguir juízos *analíticos* e *sintéticos* é uma coisa; conceber um *dualismo*, uma dicotomia entre eles, com a pretensão de abranger todos os problemas filosóficos, é outra completamente diferente. Uma forma de *atenuar* a dicotomia entre *fatos e valores* segue essa mesma reflexão: embora distinguir entre proposições factuais e juízos de valor possa ter um âmbito de aplicação e certa utilidade, não podemos, disso, dessa premissa, inferir que exista possibilidade de cisão, ou que haja um abismo intransponível entre os conceitos. A *pretensão de universalidade do dualismo*, ou dicotomia fato-valor, é um dos seus sentidos que não subsiste a uma avaliação crítica rigorosa, portanto. Muitos argumentos e exemplos mostram situações de “combinação”, de “mistura”, ou de “conexão” entre os seus dois polos.

É justamente a partir das diversas situações em que isso acontece que Putnam vai sustentar o *colapso da dicotomia fato-valor* (esse é o título de uma de suas mais famosas *lectures*); para ele, como se verá, existem tantos *pontos de contato* entre os lados desse suposto dualismo que ele se mostra *insustentável*. Há muito mais um *emaranhamento* (*entanglement*)

⁷⁵⁸ Kant dirá que a proposição “ $7 + 5 = 12$ ” é um juízo *sintético*, na medida em que o resultado da soma simplesmente não “aparece” a partir dos conceitos de “7” e “5”. É preciso buscar auxílio na intuição correspondente a cada um dos elementos da soma, os quais, unidos, farão “surgir” o número “12”. Não se trata de uma análise conceitual ou lógica, mas algo que só pode ser estabelecido a partir de uma *síntese*. Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução J. Rodrigues de Merege. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017. p. 23-24.

⁷⁵⁹ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 11.

entre eles do que uma cisão imperscrutável. Existe, sim, uma distinção, útil em determinados contextos, entre *juízos éticos/normativos* e outras espécies de juízo. “Indubitavelmente esse é o caso, assim como é indubitavelmente o caso que exista uma distinção a ser traçada entre juízos *químicos* e juízos que não pertencem ao campo da química.”⁷⁶⁰ O “dilema” de definir se estamos diante de uma proposição factual ou um juízo valorativo é tão frágil quanto imaginar que o mundo é preto e branco, ou que ele possa ser dividido em situações simplesmente boas ou más. Forçar os enunciados para um lado ou outro da dicotomia é como obrigá-los a se deitar na cama de Procusto.

Putnam apresenta variados argumentos para defender a sua posição. Abordarei em seguida alguns deles que podem ser sintetizados nos seguintes pontos: (i) com o próprio progresso da ciência exata, a relação entre *fato* e *verificação empírica* tornou-se nebulosa; (ii) *valores epistêmicos* — como os da ciência exata — são *valores*; (iii) equiparar *objetividade* com *descrição* acaba por “encobrir” verdades “sem objeto”, como as *morais*, as *matemáticas* e a *lógica*; (iv) *thick ethical concepts* conjugam descrição com prescrição; (v) mesmo em uma hipotética sociedade com *valores* diferentes dos nossos, mantido o resto igual (*all else the same*), as *descrições* sobre *fatos* seriam profundamente afetadas.

Pode-se dizer que tanto o *empirismo clássico* quanto o seu “filho” do século XX, o *empirismo* (ou *positivismo*) *lógico*, insistem em uma versão da dicotomia fato-valor. Para expurgar a *ética* das “questões de fato”, os empiricistas queriam fazer crer que sabiam *exatamente* o que um *fato*, de fato, era. O problema é que a sua concepção de “fato”, para Putnam, mostrou-se *estreita* demais, e daí a razão por que as formulações empiricistas conseguiam passar à margem das diversas maneiras em que *descrição factual* e *valoração* estão enredadas.⁷⁶¹

Hume, homem de sua época — em que a discussão sobre átomos era incipiente, e nada de mecânica quântica existia —, associava sua noção de “*fato*” a *impressões sensoriais* — para além da experiência, não haveria conhecimento factual.⁷⁶² Os positivistas lógicos — já em uma época em que se faziam notáveis avanços sobre bactérias e átomos —, se não mantiveram o posicionamento de Hume intocado, no máximo argumentaram que o “*factual*” deve estar

⁷⁶⁰ Grifos do autor. Tradução livre para: “*This is undoubtedly the case, just as it is undoubtedly the case that there is a distinction to be drawn (and one that is useful in some contexts) between chemical judgments and judgments that do not belong to the field of chemistry.*” Cf. PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 19.

⁷⁶¹ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 26-27.

⁷⁶² HUME, David. **A treatise of human nature** — a critical edition. Oxford : Oxford University Press, 2007. v.1, p. 9.

associado com *termos de observação*, mesmo que isso significasse aceitar “termos abstratos”, como *elétrons* e *carga*, como “*empiricamente significativos*”. O problema, segundo Putnam, é que acrescentar “termos teóricos” — como os postulados das várias teorias científicas — ao campo da *linguagem significativa* exigiu aceitar *axiomas da matemática e da lógica*, os quais, na visão dos positivistas lógicos, não declaravam *fato* algum. Em suma, na ciência, passaram a conviver tanto enunciados *factuais* como *não-factuais*. A simples noção de *fato* enquanto algo *empiricamente verificável* estava em ruínas.⁷⁶³

A verdade é que não precisamos pensar em *valor* como mero sinônimo de *ética*. Para Putnam, filósofos *empiricistas* — clássicos ou positivistas lógicos — elabora(ra)m diversas tentativas para evitar reconhecer que *toda seleção de teoria pressupõe valores*. Essa teimosia em “manter os olhos fechados” para o fato de que juízos de *coerência, simplicidade, beleza, naturalidade*, e assim por diante, estão *pressupostos* na ciência física se encontra em muitos hoje que se referem a valores como puramente “subjetivos” e à ciência como puramente “objetiva”. Coerência, simplicidade e congêneres são valores: *juízos normativos* são essenciais para a prática da própria ciência. Isso não significa negar que haja *diferenças* entre *valores epistêmicos* e *valores éticos*. Valores epistêmicos, porém, ao ficarem associados com a busca pela “correta descrição do mundo”, acabaram ficando unidos à própria ideia de “objetividade”. Se isso fosse correto, se os valores éticos estivessem conectados com interesses diversos àqueles dos valores epistêmicos, eles não estariam conectados a objetividade alguma. Mas isso é um erro.⁷⁶⁴

Para compreender o problema, é necessário constatar que não há maneira de dizermos que alcançamos a verdade *à parte* de nossos valores epistêmicos — como se pudéssemos elaborar um teste para verificar se alguma teoria é verdadeira *sem pressupormos esses padrões (standards) de crença empírica justificada*. Acreditamos que nos aproximamos mais da verdade por meio de teorias que apostam na simplicidade, coerência, sucesso preditivo passado, e assim por diante, porque fomos *guiados* por esses mesmos valores em questão nas nossas reflexões sobre investigações passadas — vemos “pelas lentes” desses tais valores, o que não significa que eles admitam *justificação “externa”*.⁷⁶⁵ Na verdade, a “mais adequada descrição” do mundo natural está sempre relacionada com elementos de “*boa razão*” (*good reason*) indissociáveis do

⁷⁶³ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 29-30.

⁷⁶⁴ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 30-32.

⁷⁶⁵ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 32-33.

conhecimento que construímos. Quando afirmamos que as predições científicas atuais são muito superiores a qualquer aposta na autoridade de determinada fé religiosa, quando apresentamos evidências empíricas corroborando nossa perspectiva, desde sempre estamos partindo, por questões de “*boa razão*”, da crença na confiabilidade desses padrões epistêmicos.

A alegação de que a ciência procura descobrir a verdade não pode significar senão que a ciência procura construir uma *imagem do mundo* que satisfaz *certos critérios de aceitabilidade racional*: assim, não só nossos métodos dependem da imagem que estabelecemos do mundo; o próprio *mundo empírico* depende dos nossos critérios de aceitabilidade racional. O mundo “real” depende de nossos valores, e vice-versa.⁷⁶⁶

Como fica a ideia de que a *correta descrição do mundo* é a mesma coisa que “objetividade”? Conforme Putnam, ela deita raízes na suposição de que *objetividade* significa *correspondência a objetos* (aquilo que realmente é, independentemente da *mente* ou do *discurso*). No entanto, para além das *verdades normativas* como “assassinato é errado”, também as verdades *matemáticas e lógicas* são exemplos de “objetividade sem objetos”. Muito embora filósofos e matemáticos já tenham postulado objetos particulares (entidades abstratas) para explicar a verdade matemática, nada mostra que a matemática *funcionaria* menos se esses objetos *parassem* de existir — eles sequer *interagem* conosco ou com o mundo empírico. Na lógica, há dificuldades parecidas no tratamento ontológico da verdade. O que Putnam sustenta, portanto, é que paremos de equiparar *objetividade* com *descrição*: há muitos enunciados receptivos a termos como “correto”, “incorreto”, “verdadeiro”, “falso”, “justificado”, “injustificado” que *não são descrições*, mas que estão sob *controle racional*, governados por padrões apropriados para suas respectivas funções e contextos.⁷⁶⁷

A verdade como *correspondência* é um conceito antigo e, como se pode notar a partir dos argumentos de Putnam, permanece sendo extremamente influente até os dias de hoje. A definição da verdade como *adaequatio intellectus et rei* se refere a uma formulação filosófica em que a *essência* da verdade é caracterizada como uma “adequação” (*adaequatio*), uma “concordância”, entre o “pensamento” (*intellectus*) e a “coisa” (*res*).⁷⁶⁸ Em outras palavras, a

⁷⁶⁶ PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 130-135.

⁷⁶⁷ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 33.

⁷⁶⁸ Na filosofia hermenêutica, encontramos no parágrafo 44 de *Ser e tempo* de Heidegger justamente uma crítica ao conceito *adequacionista-correspondencial* de verdade. Com o objetivo de trazer à tona um aspecto mais *originário* do acontecer da verdade, Heidegger rejeita que a estrutura da verdade possa ser resumida à concordância entre conhecimento e objeto, “no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto).” A verdade é apenas ontologicamente possível com base no ser-no-mundo: eis o fundamento do fenômeno originário da verdade. Para Heidegger também, portanto, a *verdade enquanto correspondência* é uma expressão que, à luz da tradição, não ilumina da melhor forma possível de que forma a verdade se manifesta. *Heideggerianamente*, a verdade pressupõe o mundo da facticidade, e não a *objetivação* nem o *assujeitamento* dos objetos. “As leis de

verdade necessitaria, diante dessa definição, que o *juízo* sobre o *objeto* correspondesse a esse mesmo *objeto*: os enunciados deveriam corresponder às coisas, aos fatos, como eles são. À primeira vista, para os incautos, um conceito como esse é sedutor. Claro: *parece correto* assumir que a verdade é afirmar algo exatamente como tal algo *é*. A questão é que isso escamoteia todas essas dimensões a que Putnam se refere, como se pudéssemos dizer o que algo *é* à margem de todos os valores epistêmicos envolvidos. Pior ainda: na tradição empiricista, o que de alguma forma influenciou outras áreas da filosofia e chegou até mesmo no imaginário popular, essa concepção de verdade vinculou *objetividade* aos *objetos* — como se só pudéssemos falar de *verdade* a partir da “análise fria” de objetos do mundo, ou seja, a partir de uma *descrição*. Isso, porém, apenas obscurece a racionalidade existente nas concepções abstratas que o intelecto humano conseguiu estabelecer: os axiomas da matemática, a noção de “campo” na física, assim como os próprios juízos de valor, perderiam qualquer possibilidade de reivindicar *objetividade*, pois não existem “objetos” aos quais possam corresponder.

Para Putnam, ainda, é possível ir além: padrões de aceitabilidade racional não se limitam à verdade ou à falsidade de enunciados, mas também a como julgamos sua *adequação* e *perspicácia* — um sistema de enunciados pode falhar em nos fornecer uma *descrição satisfatória* de outras maneiras para além de ser falso. A ciência exata não se dirige apenas à descoberta de enunciados que são *verdadeiros*, mas enunciados que são verdadeiros e *relevantes*. E nessa noção de relevância há um amplo conjunto de interesses e valores. Não só isso: mesmo quando trabalhamos com os mais simples casos de *racionalidade perceptiva*, observamos o quanto de construção de teoria está envolvida. Alguém de uma cultura em que não existisse mobiliário poderia fornecer uma descrição sobre uma sala, mas, se ele não soubesse o que é uma mesa ou uma cadeira, sua descrição dificilmente transmitiria a informação que um membro dessa cultura *desejaria ter* sobre a sala.⁷⁶⁹

A verdade é que não precisamos ficar restritos à análise das condições epistêmicas da ciência moderna; se olharmos para o vocabulário da nossa linguagem como um *todo*, encontraremos um *emaranhamento muito mais profundo* de fato e valor (ético, estético, entre outros). Aqui, Putnam fornece o exemplo da palavra “cruel”: “se alguém me pergunta que tipo de pessoa é o professor do meu filho, e eu digo, ‘ele é muito cruel’, eu o critiquei tanto como

Newton, antes dele, não eram nem verdadeiras nem falsas. Isso não pode significar que o ente que elas, descobrindo, demonstram não existisse antes delas. As leis se tornam verdadeiras com Newton. Com elas, o ente em si mesmo se tornou acessível à presença. Com a descoberta dos entes, estes se mostram justamente como os entes que já eram antes delas. Descobrir assim é o modo de ser da “verdade”. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 298.

⁷⁶⁹ PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 138.

um professor quanto como um homem”. Nessa situação, seria desnecessário adicionar que ele não é um bom professor ou que ele não é um bom homem — seria bastante estranho simplesmente dizer que “ele é uma pessoa muito cruel e um bom homem”. No entanto, “cruel” também pode ser empregado *descriptivamente*, como quando um historiador escreve que tal monarca era excepcionalmente cruel, ou que as crueldades do regime provocaram um número de rebeliões.⁷⁷⁰

“Cruel” ignora a suposta dicotomia fato-valor e permite ser utilizada às vezes para um propósito *normativo* e às vezes como um termo *descriptivo*. Na literatura, essa espécie de conceito é frequentemente denominada de “*conceitos éticos densos*” (*thick ethical concepts*).⁷⁷¹ A característica tanto de descrições “negativas” como cruel quanto descrições “positivas” como “corajoso”, “temperado” e “justo” é o que o sentido de seu uso depende de uma identificação imaginária com um *ponto de vista avaliativo*: quem compreende “corajoso” apenas como “sem medo de arriscar sua vida” (*not afraid to risk life and limb*) não entenderia as importantes distinções que Sócrates faz sobre temeridade ou imprudência e coragem genuína. Decorre disso também que é sempre possível *melhorar nossa compreensão* sobre conceitos como “impertinência” ou “crueldade”.⁷⁷² Sem dúvida Putnam toca num aspecto fundamental: se algo que pode ser utilizado descriptivamente pode ter sua compreensão continuamente aprimorada, há uma permanente revisão (circular) de nossos conceitos sobre essas expressões. Hermeneuticamente, portanto, podemos acrescentar ao raciocínio de Putnam o argumento de que a verdade, mesmo no campo factual-descriptivo, não pode ser *absoluta*. Ela não é “aprisionada” pelo tempo, mas sempre é questionada e reprojeta no horizonte temporal à luz da facticidade da existência humana. Verdade depende de contexto. E isso não significa que não existam verdades, ou fatos, conseqüentemente.

⁷⁷⁰ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 34-35.

⁷⁷¹ PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 34-35. A problemática envolvendo os *thick ethical concepts* é demasiada extensa para uma análise aprofundada neste texto. De qualquer modo, sinteticamente, a discussão que os envolve parte da constatação de que não avaliamos ações e pessoas apenas como *boas* ou *más*, *certas* ou *erradas*, mas também como *gentis*, *corajosas*, *diplomáticas*, *egoístas*, *grosseiras* e *cruéis*. Esses últimos exemplos são *thick concepts*, enquanto aqueles são *thin concepts* — *bom* e *mau* têm sentido mais *amplo* e *genérico* do que *gentil* e *egoísta* (veja-se que chamar uma pessoa de *gentil* é avaliá-la como *boa* em *algum sentido*, mas chamar uma pessoa de *boa* não implica avaliá-la necessariamente como *gentil* sob algum aspecto). (VÄYRYNEN, Pekka. *Thick ethical concepts*. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/thick-ethical-concepts/>. Acesso em: 27 jan. 2021). A preocupação de Putnam nesta passagem é mostrar que o emaranhamento de fato-valor, caso aceitássemos uma dicotomia fato-valor absoluta, levar-nos-ia a “banir” todos esses *thick concepts* para o mesmo limbo dos *thin concepts*, como se palavras como “forte”, “fraco”, “acanhado”, “generoso” fossem conceitos aos quais não há *fato* correspondente.

⁷⁷² PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 39.

Para ilustrar a dimensão *valorativa* existente mesmo nas *descrições* que elaboramos sobre o mundo, Putnam apresenta seu argumento dos “super-Benthamites”. Primeiro, hipoteticamente, imaginemos uma sociedade cuja cultura esteja em concordância com nossas descrições acerca da *história*, da *geografia* e da *ciência exata*, mas que discorde quanto à *ética*: de acordo com os *super-Benthamites* (*i.e.* os integrantes dessa sociedade imaginária), a ação humana deve se pautar pela *maximização* do “*tom hedônico*” (uma elaborada medida científica de que dispõem para orientar suas ações), buscando o maior *tom hedônico* para o maior número de pessoas. Nesse contexto, os *super-Benthamites* seriam extremamente cruéis, ao ponto de, se soubessem com segurança que determinada ação traria a maior felicidade para o maior número, eles estariam dispostos a cometer as mais terríveis atrocidades — *e.g.* torturar criancinhas ou condenar pessoas por crimes que elas não cometeram seria algo aceito, desde que essas ações levassem a um *incremento* no nível da satisfação geral em um longo prazo. Nós — assim imaginamos, nos dizeres de Putnam — não nos sentiríamos muito bem com essa Moralidade dos “super-Benthamites”. Nós os condenaríamos pelo seu sistema absurdo de valores, por serem burocráticos e implacáveis. Eles replicariam, dizendo que somos “molengas”, supersticiosos, prisioneiros de uma tradição irracional.⁷⁷³

Esses desacordos se aproximam daquilo que se imagina quando dizemos que dois grupos de pessoas “podem concordar sobre todos os *fatos*”, mas ainda assim “discordar quanto aos *valores*”. Pois bem. Mas vejamos o que acontece levando o exemplo ao limite. Digamos que, às vezes, em determinadas situações específicas nessa sociedade hipotética, para a maior satisfação do maior número, mostra-se necessário contar uma mentira. De repente, percebemos que isso não significa, para os “super-Benthamites”, ser *desonesto* no sentido pejorativo. Assim, depois de um tempo, a descrição “honesto” entre eles será *extremamente diferente* do uso que ocorre entre nós — e o mesmo valerá para “atencioso”, “bom cidadão”, etc. Aos poucos, a *descrição* de relações interpessoais será bem diferente daquela do nosso vocabulário, e acabaremos por viver em mundos humanos diferentes. Não será mais o caso que “concordamos com os fatos e discordamos sobre valores”: as *descrições sobre fatos* serão diversas entre as culturas exatamente porque discordamos sobre os valores. Uma descrição adequada e perspicaz de uma sociedade não o será para a outra, e vice-versa. Não considerariamos a sua representação do mundo humano como *totalmente aceitável racionalmente*.⁷⁷⁴⁻⁷⁷⁵

⁷⁷³ PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, p. 139-140.

⁷⁷⁴ PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 140-141.

⁷⁷⁵ Sobretudo para dar sequência às questões envolvendo “*thick ethical concepts*”, o exemplo de Putnam é muito coerente e ilustrativo da problemática. Diante disso, acredito ser possível desenvolver um argumento semelhante, devidamente adaptado, considerando-se não uma sociedade hipotética que discorde quanto à moralidade, mas uma

4.2.2 Objetividade moral

Repensar a rígida divisão entre *ser* e *dever-ser*, ou entre *fatos* e *valores*, implica reavaliar suas diversas influências no nosso modo de pensar. Rechaçar que todos os enunciados devam pertencer, filosoficamente, a um dos lados da dicotomia conduz ao necessário questionamento sobre a *racionalidade do discurso*. Geralmente associamos *objetividade* às *descrições*, uma vez que essas *descrições*, vistas como *proposições factuais* sobre o mundo, estariam desvinculadas de qualquer caráter de *subjetividade* que tende a contaminar, por exemplo, nossos *juízos ético-normativos*. Teríamos *objetividade* — e, no limite, para quem admite a cisão entre *ser* e *dever-ser*, teríamos a *verdade* — nas ciências naturais, em que o cientista, observador externo por excelência, consegue um distanciamento suficiente do seu “objeto”, sem “misturar-se” com ele. Não teríamos, nessa perspectiva, *objetividade* nem *verdade* nos *juízos morais*, dada sua indissociável conexão com o sujeito que os profere.

Os argumentos em defesa do *entrelaçamento* entre fatos e valores mostram que visões como essas são, no mínimo, ingênuas. Não apenas é possível traçar *pressuposições valorativas* nas *hard sciences*, como também é possível sustentar *descrições* a partir de aspectos, aparentemente, *valorativos*. Se isso é assim mesmo, se é possível observarmos manifestações da sobreposição entre fatos e valores em diversas situações, começamos a nos indagar sobre as próprias condições da *verdade*. Independentemente de todas as sofisticadas discussões filosóficas que envolvem o assunto, parece ser razoável dizer que *algum* conhecimento temos sobre o mundo — basta ver as tantas conquistas civilizatórias e tecnológicas da humanidade. Mas, se o nosso conhecimento é indissociável de variadas dimensões normativas, quer dizer, então, que existe *racionalidade* no discurso ético? É possível conhecer a *verdade* ou a *falsidade* de um juízo moral?

Admitir uma insuperável separação entre fatos e valores geralmente traz consigo a ideia de que “*juízos de valor são não-cognitivos*”, isto é, os juízos de valor não são o tipo de asserção

sociedade que rejeite nossas tradicionais *bases epistêmicas das ciências naturais*. Essa sociedade, suponhamos, desprezaria — ou mesmo ignoraria — a Navalha de Ockham (princípio da economia, da simplicidade ou da parcimônia) no desenvolvimento de suas teorias científicas. Ela seria, assim, favorável ao maior número possível de explicações adequadas e possíveis para os fatos. Talvez uma sociedade como essa não conseguisse desenvolver a ciência do modo como a temos hoje em dia — isso não há como saber —, mas a verdade é que os axiomas e as equações dessa sociedade seriam radicalmente diferentes da nossa. Por conseguinte, suas descrições sobre os fatos científicos seriam, também, muito diferentes, e justamente porque partimos de valores epistêmicos diversos na base de nossos raciocínios.

capaz de ser classificada como *verdadeira* ou *falsa*. Na melhor das hipóteses, esses juízos expressam simplesmente as preferências ou atitudes de um indivíduo ou grupo — é isso, portanto, que significa quando se diz que eles são “meramente subjetivos”.⁷⁷⁶ Note-se, por exemplo, que a distinção entre *fato* e *valor*, já em Hume, um dos empiricistas clássicos, está associada com o seu tratamento *não-cognitivista* no campo da ética. Para ele, a Moralidade *não* deriva da razão, mas se relaciona com *sentimentos morais*. Se a razão é a descoberta da verdade ou da falsidade concernente a relações *reais* de ideias ou à existência *real* e questões de *fato*, e se é evidente que nossas paixões, nossas vontades e ações não são suscetíveis de análise de verdadeiro ou falso, é impossível declarar a moralidade *contrária* ou *conforme* à razão. Em outras palavras, ao sustentar que a moralidade é mais propriamente *sentida* do que *julgada* (racionalmente), Hume rejeita qualificá-la como *questão de fato* e a joga para o campo do *sentimentalismo*⁷⁷⁷ — o que na metaética será classificado como *emotivismo*.

Um dos mais importantes aspectos que envolvem a dicotomia fato-valor é justamente essa negação da *objetividade* no campo moral. *Questões de fato* só poderiam dizer respeito à *realidade empírica* (à percepção de sensações e demais impressões sensoriais por “objetos”). *Conceitos e juízos morais/éticos* simplesmente estão *fora* do escopo do conhecimento racional: é como se, não podendo submeter o discurso *valorativo* a uma apreciação *experimental* — entendida enquanto único “método” capaz de conduzir à verdade —, a melhor *solução* seria aceitar que as desavenças morais não só não têm nenhum *caminho epistemológico* para serem resolvidas como sequer têm uma *resposta* a ser alcançada. Ao se rejeitar a possibilidade de *verificação* dos juízos morais — *i.e.*, ser considerado como *verdadeiro* ou *falso* —, atribui-se à Moralidade uma condição tão-somente *subjetiva*, como se ela expressasse uma atitude, uma emoção ou prescrevesse alguma coisa.

Em *metatética*,⁷⁷⁸ a clássica divisão entre *cognitivismo moral* e *não-cognitivismo moral* nos fornece um terreno conceitual adequado para uma melhor compreensão do assunto. Arthur Ferreira Neto bem explica: “o cognitivista assume, pois, que os predicados morais possuem

⁷⁷⁶ Richard J. Bernstein chama essa inflexível separação entre fatos e valores de o “quarto dogma” do Empiricismo. Cf. BERNSTEIN. The pragmatic turn: the entanglement of fact and value. In: BEN-MENAHEN, Yemima (ed.). Hilary Putnam. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 253.

⁷⁷⁷ HUME, David. A **treatise of human nature** — a critical edition. Oxford : Oxford University Press, 2007. v.1, p. 294-295.

⁷⁷⁸ Disciplina da filosofia que, *grosso modo*, estuda os pressupostos dos juízos morais, como as pressuposições e os compromissos daqueles que se engajam no discurso moral propriamente dito. A preocupação na metaética é com questões de *segunda ordem* (e.g. não se pergunta, em metaética, se *determinada ação* é moralmente correta, mas se efetivamente *existem fatos éticos*; ou qual o *significado* de dizer que “matar inocentes é errado” — estamos falando de uma crença pessoal ou alguma outra coisa?) (MCPHERSON, Tristram; PLUNKETT, David. Introduction: the nature and explanatory ambitions of metaethics. In: MCPHERSON, Tristram; PLUNKETT, David (ed.). **The Routledge Handbook of Metaethics**. New York: Routledge, 2017, p. 2).

significado que pode ser comunicado com objetividade”, enquanto “para o não-cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana”.⁷⁷⁹ É verdade que há diversas definições e classificações de não-cognitivismo e cognitivismo moral, mas a ideia básica é a *possibilidade* ou *não* de *considerar* juízos morais como *certos* ou *errados*. Nesse sentido, um *cognitivista*, ao aceitar que predicados morais têm significado, pode, inclusive, aceitar que todos os predicados morais sejam *falsos*.⁷⁸⁰ O ponto é que o *cognitivista moral* considera que podemos *verificar* proposições morais enquanto *verdadeiras* ou *falsas*. Um *não-cognitivista* rechaça toda verificação — *verdadeira* ou *falsa* — dos juízos morais: simplesmente não temos como avaliá-los, pois não se referem a nada contido na *realidade*, apenas a “expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio”.⁷⁸¹

Dissociar *fatos* de *valores*, condenando esses a uma posição esvaziada de objetividade, é uma característica do *não-cognitivismo*. No *emaranhamento de fatos e valores*, todavia, reside a ideia, segundo expressão de Putnam, de que “cada fato tem uma carga de valor e cada um dos nossos valores carrega algum fato”.⁷⁸² Ao aproximarmos valores de fatos, não podemos apenas repensar a *estrutura dos valores* em favor de uma concepção mais factual, mas também os próprios *pressupostos do que é um fato*: a dicotomia — ou a lacuna — entre fato e valor deve ser reconsiderada desde ambas as extremidades.

Como dizem Stephen Darwall, Allan Gibbard e Peter Railton, o “não-cognitivismo é ameaçado não somente pela tentativa de endurecer os valores para fazê-los parecer com os fatos concretos, mas também pela tentativa de amolecer os fatos a fim de fazê-los parecer mais com os valores emotivos”.⁷⁸³ Se as *descrições* que fazemos em nossas vidas estão inevitavelmente misturadas com *valores* — “aquela teoria científica se orienta pela navalha de Ockham” ou “este relógio não está bom, pois está quebrado” —, torna-se um caminho perigoso abandonar a busca da verdade no âmbito *normativo*. Isso não significa dizer que *juízos morais* possam ser testados da mesma forma que *juízos das ciências naturais*; entretanto, não compartilhar

⁷⁷⁹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 141.

⁷⁸⁰ O exemplo é de um cognitivista que trabalhe com *teoria do erro*. (VAN ROOJEN, Mark. Moral cognitivism vs. non-cognitivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-cognitivism/>. Acesso em: 27 jan. 2021.)

⁷⁸¹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 141.

⁷⁸² PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 201.

⁷⁸³ DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. Introduction - Toward fin de siècle ethics: some trends. In: DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter (ed.). **Moral discourse and practice: some philosophical approaches**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 3-47.

estritamente o mesmo “método” para alcançar a verdade não pode ser confundido com a ausência de *objetividade*. Estando *fato* e *valor* muito mais entrelaçados do que um não-cognitivista supõe, e sabendo que *fatos existem*, “a questão que permanece viva não é se julgamentos morais ou éticos *podem ser* verdade, mas quais *são* verdade”.⁷⁸⁴

Bernstein esclarece como podemos entender a *objetividade moral* em Putnam. Ela, primeiro, não tem relação *alguma* com o realismo moral, como se houvesse “fatos morais” no mundo independentemente dos seres humanos. Putnam é intolerante a ficções metafísicas desse quilate. O ponto é que essa *objetividade* não tem relação com o modo como as coisas *são* agora; trata-se, na verdade, de um argumento *normativo*, um argumento sobre como as coisas *devem ser*. Putnam, aqui, centraliza a questão no desenvolvimento de *práticas*, práticas que envolvam a *argumentação racional* sobre o que é *certo e errado*.⁷⁸⁵

Com isso, Putnam remete à própria objetividade científica: até hoje nas ciências naturais encontramos debate sobre quais são os *melhores padrões objetivos*. As disputas, por exemplo, sobre a interpretação de Copenhague da mecânica quântica é sobre o que *deve* contar como critérios e padrões de objetividade. A objetividade é uma *conquista contínua* que deve ser constantemente *repensada*. Ela não está lançada, portanto, a uma *subjetividade totalizante*, nem pressupõe uma *verdade absoluta*. Não se trata da defesa de uma objetividade moral que existe *neste momento*, apta a ser “descoberta”, mas de um *dever* de cultivar e instituir práticas para aumentar a própria objetividade e a argumentação razoável. “Resumidamente, Putnam está defendendo a maneira pela qual uma comunidade ética deve se organizar — e, se o fizer, alcançará as condições exigidas para cultivar a objetividade moral.” É algo análogo, dirá o próprio Bernstein, ao *círculo hermenêutico*.⁷⁸⁶

Indo além, aquilo que Ronald Dworkin — importante jusfilósofo cuja visão *interpretativista* sobre o Direito será esboçada no próximo capítulo — denominou de “visão comum” (“*ordinary view*”) sobre moral é útil para esta explicação. Provavelmente quase todas as pessoas diriam que enfiar alfinetes em bebês pela diversão de ouvi-los gritar é moralmente depravado; muitos diriam que torturar suspeitos de terrorismo é moralmente errado; ou, ao contrário, que a tortura é moralmente justificada ou até exigida nesse caso. As pessoas pensam que suas opiniões sobre esses assuntos relatam a verdade e que aqueles que discordam estão

⁷⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 25, grifo nosso.

⁷⁸⁵ BERNSTEIN. The pragmatic turn: the entanglement of fact and value. In: BEN-MENACHEM, Yemima (ed.). **Hilary Putnam**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 259-260.

⁷⁸⁶ Citação direta livremente traduzida de: “*In short, Putnam is arguing for the way in which an ethical community ought to organize itself – and, if it does, then it will achieve the conditions required for cultivating moral objectivity.*” BERNSTEIN. The pragmatic turn: the entanglement of fact and value. In: BEN-MENACHEM, Yemima (ed.). **Hilary Putnam**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 260-261.

cometendo um erro. Elas provavelmente pensam que a verdade de suas convicções morais não depende do que qualquer um pense ou sinta — em outras palavras, elas pensam que torturar bebês por diversão é “realmente” ou “objetivamente” perverso. Essa atitude com relação à verdade moral — *de que pelo menos algumas opiniões morais são objetivamente verdadeiras nesse sentido* — é muito comum, e é por isso que ela representa a “visão comum”.⁷⁸⁷

Na “visão comum”, as pessoas não pensam que a injustiça (“*wrongness*”) de torturar bebês ou terroristas é uma questão de *descoberta científica*. Não pressupomos que podemos provar a correção da opinião, ou mesmo provê-la de evidências, meramente a partir de um tipo de *experiência* e *observação*. Ainda que possamos demonstrar as *consequências* empíricas de torturar bebês — o dano físico e psicológico, por exemplo —, ainda assim não conseguimos demonstrar dessa maneira que é *errado* produzir tais e tais consequências. Para fazer isso, precisamos de um argumento moral, e argumentos morais não são uma questão de demonstração *científica* ou *empírica*.⁷⁸⁸

Diferenciar a *objetividade moral* da *objetividade da ciência empírica* não implica um contraste substancial nem mesmo uma continuidade entre *fatos* e *valores*. Dizer que a proposição ética “machucar criancinhas por diversão é *objetivamente* errado” e a proposição científica “um projétil de canhão lançado em um ângulo x realiza um movimento parabólico” são *objetivamente verdadeiras* não implica adotar o *mesmo procedimento* de avaliação para ambos. Fatos e valores se (co)implicam e, não sendo possível nos colocarmos em uma posição externa à moral, precisamos trabalhar (sempre) com argumentos dotados de carga *normativa*. Rejeitar a objetividade de valores porque “eles não fazem parte do tecido do mundo” — como diria John Mackie⁷⁸⁹ — parte de um critério epistemológico da realidade que “finge ser compreensivo”, mas “exclui grandes domínios do conhecimento antecipadamente sem argumento”.⁷⁹⁰

Considerar juízos valorativos como passíveis de *verificação sobre sua veracidade ou falsidade* não implica a adoção de um realismo metafísico, como se existissem *propriedades morais* ou *entidades reais e ocultas* em algum lugar, mas, simplesmente, que nossas afirmações sobre valor e sobre o que as pessoas devem fazer podem ser verdadeiras ou falsas *independentemente de nossas crenças e inclinações (subjetivas)*.⁷⁹¹ Como disse Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, “os valores entram, em uma etapa ou outra, em todo

⁷⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 26-27.

⁷⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 27.

⁷⁸⁹ MACKIE, J. L. **Ethics: inventing right and wrong**. Londres: Penguin Books, 1990, p. 15.

⁷⁹⁰ NAGEL, Thomas. **The view from nowhere**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 141-144.

⁷⁹¹ NAGEL, Thomas. **The view from nowhere**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 144.

argumento”; nos campos do Direito, da política e da filosofia, então, eles servem como base para cada uma das etapas do desenvolvimento de um argumento.⁷⁹² Negar em absoluto a objetividade de valores ou a verdade na esfera normativa é assumir *per se* uma posição moral: não podemos escapar da valoração ao “fecharmos os olhos” para esse “lado” da existência — isso também é uma posição moral. Como provar que não existem verdades morais *exatamente* a partir de uma proposição moral?

Toda essa problematização da clivagem entre *fatos e valores*, entre *cognitivistas e não-cognitivistas*, não é mera ilação ou divagação sobre casos hipotéticos, mas sobre situações que acontecem a todo instante na nossa sociedade, com todos os seus desacordos, opiniões e políticas. Precisamos do Direito para resolver questões que nos dividem. É claro que isso não equivale a dizer que o Direito pode pôr fim, em absoluto, às controvérsias sociais. No dizer de Waldron, “[n]ós precisamos de soluções não tanto para encerrar a questão — nada pode fazê-lo —, mas de estabelecer uma base de ação comum quando a ação é necessária”.⁷⁹³

Se isso é verdade, não parece nada promissor construir uma teoria sobre o Direito que *rejeite* — ou, pior ainda, sequer contemple a possibilidade de *verificar* — a verdade no campo moral. Como diz Dworkin, a prática jurídica é “*argumentativa*” por definição: *interpretamos* todo tipo de norma legal a partir de diferentes *concepções* sobre o Direito.⁷⁹⁴ Essa estrutura interpretativa exigirá uma *valoração* sobre o próprio Direito, sobre a *melhor interpretação* acerca do fenômeno jurídico. Juízos morais — mesmo *no* Direito — *se tornam* verdadeiros, quando *são* verdadeiros, por meio de um *argumento moral* adequado à sua verdade.⁷⁹⁵ Não podemos trabalhar primeiro com “*fatos crus*” na busca da verdade para somente depois submetê-los a uma crítica avaliativa; para investigar a verdade moral, desde sempre argumentamos moralmente a partir de nossas interpretações.

4.2.3 Direito e propósito

Como desenvolver *a melhor interpretação* sobre o que *é* o Direito? O presente trabalho não pretende fornecer uma resposta definitiva para essa questão — *hermeneuticamente*, nem poderia. Todavia, esta seção é destinada a elaborar *um aspecto* em particular na busca dessa

⁷⁹² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **The new rhetoric**: a treatise on argumentation. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971, p. 75.

⁷⁹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, 2009. p. 1346-1406.

⁷⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Londres: Belknap Press, 1986. p. 90-108.

⁷⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011. p. 37.

melhor interpretação, um *início de resposta* que encontrará repercussão, de uma forma ou de outra, nos autores do próximo capítulo. A ideia principal é sustentar que há um *elemento normativo* indissociável ao fenômeno jurídico, unido a este de tal forma que qualquer explicação que não o contemple ou abranja não possa ser considerada suficiente. Veja-se: o Direito não é como uma maçã nem um peixe, não se trata de um ser inanimado nem um animal irracional. Não há dúvidas sobre isso. A problemática em torno do conceito de Direito decorre de sua condição inalienável de *prática social*. Qual é essa característica normativa primordial que podemos associar ao Direito?

Um princípio geral formulado por filósofos medievais é a de que em um argumento nada pode “aparecer” na conclusão que já não esteja nas premissas. Especificamente adaptado para o caso da *separação entre fatos e valores*, esse princípio expressa simplesmente que nenhuma *conclusão moral válida* pode ser derivada de um *conjunto de premissas factuais*. Para Alasdair MacIntyre, nada mais falso: há diversos tipos de argumentos válidos nos quais *algum* elemento pode aparecer na conclusão sem estar presente nas premissas. Ele, então, cita o exemplo formulado por A. N. Prior, segundo o qual, da premissa “ele é um capitão do mar”, a conclusão pode ser validamente inferida como “ele deve fazer o que um capitão do mar deve fazer.”⁷⁹⁶

MacIntyre reconhece que esse exemplo não resolve o problema envolvendo o “nenhum *dever* de um *ser*”, uma vez que a posição de seus defensores pode ser reformulada no sentido de que “nenhuma conclusão com conteúdo avaliativo substancial e moral” pode ser derivado de premissas factuais — no caso do capitão do mar, o “deve” expressa mais uma verdade gramatical do que uma conclusão substantiva a partir da premissa. Diante disso, ele fornece exemplos próprios: (i) das *premissas factuais* como “este relógio é muito impreciso e irregular ao marcar as horas” e “este relógio é pesado demais para se carregar de maneira confortável”, decorre a *conclusão avaliativa/valorativa* “este é um relógio ruim”; (ii) da mesma forma, das *premissas factuais* como “ele colhe mais por acre lavrado do que qualquer outro fazendeiro do distrito”, “ele tem o mais efetivo programa de renovação do solo já conhecido” e “o leite de suas vacas vence todos os primeiros prêmios nas competições”, segue-se a *conclusão avaliativa* válida “ele é um bom fazendeiro”.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**: a study in moral theory. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 57.

⁷⁹⁷ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**: a study in moral theory. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 57-58.

Os exemplos de MacIntyre corroboram a impossibilidade de se defender uma separação absoluta, um abismo intransponível, entre *ser* e *dever-ser*, ou entre *fatos* e *valores*. Distinguir fatos e valores é uma coisa; cindi-los irremediavelmente, é outra. Se prestarmos atenção, logo notamos que o princípio geral da lógica de que “nada pode aparecer na conclusão sem estar nas premissas”, ao levar em consideração apenas as conexões formais entre os elementos do argumento, *desconsidera* o caráter *substantivo* dos conceitos articulados de forma argumentativa. Visto tão irrestritamente, um princípio lógico tão generalizante quanto esse deve falhar. Mas o que há de especial nos *conceitos* a que se refere MacIntyre?

“Relógio” e “fazendeiro”, dirá o filósofo, são “*conceitos funcionais*”, o que significa que definimos tanto “relógio” quanto “fazendeiro” em termos do *propósito* ou *função* a que se espera que eles sirvam. Por conseguinte, o conceito de relógio não pode ser definido independentemente no conceito de um *bom relógio*, nem pode o conceito de fazendeiro pode ser definido independentemente daquele de um *bom fazendeiro*. O critério para algo *ser* um relógio e o critério para algo *ser um bom relógio* — o que vale para o caso do fazendeiro e todos os outros conceitos funcionais — não são independentes um do outro.⁷⁹⁸

A formulação teórica de MacIntyre consiste, portanto, na existência de *conceitos* que somente podem ser compreendidos junto com seu *propósito* ou *função*. É inegável a influência do pensamento aristotélico nos exemplos por ele fornecidos — tanto que, para ele, foi o desaparecimento da noção de funções ou propósitos humanos essenciais que causou uma aparente implausibilidade em tratar juízos morais como proposições factuais⁷⁹⁹ —, mas a sua abordagem, para esta dissertação, deve ser vista mais como uma exemplificação do raciocínio a ser elaborado em seguida do que propriamente como uma aceitação de um *telos* metafísico. Os pressupostos teóricos adotados pelo trabalho são hermenêuticos, com aproximações com as contribuições de Putnam para a dicotomia fato-valor.

Dessa forma, a noção de *conceito funcional* para explicar o Direito se funda não em uma essência imanente a todas as coisas que existem, mas no modo como o fenômeno jurídico se revela na *prática*. Essa abertura à historicidade e à facticidade do Direito é verdadeiramente hermenêutica, sendo que, para sua *mais adequada interpretação*, temos de admitir a coexistência de *elementos fáticos e normativos* no seu conceito. Por constituir uma prática social (complexa), a análise do Direito não pode ser comparada com o estudo científico da física

⁷⁹⁸ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**: a study in moral theory. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 58.

⁷⁹⁹ MACINTYRE, Alasdair. **After virtue**: a study in moral theory. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 59.

ou da química, mas deve ser conduzido *de acordo com ele mesmo*, com o seu próprio acontecer na existência humana — eis aqui a expressão hermenêutica “às coisas mesmas” em aplicação.

Assim, o Direito pode ser visto como um *conceito funcional, orientado por um determinado fim*, desde que compreendidas as necessárias bases filosóficas em que isso se sustenta. Com isso, as noções de Direito e de um *bom Direito* se aproximam: não basta apenas identificar o Direito como “fato social”, mas identificá-lo a partir de uma interpretação que considere sua *justificativa prática*, o que lhe impõe, evidentemente, um parâmetro *valorativo* de comparação. Isso faz muito sentido: práticas sociais, *grosso modo*, têm um propósito prático — é inimaginável conceber “educação escolar” à parte de sua função de integração e desenvolvimento das crianças, assim como o é imaginar “culto a divindades” sem a finalidade de salvação ou de paz espiritual, por exemplo.

Se o Direito é uma *prática social*, ou seja, algo que deriva dos atos sociais da vida humana, a *forma* como os profissionais do Direito resolvem compreender a prática jurídica importa. Isso porque, se são esses profissionais, os juristas, que dão vida à forma de ser dessas práticas, então o modo como eles concebem sua *concepção de Direito*, nos limites de suas influências, faz toda a diferença no desenvolvimento da própria prática. Sendo mais claro: se o jurista é aquele que interpreta e concretiza a prática jurídica — elaborando petições, formulando denúncias, proferindo julgamentos judiciais —, então o modo como ele percebe seu próprio trabalho influencia diretamente na própria prática social em questão, a qual, por sua vez, *constitui* o próprio Direito. O jurista, nesse sentido, *modela, dá forma* à sociedade em que vive de acordo com o modo como ele vê o Direito.

Diante desse contexto, se compreender o Direito afeta significativamente na própria aplicação das energias humanas, na prática social, então uma filosofia jurídica preocupada com a *realidade* não pode ignorar essas questões. Veja-se: o Direito enquanto prática social conjuga *ser (is)* e *dever-ser (ought)* inseparavelmente, pois quando os profissionais jurídicos *aplicam* o Direito, quando eles declaram aquilo que entendem que o Direito *seja*, eles sempre levam em conta — mesmo que *inconscientemente* — aspectos da ordem do *dever-ser*, relacionados com o próprio modo como eles concebem sua *concepção do Direito*, a qual sempre pressupõe *dimensões normativas* envolvendo o que cada um de nós pensa que o Direito deve ser.

Lon Fuller pergunta: “a adoção de uma visão ou outra afetaria o modo como o juiz, o advogado, o professor de Direito, ou o estudante de Direito, passa o seu dia de trabalho?” Ele mesmo fornece uma resposta: “certamente o homem que concebe sua tarefa como reduzir as relações dos homens a uma harmonia racional será um tipo diferente de jurista daquele que considera sua tarefa como aquela de mapear as sequências de comportamento de funcionários

idosos do Estado.”⁸⁰⁰ Eis o ponto: as *concepções de Direito*, inevitavelmente entremeadas nas práticas dos *lawyers*, ditam as próprias práticas jurídicas e, conseqüentemente, as formas da sociedade em que elas são realizadas.

A Teoria do Direito, portanto, *deve ter* como função primordial — e aqui subscrevo ao que Fuller diz — “tentar proporcionar uma direção proveitosa e satisfatória para a aplicação das energias humanas no Direito.”⁸⁰¹ Filosofar e teorizar *sobre* e *no* Direito, como já foi suficientemente referido, não pode ser a mesma coisa que uma teoria científica das ciências naturais. A *estrutura* do fenômeno jurídico é simplesmente incompatível com um “método” como aquele das *hard sciences*. Por isso a hermenêutica filosófica é especialmente relevante nesse cenário: a compreensão do *melhor modo* de compreender o Direito pressupõe um envolvimento *normativo* com esse “objeto”, o qual nunca está “separado” e “à nossa disposição”, mas desde sempre depende do modo como “vamos” até ele.

Não é à toa que tanto Lon Fuller quanto Ronald Dworkin, mesmo sendo dois jusfilósofos com matrizes teóricas diferentes (Fuller é associado ao *Direito Natural* mais contemporâneo, enquanto Dworkin é da corrente *interpretativista*⁸⁰²), relacionam, cada um a seu modo, o *Direito com a narração de histórias* (Fuller) e *com a elaboração de um romance em cadeia* (Dworkin). Os dois concordam, portanto, que há uma dificuldade particular em se traçar uma linha entre o *is* e o *ought* em um domínio do conhecimento determinado por uma *práxis* humana criativa.

Se eu quiser (re)contar uma história que ouvi, exemplifica Fuller, há *dois aspectos* em jogo: (i) a *história como eu a ouvi*, isto é, a história *como ela é* quando primeiramente contada; e (ii) a *minha própria concepção do seu objetivo* (“*point*”), ou seja, a minha noção de como a história *deve(ria) ser*. Ao narrá-la, não estimo o “peso” desses dois aspectos; todavia, se a história me foi mal contada, eu serei mais guiado pela minha concepção de como a história *deve(ria) ser*, e, se a história me foi contada por um excelente contador de histórias, talvez eu me esforce para reproduzir suas exatas palavras, mas sempre terei de preencher as lacunas de minha memória com minha própria concepção de como a história *deve(ria) ser*. Há uma *complementaridade* entre esses dois elementos, os quais se somam para dar forma à história enquanto a conto. A história contada, assim, “é um produto do *is* e do *ought* trabalhando

⁸⁰⁰ FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1966. p. 3-4.

⁸⁰¹ FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1966. p. 2.

⁸⁰² Mais sobre isso no próximo capítulo.

juntos.”⁸⁰³ Eles estão tão “*inextricavelmente entrelaçados*”⁸⁰⁴ que podemos dizer que “a história” é algo que abrange *ambas* essas dimensões.⁸⁰⁵

Segundo Fuller, o *objetivo/propósito* (“*point*”) fornece à história a sua *unidade essencial*. Não se trata de algo *absoluto* ou *eterno*, mas um elemento que, embora constitua parte indissociável da estrutura da história, é passível de ser *alterada*, conforme novos contadores de histórias a relatam. Pode-se chegar em uma altura em que a história foi tão aprimorada que ela se tornou uma nova história.

“Em algum sentido, então, a coisa que chamamos de ‘a história’ não é algo que é, mas algo que se torna”, revela Fuller; “não é um pedaço duro da realidade, mas um processo fluido, que é tão direcionado pelos impulsos criativos dos homens, pela sua concepção da história como ela deve ser, quanto pelo evento original que desbloqueou esses impulsos.”⁸⁰⁶ O *ser* e o *dever-ser* são igualmente “reais”, e juntos estão unidos no mesmo fluxo de contar e recontar

A metáfora de Ronald Dworkin do Direito como “romance em cadeia” (“*chain novel*”) — um empreendimento coletivo entre autores com o intuito de produzir uma única obra — segue uma linha de raciocínio muito similar. Em um “romance em cadeia”, cada romancista *interpreta* os capítulos que lhe foram dados para escrever um novo capítulo, o qual então é adicionado ao material a ser recebido pelo próximo romancista, e por aí segue. O papel de cada um desses romancistas é conceber um capítulo de forma com que o romance construído seja o *melhor que ele possa ser*. Há, portanto, uma *responsabilidade de continuidade*: os diferentes autores buscam criar um romance *como se fosse o trabalho de um único autor*, em vez de um produto de diversas cabeças. Esse cenário envolve, assim, uma série de *juízos valorativos* sobre como “encaixar” um novo texto àquele já elaborado, juízos sobre *coerência* textual e *integridade*, refletindo não apenas valores literários formais, mas também, indissociavelmente, juízos estéticos *substantivos*.⁸⁰⁷ Pela própria natureza de sua tarefa, a interpretação do romancista sempre estará *constrangida* pelos capítulos anteriores e se prestará a *constranger* os romancistas futuros.

Conforme ilustra Dworkin, o processo decisório dos juízes é como o processo de escrita do “romance em cadeia”. O juiz é um autor na “*cadeia do Direito*” (“*chain of law*”): ele sabe

⁸⁰³ “*It is a product of the is and the ought working together.*”

⁸⁰⁴ “*Inextricably interwoven*”.

⁸⁰⁵ FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1966. p. 8-9.

⁸⁰⁶ Tradução livre para: “*In a sense, then, the thing we call ‘the story’ is not something that is, but something that becomes; it is not a hard chunk of reality, but a fluid process, which is as much directed by men’s creative impulses, by their conception of the story as it ought to be, as it is by the original event which unlocked those impulses.*” Cf. FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1966. p. 9.

⁸⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 228-232.

que outros juízes já decidiram casos com problemas relacionados com aqueles com os quais ele se depara. Ele deve ver suas decisões, portanto, como parte de uma longa história que ele deve *interpretar* e então *continuar*, a partir de seu próprio julgamento de como desenvolver a história da *melhor forma possível*.⁸⁰⁸ Isso implica não quaisquer juízos morais, mas *juízos de moralidade política* que guardam coerência com o seu contexto.

O Direito, assim em Fuller e também em Dworkin, não se volta para a “descoberta” ou “reprodução” de certos propósitos de pessoas ou grupos ao longo do fio da história jurídica, mas à *atribuição*, ou à *imposição*, de *propósito* sobre o texto, dado ou tradição a ser interpretada. *Sempre atribuímos sentido*: essa é a lição hermenêutica da qual Fuller e Dworkin compartilham. A interpretação jurídica sempre contará com uma *característica criativa* derivada dos próprios *aspectos normativos* da prática.

Dizer que o conceito de Direito *deve ser* definido sem rejeitar sua dimensão normativa significa assumir que há *bom Direito*, quer dizer, que há Direito que regula adequadamente a vida em sociedade — em vez de, por exemplo, Direito com o objetivo de acumulação de poder em nome deste indivíduo ou daquela família. Ao defender um *propósito específico* ou *função* ao Direito, a própria compreensão-interpretação do seu fenômeno sempre deve pressupor e considerar essa sua característica particular. Com isso, de alguma forma, a depender das diversas formulações teóricas possíveis, é possível sustentar, no Direito, longe da artificialidade e infertilidade do “método científico” no Direito, assim como de uma incontável subjetividade, a *razão prática intersubjetivamente compreendida*. Não qualquer *razão prática*, portanto, mas uma que seja passível de *controle racional* diante do contexto em que é concretizada. Nada de fantasmas metafísicos nem de criações “assujeitadores” do sujeito pensante.

⁸⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 238-239.

5 LEVANDO A MORALIDADE A SÉRIO

“Parece-me difícil que se possam apresentar bons argumentos para provar a oportunidade do ponto de vista contrário, isto é, que a ciência jurídica deva se ocupar do direito como deveria ser, ou melhor, do direito existente sob a condição de ser conforme um direito ideal ou racional. O exemplo da linguagem é apropriado: o linguista — que se ocupe de línguas mortas ou de vivas — considera linguagem o que é efetivamente falado, não importa que ela seja bárbara ou refinada, vulgar ou culta. No limiar da pesquisa, o cientista abandona os juízos de valor. Assim, no que diz respeito ao direito, não se vê o motivo pelo qual o que se admite sem dificuldade para a história do direito não deva ser considerado para o estudioso de um direito vigente, ou seja, que é direito e, portanto, objeto de pesquisa da ciência jurídica, tanto o justo quanto o injusto. Todos concordam com esse ponto de partida? Então, todos são positivistas, mesmo sem saber.”⁸⁰⁹

(Norberto Bobbio)

O leitor mais atento observará que as longas e complexas disputas entre as manifestações do jusnaturalismo e do positivismo jurídico envolvem, justamente, a *melhor forma* de explicar o *conceito de Direito*. De um lado, o jusnaturalismo contempla uma complexa relação entre o *ser* e o *dever-ser*, e, de outro, o positivismo jurídico insiste na possibilidade de esclarecer o *ser*, independentemente de considerações sobre o *dever-ser* — isso em linhas muito gerais, claro; como se viu, há muitas nuances entre as próprias formas assumidas dentro de uma ou outra matriz teórica. Um questionamento, fundamental, que se apresenta é o seguinte: é possível estabelecer uma relação entre *ser* e *dever-ser* no Direito sem insistir em concepções metafísicas sobre a natureza (tal como apregoado por tantas posições jusnaturalistas) ou na redução das práticas jurídicas a meros fatos (na esteira do positivismo jurídico)?

Diversas formulações jusnaturalistas, *metafisicamente*, apostavam na *racionalidade da razão prática*, como os *juízos normativos*, enquanto os diferentes positivismos jurídicos, de caráter notoriamente *empiricista*,⁸¹⁰ descartavam qualquer espécie de controle racional efetivo sobre enunciados com (alguma) carga subjetiva. O capítulo antecedente objetivou lançar as bases filosóficas para o repensamento dessa estrutura. Não precisamos “jogar a criança fora com a água do banho”: se as bases metafísicas da tradição não se mostraram suficientes nem

⁸⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2016. p. 149-150.

⁸¹⁰ Quem aborda (brilhantemente) a relação entre positivismo jurídico e o seu *caráter empiricista* é Lenio Streck, um dos autores a serem abordados neste capítulo. Segundo ele, todas as diferentes teorias positivistas estão fundadas em um paradigma *empiricista* — os positivistas, invariavelmente, dirigem-se aos *fatos*, às *evidências empíricas*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 285.

adequadas para dar conta do nosso modo de compreender o mundo — aí incluídas as próprias práticas jurídicas —, não é consequência lógica assumir uma posição descritivista-empiricista; da mesma forma, se as formulações positivistas não deram conta da complexa realidade do fenômeno jurídico, disso não se deduz que devemos abandonar toda tentativa de contornar a discricionariedade, ou, pior, que devemos reassumir uma perspectiva metafísica. Entre os extremos, o caminho do meio se encontra na *reabilitação do raciocínio prático*, soterrado nos escombros do Direito Natural pelo positivismo jurídico.

Isso não quer dizer, evidentemente, que é necessário resgatar o Direito Natural. O raciocínio prático deve ser *reabilitado, recuperado*, e não simplesmente importado acriticamente. Há muitos elementos inconciliáveis entre os jusnaturalismos apresentados com os próprios pressupostos deste trabalho, a começar pela incompatibilidade com a linha hermenêutica propugnada: os jusnaturalismos, em geral, estão relacionados com *ideias metafísicas* que não podem ser admitidas no paradigma hermenêutico. Formas eternas, *telos* imanente à realidade, razão divina, verdades absolutas, todos esses são aspectos que remetem a uma transcendência que nada tem de hermenêutica. Todavia, apresentar tantas formulações jusnaturalistas, para além de desfazer mal-entendidos que circundam o Direito Natural, servem também para formar uma nova interpretação do agir prático. Quer dizer, os pressupostos teóricos não são os mesmos, isso é certo, mas a lição de que o Direito não *acontece* como um dado científico, mas dentro de um determinado contexto social que o *concebe* e o *constrange*, exige-nos uma *abertura à racionalidade de suas dimensões normativas*. Se o *ser* do Direito está sempre *emaranhado* com o seu *dever-ser*, nenhuma Teoria do Direito pode esclarecer devidamente o conceito ao qual se dirige sem lidar com o *mundo prático*. Ser e dever-ser, fato e valor, certo e errado estão imbricados de tal forma que apenas uma *terapia interpretativa*, uma articulação adequada entre essas ideias, pode clarificá-lo *sob sua melhor luz*.

A passagem de autoria de Norberto Bobbio, cuja transcrição se encontra na página anterior, reflete muito bem dois aspectos muito caros aos defensores da causa positivista: (1) a crença de que é possível o jurista “despir-se” de juízos valorativos na compreensão do Direito, (2) visto como algo capaz de ser capturado a partir de uma observação externa. “Método” e “objeto”, duas noções que, por não serem *separáveis* — pois o *problema do método é inteiramente determinado por seu objeto*⁸¹¹ —, sofrem toda sorte de equívocos. A resposta à pergunta de Bobbio que inaugura esta parte, portanto, precisa ser *não*.

⁸¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015. p. 413.

E por que não? Este capítulo é dedicado a esclarecer como *três* Teorias do Direito em particular articulam Direito e Moralidade, entre *ser* e *dever-ser*, estabelecendo uma *necessária* (e *fundamental*) relação entre esses conceitos: (i) Lon Fuller e a sua “moralidade interna” do Direito; (ii) Ronald Dworkin e o seu interpretativismo; e (iii) Lenio Streck e a sua Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). É preciso esclarecer, desde logo, para evitar qualquer possível confusão, que as contribuições do capítulo anterior *não* são trabalhadas da mesma forma por cada um dos autores a serem analisados. Lon Fuller e Ronald Dworkin não partem, necessariamente, dos pressupostos das fenomenologia hermenêutica (embora Dworkin se refira a Gadamer algumas vezes em suas obras), e Lenio Streck, hermeneuta *par excellence*, não costuma trabalhar com a relação entre *ser* e *dever-ser* a partir dos trabalhos de Putnam.

Isso, entretanto, não deve ser visto como uma perda na qualidade da articulação dos argumentos desta dissertação. É justamente o contrário: expor as ideias da hermenêutica filosófica (e da filosofia hermenêutica), junto com os trabalhos do pragmaticista Putnam e os conceitos funcionais, serviu para mostrar que, mesmo trabalhando em contextos filosóficos diferentes, é possível ver uma *conexão entre fatos e valores* que *pode — e deve —* ser trazida para a discussão jurídica. Se é verdade que não precisamos ocupar-nos dos mesmos autores para chegar a conclusões (muito) similares, então existe algo de *profundamente verdadeiro* sobre o que se propõe.

O objetivo deste capítulo não é esgotar os pontos abordados pelos referidos autores. Evidentemente que esta investigação exigirá uma análise de aspectos essenciais de suas obras, uma vez que a relação entre Direito e Moralidade se encontra no coração de suas propostas. O argumento a ser feito é, acima de tudo, a *possibilidade de se levar a sério o aspecto moral do Direito sem abrir mão da racionalidade*.

Esses autores, cada um a seu modo bastante particular, articulam ideias que (i) colocam a Moralidade como *elemento essencial* do Direito, mas que, de alguma forma, (ii) não recaem em *relativismos* como o positivismo jurídico (iii) nem apostam em noções “absolutas” sobre certo e errado para justificarem suas posições. A seleção dessas obras se orientou pelas significativas e distintas contribuições à Teoria do Direito: Lon Fuller, assim como Ronald Dworkin, são da tradição do *common law*, e propõem, o primeiro, uma teoria considerada como jusnaturalista — o que apenas reforça a importância de se revisitarem certos aspectos do Direito Natural —, e o segundo, uma posição que se distancia tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico. Lenio Streck desenvolve sua perspectiva teórica a partir da tradição continental, trazendo os aportes de Heidegger e Gadamer em seu pensamento e elaborando uma abordagem no contexto da realidade brasileira. Em todos, como se verá, o resgate da

racionalidade prática — ou do mundo prático — se dará com base no significado dos *princípios* para o fenômeno jurídico.

5.1 LON FULLER E O DIREITO NATURAL PROCEDIMENTAL

Conforme já foi indicado no capítulo anterior, Lon L. Fuller (1902-1978) não rejeita sua afiliação às teorias do Direito Natural. No entanto, como este mesmo trabalho tentou mostrar, a partir das diversas manifestações do jusnaturalismo, é preciso ir além dos meros rótulos. O Direito Natural, em Fuller, nada tem a ver com uma “onipresença nos céus” nem com “leis superiores” ou qualquer expressão que o valha. Sua formulação jusnaturalista é de origem e aplicação *inteiramente terrena*. Para ele, admitir que existem *leis naturais* concernentes ao Direito é como admitir que existem *leis naturais* relativas à carpintaria: são como “aquelas leis respeitadas por um carpinteiro que deseja que a casa que ele constrói permaneça de pé e sirva ao propósito daqueles que nela vivem.”⁸¹²

Para Fuller, de fato, há uma *relação necessária* entre Direito e Moralidade. Todavia, sua formulação teórica não envolve a imposição de limites morais *substantivos* ao Direito, mas, isso sim, de sua sujeição a uma Moralidade *procedimental*. Essas *leis naturais* que constroem o Direito, dirá Fuller, “nada têm a dizer a respeito de tópicos como poligamia, o estudo de Marx, a adoração de Deus, imposto de renda progressivo, ou a subjugação das mulheres”.⁸¹³ Tudo isso, conforme o autor, se refere a algo que ele chama de “*moralidade externa do Direito*.”⁸¹⁴ Os seus esforços, por outro lado, se direcionam ao que ele denomina de “*moralidade interna do Direito*”,⁸¹⁵ uma versão essencialmente *procedimental do Direito Natural*.⁸¹⁶

A expressão “procedimental”, aqui, refere-se não aos fins substantivos das regras jurídicas, portanto, mas às “*maneiras pelas quais um sistema de regras para governar a conduta humana deve ser construído e administrado para ele ser eficaz e ao mesmo tempo permanecer o que ele pretende ser*.”⁸¹⁷ Os *princípios de legalidade* que desenvolverá Fuller,

⁸¹² Tradução livre de: “*They are like the natural laws of carpentry, or at least those laws respected by a carpenter who wants the house he builds to remain standing and serve the purpose of those who live in it.*” Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 96.

⁸¹³ Tradução livre de: “*They have nothing to say on such topics as polygamy, the study of Marx, the worship of God, the progressive income tax, or the subjugation of women.*” Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 96.

⁸¹⁴ “*External morality of law*”.

⁸¹⁵ “*Internal morality of law*” ou “*inner morality of law*”.

⁸¹⁶ “*Procedural natural law*”.

⁸¹⁷ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 97.

conforme o vocabulário que ele adota, serão revestidos muito mais por uma *moralidade de aspiração* do que por uma *moralidade de dever*. Esse caráter *aspiracional* do Direito tem uma notória conexão com a filosofia grega: assim como a Moralidade da *vida boa*, da excelência, da plena realização das capacidades humanas não nos diz *exatamente* o que devemos ou não devemos fazer, mas, antes disso, nos fornece uma *ideia geral da perfeição* que devemos visar, também o Direito, visto a partir de sua *moralidade aspiracional, interna*, deve se orientar por *padrões de legalidade* que visem à sua excelência, os quais fornecem as condições essenciais que o permitem qualificar, justamente, como Direito.⁸¹⁸

São *oito* os princípios de legalidade para Lon Fuller: (i) *generalidade* — deve haver regras/leis, de forma que cada caso não seja decidido *ad hoc*; (ii) *publicidade* — as leis devem ser publicadas, ou seja, devem ser acessíveis ao público; (iii) *prospectividade* — as leis devem, em geral, visar à sua aplicação futura (evidentemente, isso não exclui a possibilidade de efeitos retroativos em determinadas circunstâncias); (iv) *clareza* — as leis, na medida do possível, devem se expressar de modo com que o cidadão possa identificar o seu sentido (isso não exclui noções vagas e imprecisas como “boa-fé” e “devido cuidado”, que muitas vezes são mais adequadas do que uma definição rigorosa e limitadora); (v) *não-contradição* — uma lei não pode proibir o que outra permite (trata-se de um aspecto de *consistência* ou *incompatibilidade* entre as leis); (vi) *praticabilidade* — as leis não devem exigir o impossível, ou seja, elas devem ser possíveis de serem observadas/cumpridas; (vii) *estabilidade/constância no tempo* — as leis não devem ser alteradas muito frequentemente, mantendo-se as demandas impostas aos cidadãos relativamente constantes; (viii) *congruência entre a ação dos oficiais jurídicos e a regra declarada* — a mais complexa das aspirações relativas à moralidade interna do Direito, ela significa, em linhas gerais, que não deve haver discrepância entre a lei como foi declarada e o modo como ela é administrada.⁸¹⁹ Embora haja diversas nuances e problemas específicos envolvendo cada um desses aspectos, esse é, em brevíssima síntese, o quadro dos *princípios de moralidade interna (procedimental) do Direito*, isto é, os *princípios (formais) de legalidade* a que alude Fuller.

A base teórica articulada pelo autor para justificar esses princípios entrelaçados não pressupõem — e isso deve ficar bem esclarecido em razão da própria matriz hermenêutica deste trabalho — *nenhuma das alegações metafísicas* relacionadas com a filosofia aristotélico-tomista do Direito Natural. Na verdade, a autoridade normativa desses princípios é “derivada da prática judicial estabelecida, ou de previsões explícitas contidas nas fontes convencionais do

⁸¹⁸ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 41-42.

⁸¹⁹ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 46-81.

Direito.”⁸²⁰ Pode-se dizer, assim, que a fundação do Direito Natural de Fuller reside na *atribuição de sentido à própria prática jurídica*, sem recurso a questões metafísicas como *essência* ou *Deus*.

Na obra *fulleriana*, o Direito é definido como “o empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras.”⁸²¹ Esse empreendimento, esse esforço, é evidentemente *humano*: são as pessoas que se dedicam a limitar suas próprias condutas na vida social. Até aí nada de novo, senão pelo fato de que, em Fuller, as atividades humanas são *orientadas para um propósito específico*. O Direito, como prática social humana, é também “o produto de um esforço continuado *com propósito*.”⁸²² A criação e a manutenção de um sistema que se dirija à regulação da conduta humana por meio de regras dependem de raciocínios e práticas que interpretem o próprio *propósito* desse sistema.

É preciso reforçar, nesta altura, algo que foi dito no capítulo anterior: em Fuller, o Direito é um *conceito funcional*, um conceito que *depende*, em sua própria configuração, de seu *propósito específico* — como dito, *sujeitar a conduta humana à orientação e ao controle de regras gerais*. Não há compreensão de Direito sem compreensão de sua função. Nisso Fuller colide frontalmente com a concepção, mais *positivista*, de Direito como “*fato social*”. De acordo com a visão de Fuller, o Direito *visa* a alguma coisa, ele tenta “fazer algo” ou “tornar-se alguma coisa”; ele não apenas é. Há, portanto, uma *intencionalidade* que lhe é característica em virtude de sua proveniência — as *práticas humanas*. Essa proposta conceitual bastante própria de Fuller, dirá Lenio Streck, é uma *vantagem* diante do positivismo jurídico, na medida em que ela rechaça a tradicional *separação entre Direito e Moralidade*: somente um paradigma filosófico superado poderia sustentar uma *descrição neutra* (ou *avaliativa*) do Direito.⁸²³

O exemplo da imbricação das esferas do *ser* e do *dever-ser* no ato de contar uma história⁸²⁴ tem a ver, justamente, com essa incompatibilidade entre *conceitos funcionais* e *descrições destituídas de juízos de valor* (ou seja, meras *reproduções*). Não se pode, portanto, apreender o Direito *estaticamente*, como um objeto à mão, mas apenas na medida em que *interpretamos* sua dimensão de *aspiração*, aquilo que entendemos que ele *deva ser*. Para Fuller,

⁸²⁰ COVELL, Charles. **The defence of natural law**: a study of the ideas of law and justice in the writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F. A. Hayek, Ronald Dworkin & John Finnis. New York: St. Martin’s Press, 1992. p. 48.

⁸²¹ Tradução livre de: “[L]aw is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules.” Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 106.

⁸²² Tradução livre de: “[...] the product of a sustained purposive effort.” Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 106.

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 178.

⁸²⁴ Conforme explicado no item 4.2.3 desta dissertação.

tanto quanto uma história tem um “*point*” — *i.e.* um *propósito* — que “fornece sua unidade essencial”, também o Direito procura um *objetivo*. A lei ou a decisão, como a anedota, não é um mero segmento do ser, mas um *processo de tornar-se*:

Ao ser reinterpretado ele se torna, em graus imperceptíveis, algo que não era originalmente. O campo de possíveis objetivos é preenchido com figuras sobrepostas, e a tentativa de traçar distintamente uma dessas figuras quase inevitavelmente cria um novo padrão. Ao se tornar mais claramente o que é, a regra do caso se torna o que ela previamente apenas tentava ser. Nessa situação, distinguir agudamente entre a regra que é, e a regra como ela deveria ser, é lançar mão de uma abstração estranha aos dados brutos que a experiência nos oferece.⁸²⁵

Esse empreendimento pode, sem dúvidas, ser apenas *parcialmente* exitoso: tratando-se de práticas humanas, os esforços empregados para um sistema jurídico vir a ser podem não ser capazes de dotá-lo de *excelência* — *i.e.* na situação em que todos os oito princípios de legalidade encontram-se tão bem *afinados* que pouco ou nada precise de ajuste. A título de exemplo, um sistema jurídico que não dê a devida publicidade a determinada categoria de leis, por uma razão ou outra, não observa de modo *excelente* o princípio interno de publicidade; em um outro caso hipotético, o fato de existirem leis *não tão claras* como outras também diminui o “grau” de atendimento ao princípio interno da clareza. Muitos outros exemplos poderiam ser fornecidos, mas o ponto é que o Direito, como qualquer outra prática humana, também está sujeito a *variados graus de sucesso*. O Direito não é como um *pedaço de material inerte* — como se simplesmente *existisse* ou *não existisse*.⁸²⁶

Esses oito critérios (*princípios de legalidade*), portanto, constituem as *condições indispensáveis* de existência de um sistema jurídico, podendo eles ser cumpridos em *parte* ou *totalmente*. O ponto de Fuller é que *todos* devem *coexistir*, mesmo que *minimamente*, para que um sistema jurídico possa, legitimamente, ser considerado sistema jurídico. Somente com um grau mínimo de atendimento a cada um desses requisitos, consegue o Direito cumprir a sua *função*, o seu *propósito*. É por isso que Fuller argumenta que a “falha total” (“*total failure*”),

⁸²⁵ Tradução livre de: “By being reinterpreted it becomes, by imperceptible degrees, something that it was not originally. The field of possible objectives is filled with overlapping figures, and the attempt to trace out distinctly one of these figures almost inevitably creates a new pattern. By becoming more clearly what it is, the rule of the case becomes what it was previously only trying to be. In this situation to distinguish sharply between the rule as it is, and the rule as it ought to be, is to resort to an abstraction foreign to the raw data which experience offers us.” Cf. FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1966. p. 10.

⁸²⁶ Fuller considera “espantoso” (*astounding*) o limite a que chegou a filosofia jurídica para defender a tese de que o Direito simplesmente “existe” ou “não existe”. Para ele, em uma crítica direta ao modo “frio” e “científico” de ser do positivismo jurídico, apenas uma tese (equivocada) como essa poderia permitir que os jusfilósofos considerassem que as “leis” baixadas pelo partido nazista em seus últimos anos eram tão *juridicamente* leis como aquelas da Inglaterra ou da Suíça. Uma outra grave consequência dessa tese, afirma Fuller, é a noção de que a obrigação moral do cidadão alemão decente de obedecer a essas leis não seria em nada afetada pelo fato de que elas eram, em parte, mantidas à parte de seu conhecimento, ou que continham amplas delegações de discricionariedade administrativa para redefinir os crimes que elas tipificavam. Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 123.

isto é, o descumprimento total de *algum* desses oito critérios “não resulta simplesmente em um mau sistema de Direito”, mas em “algo que sequer pode ser propriamente chamado de sistema jurídico.”⁸²⁷

Nesse contexto, o oitavo princípio que torna o Direito possível, o princípio de *congruência entre a ação dos oficiais jurídicos e a regra declarada*, tem especial relevância na relação sistemática entre os diferentes princípios, em virtude da grande variedade de maneiras por meio das quais essa *congruência* poderia ser comprometida ou, mesmo, destruída: “interpretação equivocada, inacessibilidade do Direito, falta de visão acerca do que é exigido para manter a integridade de um sistema jurídico, suborno, preconceito, indiferença, estupidez, e um ímpeto em direção a poder pessoal.”⁸²⁸ As muitas formas de ameaçar a congruência em um sistema jurídico derivam das diversas maneiras com que o Direito pode se apresentar inadequado — uma *contradição* em determinado dispositivo jurídico prejudica sua correta aplicação; uma punição criminal que *retroaja*, tipificando condutas praticadas no passado, também afeta a conformidade da ação das autoridades.

A *congruência* é princípio que, de uma forma ou de outra, inter-relaciona-se com os demais. E isso realça o papel do Judiciário, entendido como a instância responsável por impedir ou corrigir discrepâncias entre o Direito como *declarado* e como *realmente aplicado* — em muitos países, naqueles em que os juízes assumem essa função, eles devem *zelar* pela congruência, portanto. Surge, então, o *problema da interpretação* como questão primordial na moralidade interna do Direito. O que Fuller tem a dizer sobre isso? “A legalidade”, diz ele, “exige que juízes e outros oficiais apliquem o direito estatutário, não de acordo com seus caprichos ou com uma literalidade mal-humorada, mas em concordância com os princípios de interpretação apropriados à sua posição em toda a ordem jurídica.”⁸²⁹

Os juízes têm responsabilidade na interpretação do Direito, devendo pautar-se pelos próprios *princípios de moralidade interna* que configuram um sistema jurídico. O exemplo de Fuller é didático: mesmo que não exista *proibição explícita* contra legislação vaga ou obscura na Constituição norte-americana, é razoável que se decida que um estatuto criminal que não forneça uma descrição clara do ato que proíbe seja declarado inconstitucional por violar o “devido processo legal”.⁸³⁰ Há parâmetros de legalidade a serem observados — *e.g.* no caso em

⁸²⁷ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 39.

⁸²⁸ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 81.

⁸²⁹ Tradução livre de: “*Legality requires that judges and other officials apply statutory law, not according to their fancy or with crabbed literalness, but in accordance with principles of interpretation that are appropriate to their position in the whole legal order.*” Cf. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 82.

⁸³⁰ FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 102-103.

questão, o princípio da clareza pode ser apontado como um vetor de sentido para a definição da violação ao “devido processo legal”.

A partir do Direito Natural procedimental de Fuller, a ideia de “zona de penumbra” de Hart e sua inerente conexão com a discricionariedade dos intérpretes mostra-se, se não absolutamente equivocada, *desnecessária*. A interpretação, constatará Fuller, não diz respeito à análise do sentido de palavras individuais, mas a um contexto concernente a uma frase, um parágrafo, uma página inteira ou mais de texto. Se há uma regra que proíbe veículos em um parque público, não há problema em se expor um tanque de guerra como monumento histórico:⁸³¹ quer dizer, para o *propósito da regra*, um tanque em exposição não é um veículo que causará perturbações ou incômodos às pessoas que transitam no parque, por exemplo. Há um *contexto* que constrange o intérprete e desde sempre orienta sua tarefa interpretativa.

5.2 RONALD DWORKIN E O INTERPRETATIVISMO

Na obra de Ronald Dworkin (1931-2013), a relação entre Direito e Moralidade não se dá de modo meramente procedimental, mas de uma maneira profundamente *substantiva*. A argumentação moral e a argumentação jurídica, em Dworkin, estão *irremediavelmente entremeadas*. Para ele, a *compreensão* e a *aplicação* do Direito não podem ser percebidos separadamente. É por isso que ele dirá que, assim como “o raciocínio jurídico é um exercício de *interpretação construtiva*”, também “o Direito consiste na *melhor justificação* de nossas práticas jurídicas como um todo,” ou seja, “na história narrativa que faz dessas práticas as *melhores que elas podem ser*.”⁸³² Essas expressões entre aspas, de autoria do próprio Dworkin, mostram que o Direito depende, em seu próprio modo de ser, de *dimensões valorativas*. Assim, o Direito, é claro, emerge das práticas sociais que o constituem, mas essas práticas estão sempre amarradas a uma *atitude interpretativa* em que *ser* e *dever-ser* se misturam.

Em seu imensamente influente artigo intitulado “*O modelo de regras I*”, Dworkin desenvolve sua primeira crítica, um “*general attack*” ao positivismo jurídico, em especial na forma assumida na formulação teórica de H. L. A. Hart. Em síntese, ele define o “esqueleto” do positivismo a partir de *três aspectos* relacionados logicamente entre si: (i) as regras jurídicas de uma sociedade são identificadas e distinguidas de outros tipos de regras por testes

⁸³¹ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 663, fev. 1958.

⁸³² Grifos meus. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. vii.

relacionados não com o seu conteúdo, mas com as *fontes sociais das quais emanam*, isto é, por meio de seu *pedigree* (a validade das normas jurídicas decorre de uma *questão de fato*, como no exemplo da *regra de reconhecimento*); (ii) o conjunto de regras jurídicas válidas constituem *todo o Direito*, quer dizer, elas *são* o Direito em sua integralidade, de modo que, se um caso não está claramente coberto por uma regra, o juiz deve exercer sua *discricionariedade* e ir *além do Direito* em busca de algum padrão para “criar” ou “suplementar” o Direito; e (iii) dizer que alguém tem uma “obrigação legal” significa que seu caso se enquadra em determinada regra válida que exige que ele faça ou deixe de fazer alguma coisa.⁸³³

O Direito, *positivisticamente*, é uma *questão de fato*, portanto. Isso não é novidade nesta altura do trabalho. O curioso e inovador argumento que Dworkin vai trazer é “o fato de que, quando juristas raciocinam ou discutem sobre direitos jurídicos e obrigações, [...] eles fazem uso de padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas públicas, e outros tipos de *standards* [padrões].”⁸³⁴ Dworkin combate as premissas positivistas, autodeclaradas *científicas* e *descritivas*, com noções colhidas na própria prática jurídica — é *justamente* na manifestação “*empírica*” do fenômeno “Direito” que o jusfilósofo encontrará fundamentos para sustentar o papel da Moralidade na argumentação jurídica. Se é verdade que o positivismo “é um modelo de e para um sistema de regras”, então “sua noção central de um teste fundamental único para o Direito nos força a esquecer os importantes papéis desses *standards* [padrões] que não são regras.”⁸³⁵

Com o objetivo de esclarecer a sua diferença frente às regras e a importância dos *princípios* para o Direito, Dworkin se utiliza de dois famosos casos do Direito norte-americano. (i) Em um deles, o caso *Riggs v. Palmer*, de 1889, uma corte de Nova York precisava decidir se um neto, que havia assassinado seu avô, poderia receber a herança deixada por este em seu testamento. Em sua decisão, a corte considerou que todas as leis e todos os contratos podem ter seus efeitos controlados pelas *máximas fundamentais do common law*: “ninguém pode tirar proveito de sua própria fraude, ou de tirar vantagem de seu próprio erro, ou fundar qualquer reivindicação sobre sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por crime próprio.” Com base nisso, o homicida não recebeu a herança. (ii) Em outro, o caso *Henningsen v. Bloomfield*

⁸³³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 17.

⁸³⁴ Tradução livre e adaptada de: “*the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 22.

⁸³⁵ Tradução livre e adaptada de: “*Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 22.

Motors, Inc., de 1960, uma corte de Nova Jersey se deparou com a questão sobre se — ou quanto — uma fabricante de automóveis poderia limitar sua responsabilidade no caso de o veículo ser defeituoso. Henningsen, que havia adquirido um carro, questionava o contrato, assinado na compra, que limitava a responsabilidade da fabricante a corrigir, “deixar boas”, eventuais partes defeituosas. Segundo o requerente, a fabricante deveria ser responsabilizada por gastos médicos e outros dispêndios decorrentes de uma colisão. A corte, apesar de inexistente lei que amparasse o direito do autor, concordou com ele, e os seus argumentos envolveram o apelo a padrões normativos como “a doutrina básica de que as cortes não se permitirão serem usadas como instrumentos de inequidade e injustiça”; “contratos de compra devem ser examinados de perto para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados de forma justa”.⁸³⁶

Os padrões invocados nas passagens em destaque *não são* aqueles que imaginamos como *regras jurídicas*, afirmará Dworkin. Eles em nada se assemelham com proposições como “a velocidade máxima na pista é de sessenta quilômetros por hora”, ou “um testamento é válido apenas se assinado por três testemunhas”. Isso porque esses padrões são *princípios* em vez de regras, e eles operam de modo radicalmente diferente dessas. Enquanto as regras atuam a partir de uma lógica de “tudo ou nada”, os princípios jurídicos têm uma *dimensão de “peso” ou importância*. Quer dizer, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser considerada *válida* no caso em questão; se dois princípios “se cruzam” — *e.g.* no caso de Henningsen, a liberdade de contratar entrava em “rota de colisão” com a proteção de consumidores de automóveis —, o conflito é resolvido a partir de uma avaliação do “peso” relativo de cada um deles. Isso não significa que um dos princípios é *inválido*, mas que, na situação particular, o *juízo normativo* a ser empreendido considerou um deles mais importante do que o outro.⁸³⁷

Ao decidirem os então inéditos casos *Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, invocando princípios jurídicos, as cortes de Nova York e Nova Jersey aplicaram Direito *preexistente* ou criaram discricionariamente Direito *ex post facto*? Em Dworkin, como os princípios *integram* o Direito, constituindo *padrões vinculantes* que os juízes devem seguir para determinar obrigações jurídicas, essas decisões, mesmo que declaradas pela primeira vez em seus respectivos casos, não podem ser vistas como “uma tomada de propriedade discricionária com efeitos retroativos”, mas como a aplicação de padrões decorrentes de um

⁸³⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 23-24.

⁸³⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24-27.

“*sense of adequação desenvolvido na profissão e no público ao longo do tempo*”.⁸³⁸ É certo que as regras particulares que resultaram dos julgamentos não existiam antes de sua aplicação, mas isso não significa, simplesmente, que não havia “Direito”. A solução para os casos, portanto, já “existia” no *rule of law*. Só faltava ser devidamente articulada no caso concreto.

Não existe, todavia, nenhuma *fórmula* ou *teste* capaz de avaliar o *suporte institucional* desses princípios. Não podemos, como no caso das regras, traçar sua validade a um *fato social*. Na verdade, os princípios são *justificados* e *aplicados* a partir de *argumentações* fundadas em todo um *conjunto de padrões* que *se alteram, se desenvolvem e interagem entre si*, relacionados com responsabilidade institucional, interpretação da lei, a força persuasiva dos precedentes, a relação de tudo isso com *práticas morais* contemporâneas e outros tipos de padrões análogos. Essa forma como os princípios se manifestam não pode ser contida em uma única *regra suprema* como os positivistas sugerem — nenhuma regra de reconhecimento, por mais complexa que fosse, seria capaz de comportar *critérios* suficientes para proporcionar “validade” aos princípios.⁸³⁹

Uma vez aceitos os princípios como *parte integrante* do Direito, todos os *três dogmas* positivistas devem ser abandonados — e, portanto, o próprio positivismo deve ruir como tentativa de compreensão do Direito. Se os princípios *são* Direito, (i) as normas jurídicas não podem ser identificadas *apenas* pelo seu *pedigree*, isto é, pelas *fontes sociais* das quais emanam, visto que os princípios, pela sua própria natureza argumentativa, não podem ter sua sustentação institucional traçada a um mero fato; (ii) eles devem, *necessariamente*, ser considerados pelos juízes em suas decisões, tendo em vista que eles são *padrões vinculativos* (“*binding standards*”); assim, não havendo regra jurídica aplicável em determinado caso, ainda assim os juízes devem desenvolver um argumento em conformidade com os princípios — os julgadores não precisam “ir além do Direito”, exercendo discricionariedade —; (iii) obrigações jurídicas não derivam somente de regras jurídicas, mas também dos *princípios* — rechaçada a discricionariedade, “levantamos a possibilidade que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, assim como por uma regra estabelecida.”⁸⁴⁰

O descuido positivista com relação aos princípios, conforme a posição de Dworkin, acarretou sérios problemas para a sua estrutura teórica. Três itens podem ser destacados,

⁸³⁸ Tradução livre de: “*sense of appropriateness developed in the profession and the public over time.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24-27.

⁸³⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 40.

⁸⁴⁰ Tradução livre de: “*we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 40.

seguindo o raciocínio de Ronaldo Porto Macedo Junior: (1) o modo como os positivistas, quando o fazem, referem-se aos princípios é *incompatível* com a prática das cortes e dos profissionais do Direito, que a todo tempo recorrem a esses *standards*; (2) ainda mais importante, o *funcionamento dos princípios* mostra a natureza *argumentativa e interpretativa* do Direito; (3) a forma como os princípios se manifestam no Direito revela a *natureza moral* da argumentação jurídica.⁸⁴¹

Veja-se: princípios são padrões que devem ser observados porque são *exigências de justiça, equanimidade* ou alguma outra *dimensão da Moralidade*.⁸⁴² Os princípios jurídicos não são, por certo, qualquer padrão, mas *padrões vinculativos que integram o Direito e, ao mesmo tempo, decorrem da Moralidade*. Esse *enlace* entre Direito e Moralidade, conforme propõe Dworkin, reclama o repensamento da estrutura do conceito de Direito e, assim, dos próprios objetivos da Teoria do Direito.

É interessante observar a profundidade da crítica elaborada por Dworkin: não apenas a *obsessão metodológica* pela *descrição avaliativa* do Direito é um equívoco dos positivistas, como a *própria descrição* por eles formulada era inadequada. Em outras palavras, ao “ignorar” os *princípios* (padrões repletos de Moralidade), os teóricos do positivismo não apenas erraram “na largada” — *i.e.* em sua pretensão de tratar o Direito como mero fato social a ser descrito —, como se equivocaram, conseqüentemente, quanto à “linha de chegada” — *i.e.* esboçaram uma descrição simplesmente *incorreta* do fenômeno jurídico.

Compreender o papel dos princípios na prática jurídica é um primeiro passo, fundamental, para perceber a complexa *relação entre Direito e Moralidade* em Dworkin. Em um segundo momento, todavia, é necessário aprofundar sua formulação teórica, ainda que minimamente, para que seja possível visualizar essa relação *sob sua melhor luz*. Para isso, para entender, *dworkinianamente*, por que uma *teoria puramente descritiva do Direito* — com a *separação* entre o que o Direito é e aquilo que ele *deve ser* — é errada/impossível, dois aspectos inter-relacionados devem ser trazidos à tona: o *problema dos desacordos* e o *agulhão*

⁸⁴¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

⁸⁴² Tradução livre e adaptada de: “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 40. Uma explicação sobre um ponto específico de minha tradução: decidi traduzir *fairness* por *equanimidade* porque acredito ser essa a palavra, em português, que melhor expressa a ideia de “tratamento igualitário/equânime de pessoas”, geralmente associada ao conceito de *fairness*. Quanto a isso, aliás, Streck assinala que *fairness* significa “tratar a todos os casos equanimemente”, ou seja, tem relação com um “jogo limpo” na aplicação do Direito. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 45.

semântico. Posteriormente, será exposto, muito ligeiramente, o sentido do *interpretativismo* na concepção de *law as integrity*.

É emblemática a frase com que Dworkin abre o primeiro capítulo de seu *Law's empire*:⁸⁴³ “importa como os juízes decidem os casos.”⁸⁴⁴⁻⁸⁴⁵ O profundo impacto que as decisões judiciais podem causar na vida de indivíduos, grupos e da própria sociedade em geral não é nenhuma novidade. Mas, se as diferentes maneiras com que os juízes decidem os casos realmente importam, então também é importante considerar com que tipo de *desacordos* (*disagreements*) eles se deparam. Para Dworkin, três tipos de questões surgem no Direito: (i) *desacordos sobre os fatos* (e.g. “O que aconteceu? O homem no torno mecânico realmente derrubou uma chave inglesa no pé de seu colega?”); (ii) *desacordos sobre o Direito* (e.g. “Qual é a lei pertinente aplicável? O Direito permite que um trabalhador ferido cobre indenização de seu patrão para aquele tipo de lesão?”); e (iii) *desacordos morais* (e.g. “Se o Direito nega reparação, isso é justo? Se o é, devem os juízes ignorar o Direito e assegurar a indenização de qualquer forma?”).⁸⁴⁶

Dworkin argumenta que tanto o primeiro tipo (*desacordos sobre fatos*) quanto o terceiro (*desacordos morais*) não trazem muitos problemas: desacordos sobre os fatos do litígio envolvem controvérsias sobre eventos reais, históricos, sanáveis mediante a produção de provas, evidências, por exemplo, enquanto desacordos morais envolvem as familiares discussões sobre certo e errado, nos quais com muita frequência as pessoas divergem entre si. O segundo tipo de desacordos, os *desacordos sobre o Direito*, são os mais complexos, pois eles envolvem o *Direito aplicável a um caso*. Aqui, os advogados e juízes discordam não apenas sobre o que o Direito *diz* sobre o caso, mas sobre os próprios *testes* que devem ser utilizados para determinar o Direito. Sobre o que são, verdadeiramente, esses desacordos?⁸⁴⁷

Nesse contexto, Dworkin esclarece a diferença entre *proposições jurídicas* (*propositions of law*) e *fundamentos do Direito* (*grounds of law*). As primeiras, (i) as *proposições jurídicas*, são afirmações acerca do que o Direito permite, proíbe ou confere às pessoas, podendo ser muito gerais (e.g. “o Direito proíbe os estados de negar a qualquer pessoa proteção igual dentro do sentido da Décima Quarta Emenda”) ou, mesmo, muito concretas

⁸⁴³ Na versão brasileira: *O império do Direito*.

⁸⁴⁴ Algo que parece ser uma platitude logo se mostrará de grande profundidade: “importa como os juízes decidem os casos” porque (pode-se assim complementar) a interpretação-aplicação do Direito é uma *dimensão constituinte* da própria concepção *dworkiniana* de Direito.

⁸⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 1.

⁸⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 3.

⁸⁴⁷ “Lawyers and judges seem to disagree very often about the law governing a case; they seem to disagree even about the right tests to use. [...] What is the disagreement about?” DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 3-4.

(e.g. “o Direito exige que a Corporação Acme indenize John Smith pela lesão por ele sofrida em seu emprego em fevereiro último”). Profissionais do Direito assumem que as proposições jurídicas, em geral, podem ser *verdadeiras* ou *falsas*.⁸⁴⁸

Mas e quanto aos *fundamentos do Direito*? Segundo Dworkin, são esses fundamentos que asseguram as *condições de verdade* das proposições jurídicas. Em um exemplo: a proposição “ninguém pode dirigir acima do limite de 55 milhas por hora na Califórnia” é verdade porque, em algum momento, a maioria dos legisladores daquele estado disseram “sim” ou levantaram suas mãos em concordância quando a respectiva proposta legislativa lhes foi sugerida. A partir disso, é possível distinguir *duas maneiras* por meio das quais advogados e juízes podem discordar sobre a veracidade de uma proposição jurídica.⁸⁴⁹

Primeiro, a *verdade* de uma proposição jurídica pode ser contestada com base em controvérsias sobre a *satisfação dos fundamentos do Direito em um caso particular*: por exemplo, advogados e juízes podem até concordar que a velocidade máxima de tráfego na Califórnia é 55 milhas por hora *se* o código de leis do referido estado contiver uma lei nesse sentido; todavia, eles podem discordar que esse seja, de fato, o limite de velocidade porque discordam, justamente, que o código de leis contenha uma tal lei — trata-se, portanto, de um *desacordo empírico sobre o Direito*. Segundo, e mais importante, os desacordos podem se dar sobre os *próprios fundamentos do Direito*, quer dizer, sobre quais outras proposições, quando verdadeiras, tornam uma proposição específica verdadeira. Advogados e juízes podem concordar, no sentido empírico, acerca do que leis e decisões passadas tenham a dizer sobre “indenização a empregado acidentado”, mas discordar sobre o *sentido da lei de reparação de danos*, na medida em que discordam sobre se os códigos e as decisões judiciais esgotam os fundamentos do Direito pertinentes. Nesse segundo sentido, há um *desacordo teórico* sobre o Direito.⁸⁵⁰

Os *desacordos teóricos* tocam, nesse sentido, em um ponto vital do fenômeno jurídico, na medida em que colocam como controversos os próprios fundamentos que permitem identificar o que é Direito. As discordâncias sobre o que o Direito *é* envolvem questões sobre o *alcance* e o *significado* de seus *fundamentos jurídicos*: no já mencionado caso *Riggs v. Palmer* (caso do neto que assassinou seu avô para receber a herança), o que estava em jogo não era se os juízes deviam seguir a lei ou ajustá-la aos interesses da justiça, mas “sobre o que o Direito

⁸⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 4.

⁸⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 4.

⁸⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 4-5.

era, sobre o que a lei real que os legisladores promulgaram realmente dizia.”⁸⁵¹ A divisão que se criou entre os votos dos julgadores — cuja maioria adotou a solução a partir do princípio “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” — não era derivada de desacordos sobre o que estava escrito na lei, mas acerca do *sentido de seus fundamentos*. Essa espécie de desacordo, por não ter sido resolvido por meio de recurso a um mero “fato histórico bruto”, a partir da leitura das leis ou de decisões passadas, todavia, não pode ser considerada simplesmente como uma divergência acerca do que os julgadores imaginavam que o Direito *deveria ser*, mas como uma verdadeira disputa sobre o *sentido do ser do Direito*.⁸⁵²

Teorias do Direito que *não* consideram esses *desacordos teóricos* como parte constituinte do fenômeno jurídico são chamadas por Dworkin de “*teorias semânticas*”. Para tais teorias, o Direito depende apenas de *simples fatos históricos* (“*plain historical facts*”), ou seja, o único tipo de desacordo sensato é o *empírico* — *i.e.* sobre o que as instituições jurídicas decidiram no passado. Os desacordos teóricos “desaparecem” nessas teorias porque elas assumem que todos nós compartilhamos regras no uso de qualquer palavra, e essas regras estabelecem *critérios* que abastecem o sentido da palavra. Assim, para elas, o Direito mesmo é um *conceito criterial*: é como se utilizássemos, em sua maior parte, “os mesmos critérios factuais ao conceber, aceitar, ou rejeitar proposições sobre o que o Direito é”.⁸⁵³ As teorias positivistas do Direito são as mais influentes “*teorias semânticas*”, e nelas há pressuposição comum de que os advogados e juízes se valem dos *mesmos critérios* ao decidir sobre se proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas. Os desacordos teóricos, à luz disso, não passam de *ilusão* ou *fingimento* dos profissionais envolvidos na prática jurídica.⁸⁵⁴

Se, todavia, os desacordos teóricos existem legitimamente na prática jurídica, então as teorias semânticas estão fadadas ao fracasso. Aliás, os próprios positivistas reconhecem que o

⁸⁵¹ Tradução livre de: “*It was a dispute about what the law was, about what the real statute the legislators enacted really said.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 20.

⁸⁵² Dworkin, em um dos seus (ótimos) exemplos, propõe o seguinte debate hipotético: um determinado grupo de pessoas argumenta que a fotografia é um exemplo central de forma de arte, de modo que qualquer visão contrária demonstraria uma profunda má compreensão sobre a natureza essencial da arte; outro grupo toma a posição contrária, defendendo que qualquer compreensão razoável das características da arte mostra que a fotografia não se enquadra em seus domínios, que as técnicas fotográficas são alheias aos propósitos da arte. Essa não seria uma discussão sobre um caso-límite acerca da arte, mas sobre o que “a arte, propriamente compreendida, realmente é; ela revelaria que os dois grupos tinham ideias muito diferentes sobre por que até mesmo formas de arte tradicionais que eles reconheçam enquanto tal — como a pintura e a escultura — podem reivindicar esse título.” Esse último trecho traduzido livremente de: “*The argument would be about art, properly understood, really is; it would reveal that the two groups had very different ideas about why even standard art forms they both recognize — painting and sculpture — can claim that title.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 42.

⁸⁵³ Tradução livre de: “*We all use the same factual criteria in framing, accepting, and rejecting statements about what the law is.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 31-32.

⁸⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 33.

Direito envolve muitos casos “borderline”, ou seja, aqueles que não constituem os “casos clássicos/centrais” (*pivotal cases*) em que as regras jurídicas são claramente aplicáveis. Dessa forma, os juristas simplesmente não podem estar empregando os *mesmos critérios factuais* ao decidir se proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas. O projeto (*descritivo*) de “desenterrar” regras compartilhadas a partir de um estudo cuidadoso do que os juristas falam e fazem não tem como dar conta da totalidade do fenômeno jurídico.⁸⁵⁵

Eis o que significa ser picado pelo “*agulhão semântico*” (“*semantic sting*”) de Dworkin: acreditar que podemos argumentar sensatamente uns com os outros se, *mas apenas se*, todos compartilharmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas alegações são adequadas, mesmo se nós não pudermos declarar exatamente, como um filósofo pode esperar fazer, quais são esses critérios.⁸⁵⁶

Ao admitirmos que a ideia de desacordos presente no positivismo jurídico é “bruta” demais e não contempla os reais argumentos em jogo nas práticas jurídicas, os *desacordos teóricos* ganham enorme relevância. Com eles, o empreendimento metodológico positivista de construir uma posição *neutra*, à parte, *arquimediana*, acima da batalha de argumentação *substantiva*, estava em ruínas. Para Dworkin, reconhecer a dimensão das reflexões sobre os fundamentos do Direito na prática jurídica e, conseqüentemente, renunciar à matriz positivista nos conduziram em direção ao *interpretativismo*, sua formulação teórica própria.⁸⁵⁷

Dois aspectos são aqui fundamentais para entender, mesmo que muito brevemente, Dworkin: (i) o Direito é uma prática social *argumentativa*, ou seja, a compreensão do que o Direito autoriza ou exige depende de proposições cujo *sentido* só acontece *pela e na prática*;⁸⁵⁸ (ii) a Teoria do Direito, ao lidar com essa prática essencialmente argumentativa, cujo sentido se dá em um determinado contexto político e social, é essencialmente *interpretativa*.⁸⁵⁹

Com esse primeiro ponto (*o Direito como prática social argumentativa*), Dworkin destaca que é apenas a partir do modo como o fenômeno jurídico *se manifesta* — *i.e.* com todos os desacordos e os diferentes tipos de argumentos que surgem na prática — que é possível apreender o verdadeiro *sentido* do Direito. Não à toa ele refere que o objetivo de sua obra é

⁸⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 43.

⁸⁵⁶ Tradução livre de: “*They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are.*” Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 45.

⁸⁵⁷ POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. New York: Springer, 2011. v. 11, p. 422.

⁸⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 13.

⁸⁵⁹ POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. New York: Springer, 2011. v. 11, p. 422-424.

“juntar-se à prática e enfrentar as questões de razoabilidade e verdade que os participantes enfrentam.”⁸⁶⁰ Dworkin certamente não pretende encastelar-se em uma torre de marfim; afinal, poderia ele dizer, há muito as teorias positivistas vinham sendo gestadas e defendidas à parte da realidade.

A noção de que o Direito não é um conceito criterial, mas uma *prática interpretativa*, está diretamente conectada com esse primeiro ponto. O simples (e célebre) exemplo de Dworkin sobre a “atitude interpretativa” é suficiente para captar a ideia. Em uma comunidade hipotética, os seus respectivos membros seguem um conjunto de regras, em determinadas circunstâncias, que eles chamam de “regras de cortesia”. Por um certo tempo, as regras simplesmente estão lá, não são questionadas nem modificadas. Mas, aos poucos, tudo isso muda. As pessoas desenvolvem uma complexa atitude “interpretativa” com relação às regras, uma atitude com dois componentes: (i) elas assumem que a prática da cortesia não simplesmente existe, mas tem *valor*, ela serve a algum interesse ou propósito ou traduz algum princípio — em síntese, ela tem algum “*point*” *valorativo* — que pode ser enunciado independentemente de apenas descrever as regras que envolvem a prática; (ii) o segundo componente é a outra suposição de que as exigências da cortesia não são necessariamente ou exclusivamente o que elas sempre foram, mas são, na verdade, relacionadas com/sensíveis a esse mesmo “*point*”, de sorte que as regras devem ser compreendidas ou aplicadas ou alteradas a partir do *sentido* desse “*point*”. “As pessoas agora tentam atribuir *sentido* à instituição — para vê-la em sua melhor luz — e, então, reestruturá-la sob a luz desse sentido.”⁸⁶¹ É da interpretação da prática que surge não apenas a razão de ser da cortesia, mas também o que ela agora exige. “Valor e conteúdo tornaram-se emaranhados.”⁸⁶² O Direito é *interpretativo* como a cortesia, exigindo “uma abordagem filosófica e reconstrutiva dos conceitos e dos valores que constituem o seu ‘*point*’ *valorativo*.”⁸⁶³

O caráter interpretativo do Direito é *construtivo*, pois é essencialmente relacionado com esse *propósito*, esse “*point*” da prática. E esse propósito não diz respeito ao propósito de um legislador em suas leis ou de um juiz em suas decisões, mas ao propósito do *intérprete*: incumbe ao intérprete *atribuir o propósito* à prática de modo a torná-la a *melhor possível*, o que não significa que ele tenha qualquer tipo de “discrecionabilidade” ao tomar sua decisão. Diante da lucidez dos ensinamentos de Dworkin, transcrevo parte que considero principal:

⁸⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 14.

⁸⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 47.

⁸⁶² DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 48.

⁸⁶³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225.

Grosso modo, a interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou uma prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se considera que pertença. Disso não segue, mesmo dessa descrição grosseira, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que ele quisesse que ela fosse, que um cidadão de cortesia que está encantado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé alegar que a cortesia realmente exija o compartilhamento de riqueza. Porque a história ou a forma de uma prática ou de um objeto constrange as suas interpretações disponíveis [...] A interpretação criativa, na visão construtiva, é uma questão de interação entre propósito e objeto.

Um participante, ao interpretar uma prática social, de acordo com essa visão, confere valor à prática ao descrever um esquema de interesses ou objetivos ou princípios que podem ser tomados como aquilo que a prática visa servir ou expressar ou exemplificar.⁸⁶⁴

Todas essas considerações nos levam a uma nova concepção da relação entre *teoria* e *prática*. Uma vez que não existe a possibilidade *teórica* de se esmiuçar descritivamente os critérios comuns ou regras básicas observadas pelos juristas para “etiquetar” juridicamente os fatos da vida — pois, simplesmente, *não existem* tais regras compartilhadas —, as *teorias do Direito*, mesmo as mais amplas e abstratas, só podem ser concebidas em sua busca de *interpretar o “point” e as estruturas da prática jurídica*. Isso, no fim das contas, também é uma *interpretação construtiva*, uma interpretação que almeja atingir o equilíbrio entre como a prática *se apresenta* e a sua *melhor justificação*. Assim, se a teoria envolve uma *aplicação de sentido* à prática, “nenhuma linha firme divide a teoria do Direito do ato de julgar ou de qualquer outro aspecto da prática jurídica.” É por isso que a “*jurisprudence* [teoria do Direito]”, dirá Dworkin, “é a parte geral da decisão jurídica, prólogo silencioso a qualquer decisão no Direito.”⁸⁶⁵

A concepção de Direito defendida por Dworkin é o que ele chama de “*law as integrity*” (*Direito como integridade*, em tradução livre). Aqui, as proposições jurídicas não são “*relatórios factuais*” de eventos passados (como se o Direito pudesse ser resumido, *positivisticamente*, aos “fatos sociais”) nem *programas instrumentais dirigidos ao futuro* (como se o Direito pudesse ser determinado apenas pelos fins que desejamos que sejam atingidos). A

⁸⁶⁴ Tradução livre de: “*Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong. It does not follow, even from that rough account, that an interpreter can make of a practice or work of art anything he would have wanted it to be, that a citizen of courtesy who is enthralled by equality, for example, can in good faith claim that courtesy actually requires the sharing of wealth. For the history or shape of a practice or object constrains the available interpretations of it [...]. Creative interpretation, on the constructive view, is a matter of interaction between purpose and object. A participant interpreting a social practice, according to that view, proposes value for the practice by describing some scheme of interests or goals or principles the practice can be taken to serve or express or exemplify.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 52.

⁸⁶⁵ Trechos traduzidos de: “*So no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice.*” e “*Jurisprudence is the general part of adjudication, silente prologue to any decision at law.*” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986. p. 90.

formulação *dworkiniana* defende que as reivindicações jurídicas são *juízos interpretativos* (*interpretive judgments*) e, portanto, combinam elementos voltados para o *passado* e o *futuro*: “elas [essas reivindicações] interpretam a prática jurídica contemporânea vista como uma narrativa política que se desdobra.”⁸⁶⁶

Direito e Moralidade, assim, não estão *separados* para Dworkin; antes, estão intimamente *unidos*. O ponto fundamental é que essa Moralidade também não “entra pela porta dos fundos”, como se uma convidada indesejada fosse. Na verdade, ela tem um papel *originário* na compreensão das práticas complexas que constituem o Direito. De acordo com o Direito como *integridade* (*law as integrity*) as proposições jurídicas são *verdadeiras* se estiverem fundadas em princípios de justiça, equidade, e devido processo legal, a partir dos quais se pode alcançar “a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁸⁶⁷ Os intérpretes têm *responsabilidade política* de promover um raciocínio jurídico adequado às convicções de moralidade política que acreditem, de boa-fé, fazerem parte de uma *interpretação geral e coerente* da cultura jurídica e política da comunidade em questão.⁸⁶⁸

5.3 LENIO STRECK E A AUTONOMIA DO DIREITO

Após expor duas diferentes concepções da relação entre Direito e Moralidade a partir de representantes do *common law* (a visão procedimental de Fuller e a perspectiva substantiva de Dworkin), nada mais adequado do que trazer a discussão para um campo que nos é familiar. Afinal, o leitor mais apressado poderia imaginar, mesmo que apenas em um primeiro momento, que o entrelaçamento necessário entre teoria e prática é apenas possível — ou, ao menos, mais evidente — em sistemas jurídicos majoritariamente baseados no *case law*: no caso a caso, aparentemente, seria mais visível a importância de juízos morais ou valorativos — *e.g.* a “razoabilidade” do julgador — do que em sistemas jurídicos amplamente dependentes da legislação. Todavia, sou levado a crer que, já neste ponto do trabalho, quase nenhum leitor ainda teria impressões como essa — apesar disso, o óbvio precisa ser dito.

Seja como for, no campo da tradição continental, do Direito romano-germânico (*civil law*), há muito a ser dito acerca da relação entre Direito e Moralidade. O Direito,

⁸⁶⁶ “[T]hey interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative.” Cf. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 225.

⁸⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 225.

⁸⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 2.

independentemente de suas raízes ou de sua origem genética, é essencialmente uma prática social. Sem dúvida isso não quer dizer que o Direito seja igual em todos os cantos do planeta, pois é uma constatação empírica que há grandes diferenças entre os Direitos norte-americano e brasileiro. É claro: o Direito se desenvolve a partir do contexto, com todos os seus aspectos históricos, sociais, morais, e tudo o mais nesse sentido. Lenio Streck é um jurista que traz, no cerne de suas obras, uma preocupação fundamental justamente quanto à relação entre Direito e Moralidade no Direito brasileiro. Pelo porte e pela influência de seus trabalhos — influência que se faz sentir nos próprios pressupostos filosóficos deste trabalho, em seus fundamentos *hermenêuticos*⁸⁶⁹ —, uma rápida abordagem de sua perspectiva é necessária para mostrar a relevância das presentes discussões em nossa própria realidade. Streck iluminará um caminho até então obscurecido: é a própria assimilação da Moralidade no fenômeno jurídico que garantirá — o que pode parecer paradoxal — a *autonomia do Direito*. Vejamos, pois, como isso é proposto.

As reflexões de Streck se desenrolam em meio àquilo que ele denomina de *Constitucionalismo Contemporâneo* (em oposição ao termo *neoconstitucionalismo*⁸⁷⁰), concernente ao movimento que deu origem às Constituições do segundo pós-guerra e que ainda se faz presente no contexto atual. Compreender esse pano de fundo é fundamental porque ele “representa um redimensionamento na práxis político-jurídica”, o que acontece em duas dimensões: (i) na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e (ii) na teoria do Direito, com a reformulação da teoria das fontes (com a Constituição ocupando o posto central), da teoria da norma (pois os princípios passam a ser normas) e da teoria da interpretação (a qual, para Streck, deve representar uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).⁸⁷¹

No Brasil, a Constituição de 1988, que consagrou a democracia, incorporou uma determinada tradição expressada pelo seu amplo catálogo de *direitos fundamentais* e pelo *princípios*. A constitucionalização, dessa forma, contempla um “aspecto material”, relacionado

⁸⁶⁹ Ernildo Stein refere-se à obra de Streck como “modelar na incorporação do modelo hermenêutico no Direito”. É essa fenomenologia (hermenêutica) que possibilita a “superação” da metafísica no Direito. Cf. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 168.

⁸⁷⁰ Segundo Streck, a adoção do termo “neoconstitucionalismo” para definir esse “novo mundo constitucional” da segunda metade do século XX foi importante em um primeiro momento no Brasil, pois implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais. Contudo, nas mais de três décadas decorridas desde a promulgação da Constituição de 1988, a defesa do “neoconstitucionalismo” passou a abranger profundas ambiguidades teóricas e mal-entendidos. Desse modo, o autor entendeu por bem substituir a expressão por outra mais alinhada à sua posição teórica. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67-68.

⁸⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68-69.

a certas *exigências morais/valorativas* que integram o sistema jurídico. Essa “forte carga moral” no ordenamento reforça a necessidade daquilo que Streck chama de “conceito *não positivista* de Direito”. É por isso, aliás, que ele afirma que esse constitucionalismo atual “tem se transformado em uma Teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico como método.”⁸⁷²

O constitucionalismo, visto sob essa ótica, não deve significar uma “abertura interpretativa” para que o intérprete diga qualquer coisa. Pelo contrário: ele “*coloca freios à discricionariedade interpretativa.*”⁸⁷³ Os *princípios constitucionais*, em especial, associados a toda a carga política da Constituição, são responsáveis pela *institucionalização do mundo prático no Direito.*⁸⁷⁴ E esse mundo prático coloca limites ao modo de ser do Direito: embora não se trate de algo cujo sentido e alcance possa ser pré-definido por lei, os princípios também não são qualquer coisa que possa ser *livremente definida* pelos tribunais, mas “manifestações histórico-culturais que se expressam em determinado contexto de uma experiência jurídica comum.”⁸⁷⁵ Quando argumentamos sobre o “devido processo legal”, a “ampla defesa”, a “igualdade”, a “presunção da inocência”, referimo-nos a noções *construídas* — e em *permanente construção* — em determinada situação histórico-social, a partir de uma *linguagem pública* que estabelece *condições intersubjetivas* de sentido. É assim que eles devem ser entendidos quando Streck refere que “[o]s princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos — de caráter deontológico — que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões.”⁸⁷⁶

Em síntese: no cerne do Constitucionalismo Contemporâneo, encontram-se os *princípios constitucionais*, cuja normatividade é derivada de nossa convivência intersubjetiva, convivência que sempre pressupõe vínculos de *moralidade política* — eis o *mundo prático*, a *dimensão prática intrínseca* ao fenômeno jurídico. Com isso, Streck subscreve à tese, também defendida por Dworkin, de que os princípios levam a um “fechamento interpretativo” contra

⁸⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 57-59.

⁸⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 311.

⁸⁷⁴ Convém esclarecer um aspecto fundamental: não é porque a Constituição *positivou* certos princípios que eles passam a “existir” no Direito; na verdade, os princípios decorrem da moralidade política, então eles desde sempre já fazem parte do fenômeno jurídico que se manifesta. O ponto é que a Constituição, ao contemplar em seu texto esses princípios, *legitima-se materialmente* na sociedade em que ela opera. Essa institucionalização do mundo prático no Constitucionalismo Contemporâneo é um elemento essencial de conexão entre Direito e Moralidade.

⁸⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 373.

⁸⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 373.

discricionarismos judiciais.⁸⁷⁷ Veja-se que essas considerações mostram que a crença — tão enraizada no imaginário (senso) comum dos juristas — de que a “abertura semântica” dos princípios autoriza(ria) todo tipo de “interpretações” moralizantes do Direito está assentada em uma profunda falta de compreensão sobre a *natureza* de sua força normativa: a moralidade política (intersubjetiva) da *comunidade*, e não a moralidade (subjativa) do intérprete.⁸⁷⁸

Os princípios inserem-se em uma nova forma de compreender o Direito. Eles não são uma espécie de “continuação” — uma adaptação *darwiniana* — do conhecido modelo de “princípios gerais do Direito”,⁸⁷⁹ empregados discricionariamente quando o intérprete não encontrava uma resposta imediata. Os princípios constitucionais, devidamente assimilados, *descontinuam* a tradição positivista: ele instituem o *mundo prático* no Direito e não representam, como muito se imaginava, a *razão prática (stricto sensu)* contaminada pelo *solipsismo*.⁸⁸⁰ Isso decorre da *revolução paradigmática* proporcionada pela filosofia hermenêutica (e hermenêutica filosófica), a partir da qual passamos a conhecer a *impossibilidade de separação* entre homem e mundo, sujeito e objeto, compreensão e interpretação, ante a nossa própria condição de ser-no-mundo.

É simplesmente inadequado, ontologicamente, defender uma formação subjativa de princípios para, posteriormente, aplicá-los em um mundo carente de sentidos. “[E]ssa formação principiológica é formada pelo mundo e, ao mesmo tempo, forma mundo”,⁸⁸¹ assinala Streck. Lembremos da “cadeira do meio” — existimos *in media res* —: não compreendemos a partir da *objetivação* da realidade nem da *subjativação* dos sentidos. Os textos do Direito adquirem

⁸⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 374.

⁸⁷⁸ Essa má compreensão reinante nas práticas jurídicas levou Streck a cunhar uma (famosa) expressão: o *pamprincipiologismo*. Esse termo denota, justamente, essa visão dos princípios como “abertura interpretativa”, em nome da qual, no Brasil, se passou a justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério pretensamente jurídico que permitiria certa liberdade aplicativa. Os “princípios” utilizados pela comunidade jurídica passaram a ser apenas álibis retóricos para justificar todo tipo de decisão discricionária ou mesmo arbitrária. O *pamprincipiologismo* alude à “fábrica de princípios” que se tornou a aplicação judiciária. Essa é uma das grandes — e fundamentais — batalhas travadas por Streck no cenário jurídico brasileiro. Remeto o leitor ao (excelente) verbete “*pamprincipiologismo*” no Dicionário de Hermenêutica do autor. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 253-256.

⁸⁷⁹ Segundo Streck, os *princípios constitucionais* não são uma “nova” versão dos *princípios gerais do Direito*. Estes pertencem a um modelo particular, anterior à tradição do segundo pós-guerra, e estão relacionados com uma forma inadequada de conceber a decisão judicial, como se o julgador pudesse invocá-los, arbitrária ou discricionariamente, no momento em que as regras jurídicas não apresentassem uma resposta imediata. Os princípios constitucionais estão necessariamente inseridos no novo modelo de constitucionalismo; portanto, eles *descontinuam* a tradição anterior. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 576.

⁸⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 554.

⁸⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581.

sentido no contexto, na facticidade do ser humano, que constrange e orienta nossa interpretação. Os princípios, desse modo, existem e justificam-se em um contexto; eles derivam da formação da *história institucional* do Direito. Sendo assim, a decisão judicial — manifestação máxima da problemática da interpretação jurídica — sempre se desenvolve nesse horizonte que se projeta, que legitima e conforma a própria decisão.⁸⁸² Em Streck, o tripé *princípios-moral-decisão* é a relação fundamental para compreensão do ser do Direito, na medida em que passamos a visualizar que a decisão judicial — e a *autêntica* interpretação do Direito — “se estrutura e se legitima numa cooriginária relação entre princípios e moral”:⁸⁸³

[O] vínculo entre princípio e moral tem seu ponto de estofa exatamente no momento em que se percebe que a inserção do mundo prático representa um compromisso dos juízes no momento da decisão. Ou seja — e isto é uma questão de democracia —, a cooriginariedade entre Direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão judicante.⁸⁸⁴

Os princípios, por conseguinte, são *elementos constituintes* da aplicação do Direito. Mas os princípios não podem ser confundidos com as regras: muito embora uns e outros sejam *normas*, eles não *funcionam* da mesma maneira. Essa *diferença* entre regras e princípios, note-se, deve ser entendida à luz dessa posição paradigmática hermenêutica. (i) Primeiro, diz-se *diferença* (e não *cisão*) pelo fato de que as regras só *acontecem* com os princípios, pois são os princípios que levam à *concretização (fática) do Direito*, que conduzem à determinação da *resposta adequada*. (ii) Segundo, não obstante tanto as regras quanto os princípios sejam *parâmetros interpretativos* (pois sempre interpretamos), as primeiras são o *resultado* da leitura dos textos normativos, compartilhando a “porosidade” e a ambiguidade naturais aos signos linguísticos, enquanto os segundos, como se viu, instituem o mundo prático no Direito.⁸⁸⁵ (iii) Terceiro, entre princípios e regras há uma relação de *interdependência*, de *complementaridade*, pois são os princípios que “fundam” a regra, isto é, a regra só é aplicada porque (sempre) atravessada pela *ontologicidade* dos princípios (que “concretizam” as regras, quer dizer, trazem-nas à concretude); e, por seu lado, são as regras que permitem a aplicação dos princípios.

⁸⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581-582.

⁸⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 580.

⁸⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 582.

⁸⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 69.

Em outras palavras: as regras “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito; os princípios autorizam, hermeneuticamente, essa determinação.⁸⁸⁶

Um caso jurídico, logo, sempre será solucionado por uma *regra concretizada pelos princípios que a instituem legitimamente*. Isso vai impor, de acordo com o paradigma hermenêutico, a necessidade de uma argumentação jurídica que justifique e fundamente uma resposta adequada ao caso. Uma resposta, portanto, *correta*, do ponto de vista da reconstrução histórico-institucional. A regra só acontece na medida em que nos engajamos em uma prática argumentativa do Direito que se esforce na elaboração da *interpretação correta* do próprio Direito. Essa necessária *atribuição de sentidos (Sinnggebung)* não significa “reprodução” de sentidos nem a sua “livre disposição” pelo intérprete.

Ser e dever-ser não estão separados, mas entrelaçados em virtude da condição do *Dasein* de ser-no-mundo. Na fenomenologia hermenêutica, o estar-lançado, a facticidade, ou seja, o mundo prático em que desde sempre já nos encontramos é condição fundante da compreensão. Quando Streck afirma que entre *texto* e *norma* não há uma cisão, mas uma *diferença*, ele está trazendo a *diferença ontológica (ontologische Differenz)* para o Direito. Isso significa que, embora haja uma diferença entre texto e norma, eles não *existem* separadamente — assim com o ser é sempre o ser de um ente —, mas dependem um do outro: “o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há texto ‘sem coisas’.”⁸⁸⁷

O texto é inseparável de seu sentido, de sua enunciação, de sua norma; ele sempre diz respeito a algo da facticidade.⁸⁸⁸ O texto não é, desse modo, apenas um enunciado linguístico (como se o texto existisse em sua “textitude”), mas algo que sempre tem “em si” um compromisso (a pré-compreensão que antecipa esse “em si”), uma significação que corresponde à sua aplicação (*applicatio*). O texto da Constituição não é diferente, pois sempre depende de sua aplicação em nosso contexto social. “A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição),” segundo Streck, “que

⁸⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 598.

⁸⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁸⁸⁸ Stein refere que “quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*; nós nunca percebemos apenas o anel, ele nunca é conhecido numa identificação plena dele mesmo do ponto de vista lógico. Ele é sempre clivado enquanto algo, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, que, por exemplo, pode substituir o cigarro na mão, mas antes de mais nada como anel.” Cf. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 20. Assim, o texto enquanto texto pressupõe essa facticidade: o texto enquanto algo que não se resume a sinais impressos no papel, mas sinais que querem comunicar, dizer-nos, algo.

tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais.”⁸⁸⁹

Hermeneuticamente, isso tudo conduz à possibilidade de respostas corretas no ato interpretativo. No caso do Direito, da interpretação jurídica, da decisão judicial, a *resposta correta* (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra) será a resposta *adequada à Constituição* — pois é esse o texto jurídico máximo (superior a todos os outros) ao qual todos os demais textos jurídicos devem estar conformados. É a Constituição que fornece o *vetor de sentido* do processo hermenêutico:⁸⁹⁰ o compreender jurídico se desenvolve invariavelmente a partir da pré-compreensão que o intérprete tem da Constituição. No modo-de-ser-no-mundo do jurista, portanto, o próprio sentido de validade dos textos infraconstitucionais tem um sentido prévio proveniente da pré-compreensão da Constituição.⁸⁹¹

Na Crítica Hermenêutica do Direito — esse é o título da formulação teórica de Streck —, a resposta *correta*, ou verdadeira, depende da possibilidade de diferenciarmos nossos pré-juízos autênticos dos inautênticos, para que possamos buscar na tradição autêntica (fundada na *intersubjetividade* e no advento do *constitucionalismo compromissório e transformador* da sociedade⁸⁹²) a existência de sentidos que confirmem a interpretação em sua história institucional. Essa resposta é *applicatio* (aplicação), “sendo que o sentido hermenêuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”⁸⁹³ — horizonte do compreender que é sua condição de possibilidade.

A obra de Streck é inegavelmente complexa, e as ramificações e consequências de todos esses pressupostos vão muito além do que pode ser apresentado nesta pequena seção. De qualquer sorte, veja-se que a decisão judicial, em um modelo hermenêutico — assim como no

⁸⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 373.

⁸⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 629.

⁸⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 384.

⁸⁹² No Constitucionalismo Contemporâneo, a Constituição e o Direito não existem apenas para legitimar as relações de poder — limitando a ação estatal sobre os direitos individuais, por exemplo —, mas eles têm enorme *potencial de transformação da sociedade*. “O Direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito,” dirá Streck, “é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.” O Direito, nesse novo modelo, visa à ruptura com o velho modelo liberal-individualista, assumindo uma perspectiva dirigente e compromissória — basta ver a determinação constitucional de construção de um Estado Social. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.

⁸⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.

modelo integrativo de Dworkin —, é um *ato de decisão*, e não de (mera) escolha. O juiz tem *responsabilidade política* em seu agir: o Direito, em sua linguagem pública e intersubjetiva, não pode existir subjetivamente, isto é, como fenômeno normativo decorrente de opções e preferências pessoais. A Moralidade que lhe é cooriginária decorre da vida da comunidade política, e não de um único ou de uns poucos indivíduos. A busca pela resposta correta, por consequência, não é apenas uma possibilidade filosófica ou um aspecto contingencial da prática jurídica, mas constitui um verdadeiro *direito fundamental* em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito.⁸⁹⁴ Se a verdade no âmbito interpretativo existe, e o juiz tem responsabilidade política, segue-se que ele tem o *dever* de buscar a resposta correta — ou *resposta constitucionalmente adequada*, na nomenclatura *streckiana*.

O título desta seção coloca em evidência a *autonomia do Direito*. Muito embora pouco ou nada tenha sido dito *expressamente* a esse respeito até o momento, todos os aspectos abordados da obra de Streck devem ser vistos como *compromissos institucionais* da democracia e do Estado Constitucional decorrentes, justamente, da *defesa da autonomia do Direito* em face de outras dimensões existentes no convívio humano em sociedade. Trata-se de uma questão — retomando o pano de fundo que permeia a obra de Streck — relacionada com o Constitucionalismo Contemporâneo: com os históricos fracassos relacionados com a falta de controle da política, o Estado Democrático de Direito passa a *ser possível* na medida em que o Direito “descole-se” de discursos que o empreguem como *mero instrumento*. Quer dizer, o Direito não é um instrumento à disposição para a realização de qualquer finalidade, mas algo que adquire *sentido* na *democracia* e à luz de uma *Constituição compromissória*.

Se o Direito não está imune à revolução paradigmática da fenomenologia hermenêutica — e, de fato, *não está* —, o seu *acontecer* só pode ser (corretamente) compreendido se levarmos a sério o contexto, forjado a partir do segundo pós-guerra, do Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, é precisamente na Constituição — com seu *caráter social e compromissório* — que encontramos “a manifestação desse grau de autonomia do Direito,”⁸⁹⁵ pois é dela que deflui o sentido do processo hermenêutico. Toda interpretação autêntica do Direito, ao preservar a *força normativa da Constituição*,⁸⁹⁶ também protege o Direito — compreendido em sua dimensão autônoma — contra todo tipo de tentativas usurpadoras, isto é, de discursos que visam

⁸⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 25.

⁸⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

⁸⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 629.

suplantar o discurso jurídico — essencialmente *público* e *intersubjetivo* — a partir de visões particulares e subjetivas (mais sobre isso em instantes) e, portanto, incompatíveis com a melhor leitura da Constituição.

Todos esses elementos dialogam entre si. O Estado Democrático exige do Direito uma *blindagem* contra discursos antidemocráticos, quer dizer, contra discursos que não sigam as próprias regras democráticas (“regras do jogo”); afinal, se a democracia está, em suas diferentes acepções, conectada com uma vida em sociedade, uma vida em *comum-união*, é consequência lógica que o Direito não possa ser “qualquer coisa” que o intérprete quer que ele seja. A Constituição, fruto de deliberação da comunidade política, de seu lado, tem *força normativa* e estabelece o *vetor de sentido* do processo interpretativo do Direito, situação que, por sua vez, reforça a autonomia do Direito e sua defesa contra discursos antidemocráticos e inconstitucionais. O Direito, *autonomizando-se*, preserva a própria democracia e a Constituição. Segundo Streck:

É nesse sentido que a autonomia do Direito está indissociavelmente ligada à concepção de democracia e Estado Democrático. Um elevado grau de autonomia do Direito é condição de possibilidade para que o Constitucionalismo Contemporâneo propague uma atuação democrática do Estado. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à saciedade nos meios políticos de decisão e que — no âmbito (autônomo) do Direito — só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela Constituição de 1988.⁸⁹⁷

Esclarecedor, sobretudo a última frase do trecho: *autonomia do Direito*, entenda-se bem, não significa que, agora, com o Constitucionalismo Contemporâneo, existe o Direito de um lado, e a política, a economia e a moral de outro lado (a esses discursos que concorrem com o Direito, referir-me-ei, como o próprio Streck o faz, simplesmente como *discursos morais*, ou, mais propriamente, como *juízos morais* ou *Moralidade*). É evidente que a Constituição foi elaborada a partir de uma construção particular de elementos políticos, econômicos, morais — todos esses aspectos da Moralidade —, mas o Direito, enquanto produto dessa complexa imbricação, para permanecer Direito — e não um simples instrumento à disposição do poder político —, não *deve ser* fragilizado por juízos morais subjetivos invocados *ad hoc*.

Para compreender bem essa questão, é necessário observar, conforme proposto por Streck, que o Direito, no Constitucionalismo Contemporâneo, enfrenta *dois tipos de “predadores”*: (i) os *endógenos*, “representados pelos discursos voluntaristas, pamprincipiologismos, ponderações, dualismos metodológicos, discricionarismos e coisas do

⁸⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 32.

gênero, todos voltados a substituir, de algum modo, o Direito posto⁸⁹⁸ — aqui entram todas as questões que favorecem o deslocamento da legitimidade da interpretação/aplicação do Direito em favor do protagonismo judicial (*i.e.* em favor do sujeito solipsista, que “assujeita” os sentidos); e (*ii*) os *exógenos*, que atuam no plano da teoria do Direito, com “a inserção (e o uso) da moral como corretiva do Direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais,”⁸⁹⁹ e outros discursos, como a análise econômica do Direito, que pretende deixar o Direito à mercê de decisões pragmaticistas.

Essas questões envolvem um ajuste fino. Direito e Moralidade *não estão separados* — o contrário seria a retomada de um modelo positivista —, mas isso não quer dizer que o Direito seja refém dos juízos morais. Nesse quadro teórico, o Direito e a Moralidade são *cooriginários*: o Direito, observado o regramento constitucional e democrático, “*institucionaliza a moral*”.⁹⁰⁰ A autonomia do Direito, portanto, está assentada nessa premissa. O Direito não pode existir à margem da Moralidade porque ele só pode existir *na* história institucional que conforma a comunidade política. (Re)aparecem os princípios: “*eles são o marco da institucionalização da autonomia do Direito.*”⁹⁰¹ *Não há Direito sem mundo prático; não há Direito sem princípios; não há Direito sem Moralidade.* Assim Streck sintetiza esse raciocínio: “apenas a reconstrução da cadeia principiológica que estabelece os marcos definidores da moralidade de uma comunidade política é que pode servir de parâmetro sólido para a definição da referida autonomia.”⁹⁰² Isso, necessariamente, ocorre em duas frentes: na legislação e nas decisões judiciais.

No parlamento, os debates são realizados sempre a partir de diversas visões acerca da política, da economia, e da moral — *i.e.* a partir de diferentes e plurais *juízos morais*. Leis, decretos, resoluções, todos esses diplomas legais são elaborados com certas perspectivas morais que dependem de uma compatibilização com a principiologia e o regramento constitucionais — *i.e.* com as regras do jogo democrático, em todos os seus aspectos concernentes a procedimentos, garantias, direitos fundamentais. Assim, quando congressistas resolvem alterar legislação vigente, com base em uma perspectiva moral diferente, isso, quando em

⁸⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 26.

⁸⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 632.

⁹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 632.

⁹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 598.

⁹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 633.

conformidade com a Constituição, não apenas é plenamente legítimo, mas também fortalece a democracia e a autonomia do Direito.

Nas decisões judiciais, a interpretação e a busca pela resposta correta sempre se movimentam no mundo prático institucionalizado pelos princípios. São eles que trazem a força dos efeitos da história e impõem uma filtragem hermenêutico-constitucional, um esforço interpretativo e argumentativo de fundamentação/justificação.⁹⁰³ Quando os juízes decidem em conformidade com a Constituição, quando concretizam seu dever de buscar a resposta correta, também se fortalecem a democracia e a autonomia do Direito.

⁹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 620.

CONCLUSÃO

“O conhecimento teórico da verdade é, por um lado, difícil de se obter e, por outro, fácil. Uma indicação disso é que, enquanto ninguém é capaz de atingi-lo da maneira que merece, nem todos falham completamente em atingi-lo, mas cada um tem algo a dizer sobre a natureza das coisas e, muito embora quando considerados individualmente contribuam pouco ou nada para isso, uma reunião de todos os resultados é uma contribuição de alguma magnitude. Então, se de fato a verdade é como a proverbial porta do celeiro que ninguém pode deixar de bater, assim seria fácil, mas o fato de que podemos ter alguma compreensão do todo enquanto somos incapazes de entender a parte deixa claro o quão difícil é.”⁹⁰⁴

(Aristóteles)

É importante saber como Direito e Moralidade se relacionam. Quem afirma que x é “legal, mas não é correto”, adota a perspectiva de que, em algum sentido, Direito e Moralidade dizem respeito a dimensões diferentes sobre o agir humano. À primeira vista, parece natural que as leis não estarão sempre em harmonia com os nossos juízos morais, embora em muitas situações será o caso. É bastante improvável — para não dizer impossível — encontrar alguém que diria que o fato de matar alguém deveria ser descriminalizado; afinal, “o homicídio é um dos atos mais perversos que podem ser cometidos”, alguém diria. Por outro lado, um número expressivo de cidadãos brasileiros considera existir “flagrante imoralidade” nos benefícios e auxílios fornecidos aos congressistas. Quer dizer, segundo essas pessoas, que até pode ser que exista uma lei instituidora dessas vantagens que seja, juridicamente, “legal”, mas desse aspecto não se pode retirar nada quanto ao seu caráter moral.

Para o senso comum, arrisco dizer, as coisas são assim. Pronto. Não há muito a ser dito sobre a relação entre Direito e Moralidade. Trata-se de algo quase que empiricamente verificável o *fato* de que, simplesmente, não existe o juízo moral correto. Não há nada a ser realmente aproveitado desse debate. Tanto é assim que essas situações podem ser vistas sob outro ângulo: dificilmente alguém contestaria a necessidade de responsabilização criminal de um homicida, mas e se o assassino vingou-se de alguém que, semana passada, dizimou sua família? Nesse caso, muitos se levantariam e diriam que é possível “entender” o que aconteceu, e alguns, os mais afoitos, defenderiam que fazer justiça com as próprias mãos, em uma hipótese

⁹⁰⁴ Tradução livre de: “*Theoretical knowledge concerning the truth is in one way difficult to get and in another way easy. An indication of this is that while none is capable of hitting upon it in the way it deserves, neither do all completely fail to hit it, but rather each has something to say about the nature of things, and whereas taken individually they contribute little or nothing to it, a gathering together of all results is a contribution of some magnitude. So if indeed the truth is like the proverbial barn door that none can miss, in this way it would be easy, but the fact that we can have some grasp on the whole while being incapable of grasping the part makes clear how difficult it is.*” ARISTÓTELES. **Metaphysics**. Traduzido por e com introdução e notas de C. D. C. Reeve. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2016. p. 27.

como essa, não apenas deveria excluir o enquadramento como crime, mas estaria até mesmo correto de acordo com os imperativos morais. Um congressista, questionado sobre possível defeito moral em seus benefícios e auxílios, poderia responder que, pela importância e responsabilidade de seu cargo, eles eram justificados. Ou, ainda, se estivesse particularmente cansado ou apressado, poderia simplesmente dizer que o argumento contrário às leis instituidoras das benesses era apenas uma “opinião sem embasamento jurídico” — um mero ponto de vista subjetivo, portanto.

Questões como essas estão por toda parte. Nas decisões judiciais, que definem entre liberdade e prisão, entre compensação e prejuízo, entre dignidade e ruína, elas marcam intensa presença. Há poucos anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o cumprimento da pena criminal está condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De ambos os lados, dos votos vencedores e dos vencidos, ministros defenderam suas visões a partir de fundamentos relacionados com juízos morais — “defender a presunção da inocência é proteger a moralidade”; “autorizar a antecipação da execução da pena é correto, pois promove o combate à corrupção”; “a alteração jurisprudencial reforça a crença de que vale a pena ser honesto, agir de boa-fé, reafirmando a primazia dos bons sobre os espertos”; “não se deve pretender aumentar a eficiência do Estado em detrimento da presunção da inocência”. Não houve apenas divergência entre os ministros da Corte Suprema (foram seis votos a cinco), mas a própria comunidade jurídica ficou extremamente dividida quanto a essa questão. Os posicionamentos não refletiam somente leituras diferentes sobre o “texto” da lei, para empregar o jargão popular, mas também envolviam razões morais.

Que *sentido* será que existe em argumentos como esses? Será que, no fundo, não há pretensão de verdade nesses raciocínios, quer dizer, será que isso tudo não passa de um “circo”, em que os profissionais do Direito “estendem seus braços” para fora da esfera jurídica e agarram-se às suas opiniões subjetivas, disputando admiradores em defesa de sua causa? Muitas vezes não parece ser o caso. Em grande parte do tempo os juristas empregam expressões como “isso é o que o Direito diz”, “esta é a interpretação correta”, “esta leitura da lei não encontra respaldo jurídico”. Há, todavia, casos em que pairam tantas dúvidas que mesmo o mais experiente dos profissionais chega a balançar a cabeça e suspeitar de que a única coisa a se fazer é se pautar pelo que pareça mais prudente ou razoável, sem que se saiba bem o que isso quer dizer. Como nos conduzir nessas situações? Como é possível tolerar que juízes diferentes cheguem a conclusões divergentes sobre o mesmíssimo caso, e está tudo bem, pois juízos subjetivos fazem parte do raciocínio jurídico?

Tanto o cidadão comum, leigo, quanto os juristas se envolvem na mesma controvérsia quando se referem à *imoralidade da lei* ou quando se utilizam de *juízos morais* na interpretação dos casos: a relação entre Direito e Moralidade. (i) Uns vão alegar que a expressão “*lei imoral*” não guarda nenhuma incompatibilidade entre seus termos, na medida em que *lei é uma coisa*, e *moralidade, outra*. Eis uma concepção bastante usual: o Direito até *pode* aspirar a *alguma* ideia de justiça, mas, se ele não for justo, não deixa de ser Direito por isso. (ii) Outros vão dizer que a interpretação do Direito *depende* de juízos morais que almejam a *alguma* noção de justiça. Muitas vezes, quem assume uma posição como essa reconhece que isso envolve, necessariamente, uma dose de *subjetividade* na avaliação pelo intérprete. O mais comum, aliás, é que a pessoa abrace ambas as formulações (i) e (ii).

Percepções como essas são tão disseminadas quanto assustadoras. Se o Direito pode contemplar o maior dos males, sem que nada possa ser dito sobre sua juridicidade, e se os juízos morais que podemos fazer ao interpretá-lo não podem ser avaliados como certos ou errados, então o Direito se resume a um ato de autoridade, uma formalização da vontade de determinado agente político. Na dúvida, em uma situação de aparente ambiguidade ou incerteza — *i.e.* quando o Direito se apresenta *indeterminado* —, talvez valesse mais a pena jogar cara ou coroa do que empreender uma complexa argumentação buscando qualquer coisa como o sentido do Direito. Nada disso parece minimamente aceitável: é por isso que este trabalho se propôs a explorar essas questões a partir de uma reconstrução de diferentes teorias do Direito.

Nesse aspecto, a determinação do ponto de partida da pesquisa não fez apenas alguma diferença, mas *toda* a diferença. Estabelecer o recorte histórico a partir dos elementos de Direito Natural que podemos encontrar na tradição clássica serviu para mostrar, de largada, as múltiplas formulações que estão abrangidas dentro do rótulo “jusnaturalismo”. E essa pluralidade de manifestações, por sua vez, não diz respeito apenas a pequenas minúcias ou aspectos extremamente particulares de cada uma das teorias, mas, antes disso, a diversidade dos jusnaturalismos revela também a possibilidade de posições profundamente diferentes entre os seus autores. Cada autor carrega consigo um “mundo”, um novo horizonte com pressupostos e consequências que podem entrar frontalmente em conflito com outros jusnaturalistas.

Talvez isso possa ser considerado uma trivialidade para os juristas mais atentos, mas basta lembrarmos das confusões conceituais envolvendo a expressão “*lex iniusta non est lex*” que logo vemos a relevância de destacarmos essas considerações. Muitas vezes o óbvio precisa ser dito: o Direito Natural *não é* uma teoria única ou uma posição teórica que defenda necessariamente algo como “existe um Direito superior, absoluto e imutável”, ou como “leis que considero injustas não devem ser cumpridas”, ou, ainda, “na natureza encontramos

respostas prontas e universais para os problemas jurídicos”. Todas essas “crenças”, sobretudo quando tomadas assim, fora de contexto — como o senso comum dos juristas adora fazer —, não são *nada* compatíveis com a complexidade que encontramos na tradição jusnaturalista. Levemos a sério o que os autores têm a dizer.

O autor que tenha, ainda que minimamente, *alguma* verdade, *algum insight* que possa nos conduzir à *melhor* compreensão do nosso objeto de estudo, simplesmente não pode ser descartado de antemão, como em geral se faz com os teóricos do Direito Natural. Aos poucos, apropriando-nos de um detalhe aqui, assimilando um aspecto acolá, podemos montar um todo com uma verdade *mais profunda* do que imaginávamos. Isso é um ensinamento hermenêutico. Recuperar os clássicos e abordar suas obras com seriedade faz com que coloquemos nossos pré-juízos à prova, estabelecendo um círculo virtuoso de projeção e reprojeção dos sentidos: eis a grande diferença que o recorte fez para a pesquisa.

Mas o que é, então, o Direito Natural? No caminho de nossa compreensão, o *point de départ* do Capítulo 1 foi estabelecido nas imensas contribuições de Platão e Aristóteles. É verdade que eles não eram muito afeitos a empregar a expressão “Direito Natural”, mas a ideia subjacente aos seus conceitos éticos e jurídicos era, inegavelmente, jusnaturalista. O contraste entre suas posições teóricas, tão bem captado por Rafael em sua *Escola de Atenas (Scuola di Atene)* — em que Platão se encontra com a palma de sua mão virada para baixo, e Aristóteles, apontando para cima —, permitiu demonstrar como a razão prática pode partir da *natureza*, dotada de *normatividade*, e nos proporcionar modos tão diferentes de contemplar a realidade.

Platão, mestre de Aristóteles e “avô” do Direito Natural, tinha como traço essencial de seus escritos a *Teoria das Formas* (ou *Ideias, eidos*): o mundo como o percebemos a partir de nossos *sentidos é defeituoso e cheio de erros*. Há um reino mais real e perfeito, no qual habitam as *Formas* ou *Ideias*, caracterizadas por serem *eternas, imutáveis*, e de alguma forma fundamentais para a estrutura e as características do mundo que chega até nós. De um modo ou de outro, sua posição jusnaturalista se desenvolve sempre a partir dessa concepção bifurcada da realidade.

Assim, a natureza, *platonicamente*, é como uma ordem cósmica normativa determinada pela tendência de aproximação das coisas com as Formas. Os objetos individuais do mundo, embora nunca se igualem às Formas, delas se aproximam em graus variados de acordo com uma *lei* determinada pela estrutura. Seguir a *lei natural*, lei moral fundada na própria natureza das coisas, é observar sua própria natureza, o que conduz à realização existencial. A vida de acordo com esse *Direito Natural* é a vida feliz. É nesse sentido que o ser humano busca o seu aperfeiçoamento geral, pois *ser excelente* é realizar a sua natureza. O que é bom para o ser

humano, portanto, não se confunde com nossas próprias opiniões ou desejos, uma vez que a natureza humana desde sempre já *impõe* o sentido sobre *certo* e *errado* a nossas ações. Se isso é assim, a *justiça* está na *natureza*, não nas convenções.

Esses *padrões objetivos* de certo e errado *podem* ser conhecidos por meio da razão e (devem ser) incorporados nas leis. Padrões éticos, de justiça, e o próprio Direito existem *enquanto parte da natureza* (*phusys*) ou derivados de algo não inferior à natureza, como criações da *razão*. Esse “Direito natural racional” de Platão, cujo fundamento é a *reta razão* (*lógos orthós, logos alethés*), é reflexo de uma exigência ética conectada à própria função e ao propósito do ser humano. Posto isso, deve ser compreendido que a importância da legislação para a alma é análoga à da ginástica para o corpo. É ela, em conjunto com a justiça, que *promove o bem-estar da alma*. Independentemente do que venham a ser as leis positivas das cidades existentes, as leis *genuínas*, como aquelas postas pelos verdadeiros políticos, promovem o verdadeiro bem dos cidadãos ao criar *ordem e harmonia em suas almas*.

É nos textos do Estagirita, entretanto, que encontramos a teoria de Direito Natural mais influente e significativa da Antiguidade: ele é, afinal, o “*pai da doutrina do Direito Natural*”. Para Aristóteles, não há um Direito justo, transcendente e perfeito. O seu *dikaion physikón*, o justo encontrado na natureza das coisas, não diz respeito a regras *imutáveis e definitivas*, descoladas do *contexto histórico*.

Primeiro, foi preciso mostrar que a *justiça*, para Aristóteles, não diz respeito apenas a um atributo interno, a um *equilíbrio* na alma das pessoas como Platão propusera, mas é a *virtude cooperativa* por excelência. A justiça é “*o bem do outro*”, pois é, *justamente*, exercida *em relação ao outro* — eis aqui sua importância *intersubjetiva*, aspecto fundamental quando lembramos que o “homem é um animal político”, cuja vida em sociedade (vida *com* e *para* o outro) não é uma mera contingência ou acidente, mas algo primordial para o seu florescimento. Não é à toa, por conseguinte, que o fundamento da justiça particular seja a *igualdade*: a harmonia social só pode ser obtida no *meio-termo*.

O conhecimento prático, domínio próprio da ética, da política, e também do Direito, depende do *hábito* para que alcancemos a excelência, a virtude. Isso quer dizer, em certo sentido, que o conhecimento do correto, do justo — e também do *melhor Direito* — depende de um contínuo *processo de aperfeiçoamento*. É por isso que afirma Aristóteles que até podemos encontrar jovens com grande conhecimento teórico (como a matemática e a geometria), mas não com sabedoria prática.

Esse desenvolvimento por meio do hábito visa à realização da natureza. Para Aristóteles, tudo tem um *propósito*, um *objetivo*, uma *finalidade* (*causa final*). Todos os entes, objetos,

plantas e animais têm *telos*, assim como o próprio ser humano, cuja causa final é *ser feliz*. O ser humano, todavia, tem um caráter especial, pois apenas ele possui *logos* (*fala, linguagem* ou *razão*). Com o discurso, distinguimos entre o certo e o errado, e é essa propriedade especial dos homens que os permite conhecer da *moral* e os conduz a se associarem em famílias e em cidades-estado (*polis*). Nesse aspecto, o debate racional sobre o agir é a própria expressão da *natureza do homem* e, assim, da sua *finalidade*. Assim é que a vida dentro de uma comunidade política bem constituída é condição necessária para alcançarmos o propósito natural de vida boa. A justiça e o Direito, portanto, assuntos que envolvem conhecimento prático *par excellence*, devem caminhar à luz da concretização — *i.e.* do florescimento — da vida humana.

É essencial compreender que disso não decorre nenhuma “regra fixa e imutável”: da “reta razão” nada podemos deduzir sobre como a vida em sociedade *deve ser* agora e para todo o sempre. Em Aristóteles, a clareza e a precisão que podemos atingir em cada tipo de conhecimento não são sempre as mesmas. Isso quer dizer que, nos diferentes modos de uso da razão, há um limite *natural*, decorrente da própria *natureza dos objetos em questão*, quanto aos juízos que podemos emitir. Os *graus de exatidão* que podemos alcançar no *conhecimento contemplativo* e no *conhecimento prático* são inteiramente determinados pela *coisa* ao qual se dirigem: uma fórmula matemática simplesmente não equivale, em exatidão, às noções de justo e injusto. Podemos apenas falar *em linhas gerais* sobre como devemos ser e agir.

Se é verdade que a política e a ética — e, nesse sentido, o Direito caminhará junto com elas — são conhecimentos práticos que dependem não somente de ideias universais, mas também particulares, a *experiência* não é uma questão acessória ou vulgar para o seu estudo: ela é justamente o que lhes torna possíveis, tomando-lhes parte em um nível elementar. O rigor da razão prática aristotélica é a *justa medida*, e não a exatidão da astronomia ou das matemáticas. Se em Platão podemos, sim, falar de uma incansável indagação sobre a verdade absoluta, a guinada da filosofia de Aristóteles lança as bases de um conhecimento como o Direito para o campo do *empírico*, daquela *natureza* observável em determinado contexto histórico.

Essa última afirmação deve vir com certa dose de cuidado. Tal investigação empírica *não* pretende ser como a observação dos fatos de que se fala na ciência moderna. Aristóteles não tem a intenção de *descrever o mundo* o mais neutral e passivamente possível, mas elaborar uma análise que implique “o discernimento ativo de valores”. Trata-se de uma investigação da natureza com um viés *normativo*.

O que tudo isso significa para o Direito? O melhor regime político, com as melhores leis, depende das circunstâncias de cada *polis*. Tal qual a ginástica, não devemos estudar

simplesmente quais são o melhor regime político e as melhores leis abstratamente, sem circunstâncias externas; devemos, também, entender o que realmente se *adapta a qual povo e sob quais pressupostos*. Isso é muito diferente do Direito Natural *racionalista e abstrato* de Platão, pois diz respeito àquilo que é empiricamente constatado no comportamento dos indivíduos e do próprio modo de ser da sociedade. O Direito Natural, dessa forma, decorre da investigação de uma natureza que não pode ser neutra e avalorativamente descrita pelo ser humano, mas da qual desde sempre decorre um *conhecimento normativo* sobre a existência.

Marco Túlio Cícero tinha uma visão estoica do Direito Natural. O estoicismo, é verdade, diz respeito mais à *ética* do que à política ou mesmo ao Direito, pois os sábios estoicos nutriam grande desinteresse pela *pólis* e suas convenções. Mas ele pode ser trazido para as discussões do jusnaturalismo, sobretudo quando entendemos que o estoicismo era essencialmente panteísta: a divindade é *imane*nte ao mundo; Deus é o princípio animador do universo, sua *lei*, e essa lei é razão, a mesma razão que é essência da alma humana. Deus, natureza e razão formam um tripé indissociável: *ser* e *dever-ser* coincidem; *prescrição* e *descrição* estão unidas, pois a divindade que prescreve à natureza seu “comportamento” é a própria natureza.

A lei natural (“lei comum”, *koinos nomos*), assim, é a racionalidade perfeita de Zeus e do sábio, dando ordens sobre o que deve ser feito e o que não deve ser feito, e essas ordens podem ser de dois tipos: (i) ordens com elevado grau de *generalidade*, que não servem como guias definitivos para agir concretamente; e (ii) ordens com orientação mais *particular* sobre como agir em determinadas circunstâncias. Essa lei natural, ainda que tenha *alguma* similaridade com a lei natural metafísica platônica, respeita a razão governante das mudanças contingentes da história.

Cícero sustenta que a separação entre o que está *posto* e o que é *por natureza* vem de longa data, de muitas gerações, e tem sua razão de ser *justamente* na medida em que a *lei civil* é invariavelmente mais *detalhada* e mais alinhada ao seu respectivo *contexto* do que a *lei natural*. Isso significa que a lei natural deve ser perseguida pelo ser humano, mas isso só é possível até certo ponto. O ser humano, suas contingências, a natureza, a razão, todos esses são componentes do fenômeno Direito, compreendido enquanto um casamento harmonioso entre o *positivo*, com suas particulares, e o *natural*, com sua generalidade.

Na obra de Tomás de Aquino encontramos aquilo que é usualmente referido como a manifestação *par excellence* do jusnaturalismo clássico. Na imbricação entre conhecimento pagão e cristianismo, o *Doctor Angelicus* foi capaz de dar vida a uma formulação muito própria do Direito Natural, com uma qualidade sistemática singular e de grande influência na Teoria Jurídica. A lei, para o Aquinate, como algo que pertence à razão, funciona como uma *ordenação*

racional para o bem comum, e ela se apresenta em quatro categorias: (i) lei eterna, (ii) lei natural, (iii) lei humana, e (iv) lei divina. A primeira, a lei eterna, é a razão divina que governa toda a comunidade do universo, sendo a lei natural a nossa participação, enquanto seres humanos, na lei eterna. A partir da *razão natural*, pertencente à *lei natural*, “discernimos o que é o bem e o mal”: ela nada mais é do que “a impressão da luz divina em nós.”

O importante a ser percebido é que não apenas temos a capacidade de investigar intelectualmente a *ordem* que existe na criação, como devemos nos empenhar para compreender a *lei natural* que em nós reside e o que ela significa para a nossa própria produção legal — a *lei humana*. Essas questões estão ao alcance de nossos esforços racionais, e é justamente por isso que existe uma exigência de buscarmos conclusões *corretas* e *justas* no campo da lei.

É por intermédio do esforço racional que compreendemos “os primeiros princípios ou pontos de partida da razão prática”, isto é, a própria *lei natural*. Nesse aspecto, ocupa o posto principal o princípio “o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado”, a partir do qual derivamos todos os outros, os quais podem sempre, por sua vez, ser reconduzidos ao primeiro. Daí decorre a justificativa da existência da lei humana: dada a ampla generalidade dos princípios, mostra-se necessário que a razão humana proceda para dispor mais particularmente algumas coisas. As disposições específicas assim descobertas racionalmente estarão *necessariamente conectadas* às razões da lei natural. As *leis positivas* são estabelecidas por convenção, mas são derivadas da *razão* e, portanto, dos princípios da *lei natural*. Daí que o Direito Positivo *deve* estar adequado ao Direito Natural.

Uma vez que a própria *natureza do homem é mutável*, para Aquino, o Direito Natural não pode ser encapsulado em teoremas fixos nem em um código de regras permanentes; na verdade sua função própria é nos prover de diretrizes bastante amplas e imprecisas. Assim, o Direito Positivo opera como uma *continuação* do Direito Natural a partir de sua aplicação a determinado contexto histórico, *complementando-o* e *corrigindo-o*, na medida em que o seu propósito é estabelecer e particularizar as condições gerais que tornam possível o bem comum ou público.

Ainda, a pesquisa possibilitou uma mais adequada compreensão da máxima “*lex iniusta non est lex*”, geralmente atribuída — equivocadamente — como a *síntese* do jusnaturalismo. O melhor é visualizá-la como a expressão de que leis injustas não são leis “no mais completo sentido” (“*in the fullest sense*”), na mesma esteira em que podemos nos referir a um profissional que, embora tenha os diplomas e as credenciais necessárias, parece carecer da habilidade ou do discernimento necessário para a melhor realização de seu ofício: “ela não é [realmente] uma advogada”, ou “ele não é [realmente] um médico”. Aliás, dizer que uma lei injusta não é

“realmente uma lei” pode apenas significar que ela não carrega a mesma *força moral* ou oferece as mesmas *razões para ação* como as leis genuinamente consistentes com a lei natural. Quer dizer, leis injustas podem até valer *juridicamente*, mas elas não obrigam no *foro da consciência humana*.

Como última teoria do Capítulo 1, vimos a expressão do Direito Natural em Guilherme de Ockham. À primeira vista, pode parecer contraditório defender uma concepção voluntarista no jusnaturalismo. Como pode prevalecer a *vontade* em detrimento da razão? As premissas do Direito Natural não buscam justamente *algum tipo* de controle *racional* sobre a *vontade*? Na perspectiva *ockhamista*, o voluntarismo enfatizava a *liberdade absoluta* e a *vontade onipotente* de Deus, assim como o *livre arbítrio* humano. Deus determina o que é *bom* ou *ruim* pela sua própria vontade suprema. Deus não se conforma com padrão algum de racionalidade ou de bondade: a sua *vontade* é o próprio padrão. Isso, à evidência, é completamente diferente da posição tomista, em que havia uma razão divina: a vontade do Criador resulta daquilo que seu intelecto reconhece como bom. Em Aquino, não é a vontade, pura e simples, que determina o certo e o errado.

É possível apresentar a divergência entre Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham a partir do famoso *dilema de Eutífron*, oriundo de uma pergunta formulada por Sócrates a Eutífron no diálogo homônimo: “a piedade é amada pelos deuses porque é piedade, ou é piedade porque é amada pelos deuses?”. Dito de outra forma: “alguma coisa é boa porque os deuses a amam, ou os deuses a amam porque essa mesma coisa é boa?”. É *o desejo de Deus que torna uma ação correta*, ou a ação é correta porque ela está de acordo com algum parâmetro que determina a sua bondade ou o seu acerto (*rightness*)? Para Ockham, é tão somente necessário o desejo, a vontade, para definir o bom.

Apesar do forte viés voluntarista da obra de Ockham, argumentei que a sua teoria não constitui alguma vertente, mesmo que incipiente, do positivismo jurídico. Como se viu, (i) não parece haver impossibilidade de compatibilização entre o nominalismo *ockhamista* e o seu *Direito Natural*; (ii) o seu voluntarismo divino tem, sim, implicações sobre o Direito em Ockham — leis humanas *não devem ser* contrárias aos comandos de Deus —; (iii) o fato de preceitos divinos serem provenientes da vontade de Deus em detrimento da razão divina não significa que Ockham não os considerasse preceitos morais propriamente ditos; (iv) um “positivismo jurídico” em Ockham teria de lidar com uma limitação substantiva *externa e superior*, o que entraria em contradição com a tradicional máxima positivista relacionada com as *fontes sociais* — *i.e.* a existência do direito em Ockham depende não apenas das práticas sociais, mas também da *revelação divina*.

No Capítulo 2 do trabalho, a oposição entre o Direito Natural moderno e as primeiras manifestações do positivismo jurídico se deu a partir de sua fixação em comum: o uso da *razão*. É no afastamento do *racionalismo* presente no Direito Natural moderno em direção ao *empirismo* que vamos encontrar as formulações positivistas. A *razão humana*, tanto em um quanto em outro, é fundamental, mas é o *modo* como utilizamos nossas capacidades racionais que demarca a posição que tomamos.

Hugo Grócio, a partir de sua “hipótese impiíssima”, formulou uma teoria jusnaturalista que prescindia do papel de Deus na formação do Direito humano. Assim surgia a era secular após longo período de domínio da origem divina do Direito Natural. Em Grócio, mesmo se negássemos a existência de Deus — o que não poderia ser concedido sem a mais extrema *perversidade* —, a natureza humana *per se* continuaria a nos fornecer uma orientação, indicar-nos o caminho para conhecer e agir, para distinguir o certo do errado. Os seres humanos compartilham da mesma natureza, a partir da qual podemos derivar *princípios universais*, para além das contingências dos comportamentos da vida humana. Nesse aspecto, Grócio apresenta duas propriedades essenciais dos seres humanos: (i) o desejo de *autopreservação* e (ii) a necessidade de *sociedade*. Essas propriedades se *misturam* e informam uma à outra: o desejo de autopreservação é limitado pelo impulso social, de forma que os humanos não procurem naturalmente manter e aprimorar seu ser a todo custo; vista do outro lado, essa relação implica que a necessidade de companhia de outros humanos é limitada pelo impulso de autopreservação, pois os indivíduos devem naturalmente se esforçar para garantir os meios para seu bem-estar.

Samuel Pufendorf defendia que os sábios estavam errados ao sustentarem que em questões de Moralidade não há certeza firme e infalível. O ceticismo moral era *intolerável* para Pufendorf, mas para ele toda a ortodoxia religiosa e a tradicional interpretação do *corpus aristotelicum* não lhe ofereciam uma oposição eficaz. Os princípios fundamentais do agir humano pareciam, mesmo para um pensador com formação escolástica como Pufendorf, ter sido nublados, escondidos, por uma herança prisioneira do discurso religioso e incapaz de enxergar através do véu confessional. A fé do indivíduo, por mais valorosa que fosse, não poderia cegá-lo do caminho do raciocínio científico.

As ações humanas, ainda que dependentes da vontade, poderiam ter sua *retidão* demonstrada a partir de sua conformidade com as respectivas leis (*naturais*) que as regiam. O *Direito Natural*, para Pufendorf, tem sua sustentação na *razão humana (reta razão)*, a qual é livre — pois *separada* de questões externas como a religião — para *deduzir* deveres essenciais à *sociabilidade* dos homens, isto é, aqueles relativos a suas relações *exteriores*, na sociedade,

nesta realidade *terrena*. Todavia, não se trata de uma *moralidade intrínseca* existente no mundo, nem um *acordo em comum* entre humanos, mas de algo que foi *imposto, ordenado* pela vontade de Deus, o qual determinou que os homens sigam aquilo que a *luz da razão* descobrir ser do seu *interesse*.

O problema é que foi justamente esse método excessivamente rigoroso, essa suposição não demonstrada dos próprios racionalistas modernos, que contribuiu para o nascimento dos primeiros positivismo jurídicos. Se era possível partir de um determinado e reduzido número de princípios superiores para, a partir deles, deduzir todas as regras de direito, independentemente da realidade empírica, por que não construir um sistema completo de direito com essas mesmas regras, positivadas e acabadas?

A *École de l'Exégèse* (Escola da Exegese) é um dos mais conhecidos movimentos do positivismo jurídico. Sua influência, porém, é tão vasta e difundida quanto mal compreendida: muito se ouve, na área jurídica, sobre o problema (ou a importância) do “apego” excessivo ao sentido “literal” das palavras da lei — o que, aliás, na maioria das vezes vem acompanhado da expressão de raiz *montesquiana* do juiz “boca da lei” (*bouche de la loi*) —, e é comum que se identifique *essa* característica, *desse* tipo particular de formulação teórica, com o próprio positivismo jurídico como um todo. Dito de maneira mais simples: a Escola da Exegese é vista como *protótipo* das formulações positivistas por um motivo que é mais propriamente *seu* do que verdadeiramente do positivismo jurídico *como um todo*.

Foi na experiência de codificação na França, nos séculos XVIII-XIX, que essa perspectiva teórica se desenvolveu: em um ambiente com uma mentalidade jurídica regida pelos princípios da *autoridade* e da *certeza* do Direito, obcecado por um inalcançável ideal de segurança. A *razão* que era empregada para a determinação de uma “jurisprudência universal”, da compreensão das *leis naturais* do agir humano, a partir da dedução abstrato-científica, havia sido transportada para a codificação. A *razão*, agora, estava *contida* nos códigos: prescindia-se de ideais exteriores, de critérios externos de correção do Direito; afinal, é o sujeito que constrói as leis *racionalmente*. A Escola da Exegese manteve a *concepção sistemática* da ordem jurídica — que já existia, ainda que sob outra perspectiva, no jusnaturalismo moderno —, transportando-a para o próprio campo do positivismo jurídico: os *fatos*, aqui relacionados com a legislação. A “oposição” entre o jusnaturalismo moderno e o movimento codificador está muito mais relacionada com o *modo de conexão* entre seus resultados e o Direito positivo — pois um confere um parâmetro *externo* de comparação, enquanto outro é *incluído* nas próprias bases do Direito posto pelo homem —, do que propriamente na *forma de investigação*, excessivamente concentrada na racionalidade do sujeito.

Ainda que com algum grau de simplificação, é possível dizer que, se na França floresceu a Escola da Exegese, na Alemanha houve, analogamente, a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*). Cronologicamente, é verdade, embora ambos sejam movimentos oitocentistas, o surgimento da *École* tem um marco muito bem definido no Código francês de 1804, enquanto a *Pandectística*, mais para a metade do século *xix*, foi a consolidação de uma visão particular de Ciência Jurídica baseada, sobretudo, nos trabalhos de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e da sua Escola Histórica do Direito. A tendência cientificista, a inclinação racional, a inspiração no método das ciências naturais, asseguradas as devidas particularidades, eram aspectos *compartilhados* pelos exegetas e pelos pandectistas. Contudo, o *conceptualismo* desses últimos, diferentemente do *exegetismo* daqueles, não estava amarrado à codificação; em vez disso, a sua atenção estava voltada para a construção de um *Direito Científico* elaborado pelos *professores/juristas* (*Professorenrecht/Juristenrecht*), pois são eles que teriam capacidade para, de fato, produzir *ciência*.

Chegado o Capítulo 3, os esforços foram dirigidos a três versões assumidas pelo positivismo jurídico no século XX: (i) o positivismo *normativista* de Hans Kelsen; (ii) o positivismo *inclusivista* de H. L. A. Hart; e (iii) o positivismo *exclusivista* de Joseph Raz. De uma forma ou outra, cada um deles apresenta a pretensão de *descrever* o Direito sem realizar *juízos de valor* sobre como o fenômeno jurídico *deve(ria) ser*. Para os positivistas, rejeitar as questões valorativas, sempre presentes nas teorias de Direito Natural, era uma forma de recolocar o estudo Direito no caminho de um verdadeiro *conhecimento científico*.

Essa aposta descritiva vem a reboque de uma visão de mundo que assume que a verdade sobre a realidade pode ser apreendida pelo intelecto humano *objetiva e avalorativamente*. O teórico do Direito, como se observador *externo* à realidade fosse, captaria os *fatos* sobre o fenômeno jurídico, analisando-os e sistematizando-os de forma *neutra*. A “tese dos fatos sociais” positivista é justamente isto: o Direito é *fato social*, independentemente de considerações de natureza moral que possamos fazer sobre ele.

A *teoria pura do Direito* de Hans Kelsen, a qual empresta seu nome para o título da obra mais famosa do jusfilósofo austríaco, é uma teoria positivista *normativista*, porque, para ela, o Direito é um *conjunto de normas jurídicas*, sejam elas de caráter geral (como a legislação), sejam de caráter individual (como a decisão judicial). O fato social a ser descrito são essas normas que constituem o fenômeno-objeto da Ciência Jurídica. O cientista, então, *descreve* essas normas produzidas pelas autoridades jurídicas, pois quanto a isso, crê Kelsen, há possibilidade de uma análise *objetiva e neutra* pelo teórico. Quanto ao plano da *criação/produção* dessas normas, como no caso da decisão judicial, Kelsen, entretanto, não

visualiza possibilidade de *controle racional*, tornando-se essa atividade essencialmente *discricionária*. Relevante contribuição, portanto, para o positivismo, é entender a *cisão entre Direito e Ciência de Direito*, nos termos *kelsenianos*.

Para Kelsen, só podemos fazer *ciência* com um *conjunto de normas* como Direito a partir de uma *terapia lógica*, da ordem do *a priori*, a qual deve garantir que o Direito se movimente “em um solo lógico rigoroso”. Segundo o autor, era simplesmente *errado* uma Ciência Jurídica objetiva *prescrever* qualquer tipo de *conteúdo* para o Direito. Isso quer dizer, para o jurista austríaco, que a justiça e a moralidade em geral não poderiam servir de *critério* para o Direito positivo: Direito é Direito em virtude de sua adequação lógico-formal *tout court*. Argumentos baseados na *natureza*, no *poder divino*, na *recta ratio* não passavam de tentativas de ressurreição da velha metafísica do Direito Natural.

A *distinção entre ser e dever-ser* (*Sein e Sollen*, em alemão), que é característica marcante da obra de Kelsen — afinal, ele é um *positivista*. Para o austríaco, trata-se de “um dado imediato da nossa consciência”: da circunstância de algo *ser* não se segue que algo *deva ser*, e vice-versa. Argumentos normativos *apenas* podem ser justificados por outros argumentos normativos. Evidentemente que o *ser* do Direito não dependerá, no âmbito de sua *validade*, de seu *dever-ser*. O Direito pode ser bom ou mau, justo ou injusto, sem que nenhuma dessas qualificações possa lhe retirar o título de Direito.

De um lado, portanto, há a Ciência Jurídica; de outro, o Direito. A Ciência se destina à *explicitação* do fenômeno-objeto, mostrando, depurando como se dão as relações lógicas no discurso jurídico. O Direito é um domínio das práticas sociais humanas, reino dos *atos de vontade* intrínsecos a qualquer agir do ser humano. Analisemos cada um dos lados dessa divisão entre Ciência e Direito.

Na obra *kelseniana*, a Ciência Jurídica tem a missão de conhecer “de fora” (como um observador externo) o Direito — as normas jurídicas —, *descrevendo-o* com base no seu conhecimento, enquanto são os órgãos jurídicos, dotados de autoridade, que efetivamente produzem o Direito a ser, posteriormente, conhecido e descrito pela Ciência Jurídica. A Ciência Jurídica *descreve*; a autoridade jurídica *prescreve*. Kelsen, assim, divide os enunciados produzidos no plano da metalinguagem (a ciência) daqueles elaborados no plano do objeto (Direito): a Ciência Jurídica produz *proposições jurídicas* que descrevem normas jurídicas de modo objetivo, afastado de toda valoração, sendo passíveis, portanto, de serem *verdadeiras* ou *falsas*; os órgãos jurídicos produzem *normas jurídicas* com caráter de comando, permissão ou atribuição de poder ou competência, podendo ser *válidas* ou *inválidas*.

Um tal sistema encadeado de normas é uma “ordem” cuja unidade “é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo *fundamento de validade*”. Esse fundamento de validade de uma ordem normativa é a sua *norma fundamental* (sua *Grundnorm*), que é *pressuposta*, e não realmente posta. Apenas podemos *pressupor*, por exemplo, uma norma que dê fundamento de validade à Constituição brasileira. Uma norma como essa não foi *posta* por autoridade alguma, senão deveria haver alguma outra norma, mais elevada, que atribuisse tal competência para tanto. É nessa linha, em que a validade já não pode ser derivada nem reconduzida de outra norma mais elevada, em que já não faça sentido colocar em questão o fundamento da validade, que Kelsen argumenta sobre a necessidade lógica, para fechamento do sistema, de fazer a *pressuposição* da *norma fundamental*. É ela a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma ordem normativa.

Compreender que a Ciência Jurídica de Kelsen deita raízes na *dicotomia fato-valor* nos permite avançar para as importantes implicações que a ausência de “cientificidade” do Direito *em si* — não da ciência — acarreta. Vejamos: se o tratamento científico do Direito só é possível a partir de uma *perspectiva externa* que descreva de modo neutro o seu *objeto*, isso significará que não há como verificar racionalmente a produção das normas (Direito); afinal, o nível da aplicação do Direito passa por uma dimensão pragmática “incontrolável”. Passamos do “descritivo” para o “prescritivo”: das proposições jurídicas, provenientes de *atos de conhecimento* (científicos), para normas jurídicas, derivadas de *atos de vontade*.

A *discricionariedade do intérprete* é uma consequência lógica da construção *kelseniana*. Levar a separação fato-valor ao limite, para assegurar um conhecimento “científico” do Direito, exigiu que Kelsen preterisse a interpretação no âmbito da aplicação do Direito. Como no momento da criação da norma o intérprete deve ir além da *descrição*, elaborando uma *valoração* do que é *melhor* para determinado caso, a atividade cognoscitiva vai incluir normas de moral, justiça, valores sociais como o bem comum, o interesse do estado, o progresso, entre outros. Como todas essas questões são, ao fim e ao cabo, *relativas*, não há respostas *melhores* do que outras.

No mundo anglo-saxão, H. L. A. Hart e Joseph Raz, ilustres positivistas jurídicos, chocam-se em um ponto central de seus pensamentos. Na sua mais célebre obra, *The concept of law* (O Conceito de Direito), Hart relaciona o positivismo jurídico com a ideia de que as leis não precisam, necessariamente, reproduzir ou satisfazer certas demandas de Moralidade para que sejam consideradas leis. Isso, ainda, é complementado no *postscript* póstumo dessa mesma obra, quando ele admite que a regra de reconhecimento pode incorporar, de modo contingente, conformidade a princípios morais e valores substantivos.

Raz defende uma visão oposta à de Hart, seu ex-mestre. Para ele, uma teoria legítima do Direito, assentada em uma perspectiva verdadeiramente científica, positiva, não pode sequer ventilar a possibilidade de que juízos morais ingressem no conceito de Direito. Os testes para verificação, tanto da existência quanto do próprio conteúdo do Direito, podem depender tão-somente de elementos que possam ser *descritos avalorativamente*, com a rejeição do recurso a argumentos morais. Pode-se dizer, assim, que, se a formulação positivista de Hart contempla uma *conexão contingencial* entre Direito e Moralidade (afirmando a inexistência de *conexão necessária* entre os conceitos), a de Raz *rechaça totalmente* essa possibilidade (afirmando uma *necessária inexistência* entre os conceitos).

É conhecido o exemplo dos veículos no parque de Hart: “uma regra jurídica o proíbe de levar um veículo para dentro de um parque.” Com ele, podemos claramente admitir que uma tal regra proíbe um automóvel de adentrar o parque, mas e quanto a bicicletas e automóveis de brinquedo? E aviões? Hart afirma que deve haver um “núcleo de sentido estabelecido”, um núcleo em torno do qual não há dúvidas sobre a aplicação da regra — *e.g.* certamente a regra em questão impede que um carro entre no parque. Todavia, ele argumenta que há uma “penumbra de casos discutíveis” na qual as palavras da regra não são obviamente aplicáveis nem obviamente descartadas. O que fazer nessas situações? Esse espaço de incerteza dará margem para a *discrecionabilidade*, uma situação em que a conclusão a ser alcançada, embora não seja arbitrária ou irracional, é, irremediavelmente, uma *escolha*.

Mesmo diante disso, Hart rejeitará que em situações de penumbra haja uma aproximação entre o que o Direito *é (is)* e o que ele *deve ser (ought to be)*. Apesar de que possa parecer que o intérprete deveria, então, realizar um *juízo moral* acerca do que o Direito, em um caso aparentemente não contemplado pela lei, *deve(ria) ser*, isso não vem a ser o caso. Dizer que uma decisão não é automática, “meramente formalista”, não significa negar que no Direito haja *casos centrais*, que haja um núcleo duro de sentido. Assim, para que existam “casos de fronteira”, é preciso que existam, primeiro, casos *no espaço interior às fronteiras*.

Hart, portanto, insiste na distinção entre o Direito *como ele é* e Direito *como ele deve(ria) ser*, chegando mesmo a negar que juízes exerçam juízos de valor nos *hard cases*. Para Hart, note-se, nos *hard cases* o Direito é, fundamentalmente, *incompleto*, simplesmente não existindo solução determinada juridicamente nesses casos. A *discrecionabilidade* surge para suprir essa lacuna, mas sem compromisso com questões ou testes morais — Hart, veja-se, não era um grande defensor da existência de fatos morais.

Há um ponto de contato, todavia, entre Direito e Moralidade, na proposta teórica de Hart, que assim o concede diante de evidências empíricas extraídas de sistemas jurídicos

existentes. Para o mestre britânico, a regra de reconhecimento *poderá* incorporar a *conformidade com princípios morais ou valores substantivos* como critérios de validade jurídica. É em virtude dessa *inclusão* de princípios entre as *possibilidades* de fundamentos/critérios que um sistema jurídico *pode* aceitar para determinar a existência e o conteúdo de leis válidas que sua posição positivista é chamada de *inclusiva*.

Não se pode perder de vista, entretanto, que mesmo essa “suavização” da teoria não foge à raiz positivista, porquanto a Moralidade, aqui, só é incorporada na medida em que a regra de reconhecimento assim o autoriza. Permanece, dessa forma, o caráter *convencional* dessa inclusão: não se trata de admitir que o Direito contemple exigências morais, mas apenas que, em certas situações, a regra de reconhecimento conterà, *factualmente*, convenções admitindo o ingresso da Moralidade nos critérios de definição do Direito. Convenções são *atos sociais*, e são esses *atos sociais* que devem ser descritos pelo positivista.

Joseph Raz também se dedicou à elaboração de uma posição teórica verdadeiramente *positivista*, mas divergiu da possibilidade de *suavização* do positivismo jurídico decorrente da “conexão fraca” entre Direito e Moralidade. Se, *grosso modo*, é possível dizer que o *positivismo inclusivo* “aceita” conexões *contingentes* entre Direito e Moralidade, para o positivismo exclusivo de Raz é necessário rejeitar, *peremptoriamente*, qualquer possibilidade como essa.

Raz concorda com Hart até certo ponto, portanto. Se é correto, para fins de conhecimento teórico sobre o Direito, livrá-lo do ranço mitológico nele impregnado há séculos, isso deve ser levado até o limite. O que isso significa na obra de Raz? Como se viu, o positivismo inclusivo admite que a regra de reconhecimento em determinada sociedade *incorpore restrições morais sobre o conteúdo do Direito*. Nessa medida, a regra de reconhecimento poderia incorporar *critérios de conformidade da validade jurídica* com princípios morais ou valores substantivos. Para Raz, todavia, espantar os fantasmas da metafísica na teoria jurídica também significava rechaçar toda e qualquer possibilidade de que um sistema jurídico pudesse incorporar restrições morais na análise da *validade do Direito*. Daí por que seu positivismo exclusivo também é conhecido como “*anti-incorporacionismo*” e positivismo *radical* (ou *inflexível*). O êxito de Hart havia sido parcial: era necessário construir uma teoria inteiramente alicerçada sobre *atos sociais*.

Na teoria positivista de Raz, as normas do Direito são como a decisão de um árbitro, já que elas têm um papel de *mediação* e de *exclusão*: elas estabelecem o que fazer, em parte por meio da exclusão de outras razões para agir. Essas diretrizes jurídicas também são apresentadas como dotadas de *autoridade* (*being authoritative*), de um *status* de preempção, e isso tem um sentido específico: uma norma jurídica que exija *x* não apenas constitui, por si só, uma *boa*

razão para fazer *x*, mas também exclui todas as outras razões que poderíamos ter tanto para fazer *x* quanto para nos abstermos de fazê-lo. O *fato* de as normas serem tal como são em determinado ordenamento jurídico proporciona, em si mesmo, uma *razão de exclusão* que torna irrelevantes em nossas deliberações práticas quaisquer outras razões que poderíamos ter para agir.

Na formulação teórica de Joseph Raz, há uma “versão rigorosa da tese da separação entre Direito e Moralidade.” A Moralidade encontra-se, fazendo um paralelo com o exemplo do Direito estrangeiro, em um ponto *exterior* ao Direito, embora possa ser utilizada em argumentos e razões que darão origem às diretivas jurídicas. Note-se que juízos morais exercem influência de ordem genética no Direito, mas a Moralidade, para Raz, *jamais* interferirá na definição conceitual do Direito: trata-se da sua *sources thesis*.

Já no Capítulo 4, o objetivo foi apresentar *pressupostos teóricos, filosóficos*, para que se pudesse buscar um *meio-termo* para a relação entre Direito e Moralidade, rejeitando o *essencialismo metafísico* do Direito Natural e rechaçando o *empiricismo* do positivismo jurídico. Há três pilares nessa parte do trabalho: (i) a *hermenêutica*, concernente à filosofia hermenêutica e à hermenêutica filosófica; (ii) o *emaranhamento entre fato e valor*, segundo a obra de Hilary Putnam; e (iii) a noção de *função* ou *propósito* no conceito de Direito.

Heidegger propõe uma mudança radical na filosofia ao *deslocar o lugar da fundamentação, antes no sujeito e na consciência, para um outro campo, para o mundo, para a nossa condição de ser-no-mundo*. Não estamos mais diante de uma teoria do sujeito, imersa no esquema sujeito-objeto, uma teoria que, *positivisticamente*, poderia sustentar algo como “juízes têm discricionariedade em casos difíceis”. Também não estamos diante de uma teoria fundada em uma metafísica essencialista ou divina, a verdade não está em uma hipotética aproximação da razão divina, mas ela *acontece* na existência compartilhada do ser humano. A hermenêutica se destina ao *desvelar das condições de verdade* entre esses dois extremos. É essa racionalidade que constitui uma espécie de *caminho do meio*, de *terceira cadeira* entre o objetivismo e subjetivismo, que nos permite construir algo entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Com Heidegger, entramos nas *teorias do mundo prático*, na teorias do modo de ser-no-mundo.

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger, assim, fundada na facticidade do *Dasein*, proporciona-nos a noção de que nada sobre o mundo se afirma “no vácuo”. Todas as proposições estão amparadas por uma determinada história e cultura. As verdades do Direito são exemplos de proposições em que o elemento histórico-cultural se mostra evidente. Sempre, nelas, os fatos envolvidos são interpretados por indivíduos que vivem em épocas diferentes.

Não basta, aqui, apenas o elemento lógico-semântico, tal como acontece em disciplinas como a física, a química e outras ciências naturais.

Uma verdade hermenêutica não é uma verdade *absoluta* nem uma verdade *empírica*. Trata-se de uma verdade que se assenta entre as “duas cadeiras”, na medida em que é uma verdade que se manifesta em conformidade com as condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica, assim, consagra a finitude, uma vez que *acontece* na fluidez da própria história, da própria cultura. Esse “universo hermenêutico” é flutuante.

A partir do pensamento de Heidegger, a hermenêutica passa a ser tratada não como alguma “teoria” de interpretação de textos nem como algum “método científico” de compreensão, mas como algo por meio do qual a investigação das estruturas básicas da *existência fática* deve ser realizada. Essa “hermenêutica da facticidade”, assim, está intimamente relacionada com o ente que cada um de nós somos, o *Dasein*, e seu modo-de-ser-no-mundo. A *hermenêutica*, por conseguinte, está associada à possibilidade de autorrevelação, de *desencobrimento*, das estruturas da compreensão enquanto tal. Essa hermenêutica, porque conectada à facticidade desse ente que questiona, desde sempre opera em um *mundo prático*, um mundo indissociável do *Dasein*, que já “traz consigo” esse mundo.

Se, seguindo a perspectiva *heideggeriana*, o ser do *Dasein* “mora” na linguagem, se é a linguagem o seu único modo de compreender, falar, do mundo, a linguagem está necessariamente conectada com os aspectos *fundamentais* do ser que não são arbitrários nem manipuláveis por nós, mas simplesmente demandam o nosso respeito. A compreensão e a interpretação ocorrem sempre por meio da linguagem.

O caráter fundamental da consciência histórico-efeitual para a compreensão humana levou Gadamer a suscitar um outro ponto crucial da hermenêutica: o problema da *aplicação* (*applicatio*), presente em *toda compreensão*. A hermenêutica pré-Heidegger atribuía uma importância “menor” à aplicação de algo tido como compreendido: uma vez compreendido determinado sentido, a *aplicação* era vista como algo a ser realizado *ex post facto*, de modo *eventual* e não essencial — *e.g.* no Direito, por exemplo, a lei era *aplicada* a um caso concreto; na teologia, isso ocorria na explicação homilética de uma particular passagem da Sagrada Escritura (havia, nesses casos, uma notória separação entre os “momentos” do *compreender* e do *aplicar*). Gadamer, todavia, propicia uma reviravolta na forma de ver a *aplicação*: não se trata de algo que aconteça *após* a compreensão; compreensão e aplicação estão *inseparavelmente unidas*.

Essa profunda constatação decorre da própria condição hermenêutica da existência humana. A compreensão pressupõe, sempre, nossa própria *autocompreensão*, uma espécie de

“encontro consigo mesmo” derivado do tomar consciência da história efetual. Isso quer dizer que é simplesmente *incorreto* crer em uma compreensão de sentido genuinamente “pura”, “objetiva”, a qual podemos, subsequentemente, *aplicar* em situações particulares.

Trazer a situação atual do intérprete, a história efetual, para dentro das próprias condições da compreensão implica uma *orientação prática*. Não nos separamos de nossa pré-compreensão para compreender, mas desde sempre dela partimos para concretizar a compreensão. “Levar o que somos” no compreender também significa que *teoria e aplicação* (prática) não acontecem separadamente, mas constituem algo uno e inseparável. Isso não é realizado “conscientemente”, mas sempre *acontece* em virtude de que sempre participamos no evento da tradição, um processo de mediação entre passado e presente.

Esse caráter prático da hermenêutica, aliás, encontra na *hermenêutica jurídica* um exemplo privilegiado para Gadamer: o intérprete do Direito compreende o conteúdo normativo a partir do *caso* em que deve ser aplicado, o que sempre envolve um conhecimento histórico dos sentidos das leis. Nisso há uma mediação entre passado e presente, na medida em que o juiz adapta, “traz” a lei às necessidades do presente. Isso ocorre na *concretização da lei* — *i.e.* a *aplicação* da lei em cada caso —, a qual sempre está assentada nesta *complementação produtiva* inerente a todo compreender. Nisso Gadamer visualiza um modelo do *autêntico* procedimento das ciências do espírito. A interpretação da lei, do Direito, é, portanto, uma tarefa *criativa*.

O fenômeno hermenêutico, como se viu, é linguístico, uma vez que a linguagem é o *meio universal* da experiência, é *nela* que ocorre a compreensão. É fácil ver, assim, por que Gadamer articula sua concepção de *compreensão* com a ideia de *diálogo*: quando conversamos com alguém, a conversação se mostra mais *autêntica* quanto menos ela se encontra sob a direção da vontade de um dos interlocutores; aos poucos, a conversa toma um rumo, as palavras se encaixam, e ela encontra um desenlace. Os interlocutores, nesse cenário, não “dirigem” verdadeiramente a conversação; com efeito, são eles os “dirigidos”.

Na hermenêutica, isso revela uma verdade profunda sobre a compreensão. Na conversação, no diálogo, algo é *desvelado*, algo *surge* durante os nossos esforços de comunicação. A compreensão não está à nossa disposição, mas parte de uma *lógica de pergunta e resposta* que concebe a compreensão como *participação* — participação em sentido, na tradição, e no diálogo. O ponto fundamental é: participar expressa aqui mais a *busca pela linguagem* que nos permita dizer o que temos em nossas mentes e nossos corações do que propriamente as nossas declarações em si mesmas.

Trata-se, dessa maneira, de um empreendimento *intersubjetivo*. Embora a busca pela verdade nas ciências humanas, como o Direito, não possa se dar por meio do *método* das ciências naturais, também não se pode dizer que a compreensão sobre os fenômenos sociais seja subjetiva. O intérprete do Direito objetiva concretizar adequadamente a lei, e não arbitrariamente. Ele não pode, assim, conceber sua compreensão como um comportamento meramente subjetivo diante de um “objeto” dado. Compreender pressupõe a história efetual, pressupõe contexto, *linguagem*. E ninguém pode ser “dono” da linguagem. Ela não é prisioneira de um único sujeito, ela não é *privada*, mas sempre *pública*. Se o mundo se dá *na* linguagem, então ele é necessariamente *compartilhado*.

É o próprio mundo que é concretizado em tal *experiência intersubjetiva*, e não um mundo “objetivo” matematicamente descritível *a priori*. A legislação é representação da linguagem pública, da *intersubjetividade*, por isso ela deve constranger o intérprete. Rejeitar um “grau zero de sentido” do qual se possa “partir” em nossa atividade hermenêutica evidencia o *habitat* da hermenêutica: (i) se não podemos ir ao encontro de uma *essência* do mundo (objetivismo), (ii) nem podemos “assujeitar” as coisas, como se donos do sentido fôssemos (subjetivismo), (iii) então precisamos ficar em um *meio-termo*. Há um *caminho do meio* entre os dois extremos. Eis a hermenêutica.

As bases das obras de Heidegger e Gadamer iluminam um possível caminho para sair dessa “armadilha” causada pela aguda separação entre proposições de fato e juízos de valor. Para tanto, foi necessário estabelecer uma forma radicalmente diferente de compreender a compreensão. Se o ser humano “munda”, se o mundo não está, *de fato*, separado de nós, então é necessário “fazer as pazes” com nós mesmos, repensando a íntima ligação entre o sujeito e a razão. O racional não é definido como o meramente objetivo (ou *antissubjetivo*). A linguagem, o meio universal do acontecer da compreensão, não surge da *consciência* daquele que fala, pois uma linguagem privada simplesmente não é, *hermeneuticamente*, linguagem. O autêntico ser da linguagem depende do *outro*, de um empreendimento coletivo de entendimento mútuo. Por tudo isso, o mundo é “criado” a partir do sujeito, mas não em uma perspectiva individual-subjetiva, mas desde sempre *intersubjetiva*.

A *diferença ontológica*, como um dos teoremas fundamentais da hermenêutica, tem especial relevância para esta discussão. Se o “ser é sempre ser de um ente”, não há possibilidade de *cindir* o ente do ser: ele só o é em seu ser. Como vimos, isso implica que não há como separar teoria e prática, questão de fato e questão de Direito, texto e norma, vigência e validade; trata-se, tudo isso, de “dicotomias metafísicas”, elementos acriticamente aceitos como verdadeiros

nas lidas jurídicas, à margem de uma compreensão adequada sobre o caráter *hermenêutico* da vida.

A constatação dessa *diferença ontológica* conduz a um enfraquecimento da suposta cisão entre *ser* e *dever-ser*: os *fatos*, as proposições da ordem do *ser*, não podem subsistir como “meros fatos”, isto é, como “fatos em abstrato”. Eles sempre (co)existem com *contextos*, situações de *caráter prático* que desde sempre pressupõem a tradição, a facticidade e a historicidade, em que sempre está inserido o *observador*. Aliás, *observador* que não apenas “observa”, como se pudesse analisar determinado evento de modo neutro, mas que sempre *atribui sentidos* àquilo que observa. Trata-se, portanto, de um *intérprete*: compreender é sempre interpretar, e interpretar sempre pressupõe a *aplicação (applicatio)* de determinado evento a alguma situação (contexto), seja concreta ou imaginária.

Putnam vai sustentar o *colapso da dicotomia fato-valor* (esse é o título de uma de suas mais famosas *lectures*); para ele, como se verá, existem tantos *pontos de contato* entre os lados desse suposto dualismo que ele se mostra *insustentável*. Há muito mais um *emaranhamento (entanglement)* entre eles do que uma cisão imperscrutável. Existe, sim, uma distinção, útil em determinados contextos, entre *juízos éticos/normativos* e outras espécies de juízo. O “dilema” de definir se estamos diante de uma proposição factual ou um juízo valorativo é tão frágil quanto imaginar que o mundo é preto e branco, ou que ele possa ser dividido em situações simplesmente boas ou más. Forçar os enunciados para um lado ou outro da dicotomia é como obrigá-los a se deitar na cama de Procusto.

Putnam apresenta variados argumentos para defender a sua posição: (i) com o próprio progresso da ciência exata, a relação entre *fato* e *verificação empírica* tornou-se nebulosa; (ii) *valores epistêmicos* — como os da ciência exata — são *valores*; (iii) equiparar *objetividade* com *descrição* acaba por “encobrir” verdades “sem objeto”, como as *morais*, as *matemáticas* e a *lógica*; (iv) *thick ethical concepts* conjugam descrição com prescrição; (v) mesmo em uma hipotética sociedade com *valores* diferentes dos nossos, mantido o resto igual (*all else the same*), as *descrições* sobre *fatos* seriam profundamente afetadas.

(i) Hume, homem de sua época — em que a discussão sobre átomos era incipiente, e nada de mecânica quântica existia —, associava sua noção de “*fato*” a *impressões sensoriais* — para além da experiência, não haveria conhecimento factual. Os positivistas lógicos — já em uma época em que se faziam notáveis avanços sobre bactérias e átomos —, se não mantiveram o posicionamento de Hume intocado, no máximo argumentaram que o “*factual*” deve estar associado com *termos de observação*, mesmo que isso significasse aceitar “termos abstratos”, como *elétrons* e *carga*, como “*empiricamente significativos*”. O problema, segundo

Putnam, é que acrescentar “termos teóricos” — como os postulados das várias teorias científicas — ao campo da *linguagem significativa* exigiu aceitar *axiomas da matemática e da lógica*, os quais, na visão dos positivistas lógicos, não declaravam *fato* algum. Em suma, na ciência, passaram a conviver tanto enunciados *factuais* como *não-factuais*. A simples noção de *fato* enquanto algo *empiricamente verificável* estava em ruínas.

(ii) A verdade é que não precisamos pensar em *valor* como mero sinônimo de *ética*. Para Putnam, filósofos *empiricistas* — clássicos ou positivistas lógicos — elabora(ra)m diversas tentativas para evitar reconhecer que *toda seleção de teoria pressupõe valores*. Essa teimosia em “manter os olhos fechados” para o fato de que juízos de *coerência, simplicidade, beleza, naturalidade*, e assim por diante, estão *pressupostos* na ciência física se encontra em muitos hoje que se referem a valores como puramente “subjetivos” e à ciência como puramente “objetiva”. Coerência, simplicidade e congêneres são valores: *juízos normativos* são essenciais para a prática da própria ciência. Isso não significa negar que haja *diferenças* entre *valores epistêmicos* e *valores éticos*. Valores epistêmicos, porém, ao ficarem associados com a busca pela “correta descrição do mundo”, acabaram ficando unidos à própria ideia de “objetividade”. Se isso fosse correto, se os valores éticos estivessem conectados com interesses diversos àqueles dos valores epistêmicos, eles não estariam conectados a objetividade alguma. Mas isso é um erro.

A alegação de que a ciência procura descobrir a verdade não pode significar senão que a ciência procura construir uma *imagem do mundo* que satisfaz *certos critérios de aceitabilidade racional*: assim, não só nossos métodos dependem da imagem que estabelecemos do mundo; o próprio *mundo empírico* depende dos nossos critérios de aceitabilidade racional. O mundo “real” depende de nossos valores, e vice-versa.

(iii) Como fica a ideia de que a *correta descrição do mundo* é a mesma coisa que “objetividade”? Conforme Putnam, ela deita raízes na suposição de que *objetividade* significa *correspondência a objetos* (aquilo que realmente *é*, independentemente da *mente* ou do *discurso*). No entanto, para além das *verdades normativas* como “assassinato é errado”, também as verdades *matemáticas e lógicas* são exemplos de “objetividade sem objetos”. Muito embora filósofos e matemáticos já tenham postulado objetos particulares (entidades abstratas) para explicar a verdade matemática, nada mostra que a matemática *funcionaria* menos se esses objetos *parassem* de existir — eles sequer *interagem* conosco ou com o mundo empírico. Na lógica, há dificuldades parecidas no tratamento ontológico da verdade. O que Putnam sustenta, portanto, é que paremos de equiparar *objetividade* com *descrição*: há muitos enunciados receptivos a termos como “correto”, “incorreto”, “verdadeiro”, “falso”, “justificado”,

“injustificado” que *não são descrições*, mas que estão sob *controle racional*, governados por padrões apropriados para suas respectivas funções e contextos.

(iv) “Cruel” é palavra que ignora a suposta dicotomia fato-valor e permite ser utilizada às vezes para um propósito *normativo* e às vezes como um termo *descritivo*. Na literatura, essa espécie de conceito é frequentemente denominada de “*conceitos éticos densos*” (*thick ethical concepts*). A característica tanto de descrições “negativas” como cruel quanto descrições “positivas” como “corajoso”, “temperado” e “justo” é o que o sentido de seu uso depende de uma identificação imaginária com um *ponto de vista avaliativo*: quem compreende “corajoso” apenas como “sem medo de arriscar sua vida” (*not afraid to risk life and limb*) não entenderia as importantes distinções que Sócrates faz sobre temeridade ou imprudência e coragem genuína. Decorre disso também que é sempre possível *melhorar nossa compreensão* sobre conceitos como “impertinência” ou “crueldade”.

Sem dúvida Putnam toca num aspecto fundamental: se algo que pode ser utilizado descritivamente pode ter sua compreensão continuamente aprimorada, há uma permanente revisão (circular) de nossos conceitos sobre essas expressões. Hermeneuticamente, portanto, podemos acrescentar ao raciocínio de Putnam o argumento de que a verdade, mesmo no campo factual-descritivo, não pode ser *absoluta*. Ela não é “aprisionada” pelo tempo, mas sempre é questionada e reprojeta no horizonte temporal à luz da facticidade da existência humana. Verdade depende de contexto. E isso não significa que não existam verdades, ou fatos, conseqüentemente.

(v) O exemplo dos “super-Benthamites” ilustra muito bem que as nossas descrições sobre fatos dependem de aspectos normativos. Imaginemos uma sociedade cuja cultura esteja em concordância com nossas descrições acerca da *história*, da *geografia* e da *ciência exata*, mas que discorde quanto à *ética*: de acordo com os *super-Benthamites* (*i.e.* os integrantes dessa sociedade imaginária), a ação humana deve se pautar pela *maximização* do “*tom hedônico*” (uma elaborada medida científica de que dispõem para orientar suas ações), buscando o maior *tom hedônico* para o maior número de pessoas. Digamos que, às vezes, em determinadas situações específicas nessa sociedade hipotética, para a maior satisfação do maior número, mostra-se necessário contar uma mentira. De repente, percebemos que isso não significa, para os “super-Benthamites”, ser *desonesto* no sentido pejorativo. Assim, depois de um tempo, a descrição “honesto” entre eles será *extremamente diferente* do uso que ocorre entre nós — e o mesmo valerá para “atencioso”, “bom cidadão”, etc. Aos poucos, a *descrição* de relações interpessoais será bem diferente daquela do nosso vocabulário, e acabaremos por viver em

mundos humanos diferentes. Não será mais o caso que “concordamos com os fatos e discordamos sobre valores”.

Repensar a rígida divisão entre *ser* e *dever-ser*, ou entre *fatos* e *valores*, implica reavaliar suas diversas influências no nosso modo de pensar. Rechaçar que todos os enunciados devam pertencer, filosoficamente, a um dos lados da dicotomia conduz ao necessário questionamento sobre a *racionalidade do discurso*. Geralmente associamos *objetividade* às *descrições*, uma vez que essas *descrições*, vistas como *proposições factuais* sobre o mundo, estariam desvinculadas de qualquer caráter de *subjetividade* que tende a contaminar, por exemplo, nossos *juízos ético-normativos*. Teríamos *objetividade* — e, no limite, para quem admite a cisão entre *ser* e *dever-ser*, teríamos a *verdade* — nas ciências naturais, em que o cientista, observador externo por excelência, consegue um distanciamento suficiente do seu “objeto”, sem “misturar-se” com ele. Não teríamos, nessa perspectiva, *objetividade* nem *verdade* nos *juízos morais*, dada sua indissociável conexão com o sujeito que os profere.

Os argumentos em defesa do *entrelaçamento* entre fatos e valores mostram que visões como essas são, no mínimo, ingênuas. Não apenas é possível traçar *pressuposições valorativas* nas *hard sciences*, como também é possível sustentar *descrições* a partir de aspectos, aparentemente, *valorativos*. Se isso é assim mesmo, se é possível observarmos manifestações da sobreposição entre fatos e valores em diversas situações, começamos a nos indagar sobre as próprias condições da *verdade*. Independentemente de todas as sofisticadas discussões filosóficas que envolvem o assunto, parece ser razoável dizer que *algum* conhecimento temos sobre o mundo — basta ver as tantas conquistas civilizatórias e tecnológicas da humanidade.

Como lidar com a *objetividade* no campo da Moralidade? Putnam remete à própria objetividade científica: até hoje nas ciências naturais encontramos debate sobre quais são os *melhores padrões objetivos*. As disputas, por exemplo, sobre a interpretação de Copenhague da mecânica quântica é sobre o que *deve* contar como critérios e padrões de objetividade. A objetividade é uma *conquista contínua* que deve ser constantemente *repensada*. Ela não está lançada, portanto, a uma *subjetividade totalizante*, nem pressupõe uma *verdade absoluta*. Não se trata da defesa de uma objetividade moral que existe *neste momento*, apta a ser “descoberta”, mas de um *dever* de cultivar e instituir práticas para aumentar a própria objetividade e a argumentação razoável.

Diferenciar a *objetividade moral* da *objetividade da ciência empírica* não implica um contraste substancial nem mesmo uma continuidade entre *fatos* e *valores*. Dizer que a proposição ética “machucar criancinhas por diversão é *objetivamente* errado” e a proposição científica “um projétil de canhão lançado em um ângulo x realiza um movimento parabólico”

são *objetivamente verdadeiras* não implica adotar o *mesmo procedimento* de avaliação para ambos. Fatos e valores se (co)implicam e, não sendo possível nos colocarmos em uma posição externa à moral, precisamos trabalhar (sempre) com argumentos dotados de carga *normativa*.

Foi possível, a partir disso, sustentar que há um *elemento normativo* indissociável ao fenômeno jurídico, unido a este de tal forma que qualquer explicação que não o contemple ou abranja não possa ser considerada suficiente. Veja-se: o Direito não é como uma maçã nem um peixe, não se trata de um ser inanimado nem um animal irracional. Não há dúvidas sobre isso. A problemática em torno do conceito de Direito decorre de sua condição inalienável de *prática social*.

Com base no trabalho de Alasdair MacIntyre, abordei a existência de *conceitos* que somente podem ser compreendidos junto com seu *propósito* ou *função*. A noção de *conceito funcional* para explicar o Direito se funda não em uma essência imanente a todas as coisas que existem, mas no modo como o fenômeno jurídico se revela na *prática*. Essa abertura à historicidade e à facticidade do Direito é verdadeiramente hermenêutica, sendo que, para sua *mais adequada interpretação*, temos de admitir a coexistência de *elementos fáticos e normativos* no seu conceito. Por constituir uma prática social (complexa), a análise do Direito não pode ser comparada com o estudo científico da física ou da química, mas deve ser conduzido *de acordo com ele mesmo*, com o seu próprio acontecer na existência humana — eis aqui a expressão hermenêutica “às coisas mesmas” em aplicação.

Assim, o Direito pode ser visto como um *conceito funcional, orientado por um determinado fim*, desde que compreendidas as necessárias bases filosóficas em que isso se sustenta. Com isso, as noções de Direito e de um *bom Direito* se aproximam: não basta apenas identificar o Direito como “fato social”, mas identificá-lo a partir de uma interpretação que considere sua *justificativa prática*, o que lhe impõe, evidentemente, um parâmetro *valorativo* de comparação.

Se o Direito é uma *prática social*, ou seja, algo que deriva dos atos sociais da vida humana, a *forma* como os profissionais do Direito resolvem compreender a prática jurídica importa. Isso porque, se são esses profissionais, os juristas, que dão vida à forma de ser dessas práticas, então o modo como eles concebem sua *concepção de Direito*, nos limites de suas influências, faz toda a diferença no desenvolvimento da própria prática. Sendo mais claro: se o jurista é aquele que interpreta e concretiza a prática jurídica — elaborando petições, formulando denúncias, proferindo julgamentos judiciais —, então o modo como ele percebe seu próprio trabalho influencia diretamente na própria prática social em questão, a qual, por sua vez,

constitui o próprio Direito. O jurista, nesse sentido, *modela, dá forma* à sociedade em que vive de acordo com o modo como ele vê o Direito.

Diante desse contexto, se compreender o Direito afeta significativamente na própria aplicação das energias humanas, na prática social, então uma filosofia jurídica preocupada com a *realidade* não pode ignorar essas questões. Veja-se: o Direito enquanto prática social conjuga *ser (is)* e *dever-ser (ought)* *inseparavelmente*, pois quando os profissionais jurídicos *aplicam* o Direito, quando eles declaram aquilo que entendem que o Direito *seja*, eles sempre levam em conta — mesmo que *inconscientemente* — aspectos da ordem do *dever-ser*, relacionados com o próprio modo como eles concebem sua *concepção do Direito*, a qual sempre pressupõe *dimensões normativas* envolvendo o que cada um de nós pensa que o Direito deve ser.

Ao defender um *propósito específico* ou *função* ao Direito, a própria compreensão- interpretação do seu fenômeno sempre deve pressupor e considerar essa sua característica particular. Com isso, de alguma forma, a depender das diversas formulações teóricas possíveis, é possível sustentar, no Direito, longe da artificialidade e infertilidade do “método científico” no Direito, assim como de uma incontrolável subjetividade, a *razão prática intersubjetivamente compreendida* — ou *mundo prático*. Não qualquer *razão prática*, portanto, mas uma que seja passível de *controle racional* diante do contexto em que é concretizada. Nada de fantasmas metafísicos nem de criações “assujeitadores” do sujeito pensante.

No Capítulo 5, último da dissertação, trouxe três teorias do Direito que levam a Moralidade a sério, ou seja, que entendem que o Direito não *acontece* como um dado científico, mas dentro de um determinado contexto social que o *concebe* e o *constrange*, exigindo-nos uma *abertura à racionalidade de suas dimensões normativas*. Afinal, se o *ser* do Direito está sempre *emaranhado* com o seu *dever-ser*, nenhuma Teoria do Direito pode esclarecer devidamente o conceito ao qual se dirige sem lidar com o *mundo prático*. Ser e dever-ser, fato e valor, certo e errado estão imbricados de tal forma que apenas uma *terapia interpretativa*, uma articulação adequada entre essas ideias, pode clarificá-lo *sob sua melhor luz*.

Esses autores, cada um a seu modo bastante particular, articulam ideias que (i) colocam a Moralidade como *elemento essencial* do Direito, mas que, de alguma forma, (ii) não recaem em *relativismos* como o positivismo jurídico (iii) nem apostam em noções “absolutas” sobre certo e errado para justificarem suas posições. A seleção dessas obras se orientou pelas significativas e distintas contribuições à Teoria do Direito: Lon Fuller, assim como Ronald Dworkin, são da tradição do *common law*, e propõem, o primeiro, uma teoria considerada como jusnaturalista — o que apenas reforça a importância de se revisitarem certos aspectos do Direito Natural —, e o segundo, uma posição que se distancia tanto do jusnaturalismo quanto do

positivismo jurídico. Lenio Streck desenvolve sua posição teórica a partir da tradição continental, trazendo os aportes de Heidegger e Gadamer em seu pensamento e elaborando uma abordagem no contexto da realidade brasileira. Em todos eles os *princípios* se encontram em uma posição privilegiada, resgatando a racionalidade prática — ou do mundo prático — para dentro do Direito.

Para Fuller, de fato, há uma *relação necessária* entre Direito e Moralidade. Todavia, sua formulação teórica não envolve a imposição de limites morais *substantivos* ao Direito, mas, isso sim, da sua sujeição a uma Moralidade *procedimental*. Trata-se de uma “*moralidade interna do Direito*” que fornece certos *princípios de legalidade* necessários em um sistema jurídico. A respectiva observância desses princípios permite ao Direito cumprir o seu propósito, tendo em vista que Fuller considera o Direito um *conceito funcional*.

São *oito* os princípios de legalidade para Lon Fuller: (i) *generalidade* — deve haver regras/leis, de forma que cada caso não seja decidido *ad hoc*; (ii) *publicidade* — as leis devem ser publicadas, ou seja, devem ser acessíveis ao público; (iii) *prospectividade* — as leis devem, em geral, visar à sua aplicação futura (evidentemente, isso não exclui a possibilidade de efeitos retroativos em determinadas circunstâncias); (iv) *clareza* — as leis, na medida do possível, devem se expressar de modo com que o cidadão possa identificar o seu sentido (isso não exclui noções vagas e imprecisas como “boa-fé” e “devido cuidado”, que muitas vezes são mais adequadas do que uma definição rigorosa e limitadora); (v) *não-contradição* — uma lei não pode proibir o que outra permite (trata-se de um aspecto de *consistência* ou *incompatibilidade* entre as leis); (vi) *praticabilidade* — as leis não devem exigir o impossível, ou seja, elas devem ser possíveis de serem observadas/cumpridas; (vii) *estabilidade/constância no tempo* — as leis não devem ser alteradas muito frequentemente, mantendo-se as demandas impostas aos cidadãos relativamente constantes; (viii) *congruência entre a ação dos oficiais jurídicos e a regra declarada* — a mais complexa das aspirações relativas à moralidade interna do Direito, ela significa, em linhas gerais, que não deve haver discrepância entre a lei como foi declarada e o modo como ela é administrada.

De outra forma, Ronald Dworkin não concebe a relação entre Direito e Moralidade de modo meramente procedimental, mas de uma maneira profundamente *substantiva*. Para ele, a *compreensão* e a *aplicação* do Direito não podem ser percebidos separadamente. A *interpretação construtiva* proposta pelo autor, assim, sempre se movimentará em um terreno em que descrição e prescrição estão irremediavelmente unidas. O Direito, é claro, emerge das práticas sociais que o constituem, mas essas práticas estão sempre amarradas a uma *atitude interpretativa* em que *ser* e *dever-ser* se misturam.

É interessante observar a profundidade da crítica elaborada por Dworkin ao positivismo jurídico: não apenas a *obsessão metodológica* pela *descrição avaliativa* do Direito é um equívoco dos positivistas, como a *própria descrição* por eles formulada era inadequada. Em outras palavras, ao “ignorar” os *princípios* (padrões repletos de Moralidade), os teóricos do positivismo não apenas erraram “na largada” — *i.e.* em sua pretensão de tratar o Direito como mero fato social a ser descrito —, como se equivocaram, conseqüentemente, quanto à “linha de chegada” — *i.e.* esboçaram uma descrição simplesmente *incorreta* do fenômeno jurídico.

Dois aspectos são fundamentais para entender, mesmo que muito brevemente, Dworkin: (i) o Direito é uma prática social *argumentativa*, ou seja, a compreensão do que o Direito autoriza ou exige depende de proposições cujo *sentido* só acontece *pela e na* prática; (ii) a Teoria do Direito, ao lidar com essa prática essencialmente argumentativa, cujo sentido se dá em um determinado contexto político e social, é essencialmente *interpretativa*.

Dworkin destaca que é apenas a partir do modo como o fenômeno jurídico *se manifesta* — *i.e.* com todos os desacordos e os diferentes tipos de argumentos que surgem na prática — que é possível apreender o verdadeiro *sentido* do Direito. Dworkin certamente não pretende encastelar-se em uma torre de marfim; afinal, poderia ele dizer, há muito as teorias positivistas vinham sendo gestadas e defendidas à parte da realidade. Além disso, O caráter interpretativo do Direito é *construtivo*, pois é essencialmente relacionado com o *propósito*, o “*point*” da prática. E esse propósito não diz respeito ao propósito de um legislador em suas leis ou de um juiz em suas decisões, mas ao propósito do *intérprete*: incumbe ao intérprete *atribuir o propósito* à prática de modo a torná-la a *melhor possível*, o que não significa que ele tenha qualquer tipo de “discrecionabilidade” ao tomar sua decisão.

Chegamos a uma nova concepção da relação entre *teoria e prática*. Uma vez que não existe a possibilidade *teórica* de se esmiuçar descritivamente os critérios comuns ou regras básicas observadas pelos juristas para “etiquetar” juridicamente os fatos da vida — pois, simplesmente, *não existem* tais regras compartilhadas —, as *teorias do Direito*, mesmo as mais amplas e abstratas, só podem ser concebidas em sua busca de *interpretar o “point” e as estruturas da prática jurídica*. Isso, no fim das contas, também é uma *interpretação construtiva*, uma interpretação que almeja atingir o equilíbrio entre como a prática *se apresenta* e a sua *melhor justificação*. Direito e Moralidade, assim, não estão *separados* para Dworkin; antes, estão intimamente *unidos*. O ponto fundamental é que essa Moralidade também não “entra pela porta dos fundos”, como se uma convidada indesejada fosse. Na verdade, ela tem um papel *originário* na compreensão das práticas complexas que constituem o Direito.

Na tradição do Direito romano-germânico, especificamente no Brasil, Lenio Streck é um jurista que traz, no cerne de suas obras, uma preocupação fundamental justamente quanto à relação entre Direito e Moralidade no Direito brasileiro. Suas reflexões se desenvolvem em meio àquilo que ele denomina de *Constitucionalismo Contemporâneo*, concernente ao movimento que deu origem às Constituições do segundo pós-guerra e que ainda se faz presente no contexto atual. Nossa Constituição de 1988 consagrou a democracia e incorporou uma determinada tradição expressada pelo seu amplo catálogo de *direitos fundamentais* e pelo *princípios*.

Em síntese: no cerne do Constitucionalismo Contemporâneo, encontram-se os *princípios constitucionais*, cuja normatividade é derivada de nossa convivência intersubjetiva, convivência que sempre pressupõe vínculos de *moralidade política* — eis o *mundo prático*, a *dimensão prática intrínseca* ao fenômeno jurídico. Com isso, Streck subscreve à tese, também defendida por Dworkin, de que os princípios levam a um “fechamento interpretativo” contra discricionarismos judiciais. Princípios são elementos constituintes de toda aplicação do Direito: um caso jurídico, logo, sempre será solucionado por uma *regra concretizada pelos princípios que a instituem legitimamente*.

A obra de Streck é inegavelmente complexa, e as ramificações e consequências de todos esses pressupostos vão muito além do que pode ser apresentado nesta pequena seção. De qualquer sorte, veja-se que a decisão judicial, em um modelo hermenêutico — assim como no modelo integrativo de Dworkin —, é um *ato de decisão*, e não de (mera) escolha. O juiz tem *responsabilidade política* em seu agir: o Direito, em sua linguagem pública e intersubjetiva, não pode existir subjetivamente, isto é, como fenômeno normativo decorrente de opções e preferências pessoais. A Moralidade que lhe é cooriginária decorre da vida da comunidade política, e não de um único ou de uns poucos indivíduos. A busca pela resposta correta, por consequência, não é apenas uma possibilidade filosófica ou um aspecto contingencial da prática jurídica, mas constitui um verdadeiro *direito fundamental*. Se a verdade no âmbito interpretativo existe, e o juiz tem responsabilidade política, segue-se que ele tem o *dever* de buscar a resposta correta — ou *resposta constitucionalmente adequada*, na nomenclatura *streckiana*.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dualismo. *In*: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 346.

ABBAGNANO, Nicola. Intelectualismo. *In*: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 659.

ABBAGNANO, Nicola. Positivismo. *In*: ABBAGNANO, Nicola (org.). **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 909.

ALONSO, Fernando H. Llano. Cicero and natural law. **ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, v. 98, n. 2, p. 157-168, 2012. Disponível em: www.jstor.org/stable/24769084. Acessado em: 4 set. 2022.

AQUINO, Tomás de. **Commentary on Aristotle's Politics**. Tradução de Richard J. Regan. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2007.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 1.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 2.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 4.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Edições Loyola, 2010. v. 6.

ARISTÓTELES. **Ethica nicomachea V 1-15**: tratado da justiça. Estudo, tradução e comentários de Marco Zingano. Texto grego de Susemihl e Apelt. São Paulo: Odysseus, 2017.

ARISTÓTELES. **Metaphysics**. Traduzido por e com introdução e notas de C. D. C. Reeve. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2016.

ARISTÓTELES. **Órganon**. 3. ed. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2016.

ARISTÓTELES. **Physics**: Books I and II. Tradução de William Charlton. Oxford: Clarendon Press, 2006.

ARISTÓTELES. **Politics**. Tradução para o inglês de H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 1959.

ARISTÓTELES. Rhetoric. *In*: BARNES, Jonathan (ed.). **The complete works of Aristotle**. Princeton: Princeton University Press, 1984.

ARISTÓTELES. **The Nicomachean ethics**. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University Press, 2009.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. 2. ed. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832].

AYER, A. J. **Language, truth and logic**. Londres: Penguin, 1971.

BACON, Francis. **Exemplum Tractatus de Fontibus Juris, and other latin pieces of Lord Bacon**. Translated by James Glassford. Edinburgh: Waugh and Innes, 1823.

BARKER, Ernest. **The political thought of Plato and Aristotle**. New York: Russell & Russell, 1959.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECCHI, Paolo. German legal science: the crisis of Natural Law theory, the historicisms, and “conceptual jurisprudence”. *In*: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009.

BERNSTEIN. The pragmatic turn: the entanglement of fact and value. *In*: BEN-MENACHEM, Yemima (ed.). **Hilary Putnam**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 251-265.

BIX, Brian. John Austin. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2022 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>. Acesso em: 4 set. 2022.

BIX, Brian H. Legal positivism. *In*: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (eds.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

BIX, Brian H. Natural law theory *In*: PATTERSON, Dennis (ed.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. p. 211-227.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Edited by Wilfrid Prest. Oxford: Oxford University Press, 2016. v. 1: Of the rights of persons.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exegesis em Derecho Civil**. Traducción de la segunda edición francesa por José M. Cajica Jr. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1944.

CAENEEM, R. C. van. **European law in the past and the future: Unity and diversity over two millennia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CAENEEM, R. C. van. **Judges, legislators and professors: chapters in European legal history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 52.

CAIRNS, Huntington. **Legal philosophy from Plato to Hegel**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1949.

CARNAP, Rudolf. **The unity of science**. Bristol: Thoemmes Press, 1995.

CHIASSONI, Pierluigi. **La tradición analítica en la filosofía del Derecho: de Bentham a Kelsen**. Tradução para o espanhol de Félix Morales Luna. Lima: Palestra Editores, 2017.

CÍCERO, Marco Túlio. **On duties**. Edited by M. T. Griffin and E. M. Atkins. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. **On the commonwealth and on the laws**. Edited by James E. G. Zetzel. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

COELHO, André. Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo. **Filósofo Grego**, 19 nov. 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em: 31 ago. 2022.

COING, H. Trois formes historiques d'interprétation du droit: glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse. **Revue historique de droit français et étranger**, quatrième série, v. 48, p. 531-543, 1970. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43847669>. Acesso em: 5 set. 2022.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to *The concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, J. Ockham's right reason and the genesis of the political as "absolutist". **History of political thought**, v. 20, n. 1, p. 35-64, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26217550>. Acesso em: 4 set. 2022.

DANTAS, Marcus. Jurisprudência dos conceitos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Livraria Editora Renovar, 2009.

DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. Introduction - Toward fin de siècle ethics: some trends. In: DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter (ed.). **Moral discourse and practice: some philosophical approaches**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 3-47.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1978. v. 1.
- FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. 3. ed. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete. Madri: Ediciones Pirámide, 1982. v. 2.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FEYERABEND, Paul K. **Ciência, um monstro: lições trentinas**. Tradução de Rogério Bettoni. Edição, revisão e notas de Luiz Henrique de Lacerda Abrahão. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- FINNIS, John. **Aquinas moral, political, and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958.
- FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.
- FULLER, Lon L. **The law in quest of itself**. Boston: Beacon Press, 1940.
- GADAMER, Hans-Georg. **Philosophical hermeneutics**. Traduzido e editado por David E. Linge. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1977.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.
- GIERKE, Otto. **Political theories of the Middle Age**. Translated with an introduction by Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1900.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal positivism. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

GRONDIN, Jean. **Introduction to philosophical hermeneutics**. Prefácio de Hans-Georg Gadamer. Traduzido por Joel Weinsheimer. New Haven e Londres: Yale University Press, 1994.

GROTIUS, Hugo. **Commentary on the law of prize and booty**. Edited with an introduction by Martine Julia van Ittersum. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1.

GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace**. Edited and with an introduction by Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v.1.

JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

HAAKONSSSEN, Knud. Early modern natural law theories. *In*: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (eds.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 76-102.

HAAKONSSSEN, Knud. Hugo Grotius and the history of political thought. **Political Theory**. v. 13, n. 2, p. 239-265, maio 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191530>. Acesso em: 5 set. 2022.

HAAKONSSSEN, Knud. **Natural law and moral philosophy: from Grotius to the Scottish Enlightenment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

HARE, Richard M. **The language of morals**. Oxford: Clarendon Press, 1952.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 607.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HECK, José N. Jusnaturalismo e dialética. **Veritas**, Porto Alegre, v. 44, n. 4, p. 995-1009, dez. 1999. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35252>. Acesso em: 4 set. 2022.

HEIDEGGER, Martin. **As questões fundamentais da filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre el humanismo**. Tradução de Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ontology: the hermeneutics of facticity**. Traduzido por John van Buren. Bloomington: Indiana University Press, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HERVADA, Javier. **Historia de la ciencia del derecho natural**. 3. ed. Barañáin: Ediciones Universidad de Navarra, 1996.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism. *In*: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth E.; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

HIMMA, Kenneth E. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HONNEFELDER, Ludger. A lei natural de Tomás de Aquino como princípio da razão prática e a segunda escolástica. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 324-337, set./dez. 2010.

HUME, David. **A treatise of human nature** — a critical edition. Oxford: Oxford University Press, 2007. v.1.

INWOOD, Brad; MILLER, Fred D. Law in roman philosophy. *In*: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015. p. 141.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

JHERING, Rudolf von. **O espírito do Direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do Direito romano: nas diversas fases do seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 3.

JONES, Meirav. Natural law as true law. *In*: LESAFFER, Randall; NIJMAN, Janne E. (eds.). **The Cambridge Companion to Hugo Grotius**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 138-156.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2017.

KAUFMANN, Arthur. Discurso histórico: A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. O fundamento da doutrina do direito natural. Tradução de Luís Afonso Heck. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 51-83.

KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico?. Tradução de Luís Afonso Heck. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 85-94.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **What is justice?** Justice, law, and politics in the mirror of science. Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1971.

KEYT, David. Three fundamental theorems in Aristotle's "Politics". **Phronesis**, v. 32, n. 1, p. 54-79, 1987.

KRAUT, Richard. Plato. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2022 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/plato/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

KRETZMANN, Norman. Lex iniusta non est lex: laws on trial in Aquinas' court of conscience. **The American journal of jurisprudence**. v. 33, n. 1, p. 99-122, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISSKA, Anthony J. **Aquinas's theory of natural law: an analytic reconstruction**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

LISSKA, Anthony J. The philosophy of law of Thomas Aquinas. *In*: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015.

LISSKA, Anthony J. William of Ockham on law. *In*: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015.

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

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

MACKIE, J. L. **Ethics: inventing right and wrong**. Londres: Penguin Books, 1990.

MALPAS, Jeff. Hans-Georg Gadamer. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/gadamer/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MARITAIN, Jacques. **Saint Thomas Aquinas**. New York: Meridian Books, 1958.

MARKIE, Peter; FOLESCU, M. Rationalism vs. empiricism. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MARMOR, Andrei. Legal conventionalism. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to *The concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MCINERNEY, Ralph; O'CALLAGHAN, John. Saint Thomas Aquinas. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas/>. Acesso em: 4 set. 2022.

MCPHERSON, Tristram; PLUNKETT, David. Introduction: the nature and explanatory ambitions of metaethics. *In*: MCPHERSON, Tristram; PLUNKETT, David (ed.). **The Routledge Handbook of Metaethics**. New York: Routledge, 2017.

MENCKEN, H. L. **Prejudices: second series**. New York: Alfred A. Knopf, 1920.

MILLER JR., Fred D. Aristotle's philosophy of law. *In*: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015.

MILLER JR., Fred D. Aristotle's political theory. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2017 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/aristotle-politics/>. Acesso em: 2 set. 2022.

MILLER JR., Fred D. The rule of reason in Plato's *Laws*. *In*: JACOBS, Jonathan A. (ed.). **Reason, religion, and natural law: from Plato to Spinoza**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 31-56.

MILLER, Jon. Hugo Grotius. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/grotius/>. Acesso em: 9 jan. 2022.

MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Edição revisada, editada e introduzida por Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

MULHALL, Stephen. **Routledge philosophy guidebook to Heidegger and Being and Time**. Londres e New York: Routledge, 1996.

NAGEL, Thomas. **The view from nowhere**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

OAKLEY, Francis. Medieval theories of natural law: William of Ockham and the significance of the voluntarist tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 6, n. 1, p. 65-83, 1961. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=nd_naturallaw_forum. Acesso em: 4 set. 2022.

OCKHAM, Guilherme de. Física e ética. In: CIVITA, Victor (ed.). **Seleção de textos de Tomás de Aquino, Dante Alighieri, John Duns Scot, William of Ockham**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores VIII).

OCKHAM, Guilherme de. **Philosophical writings**: a selection. Traduzido por e com introdução de Philotheus Boehner. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1964.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **The new rhetoric**: a treatise on argumentation. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971.

PERRY, Stephen R. Hart's methodological positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PHILLIPSON, Coleman. Samuel Pufendorf. **Journal of the Society of Comparative Legislation**, v. 12, n. 2, p. 233-265, 1912. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/752451>. Acesso em: 5 set. 2022.

PINTO, Gerson Neves. Os dois sentidos do termo "justiça" no livro V da *Ética Nicomaqueia* de Aristóteles. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 147, p. 82-90, ago. 2013.

PLATÃO. Gorgias. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 791-869.

PLATÃO. Laws. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1318-1616.

PLATÃO. Minos. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 1307-1317.

PLATÃO. Parmenides. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 359-397.

PLATÃO. Phaedo. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 49-100.

PLATÃO. Republic. In: COOPER, John M.; HUTCHINSON, D. S. (eds.). **Plato complete works**. Indianapolis, Ind: Hackett Pub, 1997. p. 971-1223.

PLATÃO. **Theaetetus, Sophist**. Tradução de H. N. Fowler. Londres/New York: William Heinemann/G. P. Putnam's Sons, 1921.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004 [1801]. p. 16 e 22. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em: 15 jan. 2022.

POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. New York: Springer, 2011. v. 11.

PUFENDORF, Samuel. **Le droit de la nature et des gens, ou systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique**. Traduit du latin par Jean Barbeyrac. Basle: chez E. & J. R. Thourneisen, Frères, 1732.

PUFENDORF, Samuel. **On the duty of man and citizen according to Natural Law**. Edited by James Tully. Translated by Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press.

PUFENDORF, Samuel. **The political writings of Samuel Pufendorf**. Traduzido por Michael J. Seidler. New York: Oxford University Press, 1994.

PUFENDORF, Samuel. **Two books of the elements of universal jurisprudence**. Translated by William Abbott Oldfather. Revised by Thomas Behme. Edited and with an introduction by Thomas Behne. Indianapolis: Liberty Fund, 2009.

PUTNAM, Hilary. **Reason, truth and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

PUTNAM, Hilary. **Words and life**. Editado por James Conant. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

QUINE, W. V. **The ways of paradox and other essays**. New York: Random House, 1996.

RAZ, Joseph. Authority, law and morality. **Monist**, v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(2):141-149, jul.-dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2013.52.06/3934>. Acesso em: 31 ago. 2022.

SALDANHA, Nelson. Escola da exegese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Livraria Editora Renovar, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Translated from the German by Abraham Hayward. Londres: Littlewood & Co. Old Bailey, 1831.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System of the modern Roman Law**. Traduzido por William Holloway. Chennai: J. Higginbotham, 1867. v. 1.

SCATTOLA, Merio. Scientia iuris and ius naturae: the jurisprudence of the holy Roman empire in the seventeenth and eighteenth centuries. *In*: CANALE, Damiano; GROSSI, Paolo; HOFMANN, Hasso (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 9. A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600-1900. Nova York: Springer, 2009.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2014.

SEIDLER, Michael. Pufendorf's moral and political philosophy. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2021 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/pufendorf-moral/>. Acesso em: 5 set. 2022.

SHEPARD, Max A. William of Occam and the Higher Law. **The American Political Science Review**, v. 26, n. 6, p. 1005-1023, dez. 1932. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1947697>. Acesso em: 4 set. 2022.

SMITH, Robin. Aristotle's logic. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-logic/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SÓFOCLES. **The Theban plays**: Oedipus the king, Oedipus at Colonus, Antigone. Com tradução, introdução e notas de Ruth Fainlight e Robert J. Littman. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2009.

SPADE, Paul Vincent; PANACCIO, Claude. William of Ockham. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/ockham/>. Acesso em: 4 set. 2022.

STADLER, Friedrich. The Vienna Circle: context, profile, and development. *In*: RICHARDSON, Alan ; UEBEL, Thomas (ed.). **The Cambridge Companion to Logical Empiricism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

STALLEY, Richard F. Platonic philosophy of law. *In*: MILLER, Fred D.; ANANTH, Mahesh; PATTARO, Enrico (org.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015.

STAPLETON, Timothy. Dasein as being-in-the-world. *In*: DAVIS, Bret W. (ed.). **Martin Heidegger: key concepts**. Durham: Acumen, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 504, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2138>. Acesso em: 14 jan. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIERNEY, Brian. Ockham and natural rights. In: MILLER, Fred D.; BIONDI, Carrie-Ann (eds.). **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 6. 2. ed. A history of the philosophy of law from the ancient greeks to the scholastics. Nova York: Springer, 2015.

TIERNEY, Brian. **The idea of natural rights**: studies on natural rights, natural law, and church law, 1150-1625. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 2001.

VAN ROOJEN, Mark. Moral cognitivism vs. non-cognitivism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-cognitivism/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VÄYRYNEN, Pekka. Thick ethical concepts. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2019 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/thick-ethical-concepts/>. Acesso em: 27 jan. 2021

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VOLTAIRE. **Micrômegas**. Paris: Garnier Flammarion, 1966.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, 2009.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

WHEELER, Michael. Martin Heidegger. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Fall 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/heidegger/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WILD, John. **Plato's modern enemies and the theory of natural law**. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1953.