

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

WILLIAM GALLE DIETRICH

POSITIVISMO JURÍDICO:

**Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos
morais**

**São Leopoldo)
2018**

WILLIAM GALLE DIETRICH

POSITIVISMO JURÍDICO:

**Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos
morais**

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

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2018

D566p

Dietrich, William Galle

Positivismo jurídico: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais / William Galle Dietrich. -- 2018.

133 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Positivismo jurídico. 2. Filosofia - Hume, David. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Metodologia descritiva. 5. Filosofia do direito. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 340.12

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: "**POSITIVISMO JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE INTRODUIZIR O MÉTODO EXPERIMENTAL DE RACIOCÍNIO NOS ASSUNTOS MORAIS**" elaborada pelo mestrando **William Galle Dietrich**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 02 de outubro de 2018.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

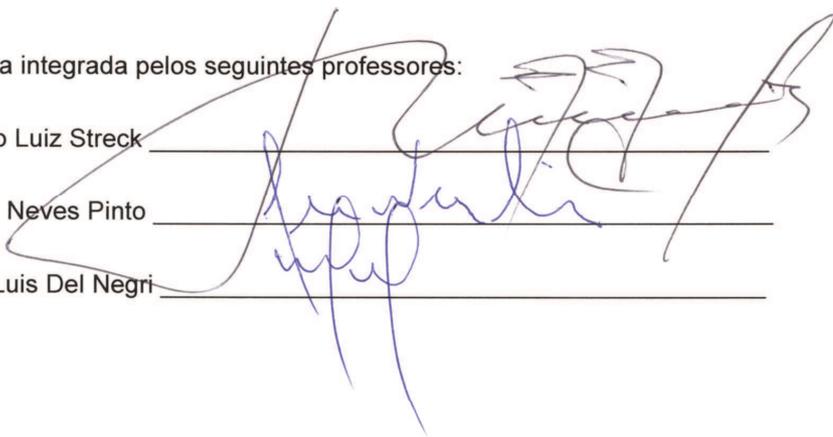
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto

Membro: Dr. Andre Luis Del Negri



À minha mãe, MÁRCIA, por absolutamente tudo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, sempre, agradeço à minha **Mãe** por tudo. Pelas valiosas lições, pela amizade, por ser fundamental na formação do meu caráter e por todo o apoio em todos esses anos. Te amo!

Agradeço também à minha família. Ao meu **Pai** e ao meu **irmão** também, principalmente pela parceria no futsal e nos churrascos que foram fundamentais para “desopilar”.

Ao meu grande amigo e eterno mestre, **Prof. Igor Raatz**, por ser o responsável direto por despertar em mim o interesse pelo estudo mais profundo. Foi na cadeira de Direito Constitucional I, lá no primeiro semestre de 2013, que me colocou no “caminho das pedras” e por isso serei eternamente grato.

Também deixo o meu agradecimento para a turma do “xis da lavagem”: em especial ao **Rafael Giorgio Dalla Barba** e ao **Alex Ríbolli**. Agradeço pela amizade e, principalmente, pelo aprendizado que tive com vocês. *Idem velle, idem nolle*, gurizada!

A todo o pessoal do **Dasein** pelos estudos e pela parceria nessa jornada. Em especial, agradeço nominalmente ao **Gilberto, Thiago, Giovanna** e ao **Fred** pelo auxílio com as “burocracias” (e pelo café!), de longe a parte mais complicada do nosso cotidiano no gabinete. Vai um agradecimento especial também ao **Daniel** e ao **Ziel** pelas conversas e discussões.

No PPGd, agradeço à **Vera** e ao **Ronaldo**, por todo apoio e pela convivência muito mais do que agradável.

Agradeço à **ABDPro**, instituição que me trouxe muitos amigos e abriu as portas para novas discussões dentro do processo civil. Agradeço em especial ao **Eduardo** pelas valiosas lições que obtive no período em que estive na UNISINOS.

Um agradecimento especial, é claro, ao meu orientador, **Prof. Lenio Streck**, por tudo que construiu e que representa no Direito. Também pela figura singular que é, que desperta o interesse pelo estudo em todos aqueles que entram em contato com as suas obras.

Por fim, agradeço ao apoio financeiro da **CAPES**, sem o qual essa pesquisa não teria sido possível.

It will presumably be thought better, indeed one's duty, to do away with even what is close to one's heart in order to preserve the truth, especially when one is a philosopher. For one might love both, but it is nevertheless a sacred duty to prefer the truth to one's friends¹.

¹ ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 1096a.

RESUMO

O trabalho aborda o problema da neutralidade/externalidade do método descritivo das teorias juspositivistas analíticas. O primeiro capítulo faz um recorte no empirismo filosófico, buscando as origens e fundamentos filosóficos, que amparam a estrutura básica do juspositivismo analítico, no filósofo escocês David Hume. Procura-se, portanto, estabelecer as premissas básicas de tal corrente filosófica e as respectivas incorporações dentro das teorias jurídicas que são positivistas. O segundo capítulo procura focar na questão do método descritivo. Com uma abordagem explanatória, procura detalhar como o método descritivo foi incorporado ao Direito por Jeremy Bentham, passando por John Austin e Herbert L. A. Hart, até chegar, nesta década, em Scott J. Shapiro. Trata-se, portanto, de uma reconstrução histórica do método descritivo dentro da teoria do Direito. O terceiro capítulo, por sua vez, apresenta as principais críticas ao método descritivo, sobretudo as críticas direcionadas contra a neutralidade do método, e a consequente separação rígida entre fato e valor. O trabalho tem como finalidade básica, portanto, uma exposição geral da origem do método descritivo; da sua manutenção e evolução na teoria do Direito; e das principais críticas sofridas. Trabalhou-se com o “método” hermenêutico, fio condutor da Crítica Hermenêutica do Direito e com revisão bibliográfica. Como resultados parciais, pode-se dizer, a partir do referencial filosófico adotado pelas teorias juspositivistas analíticas, ainda que inconscientemente, que as características de neutralidade valorativa e externalidade do cientista não conseguem ser mais do que meros constructos artificiais, na medida em que a rígida separação entre fato e valor já foi superada no âmbito teórico e prático da filosofia e do Direito. A introdução do método experimental de raciocínio na teoria do Direito, portanto, não consegue atingir a propugnada neutralidade/externalidade.

Palavras-chave: David Hume. Positivismo jurídico. Fato e valor. Metodologia descritiva. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

This work deals with the neutrality/externality problem of the descriptive method of analytical legal positivist theories. The first chapter investigates the roots of philosophical empiricism in the Scottish philosopher David Hume, seeking its philosophical origins and foundations, which support the basic structure of analytical legal positivism. It seeks, therefore, to establish the basic premises of such philosophical current and the respective incorporations within the positivistic legal theories. The second chapter seeks to focus more specifically on the central question regarding the descriptive method. With an explanatory approach, it seeks to detail how the descriptive method was incorporated into jurisprudence by Jeremy Bentham — which was maintained by John Austin, Herbert L. Hart, and, in this decade, by Scott J. Shapiro. It is, therefore, a historical reconstruction of the descriptive method within jurisprudence and legal theory. The third chapter, in its turn, presents the main criticisms of the descriptive method, especially the criticisms directed against the (supposed) *neutrality* of it, and the consequent rigid distinction between fact and value. The main purpose of the work is, therefore, a general exposition of the origins of the descriptive method; its maintenance and evolution in jurisprudence; and the main criticisms. The work's approach is the hermeneutical "method", the basis of the Hermeneutical Critique of Law, and also a bibliographical revision. As partial results, it can be said, from the philosophical referential adopted by analytical legal positivist theories, albeit unconsciously, that the characteristics of the scientist's neutrality and externality cannot be more than mere artificial constructs, insofar as the rigid distinction between fact and value has already been overcome in both theoretical and practical scopes of philosophy and law. The introduction of the experimental method of reasoning in legal theory, therefore, fails to achieve the advocated neutrality/externality.

Keywords: David Hume. Legal positivism. Fact and value. Descriptive methodology. Hermeneutical Critique of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 EMPIRISMO ANGLO-SAXÃO: A ORIGEM DO POSITIVISMO ANALÍTICO	25
2.1 Breve Resgate Biográfico de David Hume	26
2.2 Aspectos Gerais da Filosofia Empirista de David Hume	32
2.3 O Problema da Conexão Necessária e da Indução: Em Qual Lugar se Encontra o Ceticismo de Hume?	38
2.4 O Legado de Hume Para a Filosofia da Ciência	45
3 O POSITIVISMO ANALÍTICO NA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÃ	55
3.1 Jeremy Bentham	57
3.2 John Austin	63
3.3 Herbert L. A. Hart	68
3.4 Scott J. Shapiro	76
3.5 Considerações Intermediárias	83
4 O PROJETO METODOLÓGICO DESCRITIVO E A IMPLOSÃO DA DICOTOMIA FATO/VALOR	87
4.1 A Guilhotina de Hume	88
4.2 A Superação da Dicotomia Fato/Valor no Âmbito Teórico	95
4.2.1. Hilary Putnam e a Concepção de Entanglement	96
4.2.2. Contribuições Hermenêuticas Para o Problema do Método	102
4.2.3. O que os Positivistas Analíticos Realmente Estão Dizendo?	108
4.3 A Superação da Dicotomia Fato/Valor no Âmbito Prático	113
5 CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

Não parece demasiado afirmar que a teoria do Direito, em algum momento, se perdeu do âmbito prático. Se preocupou em demasia com questões conceituais e a prática foi relegada a um segundo plano. Travando gigantescas batalhas no campo conceitual, a Teoria do Direito novamente aproximou-se daquilo que Ihering já chamou de Paraíso dos Conceitos (*Begriffshimmel*)², de modo que o resultado disso tudo foi um, nas palavras de Wilfried Waluchow, *estado de perplexidade*³. Coleman afirma, em sentença exemplificativa, que “a verdade é que os próprios positivistas são responsáveis por muita da confusão que se gerou em torno da tese da separabilidade”⁴.

Com efeito, essa é a razão pela qual que em situações limítrofes se observa a teoria do Direito discutindo questões sobre a própria teoria: uma teoria sobre a teoria do Direito⁵. Com efeito, o que se pretende aqui não é tratar com desvalor tais discussões e tampouco colocar em xeque a sua própria seriedade; muito pelo contrário: o presente trabalho também pretende, em alguma medida, teorizar sobre a teoria do Direito. Sob esse aspecto, portanto, tais discussões são importantes, desde que seus partícipes passem a assumir que aquilo que é posto em deliberação possui, sim, um efeito prático.

Preocupado com os efeitos *práticos* da *teoria* do Direito, esta dissertação tem como tema central/assunto o problema da neutralidade/externalidade do método

² Ver CARÚS GUEDES, Jefferson; AGUIAR DE PÁDUA, Thiago. Paraíso dos conceitos jurídicos, de Ihering, é notável contribuição ao Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/livro-paraíso-conceitos-juridicos-inspirou-direito-brasileiro#_ednref8>. Acesso em 22 out. 17.

³ Cf. Waluchow, “Legal theory is in perplexing state. Traditional boundaries between rival views have been blurred to the point where one wonders just what the issues are and whether the protagonists are more often than not arguing at cross purposes. On the one hand we have apparently dyed-in-the-wool legal positivists like Joseph Raz and Neil MacCormick claiming that it is perfectly consistent with legal positivism to suggest that law, as an important social institution, necessarily has some moral merit [...] on the other hand, one finds John Finnis, whose contemporary theory of natural law seems about as close as one can get to the traditional natural law theories of Aquinas and Augustine, suggesting that it was never a major concern of classical natural lawyers to deny legal validity to unjust state enactments [...] someone approaching legal philosophy for the first time couldn't help but be terribly confused by all this”. WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 1.

⁴ COLEMAN, Jules. La arquitectura de la filosofía del derecho. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego (Ed.). **Neutralidad y teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 96.

⁵ MARANHÃO, Juliano. Por que teorizar sobre a teoria do direito? In: BULYGIN, Eugenio; ALEXY, Robert; RAZ, Joseph (Org.). **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013; NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Meta-teoria do direito**: ensaios reunidos. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

descritivo nas teorias juspositivistas analíticas. Pretende-se, nessa linha, investigar teoricamente a metodologia adotado pela *Jurisprudence*.

Com efeito, a teoria do Direito juspositivista considerada em uma perspectiva global é demasiado ampla. Fora do mundo anglo-saxão, por exemplo, é conhecido o extenso trabalho do jurista austríaco Hans Kelsen. O juspositivismo também pode ser abordado por muitas frentes metodológicas. E dentro dos seus constructos internos, extensas discussões podem ser travadas sob qual autor conseguiu sustentar um argumento mais sólido e/ou refutou mais fortemente seus adversários teóricos.

Nessa linha, considerada a amplitude do tema, esta dissertação sofre variados recortes. Uma primeira delimitação é sobre qual espécie de juspositivismo está em jogo: o juspositivismo analítico-descritivo. Assim, de saída, está descartado do trabalho estudos com maior fôlego em positivismos éticos, normativos e derivados. A segunda delimitação perpassa pelos autores. Como são muitos autores das mais diversas correntes, este trabalho irá perquirir apenas o positivismo anglo-saxão, excluindo todos os autores situados fora dessa tradição.

Ainda assim, o positivismo anglo-saxão possui dezenas de autores, motivo pelo qual este trabalho recortou aqueles que reputou mais importante para o tema do trabalho (a metodologia juspositivista): trabalhar-se-á apenas com as teorias de John Austin, Jeremy Bentham, Herbert L. A. Hart e Scott J. Shapiro.

Dentro das obras dos referidos autores há material com fôlego suficiente para a construção de, no mínimo, uma tese de doutorado. Entre os quatro autores referidos, por exemplo, existem adeptos do denominado positivismo exclusivo e inclusivo. Assim, novamente tendo em vista o tema do presente trabalho, foi necessário mais um recorte: a dissertação não discutirá divergências ontológicas e/ou epistemológicas entre esses autores. Centrar-se-á apenas no seu pressuposto metodológico comum: a tarefa da teoria/teórico do Direito, que seria a descrição moralmente desengajada do Direito.

A delimitação do tema, portanto, faz com que o presente trabalho aborde criticamente “apenas” a metodologia descritiva do juspositivismo analítico anglo-saxão, representado pelas obras de Jeremy Bentham, John Austin, Herbert L. A. Hart e Scott J. Shapiro. Delimitado o tema, chega-se no problema, que é a insuficiência – ou o artificialismo – da amoralidade/externalidade da metodologia

descritiva no juspositivismo analítico. Se o problema fosse pensado em tom de pergunta, a indagação seria: “são possíveis descrições neutras no Direito?”.

Com efeito, tendo esse problema estabelecido, o objetivo geral da dissertação passa a ser a investigação da metodologia juspositivista analítica no Direito. Os objetivos específicos são precisamente três: analisar a origem filosófica dessa metodologia; investigar a incorporação e manutenção do descritivismo na teoria do Direito e, por fim, expor os argumentos críticos que são opostos a esta tentativa de trabalhar as denominadas ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*) com a racionalidade das ciências naturais (*Naturwissenschaften*).

Estes três objetivos foram tratados nos três capítulos que seguem no trabalho. No primeiro capítulo, a origem filosófica do juspositivismo analítico foi investigada no empirismo filosófico de David Hume; no segundo, a incorporação/manutenção nas obras de Bentham, Austin, Hart e Shapiro e, por fim; no terceiro, os argumentos críticos que são ofertados contra essa metodologia.

Toda a pesquisa é justificada pela própria amplitude do positivismo no Direito. Sabe-se que o positivismo jurídico é a teoria dominante nos Estados Unidos e na Inglaterra. Soma-se a isso o fato de que começam a surgir no Brasil polos de pesquisa que possuem como fio condutor tais diretrizes analíticas.

É verdade que muitas críticas ao descritivismo na teoria do Direito já foram formuladas pelo jusfilósofo Ronald Dworkin⁶. Contudo, Dworkin foi um autor que se preocupou em abordar o fenômeno prescrição/descrição com a gramática jurídica. Por outro lado, a discussão fato/valor é uma discussão que já se faz há anos na Filosofia e foi abordada dentro do Direito desconsiderando muitos aspectos que já haviam sido trabalhados lá. Portanto, a presente pesquisa é justificada pela mediação entre os argumentos entre a Filosofia e o Direito

Tendo em vista que o primeiro capítulo do trabalho versará sobre a obra de David Hume, surge uma segunda justificativa, vale dizer, uma justificativa específica, dada a imensa importância de David Hume e a virtual ausência de trabalhos que procuram estabelecer pontes entre o seu empirismo filosófico e a teoria do Direito. Aqui já se percebe um importante *gap* a ser preenchido, na medida em que o filósofo escocês é considerado por muitos como o *maior que já escreveu em inglês* e,

⁶ Principalmente em DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977; DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

embora tamanha importância e legado, impressiona a escassez de abordagens entre Hume e o Direito.

Com efeito, é por isso que o trabalho também faz uma abordagem diferenciada, pois o juspositivismo é tradicionalmente explicado partindo do positivismo científico. Ocorre que aquele que é considerado por muitos como o primeiro positivista jurídico, Jeremy Bentham (1748-1832), já possuía 50 anos de idade quando Augusto Comte (1798-1857) nasceu e, portanto, já possuía muitas de seus compromissos teóricos bem estabelecidos muito antes do surgimento do positivismo comtiano. Soma-se a isso o fato de que Bentham conservou admiração pelas obras de Hume e inclusive, em suas obras, o menciona em tom mais do que elogioso. Dessa forma, o presente trabalho visa a oferecer uma visão do germe do positivismo em uma corrente filosófica distinta, havendo, no ponto, mais um *gap* a ser preenchido.

Por fim, ao trazer a discussão sobre a dicotomia fato/valor sob a perspectiva humaniana, acredita-se que pode se estar dando uma importante contribuição na crítica à metodologia supostamente neutra e científica das correntes positivistas, sobretudo no combate à ficção do “ponto do observador” ou daquilo que o Prof. Lenio Streck denominou de “*Bodenlosigkeit*”⁷. É interessante notar que Hume segue sendo constantemente citado por alguns autores juspositivistas, com o fito de justificar sua opção por uma metodologia meramente descritiva. Shapiro, por exemplo, fala da “lei de Hume” em seu *Legality*. Contudo, o tratamento que os juspositivistas vem conferindo à guilhotina parece não corresponder exatamente com aquilo que o filósofo escocês pensou, havendo mais um importante ponto de pesquisa para ser enfrentado pela presente dissertação.

Com o conjunto de argumentos levantado durante toda a dissertação – origem, manutenção e críticas dos juspositivismo analítico – pretende-se descrever o *status quæstionis* que a discussão metodológica encontra no âmbito da Teoria do Direito. A pesquisa pretende, pois, preencher uma lacuna, sistematizando em um trabalho de maior fôlego todos os aspectos essenciais da discussão, como o fito de comprovar a hipótese, ao fim, de que sequer existe uma distinção entre descrição e prescrição. Maior prova disso será este trabalho, que trata apenas de catalogar as principais linhas argumentativas sobre o tema. Embora exerça um papel similar ao

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

de um cientista, de observar os argumentos ventilados nas discussões, as consequências lógicas e valorativas da mera observação de tais argumentos são inevitáveis.

2 EMPIRISMO ANGLO-SAXÃO: A ORIGEM DO POSITIVISMO ANALÍTICO

A presente dissertação tem o intuito de demonstrar como a Teoria do Direito, especialmente no mundo anglo-saxão, está comprometida com a filosofia empirista que se inicia no século XVII, sendo introduzida por Francis Bacon⁸ (1561-1626), passando por autores conhecidos – mormente entre os acadêmicos do Direito – como Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704) até chegar à David Hume (1711-1776). De uma maneira muito geral, o empirismo pode ser caracterizado como uma teoria refratária à metafísica até então dominante, passando a considerar epistemologicamente válido apenas o conhecimento que pode ser – de alguma forma – empiricamente verificado, vale dizer, “o escopo, limites e justificação para o nosso conhecimento são dados pela experiência”⁹.

Com o objetivo de descortinar as fundamentais influências que o empirismo exerce sobre as modernas Teorias do Direito, especialmente o positivismo jurídico de cariz analítico – embora, ressalte-se, não seja a única influência¹⁰ -, se optará, neste primeiro capítulo, por revisitar o empirismo através de um dos seus autores mais influentes, a saber, David Hume. Como o presente trabalho se trata de uma dissertação de mestrado, uma análise abrangente de todos os autores do empirismo

⁸ Francis Bacon tem um papel fundamental, embora muito contestado, na iniciação desse modo de encarar as questões epistemológicas na filosofia moderna. Para determinados setores, pode ser considerado o “primeiro porta voz da ciência moderna” e o “pai do método indutivo”; já para outros, se tratava de um “charlatão imoral que não possuía nada de original para dizer”. PELTONEN, Markku. Introduction. In: PELTONEN, Markku (Ed.). **The Cambridge companion to Bacon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 01.

⁹ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 65.

¹⁰ Assim como no âmbito jurídico, a origem do positivismo filosófico é algo difícil de precisar. Conforme Kolakowski, “It is possible to begin the history of European positivist thought almost anywhere, for many strands we regard as of primary importance in contemporary positivist doctrines had antecedents in antiquity. There are Stoic fragments, also surviving writings by skeptics and atomists, with passages that bring vividly to mind the anti-metaphysical treatises of the modern era. For instance, these ancient thinkers tell us that experience enables us to ascertain whether a given object has this or that appearance, but that it is illegitimate to go on to infer that the object is in reality such as it appears to be. For example, we may say that honey appears to be sweet, but we cannot infer from this that honey is sweet; similarly, we may say that we experience the warmth of fire, but not that fire is warm “in itself,” etc. The main rules of that interpretation of knowledge we call phenomenism-which require that we distinguish between the true content of the “data” of experience (appearances, phenomena) and such illegitimate extrapolations from it as present the qualities we observe as qualities inherent in “the nature of things”-had already been formulated in antiquity, though in a form we must today regard as simplistic. (We should note right here that phenomenism does not imply that the only objects of cognition are “psychic contents”-this belief may be, but is not necessarily, associated with the phenomenist position)”. KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 11 e ss.

(assim como uma abordagem exaustiva do próprio David Hume) seria algo inviável pelos próprios limites formais que estão impostos. Para analisar a questão de forma adequada, viu-se como questão fundamental essa limitação, razão pela qual o empirismo será abordado apenas na filosofia de David Hume e, ainda, com um recorte de questões específicas da vasta obra do filósofo escocês.

Os critérios para a eleição da filosofia de Hume, como objeto de pesquisa, são assaz singelos, dentre os quais se destaca que: (i) é considerado por muitos como o filósofo mais importante que já escreveu em inglês¹¹; (ii) é o verdadeiro pai do positivismo filosófico, vale dizer, é “cronologicamente o primeiro pensador que podemos chamar de positivista” sem que tenha que se fazer qualquer uma das ressalvas que são feitas a outros pensadores pretéritos¹²; (iii) sua principal obra, o *Tratado da Natureza Humana*, é dentre todas “a apresentação mais sistemática do empirismo filosófico e uma das obras mais proeminentes em todo o cânone da filosofia ocidental”¹³; (iv) manteve conexão direta e, sob certa perspectiva, pode ser considerado o “pai intelectual” da primeira Teoria do Direito com caráter analítico de que se tem notícia, a saber, a *expository jurisprudence* de Jeremy Bentham; (v) autores positivistas contemporâneos como, por exemplo, Scott J. Shapiro, fazem uso direto de “categorias” humenianas como a *Lei ou Guilhotina de Hume* e, por fim; (vi) Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e Método*, apresenta diálogos críticos diretos com o empirismo, especialmente através de críticas à obra *Tratado da Natureza Humana*.

2.1 Breve Resgate Biográfico de David Hume

David Hume possui diversos textos e cartas de caráter pessoal, que detalham sua vida e o contexto em que se encontrava. Dentre eles, destaca-se a sua famosa missiva redigida em 1734 para um físico anônimo; e o texto “*My Own Life*”, escrito em 1776, no qual relata sua vida motivado pelo próprio convencimento de que estaria beirando à morte em face de distúrbios intestinais que vinham lhe afligindo já

¹¹ NORTON, David Fate. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹² KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 31.

¹³ RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 03.

por alguns meses¹⁴, decorrentes de um provável câncer intestinal¹⁵. De fato, nesse mesmo ano, Hume veio a falecer.

O filósofo escocês nasceu em 11 de abril de 1711 em Edinburgh¹⁶, e foi o irmão mais novo de uma, nas suas próprias palavras, “boa família”. Seu pai faleceu quando Hume tinha apenas dois anos, deixando-o com seu irmão mais velho e sua irmã aos cuidados de sua mãe, Katherine Falconer Hume, que era “uma mulher de mérito singular, que, embora jovem e bonita, dedicou-se inteiramente à criação e educação de seus filhos”¹⁷. A mãe de David Hume também foi responsável por detectar a precocidade do filósofo escocês, de forma que, quando seu irmão mais velho foi à Universidade de Edinburgh, David Hume, apesar dos seus 10 anos na época, também foi enviado junto¹⁸. Katherine considerava Hume muito perspicaz e, segundo relatos, o próprio filósofo, já nessa idade, era vaidoso e se considerava muito mais inteligente que os seus colegas¹⁹.

Hume rejeitou o ramo do Direito, para o qual havia sido designado pela família²⁰, pois lhe parecia pouco atraente (*nauseous*)²¹. Dessa forma, visando a

¹⁴ Cf. David Norton, “As he travelled to Bristol, he wrote to an unnamed physician, probably John Arbuthnot, to ask advice about dealing with ‘the Disease of the Learned’ that afflicted him. Whether or not Hume actually sent another copy of this letter is not known, but the surviving manuscript furnishes us with a valuable account of the first years of his adult life. The text printed here is based on the original manuscript deposited in the National Library of Scotland, and is published with the permission of the Royal Society of Edinburgh. The title is taken from the letter itself”. NORTON, David Fate. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 345 e 351.

¹⁵ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

¹⁶ A título de preciosismo, enquanto se desenvolveu o estudo da biografia de David Hume percebeu-se que existem muitas divergências entre os comentadores – e até mesmo da própria biografia que Hume redigiu – acerca de datas dos principais acontecimentos da vida do Filósofo escocês, começando pela data do seu nascimento. Embora Hume relate que nasceu, efetivamente, na data acima mencionada, Elizabeth Radcliffe sustenta que a data de nascimento do filósofo foi em 26 de abril de 1711. Ver RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 02. Essa é uma constante com quase todas as datas e – na medida do possível – sempre se abrirá notas explicativas para mencionar as divergências com relação a este aspecto.

¹⁷ HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 351.

¹⁸ STEWART, M. A. Hume’s intellectual development. In: FRASCA-SPADA, M.; KAIL, P. J. **Impressions of Hume**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 24; MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

¹⁹ NORTON, David Fate. An introduction to Hume’s thought. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 02.

²⁰ Cf. Stewart, “At some stage between 1725 and 1729 - between the ages of 14 and 18 - he first began, and later abandoned, training for the law: it was, he seems to imply, expected of him”.

seguir o caminho de “Scholar” e “Philosopher”, se mudou para a França, onde, com 23 anos, passou a compor o *Tratado da Natureza Humana*²². Tal obra, dividida em três volumes, foi publicada em 1739 (Livros 1²³ e 2) e em 1740 (Livro 3, com o apêndice)²⁴. Contudo, o resultado da publicação não agradou o filósofo que chegou a afirmar que “nenhuma tentativa literária foi tão infeliz quanto o meu *Tratado da Natureza Humana*” e que seu livro já saiu da gráfica *natimorto*²⁵. William Morris e Charlotte Brown observam que, apesar de o *Tratado* não ter sido um sucesso acadêmico, tampouco pode se dizer que já nasceu natimorto, pois, quando Hume concorreu à cadeira de Filosofia Ética e “Mental” em Edinburg, em 1745²⁶, a sua reputação de ateu e cético foram suficientes para provocar uma oposição bem-sucedida. Hume jamais conseguiu ocupar qualquer posto acadêmico²⁷.

STEWART, M. A. Hume's intellectual development. In: FRASCA-SPADA, M.; KAIL, P. J. **Impressions of Hume**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 26.

²¹ Cf. Hume, “The Law which was the Business I design'd to follow, appear'd nauseous to me, & I cou'd think of no other way of pushing my Fortune in the World, but that of a Scholar & Philosopher”. HUME, David. A kind of story of my life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 352. p. 346.

²² Cf. Morris e Brown, “as a second son, his inheritance was meager, so he moved to France, where he could live cheaply, and finally settled in La Flèche, a sleepy village in Anjou best known for its Jesuit college where Descartes and Mersenne had studied a century before. Here he read French and other continental authors, especially Malebranche, Dubos, and Bayle, and occasionally baited the Jesuits with arguments attacking their beliefs. By this time, Hume had not only rejected the religious beliefs with which he was raised, but was also opposed to organized religion in general, an opposition that remained constant throughout his life. In 1734, when he was only 23, he began writing *A Treatise of Human Nature*”. MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

²³ Segundo Bertrand Russel, o Livro 1 do *Tratado* é aquilo que realmente importa na filosofia de Hume. Ver RUSSELL, Bertrand. **A history of western philosophy**. New York: Simon and Schuster, 1945. p. 660; Em sentido contrário, ver BUCKLE, Stephen. Hume in the enlightenment tradition. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 23 e ss.

²⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 07.

²⁵ HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 352.

²⁶ Cf. Stephen Buckle, o ano desse evento foi 1744. Ver: BUCKLE, Stephen. Chronology. In: HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. xxxiii.

²⁷ Cf. Morris e Brown, alguns anos após esse episódio, Hume ainda tentou novamente a carreira acadêmica e fracassou novamente: “Six years later, he stood for the Chair of Logic at Glasgow, only to be turned down again”. MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17; Novamente Stephen Buckle apresenta data distinta para esse evento, a saber, 1752. BUCKLE, Stephen. Chronology. In: HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. xxxiii.

É interessante abrir um parêntese para destacar, novamente, a precocidade de Hume, que antes mesmo dos 30 anos já havia atingido uma importância incalculável – embora não reconhecida na época – na filosofia continental. Russel Hardin afirma que “são pessoas como essas que fazem você perceber o quão pouco você atingiu. Tivesse Hume morrido aos 30 anos, ele ainda seria um dos maiores filósofos”²⁸.

Hume estava convencido de que a “falta de sucesso” na publicação do *Tratado* era decorrente muito mais da forma como foi publicada do que propriamente a matéria²⁹ e, por isso, lançou no ano de 1748 a obra *An Enquiry Concerning Human Understanding* – originalmente com o título de *Philosophical Essays concerning Human Understanding*³⁰ –, que abarcava as ideias centrais do Livro 1 do *Tratado*, acrescido de suas discussões sobre liberdade e necessidade do Livro 2 e que, ainda, contava com a inclusão de materiais originalmente extirpados das publicações de 1739-1740³¹.

Em 1749 o filósofo escocês foi morar com o seu irmão - estando sua mãe já falecida – e começou a compor a obra *An Enquiry Concerning Principles of Moral*, que se tratava de uma reformulação do livro 3 do *Tratado*³². Hume afirma que já na época o seu vendedor de livros, A. Millar, lhe relatou que as vendas de suas publicações pretéritas vinham gradualmente aumentando (exceto o *Tratado*) e suas obras começavam a ser “estimadas por boas companhias”. Em 1752 lança *An Enquiry Concerning Principles of Moral*³³ e *Political Discourses*. Segundo Hume, este

²⁸ HARDIN, Russel. **David Hume: moral and political theorist**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 01.

²⁹ HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 352-353.

³⁰ Cf. Radcliffe, o nome foi modificado para “*An Enquiry Concerning Human Understanding*” dez anos após a sua publicação. Ver, RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 04.

³¹ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

³² RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 04.

³³ Embora o próprio Hume escreva em sua carta que essas duas obras tenham sido lançadas no mesmo ano, William Morris, Charlotte Brown e Stephen Buckle afirmam que a obra *An Enquiry Concerning Principles of Moral* foi lançada no ano de 1751. Ver MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17; BUCKLE, Stephen. Chronology. In: HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. xxxiii.

é “o meu único trabalho que foi um sucesso na primeira publicação”; e aquele “é, de todos os meus escritos históricos, filosóficos ou literários, incomparavelmente o melhor”³⁴. Nesse mesmo ano, Hume recebeu uma oportunidade de trabalho na biblioteca da faculdade de advogados de Edinburgh. Contando com os recursos de tal biblioteca, Hume “abandona” a filosofia e publica os seus escritos de *História da Inglaterra*³⁵, entre 1754 e 1762, em seis volumes³⁶.

Após declinar uma vez do convite³⁷, em 1763 Hume aceita a posição de assistente do embaixador britânico na França. Durante sua estadia de três anos, se tornou o secretário da embaixada e, por cinco meses, em 1765, foi o *chargé d'affaires*. Nesse período, aproveitou a companhia de intelectuais europeus famosos e ficou conhecido por seu gosto pela “boa comida e vinho, assim como sua satisfação com a atenção e o afeto das mulheres”³⁸. Em 1766, Hume retornou à Edinburgh com a intenção de passar o resto dos seus dias gozando do dinheiro que

³⁴ HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 353.

³⁵ Cf. Hume, o primeiro volume foi um fracasso total, levando o filósofo escocês, inclusive, a cogitar o abandono do país e a troca do seu próprio nome: “I was, I own, sanguine in my expectations of the success of this work. I thought that I was the only historian, that had at once neglected present power, interest, and authority, and the cry of popular prejudices; and as the subject was suited to every capacity, I expected proportional applause. But miserable was my disappointment: I was assailed by one cry of reproach, disapprobation, and even detestation,- English, Scotch, and Irish, Whig and Tory, churchman and sectary, freethinker and religionist, patriot and courtier, united in their rage against the man, who had presumed to shed a generous tear for the fate of Charles I. and the Earl of Strafford; and after the first ebullitions of their fury were over, what was still more mortifying, the book seemed to sink into oblivion. Mr. Millar told me, that in a twelvemonth he sold only forty-five copies of it. I scarcely, indeed, heard of one man in the three kingdoms, considerable for rank or letters, that could endure the book. [...]. I was, however, I confess, discouraged; and had not the war been at that time breaking out between France and England, I had certainly retired to some provincial town of the former kingdom, have changed my name, and never more have returned to my native country. But as this scheme was not now practicable, and the subsequent volume was considerably advanced, I resolved to pick up courage and to persevere”. HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 353-354.

³⁶ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

³⁷ “This offer, however inviting, I at first declined, both because I was reluctant to begin connexions with the great, and because I was afraid that the civilities and gay company of Paris, would prove disagreeable to a person of my age and humour”. HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 355.

³⁸ MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

havia adquirido, mas, em 1767, recebeu um convite para ser subsecretário do Estado que, segundo ele, não pôde ser recusado³⁹.

Em 1769, finalmente, o filósofo escocês retornou à Edinburgh e, dessa vez, não saiu mais. Após detectar um problema intestinal “mortal e incurável” que o assolava, em 1776, Hume finalizou sua autobiografia fazendo um retrato de quem foi em vida:

Para concluir historicamente com meu próprio caráter. Eu sou, ou melhor, era (pois esse é o estilo que devo usar agora ao falar de mim mesmo, o que me encoraja mais a falar sobre meus sentimentos); Eu era, digamos, um homem de disposições suaves, de temperamento moderado, de humor aberto, social e alegre, capaz de apego, mas pouco suscetível de inimizade e de grande moderação em todas as minhas paixões. Até mesmo meu amor pela fama literária, minha paixão dominante, nunca azedou meu temperamento, apesar das minhas frequentes decepções. Minha companhia não era inaceitável para os jovens e descuidados, assim como para os estudiosos e literários, e como eu tinha um prazer particular na companhia de mulheres modestas, eu não tinha motivo para estar descontente com a recepção que recebi deles [...] Meus amigos nunca tiveram motivo de reivindicar qualquer circunstância do meu caráter e conduta: não apenas que os adversários, bem podemos supor, ficariam felizes em inventar e propagar qualquer história em minha desvantagem, mas nunca puderam encontrar algo que aparentasse ter alguma probabilidade. Eu não posso dizer que não há vaidade em fazer esta oração fúnebre de mim mesmo, mas espero que não seja equivocada; e isso é uma questão que é facilmente esclarecida e averiguada⁴⁰.

David Hume, assim, dedicou sua vida aos estudos, fazendo verdadeiras imersões. Viveu o êxtase e a decepção que as repercussões que suas obras lhe trouxeram, pois considerava, nas suas palavras, a “aprovação do público a maior

³⁹ Cf. Hume, “I received from Mr. Conway an invitation to be Under-secretary; and this invitation, both the character of the person, and my connexions with Lord Hertford, prevented me from declining”. HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 355.

⁴⁰ Tradução Livre. No original: “To conclude historically with my own character. I am, or rather was (for that is the style I must now use in speaking of myself, which emboldens me the more to speak my sentiments); I was, I say, a man of mild dispositions, of command of temper, of an open, social, and cheerful humour, capable of attachment, but little susceptible of enmity, and of great moderation in all my passions. Even my love of literary fame, my ruling passion, never soured my temper, notwithstanding my frequent disappointments. My company was not unacceptable to the young and careless, as well as to the studious and literary, - and as I took a particular pleasure in the company of modest women, I had no reason to be displeased with the reception I met with from them [...] My friends never had occasion to vindicate any one circumstance of my character and conduct: not but that the zealots, we may well suppose, would have been glad to invent and propagate any story to my disadvantage, but they could never find any which they thought would wear the face of probability. I cannot say there is no vanity in making this funeral oration of myself, but I hope it is not a misplaced one; and this is a matter of fact which is easily cleared and ascertained”. HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 356.

recompensa” que poderia receber pelos seus esforços⁴¹. Hume teve asco a atividades que não fossem filosóficas e tinha um verdadeiro interesse em “contribuir para o avanço do conhecimento”⁴². Não foi por outro motivo que retratou, em sua famosa carta a um físico anônimo (possivelmente John Arbuthnot), que vinha sofrendo da *doença do aprendizado (Disease of the Learned)*⁴³.

Dessa forma, levou uma vida pautada pelo interesse genuíno no estudo, na medida em que suas maiores preocupações vieram justamente de suas inquietações acerca do conhecimento. Exatamente nesse sentido, analisando a história de vida de Hume, Elizabeth Radcliffe sustenta que se tratou de um homem que foi “intenso com suas crenças e rigoroso em seu pensamento”⁴⁴. Assim, revisitando brevemente a biografia de David Hume, começa a ficar mais claro os motivos pelos quais carrega a fama de ter sido *o filósofo mais importante que já escreveu em inglês*.

2.2 Aspectos Gerais da Filosofia Empirista de David Hume

Crítica e com o claro intento de propor rupturas nas questões metodológicas e epistemológicas da filosofia⁴⁵. Assim pode ser definida a fase inicial de David Hume, exposta no *Tratado*. Logo nas páginas iniciais da obra, o filósofo sustenta que é necessário abandonar o método “moroso e entediante que seguimos até agora”, que levou muitos a cometer o equívoco de “impor ao mundo suas conjeturas e hipóteses

⁴¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 17.

⁴² HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 305.

⁴³ HUME, David. A kind of story of my life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 352. p. 345-347.

⁴⁴ RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.) **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 02.

⁴⁵ A postura crítica de Hume parece, inclusive, colocar em xeque a própria seriedade de algumas posturas seguidas até então: “em meio a todo esse alvoroço, não é a razão que conquista os louros, mas a eloquência; e ninguém precisa ter receio de não encontrar seguidores para suas hipóteses, por mais extravagantes que elas sejam, se for hábil para pintá-las em cores atraentes”. HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 20.

como se fossem os princípios mais certos”⁴⁶. Em uma das mais severas passagens da obra, chega a afirmar que

[...] toda vez que alguém nos apresenta uma opinião que nos causa surpresa e admiração, é tal a satisfação que ela proporciona à mente, que esta se entrega por completo a essas emoções agradáveis, jamais se deixando persuadir de que seu prazer carece de todo e qualquer fundamento. É dessas respectivas disposições dos filósofos e de seus discípulos que nasce aquela mútua complacência entre eles, em que os primeiros fornecem uma abundância de opiniões estranhas e inexplicáveis, enquanto os últimos nelas acreditam com enorme facilidade⁴⁷.

O filósofo escocês acreditava, assim, que o problema da filosofia estava na aposta de suas reivindicações excessivamente especulativas, descartando a experiência e observação. Para ele, a situação era tão escandalosa que “mesmo a plebe lá fora é capaz de julgar, pelo barulho e vozeiro que ouve, que nem tudo vai bem aqui dentro”⁴⁸. É interessante notar que essa concepção de Hume sobre o estado da filosofia se reflete diretamente até mesmo na sua forma de escrever, pois seu texto é de uma clareza impressionante, e até mesmo aquele leitor que não está habituado com o *status quæstionis* ou com a própria gramática da filosofia consegue compreender muito bem as preocupações do filósofo. Seu objetivo, portanto, era trazer a filosofia para o mundo empírico, deixando de lado os excessos especulativos-abstratos e isso fica claro até mesmo na sua escrita simples e objetiva. Não é por outro motivo, aliás, que Kolakowski afirma que David Hume era justamente o oposto de um “pedante instruído” (*learned pedant*)⁴⁹.

Hume foi o filósofo mais notável daquilo que se denominou de *Iluminismo Escocês*⁵⁰, aspecto importante para compreensão de suas preocupações.

⁴⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 21-23.

⁴⁷ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 51.

⁴⁸ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 19.

⁴⁹ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 31.

⁵⁰ Cf. Buckle, “David Hume was the outstanding philosopher of the Scottish Enlightenment, so his place in the Enlightenment tradition might seem to be secure. But things are not so simple. One problem is uncertainty concerning the connection between the Scottish Enlightenment and what is normally designated more simply and authoritatively as *the* Enlightenment – the Enlightenment of the French *philosophes*. The latter is commonly recognized as the chief formative influence on the modern world, even to the extent of defining the meaning of modernity as the progressive unfolding of “the Enlightenment project.” The former, in contrast, has often been cast as a mere fringe phenomenon, the appropriate preserve only of dedicated Scotticists, such that to connect it to Hume

Influenciado *principalmente* por Bacon, Locke, Berkley, Newton⁵¹ e Hutcheson⁵², direcionou suas preocupações - essencialmente epistemológicas⁵³ - apostando na experiência e na observação como o “único fundamento sólido” para a ciência⁵⁴. Não é por outro motivo, aliás, que indicou que ao se procurar uma leitura, dever-se-ia passar pelas seguintes questões: “possui [o livro] algum raciocínio abstrato relativo a quantidade ou número?”; “Contém algum raciocínio experimental em matéria de fato e existência?”. Se a resposta para essas duas perguntas for não, o conselho de Hume é que os livros sejam lançados ao fogo, pois não podem conter nada além de “sofismas e ilusões”⁵⁵.

Já nas páginas iniciais do seu *Tratado*, o filósofo adverte que o seu objetivo está explicado “de maneira suficiente” na introdução⁵⁶, de modo que tudo que advém depois da introdução parece ser apenas uma consequência lógica da unidade que é o projeto de David Hume. Na introdução, Hume estabelece seus pontos de divergência com os racionalistas e com os escolásticos (ficando claro, assim, o *status quæstionis* em que se situa o *Tratado*), chamando a atenção para a importância que a experiência deve ter na filosofia e, não por outro motivo, que o *Tratado da natureza humana* é uma sistemática *tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais* (embora reduzir essa tentativa de

is to dignify a merely provincial intellectual movement”. Buckle diz, ainda, que há uma ligação entre o iluminismo escocês e o francês: “The story there has the familiar ring of Enlightenment history: of great men who rescued intellectual endeavour from the darkness and superstition imposed on it by ignorance and priestcraft”. BUCKLE, Stephen. Hume in the enlightenment tradition. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007. p. 21-24.

⁵¹ A obra de Hume foi tão discutida na filosofia anglo-saxã que a influência de Hume tem rendido profundas discussões. Para alguns importantes esclarecimentos, ver, MCINTYRE, Jane L. Hume: second Newton of the moral sciences. **Hume Studies**, Charlottesville, v. 20, n. 1, p. 3-18, abr. 1994; SCHLIESSER, Eric. Hume's newtonianism and anti-newtonianism. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume-newton/>>. Acesso em 10 set. 17.

⁵² Vale lembrar que reduzir as referências de Hume *apenas* a tais autores é um reducionismo. Para outras importantes influências, ver NORTON, David Fate. An introduction to Hume's thought. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 02 e ss.

⁵³ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 65.

⁵⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 22.

⁵⁵ HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 144.

⁵⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 17.

Hume a um mero *falibilismo* é, de certa forma, uma diminuição da profundidade do trabalho do filósofo, conforme se observará no tópico seguinte).

Hume estava, dessa forma, promovendo uma verdadeira ruptura metodológica. O impacto de tal ruptura fomentou o período moderno da filosofia pelo fato de que propôs uma nova perspectiva para a solução dos problemas tradicionais da filosofia (escolástica e racionalista), principalmente ao sustentar que não há ideia inata, mas sim um processo de aquisição do conhecimento pautado sobretudo por impressões sensíveis e por um sucessivo encadeamento natural de ideias. Em uma palavra, o conhecimento é sempre dependente do empírico.

Tendo esse pano de fundo, o filósofo inicia a *Seção 1* do primeiro livro afirmando que as percepções da mente humana podem ser divididas em *impressões e ideias*. As impressões seriam “as percepções que entram com mais força e violência” ao passo que as ideias seriam “as pálidas imagens dessas impressões no pensamento e no raciocínio”⁵⁷. Hume está propondo, assim, uma divisão em que as impressões estariam mais ligadas com o “sentir” ao passo que as ideias mais vinculadas com o “pensar”. Imagine-se um exemplo de determinado alimento que ainda não foi provado por um ser humano. No momento em que o sujeito está provando o alimento, tem a *impressão* dele; dias depois, quando se lembra do alimento, passa a lidar com a *ideia* do respectivo alimento. O filósofo afirma ainda que essas duas espécies de percepção são de fácil distinção, embora existam situações em que possam ser muito próximas como “no sono, no delírio febril, na loucura, ou em qualquer emoção mais violenta da alma”⁵⁸.

Hume segue sua obra fazendo uma distinção – comum às impressões e às ideias – entre *simples* e *complexas*, de forma que estas são aqueles que admitem distinções e separações, enquanto aquelas não. Com efeito, o filósofo verifica que “todas as ideias e impressões simples se assemelham umas às outras” e, como as complexas se formam com base nas simples, há entre elas uma correspondência.

No ponto, o filósofo escocês está querendo dizer que uma impressão pode provocar/criar uma outra, de modo que impressões fomentam ideias simples. Tais ideias simples podem, por sua vez, se tornar ideias complexas na medida em que se

⁵⁷ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 25.

⁵⁸ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 26.

afastam das impressões diretas e se unem a outras ideias pelo princípio da conexão necessária (ponto que será abordado com maior vagar em tópico subsequente).

Avançando no raciocínio, o filósofo sustenta a dependência das ideias em relação às impressões⁵⁹ fazendo o uso de dois exemplos: o primeiro, de uma pessoa que não dispõe de parte de suas faculdades, como um cego ou surdo de nascença. Nesse caso, o filósofo afirma que “perdem-se não apenas as impressões, mas também suas ideias correspondentes”; o segundo, fazendo uso justamente do exemplo de um alimento, mostra que “não somos capazes de formar uma ideia correta do sabor de um abacaxi sem tê-lo realmente provado”⁶⁰. Com tais considerações, Hume estabelece o *primeiro princípio* na ciência da natureza humana, o princípio da experiência: “todas as nossas ideias simples procedem, mediata ou imediatamente, de suas impressões correspondentes”⁶¹⁻⁶².

Outra distinção importante que é proposta no *Tratado* é a divisão – no âmbito das impressões – entre *sensação e reflexão*. As primeiras podem ser associadas a sentimentos, na medida em que “nascem originalmente na alma, de causas desconhecidas”, vale dizer, são sentimentos como a fome, o prazer ou a dor; as

⁵⁹ Hume, entretanto, abre a hipótese de uma possível exceção à essa regra: “suponhamos, assim, uma pessoa que tenha gozado de sua visão durante trinta anos e tenha-se familiarizado perfeitamente com todos os tipos de cores, exceto com uma única tonalidade de azul, por exemplo, a qual ela nunca teve a ocasião de encontrar. Imaginemos que todas as diferentes tonalidades dessa cor, excetuando-se apenas aquela, sejam dispostas à sua frente, em ordem gradualmente descendente, da mais escura à mais clara. É evidente que essa pessoa irá perceber um vazio no lugar onde falta a tonalidade, e sensível à existência de uma maior distância entre as cores contíguas àquele espaço que entre quaisquer outras. Pergunto, então, se lhe é possível suprir tal deficiência por meio de sua própria imaginação, produzindo para si mesma a ideia daquela tonalidade particular, muito embora esta jamais lhe tenha sido transmitida por seus sentidos. Acredito que poucos discordarão de que isso seja possível [...] não é descabido observar, acerca desse ponto, que o princípio da anterioridade das impressões em relação às ideias deve ser tomado com uma limitação adicional, a saber, que, assim como nossas ideias são imagens de nossas impressões, assim também podemos formar ideias secundárias, que são imagens das primárias [...]. Não se trata aqui, propriamente falando, de uma exceção à regra, mas de uma explicação”. HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 30-31.

⁶⁰ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 29.

⁶¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 31.

⁶² Princípio este que, na sequência do *Tratado*, será alvo de autoelogio: “Não poderia haver descoberta mais feliz para a solução de todas as controvérsias em torno das ideias que a anteriormente mencionada: que as impressões sempre precedem as ideias, e que toda ideia contida na imaginação apareceu primeiro em uma impressão correspondente”. HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 59.

segundas são cópias ou reflexos dessas primeiras, de forma que retornam à alma, produzindo novas impressões “de desejo ou aversão, esperança ou medo, que podemos chamar propriamente de impressões de reflexão, porque derivadas dela”⁶³.

Já no âmbito das ideias, a distinção proposta pelo filósofo é entre a *memória* e a *imaginação*. A memória, evidentemente, tem uma força muito maior do que a imaginação pois na imaginação tem-se uma percepção débil, fragilizada, de forma que a conservação de determinada imaginação por muito tempo é uma empreitada assaz árdua e complexa de se atingir, ao contrário da memória. Outra distinção – fundamental – é que a imaginação não é limitada pela mesma forma das impressões originais, ao passo que a memória é, não possuindo nenhuma variação⁶⁴. Com essas observações, David Hume chega ao *segundo princípio* da ciência da natureza humana: *a liberdade que tem a imaginação pode transpor e transformar suas ideias*⁶⁵.

Na *seção 4* do seu primeiro livro, David Hume discorre sobre a questão da *conexão ou associação das ideias* - ponto este que é retomado em outras passagens da obra - chegando em uma conclusão que interessa sobretudo o presente trabalho, vale dizer, que as ideias não são inteiramente soltas e desconexas. Nessa linha, o filósofo argumenta que há um princípio de união entre as ideias, de forma que uma ideia passa naturalmente a *induzir* à outra. Disso não se segue que esse princípio é absoluto, mas antes, uma força suave, que no mais das vezes prevalece, dado que as ideias não se ligam em uma conexão inseparável (conforme demonstrado na imaginação). Essa associação de ideias gera, para Hume, três qualidades: a *semelhança, contiguidade e causa e efeito*⁶⁶. Hume define tais conexões de ideias como fantasias.

Com esse breve estudo sobre os aspectos gerais do *Tratado* é possível observar que o filósofo escocês buscou sanar a filosofia de todas as elucubrações

⁶³ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 32.

⁶⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 33.

⁶⁵ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 34.

⁶⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 34-35.

demasiadamente abstratas e especulativas, que não possuem nenhum esteio naquilo que se pode verificar empiricamente/positivamente. Com efeito, ao reduzir o conhecimento àquilo que se pode obter através das impressões, Hume estabelece um pressuposto cético que será fundamental para a própria metodologia científica contemporânea. Em outras palavras, o que Hume pretendeu colocar em xeque foi a própria capacidade cognitiva do homem e a sua razão, sendo, portanto, cético a todas as outras questões que não podem ser conhecidas através das impressões.

2.3 O Problema da Conexão Necessária e da Indução: Em Qual Lugar se Encontra o Ceticismo de Hume?

Para o presente trabalho interessa sobretudo o aspecto cético de Hume (e a medida em que ele se faz presente) e o exemplo privilegiado para que isso seja demonstrado é a questão da conexão necessária (ou causalidade). Embora David Hume já deixe muito claro o que pensa sobre a questão da causa e efeito na *seção 4*, parte 1 do seu primeiro livro, será na *seção 14*, parte 3, também do primeiro livro do *Tratado*, que aprofundará suas explicações sobre o tema. O filósofo inicia a *seção 14*, denominada de “Da ideia de conexão necessária” indagando “em que consiste nossa ideia de necessidade quando dizemos que dois objetos [eventos] estão necessariamente conectados um com o outro?”⁶⁷.

A conexão necessária, em suma, seria a ideia de que dois objetos estão inseridos nessa relação quando (i) um deles é a causa de qualquer ação ou movimento o outro; (ii) quando a existência do segundo depende do acontecimento do primeiro ou, até mesmo; (iii) quando um tem o poder de produzir o outro. Desse último, David Hume usa inclusive um exemplo jurídico: “um juiz é aquele que, em todos os casos litigiosos entre membros da sociedade, é capaz de decidir, com sua opinião, a quem cabe a posse ou a propriedade de determinado objeto”⁶⁸.

De todos os exemplos que podem ser dados sobre essa questão, sem dúvida aquele que faz mais sucesso – e é o mais utilizado nas discussões envolvendo o filósofo escocês – é o exemplo da bola de bilhar:

⁶⁷ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 188.

⁶⁸ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 36-37.

[...] é certo que essa repetição de objetos similares em situações similares não *produz* nada, nem nesses objetos, nem nos corpos externos. Pois concordar-se-á imediatamente que os diversos casos da conjunção de causas e efeitos semelhantes são em si mesmos inteiramente independentes, e que a comunicação de movimento que vejo agora resultar do choque de duas bolas de bilhar é totalmente distinta daquela que vi resultar de um impulso semelhante há um ano. Esses impulsos não exercem nenhuma influência uns sobre os outros. São inteiramente separados pelo tempo e pelo espaço; e um poderia ter existido e comunicado movimento mesmo que o outro nunca tivesse existido⁶⁹.

De forma muito sucinta, Hume está dizendo que do fato A, vale dizer, do fato de que posso dar uma tacada em uma bola de bilhar, deslocando essa bola em direção à outra, não decorrerá *necessariamente* o fato B, ou seja, não necessariamente haveria um deslocamento da bola atingida. Não haveria nenhuma garantia de que as bolas, ao se tocarem, não explodissem; ou que a bola atingida simplesmente ficasse no exato local em que já estava, etc. Em outras palavras, não há uma causa necessária entre o fato B e o fato A ou o Fato B não é o necessário efeito do fato A (causa).

Com efeito, Hume está se opondo a ideia predecessora do *ex nihilo nihil fit* (nada surge do nada)⁷⁰. No ponto existe uma série de discussões sobre o alcance do ceticismo de Hume em relação à causalidade. Existem posições que sustentam, por exemplo, que o filósofo não estaria combatendo frontalmente a causalidade, mas sendo apenas um cético em relação a capacidade humana de conhecê-la. Quando o homem verifica duas bolas de bilhar entrando em choque, ele não tem uma impressão da causalidade, mas isso não significa que ela não exista. Porém, como o presente trabalho não tem condições formais de abordar toda essa discussão à exaustão, trabalhar-se-á com a leitura mais *standard* de Hume, a saber, a ideia de que a relação de causa e efeitos simplesmente não existe, sendo algo que o homem projeta em direção ao mundo, ou seja, quando tem-se a impressão da conexão

⁶⁹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 197-198.

⁷⁰ Cf. Morris e Brown “to get clear about the idea of power or necessary connection, we need to determine the impressions that are its source. Hume identifies three possible sources in the work of his predecessors: Locke thought we get our idea of power secondarily from *external impressions* of the interactions of physical objects, and primarily from *internal impressions* of our ability to move our bodies and to consider ideas. Malebranche argued that what we take to be causes of the motion of bodies or mental activity aren't causes at all. They are only *occasions* for God, the sole source of necessary connection, to act in the world. Hume rejects all three possibilities”. MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

necessária, se trata apenas de uma criação/projeção da mente humana em direção ao mundo⁷¹.

Ora, se tratando de uma criação da mente humana, Hume afirma que “não há nada tão necessário, para um verdadeiro filósofo, como a moderação do desejo excessivo de procurar causas”⁷². Dito de outra forma, para o filósofo escocês não existe uma ordem racional na natureza que opera de forma predeterminada, nos autorizando a elaborar juízos sintéticos⁷³, de forma que os juízos sobre a causalidade não seriam nada mais do que um instinto, assim como os instintos que um cão possui (ou qualquer outro animal). A diferença é que nos seres humanos haveria uma diferença quantitativa em tal racionalidade, mas jamais uma diferença qualitativa⁷⁴⁻⁷⁵.

Então, para Hume, a ideia de uma conexão necessária entre causas e efeitos não é nada mais do que uma projeção que a mente humana faz. Segundo o filósofo, quando a transferência entre causa e efeito é feita, ocorre justamente uma projeção mental do ser humano para o mundo: “quando transferimos a determinação do pensamento para os objetos externos e supomos que existe, entre estes, uma conexão real e inteligível – pois essa é uma qualidade que só pode pertencer à mente que os considera”⁷⁶. Significa dizer, portanto, que a crença na existência da

⁷¹ Para maior aprofundamento na discussão, ver BEEBEE, Helen. **Hume on causation**. New York: Routledge, 2006.

⁷² HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 37.

⁷³ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 36.

⁷⁴ BEEBEE, Helen. **Hume on causation**. New York: Routledge, 2006. p. 63-64.

⁷⁵ Hume é especialmente duro com os racionalistas e escolásticos em algumas passagens do *Tratado*, sobretudo quando procura refutar a causalidade e a própria existência de Deus: “mas, como esses efeitos são evidentes para nossos sentidos, e como o poder que os produz tem de estar em algum lugar, ele deve residir em DEUS, esse ser divino que contém em sua natureza toda excelência e perfeição [...] casos assim jamais podem ser descobertos nos corpos, os *cartesianos*, com base em seu princípio das ideias inatas, recorreram a um espírito ou divindade suprema, a quem consideraram como o único ser ativo no universo e como a causa imediata de toda alteração na matéria [...] como esses filósofos, portanto, concluíram que a matéria não pode ser dotada de nenhum princípio, o mesmo raciocínio deveria determinar que o excluíssem do ser supremo. Ou, se consideram tal opinião absurda e ímpia, como realmente o é, direi como podem evita-la: concluindo, desde o início, que não possuem uma ideia adequada de poder ou eficácia em nenhum objeto – pois nem no corpo nem no espírito, nem nas naturezas superiores nem nas inferiores, serão capazes de descobrir um só exemplo desse poder”. HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 192-193.

⁷⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 202.

relação de causa e efeito é um mero hábito, explicado psicologicamente como uma necessidade que está apenas em nossas mentes e não nas coisas em si⁷⁷.

Dessa forma, o filósofo escocês direcionou suas preocupações principais para a epistemologia e, sendo um psicologista, procurou explicar como o ser humano chega em determinadas crenças e noções⁷⁸. Hume não estava preocupado principalmente com a questão da causalidade *per se*; ao contrário procurou entender como partimos dessa série de impressões, que formam as ideias, para formular crenças ou expectativas de como determinadas coisas vão ocorrer. É dizer, como acreditamos que o sol vai brilhar no dia seguinte ou que o computador ligará quando pressionarmos o botão de liga/desliga? A resposta de Hume é: raciocinando através das causas e efeitos, algo que não passa de um mero instinto. Assim, nessa relação entre os fenômenos a e b, verifica-se uma “conjunção constante”, mas não uma causalidade. André Olivier sustenta que “há, no fundo, uma relação probabilística, pela qual não se podem extrair verdades dos fatos, mas não mais do que previsões e conjeturas”⁷⁹.

É importante deixar claro, ainda, que disso não se segue que o raciocínio de causas e efeitos deve ser combatido por nós, seres humanos. Ao contrário, Hume reconhece que esse tipo de raciocínio é condição de possibilidade para a própria existência humana, vale dizer, essa transição costumeira das causas aos efeitos “são o fundamento de todos os nossos pensamentos e ações, de tal forma que, se eliminados, a natureza humana imediatamente pereceria e desapareceria”⁸⁰. Significa dizer, portanto, que quando piso no freio do meu automóvel, com o intuito de desacelerá-lo, tenho um hábito vivenciado por experiências pretéritas de que isso vai acontecer. Mas nada pode me garantir que, de fato, o carro diminuirá a velocidade. Contudo, essa espécie de raciocínio é impossível de ser abandonada, pois é o que conduz integralmente o agir do ser humano no dia a dia.

⁷⁷ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 35.

⁷⁸ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 67

⁷⁹ OLIVIER, André. Os limites da razão e um ceticismo mitigado. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, v. 369, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/17-artigo-2011/3990-andre-luiz-olivier-da-silva-1?showall=&start=2>>. Acesso em 25 jan. 2018.

⁸⁰ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 258.

Do ceticismo de Hume com relação à causalidade, chega-se inevitavelmente ao seu ceticismo também com relação à inferência indutiva (*inductive reasoning*), na medida em que os dois problemas estão, sob certo aspecto, ligados. O problema da indução na filosofia pode ter uma variedade de significados. Especificamente em Hume trata-se, em suma, da ideia de sintetizar regularidades experimentadas no passado para uma universalização geral. Por exemplo, o ser humano verifica que sempre que coloca uma chaleira com água no fogo (causa), passados alguns minutos, a água ferve (efeito). Dessa experiência vivenciada no passado, induz uma universalização geral: *a água, submetida por determinado tempo ao fogo, ferverá*.

O problema da indução é trabalhado no *Treatise*, contudo, é no *Enquiry Concerning Human Understanding* que ele recebe a sua asserção mais elaborada. A estrutura da argumentação é a mesma em ambas as obras, mas no *Enquiry* que o enfrentamento do problema recebe um novo dispositivo argumentativo: a distinção entre relações de ideias (*relations of ideas*) e questões de fato (*matters of fact*)⁸¹.

As *relações de ideias*, conforme apresenta o filósofo escocês, são uma parte da racionalidade humana em que podem ser incluídas a Geometria, Álgebra e a Matemática. Tratam-se das afirmações que são auto evidentes ou demonstrativamente corretas. Por exemplo, fazendo uso de dois exemplos que Hume se utiliza: três vezes cinco é igual a metade de trinta ou todos os corvos tem penas. Tratam-se, portanto, de informações que podem ser descobertas através do mero pensamento⁸² e se aproximam daquilo com o que contemporaneamente a filosofia analítica trabalha.

As *questões de fato*, por outro lado, são afirmações que não operam da mesma maneira que as relações de ideias e, portanto, não dependem apenas do pensamento ou de uma mera análise conceitual. Com efeito, o filósofo sustenta que o *contrário* de cada relação de ideias é sempre possível, pois “não podem nunca implicar uma contradição”⁸³⁻⁸⁴. Por exemplo, a afirmação de que “o sol nascerá

⁸¹ FOEGELIN, Robert. J. Hume's scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 96.

⁸² HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 28.

⁸³ HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 28-29.

⁸⁴ Cf. Robert Foegelin, há nessa distinção, ainda, uma divisão entre uma linha lógica e outra epistemológica: “[...] Hume divides relations of ideas and matters of fact along *two* lines: one logical, the other epistemological. His criterion for a relation of ideas is epistemological. That is, the criterion is drawn in terms of how we come to know such relations: ‘Propositions of this kind are discoverable by the mere operation of thought.’ Thus, statements expressing relations of ideas can be known to

amanhã” ou que “choverá na próxima semana” não pode ser verificada apenas conceitualmente e, mais do que isso, não levam a uma autocontradição pois a frase “o sol não nascerá amanhã” e “não choverá na próxima semana” também são possíveis conceitualmente (ao contrário da afirmação de que dois mais dois são cinco).

Hume, em sua filosofia, dedicou maior atenção então as *questões de fato* e o modo como elas operam na mente humana. Dito de outro modo, preocupou-se mais com a justificativa das questões de fato do que com o restante, de forma que a questão fundamental não é responder, por exemplo, por que motivo todas as bolas de bilhar são redondas (todos os A's *tem a característica B*), mas sim, o que justifica admitirmos que toda vez que uma bola de bilhar for atingida por outra, ela se movimentará (de A *segue o efeito B*)?

Esse, então, é o denominado “problema de Hume”: ser cético enquanto a existência de uma causalidade operando entre os eventos e, da mesma forma, ser cético a justificativa da inferência indutiva que é feita sobre essas relações. Em outros termos, nenhuma proposição de *questões de fato* pode ser verdadeira *a priori*, razão pela qual o raciocínio indutivo e as relações de causas e efeitos não passam de meros sentimentos que operam na mente humana, na medida em que “a mente humana é incapaz de conceber um fundamento para qualquer conclusão *a priori* sobre as operações ou sobre a duração de um objeto”⁸⁵.

No ponto, chega-se ao ceticismo do filósofo escocês e a indagação sobre a extensão do aspecto cético em sua obra. Conforme deixa claro Robert Foegelin, não é possível ter uma resposta direta para essas questões por duas razões, a saber, primeiro pelo fato de que taxar um filósofo de cético pode significar uma variedade de coisas e, dependendo desse “problema semântico” inerente ao ceticismo, a filosofia de Hume pode ser classificada de forma variável; segundo “A própria

be true *a priori*? In contrast, Hume's criterion for a matter of fact is both epistemological and logical. First, matters of fact differ epistemically from relations of ideas in that they 'are not ascertained in the same manner'; that is, they are not ascertained by the mere operations of thought. Second, they differ logically from relations of ideas, in that 'the contrary of every matter of fact is still possible; because it can never imply a contradiction.'". FOEGELIN, Robert. J. Hume's scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 96-97.

⁸⁵ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 83.

posição filosófica de Hume impede qualquer atribuição simples de doutrinas a ele”⁸⁶.

⁸⁷.

Nessa linha, considerando o ceticismo como uma “suspensão de crenças” a obra de Hume, em uma leitura mais *standard* acaba enquadrada dentro de um ceticismo moderado, vale dizer, aquele ceticismo que se encontra entre uma crença ingênua e um ceticismo pirrônico/radical (como era entendido por Hume). Mesmo sendo cético com relação a indução, ao mundo externo e em relação à razão, Hume nega um ceticismo radical, aderindo expressamente ao moderado⁸⁸. A sua aderência ao ceticismo moderado se dá expressamente em variadas passagens de suas obras. No *Treatise*, por exemplo, ao tratar as questões obscuras e abstratas da filosofia com relação ao desconhecido, afirma que “esses filósofos se reconfortam, e finalmente atingem, graças a uma ilusão, a mesma indiferença que as pessoas comuns adquirem por sua estupidez, e os verdadeiros filósofos por seu ceticismo moderado”⁸⁹.

Contudo, se considerarmos ceticismo como *uma crítica as capacidades intelectuais-cognitivas do ser humano*, então Hume é um cético radical, algo que parece ficar muito claro na passagem em que afirma que “essa dúvida cética, tanto em relação à razão como aos sentidos, é uma doença que jamais pode ser radicalmente curada, voltando sempre a nos atormentar, por mais que a afastemos, e por mais que às vezes pareçamos estar inteiramente livres delas”⁹⁰. Hume sustenta, dessa forma, tal ceticismo em duas frentes, a saber, “produzindo o que ele toma por argumentos céticos irrefutáveis” e através da exibição da arbitrariedade de nossos modos de formação não racionais de crenças⁹¹.

⁸⁶ FOEGELIN, Robert. J. Hume’s scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 111.

⁸⁷ Para uma diferenciação entre os vários tipos de ceticismo e uma explicação mais aprofundada sobre o ceticismo pirrônico, ver KLEIN, Peter. Skepticism. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/skepticism/>>. Acesso em 04 jan. 2018.

⁸⁸ FOEGELIN, Robert. J. Hume’s scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁸⁹ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 257.

⁹⁰ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 251.

⁹¹ FOEGELIN, Robert. J. Hume’s scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 112.

Esse último aspecto de Hume pode ter levado sua filosofia próxima ao ceticismo pirrônico. Entretanto, conforme visto, em diversas passagens de sua obra deixa claro que trabalha dentro de uma perspectiva moderada⁹². Em suma, pode-se dizer que o ceticismo humeniano é o “produto do conflito entre as dúvidas filosóficas e as crenças instintivas”⁹³. Uma boa definição, a título de fechamento, seria que o ceticismo humeniano é moderado/mitigado “porque duvida da própria postura cética que duvida de tudo. É um ceticismo que constata que não se pode duvidar de todas as coisas justamente porque é preciso viver, agir e, principalmente, sentir”⁹⁴.

2.4 O Legado de Hume Para a Filosofia da Ciência

Considerando o que foi desenvolvido até o presente ponto, sobretudo o esclarecimento acerca do ceticismo de Hume com relação a indução e a causalidade, algum leitor apressado poderia concluir que qualquer atividade

⁹² Que Hume também chamou de “mitigada”: “species of mitigated scepticism, which may be of advantage to mankind, and which may be the natural result of the Pyrrhonian doubts and scruples, is the limitation of our enquiries to such subjects as are best adapted to the narrow capacity of human understanding. The imagination of man is naturally sublime, delighted with whatever is remote and extraordinary, and running, without control, into the most distant parts of space and time in order to avoid the objects, which custom has rendered too familiar to it. A correct judgment observes a contrary method, and avoiding all distant and high enquiries, confines itself to common life, and to such subjects as fall under daily practice and experience; leaving the more sublime topics to the embellishment of poets and orators, or to the arts of priests and politicians. To bring us to so salutary a determination, nothing can be more serviceable, than to be once thoroughly convinced of the force of the Pyrrhonian doubt, and of the impossibility, that anything, but the strong power of natural instinct, could free us from it. Those who have a propensity to philosophy, will still continue their researches; because they reflect, that, besides the immediate pleasure attending such an occupation, philosophical decisions are nothing but the reflections of common life, methodized and corrected. But they will never be tempted to go beyond common life, so long as they consider the imperfection of those faculties which they employ, their narrow reach, and their inaccurate operations. While we cannot give a satisfactory reason, why we believe, after a thousand experiments, that a stone will fall, or fire will burn; can we ever satisfy ourselves concerning any determination, which we may form, with regard to the origin of worlds, and the situation of nature, from, and to eternity?”. HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 141-142.

⁹³ Também é importante fazer a ressalva de que o ceticismo do filósofo escocês não se trata de um mero falibilismo: “His scepticism might be nothing more than a version of fallibilism, the appropriately cautious attitude of a hard-working social scientist attempting to ‘introduce the experimental method of reasoning into moral subjects.’ This reading diminishes Hume's genius. His own account of how one arrives at a moderate or mitigated scepticism is of a piece with his account of how other philosophical positions emerge: they come into existence because of a clash between brute irresistible common beliefs and philosophical reflection that shows these beliefs to be groundless”. FOEGELIN, Robert. J. Hume's scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 113.

⁹⁴ OLIVIER, André. Os limites da razão e um ceticismo mitigado. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, v. 369, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/17-artigo-2011/3990-andre-luiz-olivier-da-silva-1?showall=&start=2>>. Acesso em 25 jan. 2018.

científica em David Hume seria um completo desperdício de tempo ou, em outras palavras, que o legado humeniano para a filosofia seria esperar da ciência o mesmo valor que tem uma previsão de leitura de cartas ou um prognóstico futuroológico de uma cartomante. Essa conclusão, contudo, seria um sonoro equívoco.

Por alguma razão emocional o ser humano está disposto a se orientar muito mais pela “*scientific reasoning*” do que pela “*emotional reasoning*”. Os seres humanos fazem isso diariamente e não é possível sequer acordar pela manhã e ir tomar café sem fazer suposições de que o comportamento das coisas no passado é um guia de comportamento para o futuro. Até mesmo aquele que é supersticioso precisa fazer isso. Então, se é preciso aceitar isso - e já que isso é assim - daqui que a ciência advém, pois “Hume considerou o raciocínio indutivo como inevitável para criaturas como nós e que as reivindicações científicas dependem disso”⁹⁵. Relembre-se a assertiva do próprio filósofo escocês de que “assim como a ciência do homem é o único fundamento sólido para as outras ciências, *assim também é o único fundamento sólido que podemos dar a ela deve estar na experiência e observação*”⁹⁶.

De fato, Hume dedicou pouca atenção à natureza das teorias científicas. Contudo, é do filósofo o impulso para que a ciência passasse a receber um caráter muito mais modesto do que efetivamente vinha tendo. A ideia central do seu argumento cético vai no sentido de reduzir a expectativa sobre a capacidade epistemológica humana, vale dizer, coloca em xeque a capacidade cognitiva da própria ciência. Rosenberg observa que existe pouco consenso na filosofia sobre os aspectos particulares da obra de Hume. Existem, conforme observou-se, inúmeras discussões acerca do que efetivamente pensou o filósofo escocês sobre a questão da causalidade. Contudo, embora em questões mais específicas haja essa grande divergência, nas ciências sociais pôde-se observar as contribuições humenianas cada vez mais hegemônicas: “Psicologia, economia, sociologia, ciência política - todas são áreas em que os relatos de Hume de assuntos humanos tiveram um crescente aumento”⁹⁷.

⁹⁵ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 77.

⁹⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 22.

⁹⁷ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 84.

Com efeito, nesse sentido é marcante a passagem do *Treatise* em que Hume afirma que “ao julgar as ações humanas, devemos proceder com base nas mesmas máximas que quando raciocinamos acerca dos objetos externos”⁹⁸. Fica claro, portanto, que aquilo que Hume efetivamente propõe é que a metodologia das ciências sociais deve ser, fundamentalmente, a mesma das ciências naturais⁹⁹. O legado de Hume na ciência política, por exemplo, é conservador por excelência, na medida em que é cético com relação à razão humana de produzir um estado de coisas melhor do que o *status quo*, ou, em outros termos, seu legado para a política é a “diatribe que dirige a toda e qualquer manifestação utópica ou de racionalismo político, aduzida na seção quarta do livro segundo (‘Da sociedade política’)”¹⁰⁰.

Consequência disso é que a ciência passará a se preocupar muito mais com o mundo como ele é (descrição), sendo cética com relação as proposições de como ele *deveria ser* (prescrição). No ponto convém lembrar a passagem do *Treatise* que ficou conhecida posteriormente como a “Guilhotina de Hume”, que possui o seguinte teor:

Não posso deixar de acrescentar a esses raciocínios uma observação que talvez se mostre de alguma importância. Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes¹⁰¹.

⁹⁸ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 439.

⁹⁹ ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 84.

¹⁰⁰ RÍBOLLI, Alex. **Expressões do conservadorismo na Constituição Brasileira**: de Edmund Burke à Lei Fundamental de 1988. 2015. 144 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2015, p. 25. Não é por outro motivo, aliás, que Hume foi caracterizado como o “profeta da contrarrevolução” Francesa. Ver BONGIE, Laurence L. **David Hume**: prophet of the counter-revolution. Indianapolis: Liberty Fund, 1965. p. 62-63. Com relação ao ceticismo de Hume e a política, ainda vale consultar WILERY, James. **Theory and practice in the philosophy of David Hume**. London: Palgrave Macmillan, 2012.

¹⁰¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 509.

A conhecida passagem que constitui a denominada “Guilhotina” comumente é lida e compreendida de forma deslocada. Conforme se verá no segundo e terceiro capítulo dessa dissertação, tal passagem comumente é utilizada por “cientistas” jurídicos que parecem, de alguma forma, desconsiderar todo o *status quæstionis* que Hume enfrentava e, mais do que isso, o pano de fundo de todo o seu constructo empirista. Ao compreender a obra do filósofo em sua totalidade – e não apenas na leitura deslocada da “Guilhotina” – percebe-se que tal dicotomia entre descrição/prescrição nada mais é do que uma consequência de todo o seu projeto filosófico. Tivesse Hume deixado de escrever essa passagem, seria, mesmo assim, possível de extraí-la implicitamente do seu primeiro livro do *Treatise*.

Feita essa ressalva, poder-se-ia apontar uma série de contribuições de David Hume no que diz respeito a sua herança para a filosofia da ciência. Por uma questão de limitação, demonstrar-se-á quatro aspectos fundamentais da filosofia positivista que de alguma forma buscam esteio no empirismo humeniano para, em momento posterior, identificá-los dentro da Teoria do Direito especificamente. Os quatro aspectos que seguem delineados foram identificados originalmente por Leszek Kolakowski e são (i) regra do fenomenalismo; (ii) regra do nominalismo; (iii) regra que nega validade para julgamentos normativos e, por fim; (iv) a unidade do método científico.

Segundo o filósofo polonês, a *regra do fenomenalismo* consiste na ideia de que “não existe diferença real entre ‘essência’ e ‘fenômeno’”¹⁰². Com efeito, essa regra do fenomenalismo visa a combater as tradições metafísicas – escolásticas e racionalistas – que entendiam que “fenômenos observáveis são manifestações de uma realidade que escapa à cognição ordinária”¹⁰³. Esse “combate” a uma ideia de substância fica muito claro em várias passagens do *Treatise*, das quais vale destacar aquela em que o filósofo escocês dirá que “nem por meio de uma definição somos capazes de chegar a uma noção satisfatória de substância [...] Uma substância é absolutamente diferente de uma percepção. Portanto, não possuímos nenhuma ideia de uma substância”¹⁰⁴. Dito de uma forma mais simples, só tem

¹⁰² KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 03.

¹⁰³ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 03.

¹⁰⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 266.

validade epistemológica aquilo que passa pelo *pedigree* sensorial, vale dizer, somente aquilo que em alguma medida passa pelo crivo sensorial, podendo ser visto, tocado, etc.

A *regra do nominalismo* pode ser considerada, conforme Kolakowski, uma consequência da regra do fenomenalismo. Diz o filósofo polonês que “a regra do nominalismo se resume à afirmação de que não podemos assumir que qualquer visão formulada em termos gerais pode ter referências reais que não sejam objetos concretos individuais”¹⁰⁵⁻¹⁰⁶. Dessa forma, a regra do nominalismo levará à negação de universais, na medida em que a própria “universalidade” não seria nada mais do que um constructo linguístico associado a interpretações mentais. No mundo da vida, “o mundo puro e simples”, essa regra acarreta na negação de qualquer pretensão de universalidade¹⁰⁷. Isso também fica claro na obra de David Hume em diversas passagens, das quais vale destacar a afirmação do filósofo escocês de que a ideia de *semelhança* entre objetos (que, de alguma forma, remete à noção de um universal) “é a fonte mais fértil de erros”¹⁰⁸.

A terceira regra – a regra que nega validade para julgamentos normativos – exsurge também como uma consequência/causa das regras pretéritas. Em suma, trata-se de uma regra que é cética em relação a possibilidade cognitiva de coisas como “nobre”, “bom”, “mau”, “bonito”, “feio”, etc. Significa dizer, portanto, que o positivismo sustentará que a experiência é simplesmente incapaz de captar tais qualidades. Kolakowski afirma que é evidente que nas relações que alguém estabelece consigo mesmo, quando se depara com um objetivo, é possível o

¹⁰⁵ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 05.

¹⁰⁶ O nominalismo surge na Idade Média e tem o seu uso contemporâneo recheado de alguma ambiguidade: “The word ‘Nominalism’, as used by contemporary philosophers in the Anglo-American tradition, is ambiguous. In one sense, its most traditional sense deriving from the Middle Ages, it implies the rejection of *universals*. In another, more modern but equally entrenched sense, it implies the rejection of *abstract objects*. To say that these are distinct senses of the word presupposes that *universal* and *abstract object* do not mean the same thing. And in fact they do not. For although different philosophers mean different things by *universal*, and likewise by *abstract object*, according to widespread usage a universal is something that can be instantiated by different entities and an abstract object is something that is neither spatial nor temporal”. RODRIGUEZ-PEREYRA, Gonzalo. Nominalism in metaphysics. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/nominalism-metaphysics/>>. Acesso em 19 jan. 2018.

¹⁰⁷ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 07.

¹⁰⁸ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 89.

estabelecimento de um fundo lógico para os “julgamentos técnicos” do seu próprio modo de agir e a efetividade de cada ação tomada. Diz o filósofo polonês que “exemplos dessa espécie de julgamento técnico seria a declaração de que devemos administrar penicilina em caso de uma pneumonia ou que uma criança não deve ser ameaçada de apanhar se não comer”¹⁰⁹. O fato que está em jogo aqui seria a carga valorativa em si mesma, que teria sempre o cariz arbitrário e que não pode ser justificada empiricamente.

Dito de outra forma, é possível que se assuma que curar a gripe é algo bom, ou que crianças colocadas sob ameaça tendem a desenvolver problemas psicológico no futuro, e isso é ruim ou até antiético; o ponto é que tais assunções são arbitrárias. É possível que se façam tais assunções no mundo humano, contudo tais assunções buscam esteio em nossa própria arbitrariedade e, portanto, não são científicas¹¹⁰⁻¹¹¹. Nesse sentido, aliás, é conhecida uma passagem de Rudolf Carnap, um neopositivista lógico, excluindo o âmbito ético-valorativo do discurso racional:

Todas as afirmações pertencentes à metafísica, à ética normativa e à epistemologia (metafísica) têm esse defeito, são, de fato, inverificáveis e, portanto, não científicas. No Círculo de Viena, estamos acostumados a descrever tais afirmações como sem sentido (depois de Wittgenstein). Essa terminologia deve ser entendida como implicando uma distinção lógica, para não dizer psicológica; seu uso destina-se a afirmar apenas que as afirmações em questão não possuem uma certa característica lógica comum a todas as declarações científicas apropriadas; não pretendemos afirmar a impossibilidade de associar quaisquer concepções ou imagens a essas declarações logicamente inválidas. Concepções podem ser associadas a qualquer série arbitrariamente composta de palavras; e declarações metafísicas são ricamente evocativas de associações e sentimentos tanto em autores como em leitores¹¹².

¹⁰⁹ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 07-08.

¹¹⁰ KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 08.

¹¹¹ André Olivier trabalha com uma perspectiva interessante, demonstrando, tendo como base a filosofia empirista humeniana, que a própria reivindicação de universalidade dos direitos humanos não passa de um sentimento. Para um maior aprofundamento, ver OLIVIER, André. Uma abordagem dos direitos humanos a partir de Hume e dos sentimentos morais. **Natureza Humana (Online)**, São Paulo, v. 15, p. 94-115, 2013.

¹¹² Tradução Livre. No original: “All statements belonging to Metaphysics, regulative Ethics and (metaphysical) epistemology have this defect, are in fact unverifiable and, therefore, unscientific. In the Viennese Circle, we are accustomed to describe such statements as nonsense (after Wittgenstein). This terminology is to be understood as implying a logical, not to say a psychological distinction; its use is intended to assert only that the statements in question do not possess a certain logical characteristic common to all proper scientific statements; we do not intend to assert the impossibility of associating any conceptions or images with these logically invalid statements. Conceptions can be associated with any arbitrarily compounded series of words; and metaphysical statements are richly evocative of associations and feelings both in authors and readers”. CARNAP, Rudolf. **The unity of science**. London: Kegan Paul, 1934. p. 25-27.

Por fim, a última regra é aquela que mais interessa ao presente trabalho, que procurará limitar a abordagem aos positivismos jurídicos analíticos. Trata-se da unidade do método científico. Tal regra, em sua leitura mais *standard*, enuncia que o método para a aquisição válida de conhecimento é essencialmente o mesmo para todas as áreas científicas, sejam naturais, sejam sociais¹¹³. Isso fica muito claro em David Hume já no subtítulo de sua obra: “*uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*”, ideia que, conforme abordagem pretérita, advém de Isaac Newton. No limite, tal regra estabelece o modo como o cientista atuará. De um modo muito singelo, se na biologia um cientista observa e descreve como as plantas se desenvolvem, não poderá ser diferente no âmbito das ciências sociais. Um jurista deve se limitar a observar o modo como o Direito é, e descrevê-lo.

Sabendo as premissas básicas do empirismo na filosofia da ciência, fica fácil de identificá-las no Direito em específico. É conhecida a clássica caracterização que o jusfilósofo Ronald Dworkin faz do positivismo jurídico, para quem tal corrente teórica estaria assentada basicamente em três premissas, a saber, (i) que o Direito seria um conjunto de regras utilizados por uma determinada comunidade. A existência de tais regras de maneira alguma é verificada recorrendo a sua própria substância, mas antes, pelo modo como foram adotadas e formuladas. Isso levará Dworkin a denominar tal premissa de *teste de pedigree*, algo que claramente advém da regra do fenomenalismo do empirismo; (ii) tais regras possuem uma dimensão que não acolhe toda a dimensão fática do mundo da vida e, quando surge uma situação não prevista em tais regras, não há mais Direito, mas sim a *discricionariedade do intérprete*. Aqui entra a regra do empirismo que nega a existência de validade de julgamentos normativos, de forma que não há certo ou errado em Direito nas hipóteses discricionárias de atuação do julgador e, por fim (iii) que na ausência de uma regra jurídica válida, não há mais obrigação jurídica válida, mas sim uma outra coisa diferente do Direito, que parece se aproximar com a regra

¹¹³ É importante deixar claro que tal regra comporta algumas variações. Afirma Kolakowski que “To an even greater extent than the previous principles, the meaning of this one admits of various interpretations, For all of that, the idea itself is invariably present in positivist discussion [...] This assumption—that all knowledge will be reduced to the physical sciences, that all scientific statements will be translated into physical terms—does not, to be sure, follow from the foregoing positivist rules without further assumptions, Moreover, belief in the unity of the scientific method can be specified in other ways as well”. KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason: a history of positivist thought**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968. p. 08-09.

do nominalismo, na qual não existem universais, mas apenas os fenômenos em sua existência particular¹¹⁴.

Dworkin, é verdade, não teve o intuito de escavar filosoficamente as origens do positivismo jurídico. Deixa isso claro quando afirma que denominará a teoria de Herbert Hart, “com alguma imprecisão histórica” (*with some historical looseness*) de positivismo jurídico¹¹⁵, fazendo parecer que estaria rotulando pela primeira vez a teoria do filósofo inglês com tal nome, muito embora o próprio Hart já tivesse trabalhado com tal nomenclatura no *Conceito de Direito*¹¹⁶.

É justamente por negligenciar a origem filosófica do positivismo jurídico, que as três premissas apresentadas por Dworkin parecem insuficientes, sobretudo por desconsiderar formalmente¹¹⁷ a premissa que aparenta ser a premissa central do positivismo, a saber, a premissa de unidade do método científico. Como vimos, se é verdade que o positivismo jurídico advém do empirismo anglo-saxão¹¹⁸⁻¹¹⁹, então deve-se lembrar que o positivismo nasce fundamentado em uma premissa que é o

¹¹⁴ DWORIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 17 e ss.

¹¹⁵ DWORIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 16.

¹¹⁶ Cf. Hart, “aqui consideraremos que a expressão “positivismo jurídico” designa a afirmação simples de que não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 240.

¹¹⁷ Embora tal desconsideração não seja substancial, conforme poderá se observar, por exemplo, no ponto 3.3 da presente dissertação.

¹¹⁸ Embora seja evidente que determinadas correntes do positivismo sejam mais tributárias ao positivismo científico de Augusto Comte do que ao Empirismo de David Hume, conforme demonstra Lenio Streck naquilo que denominou como “genealogia” do positivismo jurídico. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 159 e segs.

¹¹⁹ Com efeito, seria exagerado sustentar, por exemplo, que Hans Kelsen presta um tributo filosófico maior à David Hume do que à Augusto Comte, na medida em que o juspositivista austríaco faz uso inclusive da gramática que Comte desenvolveu. Vide, por exemplo, os princípios da estática e da dinâmica que, na Teoria Pura do Direito, viraram estática e dinâmica jurídica. Ver COMTE, Auguste. **A general view of positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; Ver os capítulos IV e V de KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Vale mencionar que o próprio Augusto Comte, ao falar sobre seus influenciadores, identifica David Hume: “Hume constitui meu principal precursor filosófico, Kant se acha a ele acessoriamente ligado; a concepção fundamental deste não foi verdadeiramente sistematizada e desenvolvida senão pelo positivismo. Do mesmo modo, sob o aspecto político, foi necessário que eu completasse Condorcet por De Maistre, de quem assimilei, logo no início da minha carreira, todos os princípios essenciais, que não são mais agora apreciados senão na escola positivista. Tais são, com Bichat e Gall, como precursores científicos, os seis predecessores imediatos que hão de me religar sempre aos três pais sistemáticos da verdadeira filosofia moderna, Bacon, Descartes e Leibniz. Em virtude desta nobre filiação, a Idade Média, intelectualmente resumida por Santo Tomás de Aquino, Rogério Bacon e Dante, subordina-me diretamente ao príncipe eterno dos verdadeiros pensadores, o incomparável Aristóteles”. COMTE, Auguste. **Catecismo positivista**. Trad. Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores, 100). Cabe ressaltar também que Comte atribui o nome de Hume a um dos dias do calendário positivista e indica uma das obras de Hume na lista das obras a serem lidas por todos os positivistas.

fo condutor de sua filosofia da ciência, a saber, a *tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*.

Dessa forma, parece mais completa a caracterização do positivismo elaborada por Lenio Streck, na medida em que faz a “transição” das quatro regras sistematizadas por Leslek Kolakowski para o Direito. É importante destacar que as quatro regras não são elementos necessariamente cumulativos, vale dizer, nem sempre todas as quatro regras se manifestarão claramente. Mais importante é ressaltar que muitas vezes a incidência de uma regra acaba sendo causa/consequência da incidência de outra. Segundo Streck,

1) A regra do fenomenalismo relaciona-se com a tese dos fatos sociais, pois o Direito resultaria de alguma prática social passível de verificação; 2) A regra do nominalismo, com a limitação do saber jurídico ao Direito posto, e não a uma abstração genérica de como este deveria ser; 3) A negação de valor cognitivo de juízos de valor e enunciados normativos, a tese da discricionariedade; 4) Unidade do método científico, com um ideal descritivista. Note-se, uma vez mais, que estas são apenas algumas aproximações possíveis, não significando que as várias versões do positivismo jurídico apresentam todas estas características de maneira semelhante, mas que, em alguma medida, estas estão na base do paradigma positivista, e conseqüentemente, do juspositivismo¹²⁰.

A regra da unidade do método científico, que se manifesta através do ideal descritivo, é um dos pontos mais fundamentais do positivismo jurídico e será alvo central das pesquisas do presente trabalho (embora esteja, de certa forma, ausente nos positivismos prescritivos). Significa, portanto, que no segundo capítulo da presente dissertação buscar-se-á identificar o “método” positivista ao longo dos séculos para, em um momento posterior, apresentar as divergências filosófico-jurídicas com o positivismo, sobretudo com sua escolha metodológica descritivista. A abordagem das outras regras do positivismo, embora secundárias para as preocupações do presente trabalho, obviamente ocorrerão em face de suas estreitas conexões.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 168.

3 O POSITIVISMO ANALÍTICO NA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÃ

Com base nas considerações pretéritas, inicia-se o presente capítulo com o objetivo de desvelar o nível descritivo (unidade do método científico) do positivismo analítico exclusivo e inclusivo. Com efeito, pretende-se elucidar os motivos pelos quais o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo se empenharam na construção de teorias analíticas, que se limitam apenas a descrever o que é o Direito. Por óbvio não se pretende elaborar uma abordagem exaustiva, que passe por todos os autores filiados as tradições positivistas, razão pela qual o presente estudo se concentrará nos dois autores que foram responsáveis pelas primeiras sistematizações do positivismo (Jeremy Bentham e John Austin) e um autor de cada tradição: dos inclusivos, Herbert L. A. Hart; dos exclusivos, Scott J. Shapiro.

Trabalhar-se-á com Hart pelo fato de que é – incontestavelmente – o positivista mais importante e com maior alcance na tradição anglo-saxã e, com Shapiro, pelo fato de que é um positivista de grande alcance, professor na Universidade de Yale e, ainda, por contar com uma obra completa recentemente lançada (2011). Além de tais observações, Shapiro é o autor que tentou, talvez da forma mais clara, enfrentar o desafio da *lei de Hume*, aspecto que será fundamental do terceiro capítulo da presente dissertação.

Ainda, seguindo a linha de advertências preliminares, é importante destacar que o presente estudo poderia sofrer alguma crítica no sentido de que trabalhou Hart como um positivista inclusivo¹²¹. Mas tal crítica seria de pouca – ou nenhuma – relevância, pois não se pretende adentrar nas discussões epistemológicas da teoria do Direito, mas sim, adentrar na discussão metodológica, que é anterior. Significa dizer que a discussão que interessa é o motivo pelo qual um teórico se empenha em construir uma teoria analítica descritiva. Sequer seria necessário, portanto, que se

¹²¹ Entre os positivistas que consideram que Hart admite a incorporação de critérios de justiça substantiva no Direito e, ao mesmo tempo, consideram tal postura um equívoco, ver RAZ, Joseph. **La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral**. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad nacional de México, 1985; MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Clarendon Press, 2001. Segundo Waluchow, fica muito claro que em Hart não há nada que descarte a hipótese que em um dado sistema jurídica os critérios de justiça substantiva estejam entre as condições de validade do Direito: “there is nothing in the nature of law which rules out the possibility that consistency with a moral norm might serve among the conditions for legal validity within a particular legal system”. WALUCHOW, Wilfrid J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth (Ed). **The rule of recognition and the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

trabalhasse com um autor exclusivo e outro inclusivo na medida em que tais tradições trabalham com a mesma metodologia descritiva¹²², embora discordem sobre questões epistemológicas acerca do Direito.

Embora ambos os positivismos adotem uma postura metodológica descritiva, é importante uma breve diferenciação entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo para situar o leitor, ainda que panoramicamente, sobre as nuances do debate. Relembrando o já abordado *esqueleto*, que Ronald Dworkin atribui ao positivismo jurídico no texto denominado *The Model of Rules*¹²³, o positivismo inclusivo pode ser identificado pelo teste do *pedigree* como a modalidade que aceita *contingencialmente* as conexões entre Direito e moralidade, refutando a hipótese de que tal conexão seja sempre necessária. Significa dizer, em outras palavras, que podem existir sistemas jurídicos válidos que sejam moralmente iníquos, ao passo que também podem existir sistemas jurídicos que admitem que critérios de justiça substancial sejam adotados para a consideração da validade de uma lei, de forma que apenas a fonte social sozinha não seja suficiente, embora esteja sempre presente.

Nesse sentido, Wilfried J. Waluchow, traz como exemplo a hipótese de que uma regra de reconhecimento pode eventualmente incorporar tal critério: “alguém pode considerar a possibilidade de que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico pode conter testes ou critérios morais explícitos para a validade jurídica da legislação do Congresso ou do Parlamento”¹²⁴. Seria o caso, por exemplo, da cláusula do *devido processo legal* no *Bill of Rights*, cuja interpretação incorreria em uma argumentação moral. Mas isso somente ocorre por uma *escolha* política (convenção) de determinada comunidade¹²⁵. Em suma, para o positivismo inclusivo,

¹²² Cf. Bobbio, “como a ciência *consiste na descrição avaliatória* da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 238.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 17 e ss.

¹²⁴ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 82 e ss.

¹²⁵ Cf. Waluchow, “there is nothing in the concept of law itself which requires that political morality serve a determinative role. If it does serve some such role, this is only because the community has, through its variable legal practices, made this choice, and that choice could have been and might yet be different”. WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 232.

não há conexão e tampouco separação necessária entre Direito e moralidade¹²⁶. Além de Herbert Hart e Waluchow, pode-se atribuir essa postura à Jules Coleman e Matthew Kramer.

Difere o modo como o positivismo exclusivo enfrenta a questão. Seguindo a própria sugestão que a nomenclatura nos lega, o positivismo exclusivo, em sua pretensão descritiva, considera que a moral jamais é critério para que o Direito seja considerado válido (lembrando que a discussão se dá sempre no âmbito da *validade* do Direito, e não do seu *conteúdo*). Em outros termos, aquilo que faz com que o Direito seja Direito válido jamais é a moral. É conhecido o argumento de Joseph Raz, de que o Direito reivindica autoridade, pouco importando se o Direito é iníquo ou não. Reivindicar autoridade seria, dessa forma, uma característica “ontológica” do Direito válido¹²⁷. Além de Joseph Raz e Scott J. Shapiro, é representante dessa corrente Andrei Marmor.

Nos tópicos seguintes se esboçará como toda essa discussão teve início na tradição anglo-saxã, com o foco específico na questão metodológica descritiva e neutra adotada pelos referidos juristas.

3.1 Jeremy Bentham

O positivismo de cariz analítico começa a receber seus primeiros passos com Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859). Ambos os autores serão

¹²⁶ Valendo a ressalva de que existem exceções em posturas que auto reivindicam a nomenclatura de positivistas inclusivos (ou incorporacionista) É o caso de Jules Coleman. Dworkin afirma, em *Justiça de Toga*, que Coleman ao reconhecer isso já não é mais “positivismo nenhum” e que a obra de Coleman “não parece positivismo; parece mais Hércules e seus colegas trabalhando”. Dworkin identifica uma contradição na obra de Coleman, pois não seria possível tratar o Direito como uma questão de convenção e, ao mesmo tempo, reconhecer que juízes divergem sobre o que é o Direito: “Coleman segue essencialmente a influente versão do positivismo de H. L. Hart. Hart afirmava que todo sistema jurídico depende necessariamente de uma regra dominante, ou ‘regra de reconhecimento’, para identificar toda e qualquer proposição de direito válida. Essa regra só existe porque é aceita (pelo menos pelas autoridades públicas) como uma questão de convenção. Se essa tese estiver correta, o positivismo estará justificado, pois as convenções jurídicas são formadas pelos comportamentos e atitudes complexos das autoridades e de outros participantes do processo de formação e aplicação do direito, e por mais nada. Contudo, é exatamente por esse motivo que a afirmação de Coleman de que o direito se fundamenta na convenção parece estar em conflito com sua admissão de que os juristas e os juízes frequentemente divergem sobre o que é direito de uma maneira que reflete divergência moral, inclusive divergência sobre o real propósito das instituições jurídicas” (grifou-se). DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 269.

¹²⁷ Cf. RAZ, Joseph. **La autoridad del derecho**: ensayos sobre derecho y moral. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad nacional de México, 1985.

de fundamental importância para Herbert L. A. Hart edificar o seu *The Concept of Law*, no ano de 1961.

Jeremy Bentham geralmente é mais reconhecido pela sua construção na filosofia moral do que na filosofia do Direito, na medida em que foi o “pai fundador”¹²⁸ do utilitarismo em sua formação clássica¹²⁹. Entretanto, no que diz respeito à Teoria do Direito, o positivismo jurídico em todas as suas vertentes, especialmente as contemporâneas “somente conseguiu se consolidar com a teoria jurídica de Jeremy Bentham, que teve o grande mérito de trazer as discussões acerca da natureza do direito para o centro dos debates sobre a argumentação jurídica”¹³⁰.

De forma muito sucinta, é possível dizer que o jusfilósofo inglês esteve preocupado em refutar Blackstone, um dos autores mais influentes no Direito inglês do século XVIII. A grande oposição de Bentham se dava pelo fato de que Blackstone sustentava a ideia de que o Direito inglês estaria baseado no Direito natural. Bentham, por outro lado, acreditava que isso seria incorreto por uma série de motivos, dos quais se destaca o argumento de que isso *seria confundir o que o Direito é com o que o Direito deveria ser*¹³¹.

Tendo esse *status quæstionis* colocado, Bentham faz uma conhecida divisão entre *expository jurisprudence* e *ensorial jurisprudence*, sendo que a primeira estaria preocupada em lidar e demonstrar como o Direito é, ao passo que a a

¹²⁸ Para uma explicação das origens da máxima utilitarista “a maior felicidade para o maior número” e das influências que Bentham teve, Ver SCHOFIELD, Philip. **Utility and democracy: the political thought of Jeremy Bentham**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 2 e ss.

¹²⁹ Cf. Schofield, a posição utilitarista de Bentham pode ser resumida da seguinte forma: “A ‘partisan’ of the principle of utility was concerned with calculating the balance of pleasure and pain produced by an action. Such a ‘partisan’ would approve of any action which increased happiness (understood in terms of a preponderance of pleasure over pain), and disapprove of any action which increased suffering (understood in terms of a preponderance of pain over pleasure). He would take into account each and every individual affected by the action in question. Where only one person was affected, the extent would be equal to one, but where more than one person was affected, then the extent would be equal to the total number of those affected. Once extent had been taken into account, the ‘partisan’ of the principle of utility would then judge whether the action in question was deserving of approval or disapproval, or, to put this another way, judge whether the action was morally right or morally wrong. This judgment, therefore, was determined by a question of fact—namely the quantity of pleasure and pain which had been brought into existence by the action in question”. SCHOFIELD, Philip. **Utility and democracy: the political thought of Jeremy Bentham**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 40. Assim, uma ação utilitarista seria aquela que “the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it”. BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 15.

¹³⁰ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 310, abr. 2015.

¹³¹ NALBANDIAN, Elise G. Early legal positivism: Bentham & Austin. **Mizan Law Review**, Nova Scotia, v. 2, n. 1, p. 148, jan. 2008.

segunda estaria preocupada em prescrever como o Direito *deveria ser*. Veja-se a passagem específica constante em *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*:

A teoria do Direito é uma entidade fictícia: nem pode ser encontrado qualquer significado para a palavra, mas colocando-a em companhia de alguma palavra que seja significativa de uma entidade real. Para saber o que se entende por teoria do Direito, devemos saber, por exemplo, o que se entende por um livro de teoria do Direito. Um livro de teoria do Direito pode ter apenas um ou outro de dois objetos: 1. Verificar o que a lei é: 2. Verificar o que deveria ser. No primeiro caso, pode ser denominado como um livro de teoria do Direito expositivo [analítica]; no segundo, um livro de teoria do Direito censorial [normative]: ou, em outras palavras, um livro sobre a arte da legislação¹³².

Com efeito, é indiscutível que reside aí o berço da teoria juspositivista analítica, uma vez que no ponto está o *locus* fundamental da tese da separabilidade entre o Direito e a moral, que se dá na adoção do método descritivo, pois “a existência da lei é uma questão; os elementos morais por trás dela são outra”¹³³. Fica evidente, portanto, o germe da contemporânea discussão entre teorias analíticas-descriptivas e normativas-prescritivas.

Interessa notar, conforme referido, que Bentham expõe essa diferenciação em uma obra publicada em 1781. Nessa obra, o jusfilósofo inglês chega a citar David Hume¹³⁴, mas não cita a obra *Tratado da natureza humana*. Em que pese Bentham não assuma taxativamente essa influência advinda de Hume quando trabalha o Direito, parece claro que a distinção entre *expository* e *censorial jurisprudence* tem como base a filosofia humeniana¹³⁵. Jes Bjarup, ao comentar a questão, é enfático quando afirma que “a filosofia de Hume forma a base da

¹³² Tradução livre. No original: “Jurisprudence is a fictitious entity: nor can any meaning be found for the word, but by placing it in company with some word that shall be significative of a real entity. To know what is meant by jurisprudence, we must know, for example, what is meant by a book of jurisprudence. A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. To ascertain what the *law* is: 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of *expository* jurisprudence; in the latter, a book of *censorial* jurisprudence: or, in other words, a book on the *art of legislation*”. BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 234.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 25, n. 99, p. 221-242, set. 2017.

¹³⁴ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 52 e 71.

¹³⁵ Cf. José de Souza e Brito, “In fact, one of the major features of Bentham’s legal theory is a sharp distinction between what the law *is* and what the law *ought to be*. In a language which is full of tacit references to Hume [...]”. SOUZA E BRITO, José de. Hume’s law and legal positivism. In: Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho e filosofía social. Mexico. **Anais...** México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982. p. 246.

distinção de Bentham entre *expository* e *censorial jurisprudence*¹³⁶ e, embora Bentham não assuma a influência taxativamente no Direito, acaba assumindo na moral¹³⁷⁻¹³⁸.

Com efeito, ao observar isso tudo parece seguro afirmar que Bentham toma como fundamento a filosofia de David Hume para formar o fio condutor do seu projeto¹³⁹. Bentham, assim, acreditava que uma Teoria do Direito prescritiva seria responsável pela *arte da legislação*¹⁴⁰, vale dizer, baseado em suas concepções acerca do *dever ser* do Direito, propugnava uma reforma absoluta do Direito inglês, mediante uma codificação *ex novo* que substituiria o Direito consuetudinário que pautava o *common law*¹⁴¹. Isso é algo que, guardadas as devidas proporções, reflete o modo como a Teoria do Direito contemporânea percebe o fenômeno jurídico: à Teoria do Direito cabe *descrever* o Direito como ele é; à Política (que conforma a legislação) cabe *prescrever* como o Direito deve ser.

Abre-se aqui um parêntese para trazer uma questão curiosa que remete à ligação indireta entre Bentham e Hume – embora, ao que se sabe, jamais tiveram

¹³⁶ BJARUP, Jes. Continental perspectives on natural law theory and legal positivism. In: GOLDING, Martin P.; Edmundson, William A. (ed). **The blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005. p. 288.

¹³⁷ Cf. Bentham, “Some fourscore years ago, by David Hume, in his Treatise on Human Nature, the observation was, for the first time (it is believed) brought to light—how apt men have been, on questions belonging to any part of the field of Ethics, to shift backwards and forwards, and apparently without their perceiving it, from the question what has been done, to the question, what ought to be done, and vice versá”. BENTHAM, Jeremy. Chrestomathia. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. v. 8. Edimburgo: William Tait, 1843. p. 128.

¹³⁸ Cf. James Crimmins, “In reading Hume’s *Treatise of Human Nature* (1739–40)—which declared that all social inquiry should be based on the “experimental Method of Reasoning”—Bentham found virtue equated with utility, at which he “felt as if scales had fallen from my eyes” (1977, 440n). Having borrowed the nomenclature of utility from Hume, Bentham then turned to *De l’esprit* (1758), in which Helvétius delineated the potential for utility to act as a guide to human conduct by making a connection “between the idea attached to the word ... ‘happiness’ ... and the ideas attached to the words ‘pleasure’ and ‘pain’”. This meant, as he recalled in the “Article on Utilitarianism” (1829), that “attached to the words ‘utility’ and ‘principle of utility’ were now ideas in abundance”, from which “a commencement was made of the application of the principle of utility to practical uses” (1983a, 290). CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/bentham/>>. Acesso em 09 fev. 18.

¹³⁹ A preocupação de Bentham com a questão do ser e dever ser é tamanha que o leva a desenvolver instrumentos para a análise do discurso jurídico: “Os principais instrumentos benthamianos para a análise da linguagem jurídica [...] são quatro: 1. A distinção entre a forma gramatical e a forma lógica dos enunciados; 2. A distinção entre termos e expressões valorativos e termos e expressões neutros; 3. A distinção entre termos reais e termos fictícios; 4. A distinção entre discursos em função descritiva e discursos em função prescritiva”. CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 54.

¹⁴⁰ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 234.

¹⁴¹ BENTHAM, Jeremy. The rationale of judicial evidence. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. v. 8. Edimburgo: William Tait, 1843. p. 309.

contato direto – que se dá através do jusfilósofo alemão Rudolf Von Jhering (1818-1892), especialmente o “segundo Jhering”¹⁴². Jhering, conforme atestam Jefferson Guedes e Thiago de Pádua, comumente era mencionado como o “Bentham alemão” dado o fato de que ambos os juristas estavam inseridos em um período de transição de pensamento, especialmente voltados ao combate das posições excessivamente especulativas e idealistas no meio jurídico¹⁴³. Tendo isso posto, há uma passagem no *Tratado* que Hume se insurge contra a “doutrina da infinita divisibilidade”, na qual Hume está, em suma, se posicionando no sentido de que a ideia tem um grau mínimo, não podendo ser mais reduzida, sob pena de ser aniquilada. Dessa forma, afirma o filósofo que “quando alguém me fala da milésima e da décima milésima parte de um grão de areia, faço uma ideia distinta desses números e de suas diferentes proporções, mas as imagens que formo em minha mente [...] não diferem em nada uma da outra”¹⁴⁴.

Com efeito, na passagem mencionada, Hume em sua crítica aos escolásticos e racionalistas afirma que “a ideia de um grão de areia não é distinguível, nem separável em vinte e menos ainda em mil, dez mil, ou em um número infinito de ideias diferentes”¹⁴⁵. Agora voltando à crítica Jhering, lembra-se que o jusfilósofo alemão criticou os juristas de sua época, de forma bem-humorada, falando do *Begriffshimmel* (Paraíso dos Conceitos). O referido paraíso dos juristas seria o local onde se encontrariam engenhocas exóticas, tais quais “o pau de sebo dos problemas jurídicos” “máquina da ficção”, “máquina de conciliar passagens contraditórias”, a “furadeira dialética”, e a famosa “máquina de dividir cabelos”, que consistiria em um aparato capaz de dividir um fio de cabelo em 999.999 partes idênticas¹⁴⁶. Embora Jefferson Guedes e Thiago de Pádua atestem que as

¹⁴² Para uma distinção entre as fases de Jhering, consultar STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 103-114.

¹⁴³ CARÚS GUEDES, Jefferson; AGUIAR DE PÁDUA, Thiago. Paraíso dos conceitos jurídicos, de Jhering, é notável contribuição ao Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/livro-paraíso-conceitos-juridicos-inspirou-direito-brasileiro#_ednref8>. Acesso em 22 out. 17.

¹⁴⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 52-53.

¹⁴⁵ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 53.

¹⁴⁶ CARÚS GUEDES, Jefferson; AGUIAR DE PÁDUA, Thiago. O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf Von Jhering (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em:

metáforas de Jhering e as análises de Bentham não sejam coincidentes, não deixa de ser curioso como a postura anti-especulativa, tanto de Hume falando da divisão de grãos de areia, como a de Jhering – o “Bentham alemão” – e a divisão de fios de cabelo, chegam no mesmo resultado.

Outra ligação indireta entre Jeremy Bentham e David Hume se dá através de Isaac Newton. Como pôde ser observado no primeiro capítulo da presente dissertação, as influências de Isaac Newton em David Hume são tamanhas ao ponto de pautarem todo o seu projeto filosófico. Isso fica claro já no subtítulo de sua obra mais importante, a saber, *uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Jeremy Bentham, por sua vez, com o desenvolvimento de sua *ensorial jurisprudence*, buscou estruturar uma teoria da legislação da forma mais ampla e sistematizada possível, algo que lhe rendeu a alcunha de “Newton da legislação”¹⁴⁷. Tal referência advém de postura cientificista e meticulosa¹⁴⁸ adotada para abordar o tema da legislação, assim como Hume fez no *Tratado*.

Fechado o parêntese, fica evidente que aqui tem-se o início daquilo que hoje é conhecido como positivismo analítico. Jeremy Bentham, autor de caráter mais progressista em sua *ensorial jurisprudence*, busca reestruturar todo o Direito inglês através da elaboração de uma codificação completa¹⁴⁹. Contudo, por influência da filosofia humeniana desenvolveu – ainda que timidamente – as premissas iniciais daquilo que hoje se tem como juspositivismo analítico. Importa notar que a *expository jurisprudence*, vale dizer, a Teoria do Direito que se limita a descrever o Direito vigente apresenta uma das primeiras (senão a primeira) noção metodológica-cientificista no Direito.

<<https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/direito-civil-atual-paraiso-conceitos-juridicos-jurista-alemao-rudolf-von-jhering-parte>>. Acesso em 22 out. 17.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 91.

¹⁴⁸ Uma das tantas curiosidades que envolvem Jeremy Bentham e sua inventividade com terminologias, tal como sua intromissão nas mais variadas áreas. Bobbio relata que “Em 1791, o nosso autor escreve para seus amigos da Assembleia Nacional um *Ensaio de tática política*, com o objetivo de comunicar aos franceses os resultados da experiência inglesa no campo da política constitucional; no mesmo ano enviou à Assembleia francesa um projeto de prisão moderna, que permitiria vigiar simultaneamente todos os detentos de um ponto de vista estratégico (e, como Bentham tinha não só a mania de inventar caracteres sociais, como também a de cunhar novos termos – se atribui a ele a introdução na língua inglesa dos termos *codification* e *international* -, esse projeto foi batizado por ele de *Panopticon*)”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 93.

¹⁴⁹ FERRARO, Francesco. Adjudication and expectations: Bentham on the role of the judges. **Utilitas**, Cambridge, vol. 25, n. 2, p. 140-160, jun. 2013.

Com efeito, ao enfrentar Blackstone e, nas palavras de Bentham, a confusão que o referido jusnaturalista fazia entre o Direito vigente como ele é (ser) e o Direito como ele deveria ser (dever ser), Bentham acabou por dar início ao juspositivismo descritivo. A premissa da *unidade do método científico*, explorada em capítulo pretérito, começa a ganhar força na esfera jurídica, na medida em que a noção de atividade científica adota, por excelência, a metodologia descritiva.

É oportuno lembrar, ainda, que a obsessão pela cientificidade de Bentham era tamanha que ao falecer, teve como último desejo que seu corpo fosse mumificado com o intento de explicitar os benefícios dos órgãos de doação para pesquisa médica. Tal atitude do filósofo também pode ser encarada como “uma tentativa de encontrar um substituto secular para os rituais e práticas da religião convencional”¹⁵⁰.

Disso tudo, pode-se inferir inevitavelmente que Bentham sofre uma forte influência de David Hume. Seu projeto filosófico procura, dessa forma, abandonar as concepções filosóficas pretéritas, demasiado abstratas, para trazer para o âmbito das ciências sociais um novo ideal de cientificismo. O que é imperioso que fique claro no ponto é que a Teoria do Direito começa a ser pensada de forma científica em sentido mais estrito, vale dizer, começa-se, já em Bentham, uma *tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*.

Nesse ambiente, um discípulo e aluno de Bentham chamado John Austin dará continuidade ao seu legado, especialmente a sua *expository jurisprudence*, desenvolvendo uma teoria analítica preocupada em esclarecer as diferenças nas relações entre Direito e moral. Assim, em Austin se dá uma continuação/aprimoramento da metodologia de Bentham acerca do papel da Teoria do Direito enquanto Teoria do *ser* e não do *dever ser*.

3.2 John Austin

Norberto Bobbio sustenta que John Austin é o último dos autores aos quais se pode atribuir o feito de figurar entre aqueles que iniciaram a tradição juspositivista. Na lição do mestre italiano, além de ser cronologicamente posterior à Jeremy Bentham, também é posterior às tradições juspositivistas equivalentes fora do

¹⁵⁰ CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/bentham/>>. Acesso em 09 fev. 18.

mundo anglo-saxão, a saber, aos expoentes da escola histórica, na Alemanha, e ao Código de Napoleão, na França. Segundo Bobbio, a importância de Austin não se dá apenas por ser o último dos juspositivistas, no sentido temporal, mas “também e principalmente porque ele representa um pouco o *trait d'union* entre as várias correntes que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês”¹⁵¹.

Como não poderia ser diferente, John Austin (1790-1859), assim como Jeremy Bentham e David Hume, foi uma pessoa peculiar, com uma vida particular recheada de curiosidades. Existem relatos de que o juspositivista inglês se tratava de uma pessoa melancólica. Brian Bix afirma que Austin era um sujeito acima da média no que diz respeito ao intelecto, contudo sua saúde instável e seu perfeccionismo excessivo fizeram com que não lograsse maiores êxitos: “a vida de John Austin foi preenchida com desilusão e expectativas insatisfeitas”¹⁵².

John Austin coincide com Jeremy Bentham e David Hume não apenas no seu fio condutor epistemológico, mas em aspectos peculiares de sua vida particular. O juspositivista inglês, assim como Bentham, chegou a exercer a prática forense por alguns anos, mas se distanciou pois, assim como Bentham e Hume, experimentava uma grande repulsa com o ambiente jurídico¹⁵³. Embora frustrado em sua vida pessoal e, de alguma forma, limitado em sua vida profissional na medida em que seu intelecto aparentemente lhe dava condições de alcançar voos mais altos, Austin, ainda assim, teve um papel fundamental na Teoria do Direito anglo-saxã.

Em sua única – e curta – obra lançada em vida¹⁵⁴, *The province of jurisprudence determined* (A determinação do campo da teoria do Direito), Austin buscou esclarecer o que o Direito é, sendo que aquilo que é Direito seria alvo da *analytical jurisprudence* (Teoria do Direito analítica), expressão essa que foi cunhada

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 101.

¹⁵² BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 12. fev. 18.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 101.

¹⁵⁴ Muito do que Austin conquistou, tanto em vida como postumamente, é devido à sua esposa, Sarah: Much of whatever success Austin found during his life, and after, must be attributed to his wife Sarah, for her tireless support, both moral and economic (during the later years of their marriage, they lived primarily off her efforts as a translator and reviewer), and her work to publicize his writings after his death (including the publication of a more complete set of his Lectures on Jurisprudence)”. BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 12. fev. 18.

por ele¹⁵⁵. Tal análise seria exercida empiricamente e independentemente de valorar se o Direito é bom ou ruim (*without regard to its goodness or badness*)¹⁵⁶.

É interessante notar que Austin já parece se preocupar menos que Bentham em explicar o motivo pelo qual se engaja em uma teoria descritiva (embora Bentham também não adentre profundamente na discussão). Afirma, no início de *The Province of Jurisprudence Determined*, que visa a determinar a essência/natureza comum a todas as leis (*the essence or nature which is common to all laws*) e que a preocupação da Teoria do Direito deve ser a lei positiva¹⁵⁷. Assim, ressalta que o objetivo apropriado da Teoria do Direito é a *descrição*. Entretanto, não há uma passagem explícita em que Austin explica o motivo pelo qual dá menor atenção à *censorial jurisprudence* de Bentham¹⁵⁸, dedicando-se com maior ênfase na atividade descritiva.

No seu póstumo *Lectures on Jurisprudence*, afirma que

O objeto apropriado então de uma teoria geral do Direito (como distinto da Ciência da Legislação) é uma descrição de tais aspectos e fins da lei como são comuns a todos os sistemas; e daquelas semelhanças entre diferentes sistemas que estão embasados na natureza comum do homem, ou correspondem aos pontos assemelhando-se em suas várias posições¹⁵⁹.

No mesmo sentido, o autor segue afirmando que essa descrição deve ser a conduta adotada pelo professor (cientista) do Direito:

¹⁵⁵ Cf. Elise Nalbandian, "He wanted to clarify what law was and what it was not and it was Austin who made the distinction between the terms (which he coined) 'analytical jurisprudence' - which involves looking at the basic facts of the law, its origins etc- and 'normative jurisprudence' - the question of the goodness of law. For Austin, like Bentham, the important part of the study was the analytical question. Another similarity between Austin and Bentham is that both jurists believed that the same factual issues (namely of power and sovereignty as well as sanctions) were key to the understanding of the law, as it is". NALBANDIAN, Elise G. Early legal positivism: Bentham & Austin. **Mizan Law Review**, Nova Scotia, v. 2, n. 1, p. 150, jan. 2008.

¹⁵⁶ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 111 e segs.

¹⁵⁷ Cf. Austin, "The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors". AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 11-18.

¹⁵⁸ Austin, é verdade, se dedicou com maior intensidade a uma Teoria do Direito analítica. Contudo, disso não se segue que o jusfilósofo tenha abandonado uma prescrição de como o Direito *deveria ser*. Vale lembrar que Austin retorna à Bentham para defender a codificação do Direito inglês (lembrando, claro, que os dois viam a codificação de formas distintas, cada um à sua maneira). Ver, AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Sobre as características singulares e específicas da codificação *austiniana*, ver LOBBAN, Michael. Austin and the germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Ed.). **The legacy of John Austin's jurisprudence**. Nova York: Springer, 2013. p. 255-270.

¹⁵⁹ Tradução livre. No original: "The proper subject then of General Jurisprudence (as distinguished from the Science of Legislation) is a description of such subjects and ends of Law as are common to all systems; and of those resemblances between different systems which are bottomed in the common nature of man, or correspond to the resembling points in their several positions". AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. Nova York: Henry Holt and company, 1875. p. 151.

Onde quer que uma opinião seja pronunciada sobre os méritos e deméritos do Direito, uma declaração imparcial das opiniões conflitantes deve ser dada. O professor de teoria do Direito pode ter, e provavelmente tem, opiniões próprias; e pode ser questionado se é menos favorável à imparcialidade do que à indiferença; mas ele não deve tentar insinuar sua opinião de mérito e demérito sob o pretexto de atribuir causas¹⁶⁰.

Com efeito, com base nas passagens abordadas, desde já fica evidente a existência de duas das premissas do juspositivismo, conforme desenvolvido no ponto 2.4 do presente trabalho, a saber, (i) a *unidade do método científico, com um ideal descritivista*, na medida em que sua preocupação fundamental se dava com a análise descritiva daquilo que é o Direito e; (ii) ainda que por omissão, na medida em que Austin excluiu de sua teoria qualquer aspecto interpretativo¹⁶¹, a regra da *negação de valor cognitivo de juízos de valor e enunciados normativos*, que desemboca na tese da discricionariedade.

Sem aprofundar demasiadamente no projeto de John Austin – até pelo fato de que sua proposta se desenvolve de forma pouco complexa¹⁶² –, é seguro resumir seu projeto na empreitada de “distinguir o Direito positivo, a matéria apropriada da teoria do Direito, dos vários objetos com que ela se assemelha, e com a qual está relacionada, próxima ou remotamente, por uma analogia forte ou débil”¹⁶³. Por isso Austin buscou diferenciar todas as leis humanas das leis naturais e, dentro das leis humanas, buscou elucidar a diferença entre a moral e o Direito. Para Austin, o Direito e a moral são matérias distintas e passíveis de investigação empírica¹⁶⁴, razão pela qual fez a distinção entre as leis positivas (*positive law*) e moralidade

¹⁶⁰ Tradução livre. No original: “Wherever an opinion is pronounced upon the merits and demerits of Law, an impartial statement of the conflicting opinions should be given. The teacher of Jurisprudence may have, and probably has, decided opinions of his own; and it may be questioned whether earnestness be less favorable to impartiality than indifference; *but he ought not to attempt to insinuate his opinion of merit and demerit under pretense of assigning causes*”. AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. Nova York: Henry Holt and company, 1875. p. 151.

¹⁶¹ FULLER, Lon. **The morality of law**. Revised Ed. New Haven: Yale University Press, 1963. p. 225.

¹⁶² Cf. Shapiro, “Any philosophical theory that can be summarized in little over a page is not only uncommon but welcome. Philosophy can be a frustratingly difficult subject, and it is a rare pleasure to discuss a philosophical account so easily explainable that even a smart five-year-old can get it. Perhaps it would not be too unfair to say that the ease with which Austin’s theory can be presented and understood greatly contributed to its popularity and acceptance”. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 54.

¹⁶³ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 19-20.

¹⁶⁴ Cf. Bustamante, a teoria analítica de Austin “era apresentada como uma teoria apolítica, tão ‘pura’ quanto a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. A grande admiração que este autor alemão revelou por Austin decorre, portanto, do fato de Kelsen ter se identificado fortemente com as posições metateóricas do jurista inglês”. BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 313, abr. 2015.

positiva (*positive morality*): as primeiras são estabelecidas por autoridades políticas; a segunda é aquela adotada por alguma comunidade ou que esteve vigente em determinada época. Mas o ponto em comum é, conforme já demonstrado, que tanto o Direito como a moral são analisadas empiricamente e independentemente de serem boas ou ruins (*without regard to its goodness or badness*).

Com isso, Austin buscará diferenciar o Direito da moral no plano descritivo-analítico. Buscará, pois, construir um conceito de Direito que se tornará alvo de crítica posterior por parte de Herbert L. A. Hart. Seu conceito no plano descritivo é muito simples: um determinado comando *X* será lei somente e somente se (i) *X* for o comando de um soberano e; (ii) *X* estiver acompanhado de uma ameaça de uma sanção¹⁶⁵. Trata-se de teoria assaz singela que dominou hegemonicamente a Teoria do Direito anglo-saxã à época¹⁶⁶. Hart, conforme se abordará, dedicou alguns dos capítulos iniciais de *Concept of law* para apontar os equívocos de Austin. Dentre todos os argumentos levantados por Hart, vale, desde já, destacar aquele que aponta o fato de que tal teoria não percebe a presença de meta-regras, questão que será fundamental naquilo que Hart irá trabalhar em sua proposta analítica¹⁶⁷.

Com efeito, ao observar como se desenvolve a teoria de John Austin, pode-se perceber a incidência das outras duas regras que caracterizam as teorias juspositivistas, a saber, a *tese dos fatos sociais*, pois o Direito resultaria de alguma prática social passível de verificação e a *regra do nominalismo*, com a limitação do saber jurídico ao Direito posto. Aquela, quando Austin identifica o Direito como “aquilo que foi ordenado por um soberano”¹⁶⁸; esta, por consequência, ao excluir qualquer possibilidade de uma abstração de como o deveria dizer, vale dizer, o Direito é sempre um fenômeno que se dá no particular, verificado *ex post facto*.

A presente dissertação não tem o objetivo de exaurir a discussão de Bentham, Austin e tampouco de outros eventuais teóricos que venham a ser mencionados. Pelo contrário, pretende-se apenas demonstrar como o legado de David Hume para a filosofia da ciência se fez presente nos referidos autores,

¹⁶⁵ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹⁶⁶ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 248.

¹⁶⁷ HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 126.

¹⁶⁸ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 39.

sobretudo na importação da metodologia descritiva para a Teoria do Direito (*Jurisprudence*).

No mesmo sentido, pretende-se lançar uma luz, com o intuito de elucidar o quadro que Hart encontrava ao escrever *O conceito de Direito*. Pode parecer estranho o *gap* existente entre as obras de Hart e Austin, na medida em que a *Lectures* de Austin foi publicada em 1863 e *O Conceito de Direito* em 1961, vale dizer, quase um século depois. Mas a verdade é que nesse período a Teoria do Direito inglesa “foi uma aldeia sonolenta, satisfeita e complacente, dominada pela Teoria do Direito austiniana, não mostrando nenhum movimento significativo além da ortodoxia austiniana ou mesmo qualquer desejo de desafiá-lo”¹⁶⁹. Portanto, é seguro dizer que, mesmo cem anos depois, quando foi escrever *O Conceito de Direito*, Hart encontrou-se em face do domínio da teoria de John Austin.

3.3 Herbert L. A. Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), é um jurfilósofo nascido em Yorkshire, na Inglaterra. Em 1953 foi eleito como professor da cadeira de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) da Universidade de Oxford, embora suas qualificações para a ocupação do cargo fossem questionáveis já que não possuía diploma em Direito, tendo apenas atuado como *Chancery Barrister* oito anos antes da guerra¹⁷⁰. Ficou em Oxford até 1969, quando foi sucedido por seu aluno Ronald Dworkin, que, como se sabe, acabou tornando-se um dos seus maiores críticos.

No período que Hart ocupou a cátedra em Oxford, precisamente no ano de 1961, publicou aquela que talvez seja a obra sobre Direito mais importante de que se tem notícia: *O Conceito de Direito* (*The Concept of Law*). A afirmação de que “*O Conceito de Direito* transformou o modo como era compreendida e estudada a Teoria Geral do Direito no mundo da língua inglesa e fora dele”¹⁷¹ é feita por Joseph Raz e Penelope Bulloch. Tal afirmação – que não é em nenhum aspecto

¹⁶⁹ POSTEMA, Gerald J., Analytic jurisprudence established. In: POSTEMA, G.; PATTARO, E. (Ed.). **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. Dordrecht, NL: Springer, 2011.

¹⁷⁰ HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 2.

¹⁷¹ BULLOCH, Penelope; RAZ, Joseph. Nota dos editores. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. IX.

exagerada¹⁷² - parte do fato de que, atualmente, centenas de textos e autores têm como fio condutor justamente as ideias desenvolvidas nessa obra, seja em um projeto de continuidade, seja em um projeto crítico. Grande parte das obras que pretendem dar continuidade ao que fora exposto em *O Conceito de Direito* visam a oferecer uma melhor descrição daquela oferecida por Hart, mas seguem muitos dos seus pressupostos fundamentais.

Em *O Conceito de Direito*, Hart, além de estabelecer as bases e pautar a própria gramática do debate jurídico das últimas décadas, visa a elucidar três importantes questões, a saber (i) como difere o Direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas?; (ii) como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? e, por fim; (iii) o que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?¹⁷³. Assim, buscando responder tais questões, a obra de Hart não visa a – como o título pode levar a pensar – “fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno”¹⁷⁴. Com isso, Hart inicia sua obra – especialmente nos capítulos II, III e IV - fazendo uma crítica a teoria descritiva dominante até então, a saber, a teoria de John Austin, exposta em *The Province of Jurisprudence Determined*.

Feita essa observação preliminar, pode-se dizer que Hart traz uma série de sofisticções em relação à descrição de Austin, a saber (i) a concepção do Direito como união de regras primárias e secundárias; (ii) a introdução do denominado “paradigma hermenêutico” no ponto de vista interno do observador; (iii) a diferença entre estar obrigado e ter uma obrigação; (iv) o núcleo de penumbra das regras e,

¹⁷² Cf. Coleman, “H.L.A. Hart's *The Concept of Law* is the most important and influential book in the legal positivist tradition. Though its importance is undisputed, there is a good deal less consensus regarding its core commitments, both methodological and substantive”. 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. 99. Embora isso não signifique que Hart tenha inventado o positivismo jurídico e/ou que sua teoria tenha tornado todas as versões anteriores obsoletas ou irrelevantes. Para uma crítica ao “esquecimento” da importância de Bentham e Austin, ver SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 24, 2011. p. 455 e ss.

¹⁷³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 18.

¹⁷⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 21-22.

por fim; (v) uma nova concepção das relações entre Direito e Moral¹⁷⁵. Passa-se a abordar cada uma das contribuições de Hart de forma mais detalhada.

A primeira das divergências em relação à Austin se apresenta na concepção do Direito como uma união de regras primárias e secundárias. Hart discorda da descrição de Austin de que o Direito se limitaria a um hábito de obediência a um soberano, pautado em comandos sempre acompanhados de uma ameaça de sanção, pois tal concepção não consegue explicar muitos aspectos do Direito¹⁷⁶. Assim, Hart afirma que existem meta-normas – ou, em suas palavras, *regras parasitas* – que permitem que os “seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação”. Enquanto as regras primárias tratam fundamentalmente de obrigações, as regras secundárias trabalham com o reconhecimento, aplicação e modificação¹⁷⁷.

A segunda e a terceira contribuição de Hart, que são as que mais interessam para os objetivos da presente dissertação (e, portanto, serão mais aprofundadas), estão ligadas às suas concepções filosóficas. Sabe-se que Hart foi fortemente influenciado pela filosofia da linguagem ordinária¹⁷⁸ e, por isso, passou a dar atenção

¹⁷⁵ Esses são, em suma, as maiores contribuições de Hart conforme observa Jeremy Waldron. O jurista neozelandês considera tais contribuições de tamanha magnitude que poderia, até mesmo, parecer grosseiro apontar equívocos e/ou insuficiência em seu trabalho, chegando a indagar: “¿por qué alguien que nos ha dado todo eso debería ser criticado por no dar-nos aún más?”. WALDRON, Jeremy. Hart y los principios de legalidad. In: KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (Org.). **El legado de H. L.A. Hart**: filosofía jurídica, política y moral. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 105

¹⁷⁶ Cf. Hart, “em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal, que proíbe ou prescreve certas ações sob cominação de pena, se assemelha mais, entre todas as variedades de direito, a ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente Àqueles que a criam e não apenas os outros. Em segundo lugar, há outras variedades de direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens no seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhes dá existência. Finalmente, a análise do direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limitações jurídicas foi incapaz de explicitar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderem ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo de um Estado moderno”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 89-90.

¹⁷⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 91 e ss.

¹⁷⁸ Cf. Hart, “In 1953 when I was elected to the chair of Jurisprudence at Oxford my qualifications were unorthodox. I had no law degree, but for eight years before the war I had practiced as a Chancery Barrister and for seven years after the war I had taught philosophy at Oxford. Those seven years fell within the period when the approach to philosophy which became known as 'linguistic philosophy' was at its most influential both in Oxford and Cambridge. There were important differences of

para a importância do contexto em que a linguagem é empregada. Assim, *O Conceito de Direito* trabalha com uma perspectiva hermenêutica na medida em que “redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos”¹⁷⁹. Tendo esse fundamento filosófico como base, Hart desenvolve aquilo que ele chama de “ponto de vista interno”, que nada mais é do que “o ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que *usam* as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros”¹⁸⁰.

Em outras palavras, Hart verifica que a tentativa de descrever o Direito partindo apenas de um ponto de vista externo é insuficiente¹⁸¹, na medida em que o Direito possui uma linguagem específica. Para realmente compreendê-la, é necessário que o intérprete esteja engajado internamente no sistema que visa a descrever. Com isso, Hart acaba demonstrando, por exemplo, que há uma severa distinção entre alguém *estar obrigado a* e alguém *ter uma obrigação*, questões que passam despercebidas na teoria de Austin¹⁸². Ou seja, a segunda contribuição – de

emphasis and aim between the Oxford variant of this form of philosophy, where J. L. Austin was its leading exponent, and the Cambridge variant which flourished under Wittgenstein”. HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 2. Veja-se que *O Conceito de Direito* é de 1961. Portanto, a influência do *linguistic turn* na obra de Hart é evidente.

¹⁷⁹ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 5, p. 145, dez. 2013.

¹⁸⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 108.

¹⁸¹ Cf, Hart, “se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidade e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal para* eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformaram o acto de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 99-100.

¹⁸² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 92 e ss.

introdução do “paradigma hermenêutico” – é responsável por demonstrar a terceira contribuição – de identificar a diferença entre estar obrigado e ter uma obrigação.

Assim como Bentham e Austin não fazem maiores explicitações sobre o motivo pelo qual subscrevem uma metodologia descritiva, em Hart antes do *Pós-Escrito*, o tema também não recebe maiores atenções. O jusfilósofo inglês escreve no prefácio, em 1961, que “o jurista considerará o livro como um ensaio sobre *analytical Jurisprudence*, porque diz respeito à clarificação do quadro geral do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa”¹⁸³. Algumas linhas depois, ainda no prefácio, Hart afirma que seu livro pode ser encarado como um “ensaio de sociologia descritiva” na medida em que “a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa”¹⁸⁴, evidenciando, portanto, a importância do contexto em que as palavras estão inseridas.

Com efeito, a situação muda após os ataques críticos que a obra de Hart passa a sofrer, sobretudo após o conhecido “*general attack on positivism*” de Ronald Dworkin¹⁸⁵. Considerando o grande sucesso que sua obra fez, e a grande quantidade de seguidores e de críticos que ela legou, o jusfilósofo inglês editou um texto que foi publicado postumamente (e ainda incompleto) em 1994, que ficou conhecido como o *Pós-Escrito*.

No referido texto, Hart dedicou uma passagem específica, denominada de “*a natureza da teoria jurídica*”, para combater o ataque que sofreu por ter optado por uma metodologia descritiva e, conseqüentemente, passa a abordar com maior vagar a questão. Diz Hart que procurou construir uma teoria (i) sobre o que é o direito geral e; (ii) descritiva, na medida em que *O Conceito de Direito* faz um relato *moralmente neutro* sem propósitos justificativos¹⁸⁶.

Comentando os mais variados argumentos lançados por Dworkin¹⁸⁷, Hart acaba não enfrentando a questão do *fundamento* da metodologia descritiva, mas

¹⁸³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 01.

¹⁸⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 01-02.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 22 e ss.

¹⁸⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 300-301.

¹⁸⁷ Dentre os quais vale destacar aquele que se relaciona com a própria utilidade de Teoria do Direito, que dificilmente é justificado. Hart diz que “Dworkin parece pôr de lado uma teoria jurídica geral e descritiva por considerá-la desorientada ou, na melhor das hipóteses, simplesmente inútil”. HART,

apenas o argumento da sua *possibilidade*. Em outras palavras, o jusfilósofo inglês não procura explicitar o motivo pelo qual um jurista se engaja em um projeto descritivo. Por outro lado, sobre a *possibilidade de uma descrição moralmente neutra*, Hart elabora uma contra argumentação mais aprofundada, da qual vale se destacar a seguinte passagem:

A sua objeção central [de Dworkin] parece ser a de que a teoria jurídica deve levar em conta uma perspectiva interna sobre o direito, que é o ponto de vista de uma pessoa de dentro do sistema ou de um participante no sistema jurídico, e que nenhum relato adequado desta perspectiva interna pode ser fornecido por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é o de um participante, mas o de um observador externo. Mas não há, de facto, no projecto de uma Teoria Geral de Direito descritiva, tal como está exemplificada no meu livro, que impeça um observador externo não participante de descrever os modos por que os participantes encaram o direito, de tal ponto de vista interno. [...] o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o direito, sem a adoptar ou partilhar¹⁸⁸.

Com efeito, percebe-se que Hart se preocupa em sustentar a possibilidade da adoção de uma metodologia descritiva *moralmente neutra*, vale dizer, que o seu projeto de epistemologia não implica nenhum comprometimento valorativo no âmbito da razão prática. Com isso, o jusfilósofo inglês adota uma postura negativa com relação à prescrição, evidenciando que no âmbito da Teoria do Direito (*Jurisprudence*), no qual o jurista deve cumprir um papel “científico”, deve haver o exercício de um papel descritivo que seja moralmente desengajado. Não é por outro

Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 303. É interessante observar tal argumento pelo fato de que acaba sempre retornando em debates entre adeptos de metodologias descritivas e prescritivas. Em 2017, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, ocorreu o II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito, no qual a discussão da preocupação com a decisão judicial entrou em pauta. Dias após o evento, o Prof. André Coelho, conhecido estudioso do positivismo descritivo no Brasil, lançou um texto em seu blog pessoal com o seguinte teor: “[...] gostaria de me dedicar a esclarecer com que conceito de ‘descrição’ o positivismo analítico contemporâneo trabalha quando diz que pretende fazer uma teoria descritiva. Estou bem convicto de que, uma vez que se entenda a natureza do empreendimento descritivo conceitual, *muitos chegarão imediatamente à conclusão de que é um empreendimento vazio e desinteressante*. E isso, ironicamente, será ótimo. *Significará que entenderam do que se trata e que descobriram que não estão interessados*. O que já é um avanço em relação a supor que a descrição é ou pretende fazer o que ela na verdade não é nem pretende fazer” (grifou-se). COELHO, André. Sobre “descrever o direito”: ou por que a teoria do direito é menos interessante do que parece. **Filósofo Grego**, Pará, 2017. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>>. Acesso em 17 fev. 18. Veja-se que o positivismo descritivo, encarado sob uma perspectiva prática, é uma teoria “vazia”, “desinteressante” e “inútil”. Nota-se, portanto, que esse é um ponto em que tanto aqueles que sustentam teorias normativas quanto os descritivos concordam. A diferença é que os adeptos de teorias normativas encaram esse fato como algo desabonador ao passo que os descritivos não.

¹⁸⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 303-304.

motivo, aliás, que a expressão “moralmente neutro” é empregada com frequência nos escritos de Hart.

Fechado o ponto da descrição e do paradigma hermenêutico, ainda vale comentar brevemente as duas contribuições restantes de Hart em relação à teoria de Austin. A quarta contribuição de Hart se dá na identificação que faz sobre o núcleo de penumbra (ou a textura aberta) das regras. Hart identifica que no Direito existem casos que ocorrem diariamente, em que as expressões gerais das regras são claramente aplicáveis numa espécie de subsunção, para que o caso esteja resolvido¹⁸⁹. Se existe uma determinada regra que estipula, por exemplo, que “são proibidos veículos no parque” e no caso concreto algum cidadão adentrar no parque com seu carro, parece claro (ou simples) concluir que a penalidade respectiva deve ser aplicada no caso. Poder-se-ia pensar num exemplo corriqueiro no Direito brasileiro como, por exemplo, o caso do art. 335 do CPC/15 (o réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 dias), em que a aplicação do prazo, no caso concreto, tende a ser sempre algo simples.

Por outro lado, Hart percebe que existem casos no Direito em que a aplicação “mecânica” no caso jurídico não ocorre, pelo fato de que o caso se encontra situado em uma zona de penumbra, que decorre da textura aberta da regra. O aviso “é proibido veículos no parque” se aplica para bicicletas, ambulâncias, aviões e patins? Nesses casos, afirma o jusfilósofo inglês, o caso será resolvido com apelo à *discricionariedade* do intérprete de acordo com o caso concreto: “Se em tais casos as dúvidas não de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver”¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

¹⁸⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 139.

¹⁹⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 140.

¹⁹¹ Ponto esse que gera divergências entre os próprios positivistas, dado que a descrição de que juízes atuam discricionariamente apenas na zona de penumbra seria equivocada. Essa é a interpretação, por exemplo, de Scott Shapiro, que afirma que “It is likely that Hart’s critique of classical formalism contributed to this misinterpretation of legal positivism, or at least did nothing to correct it. For in his discussion of legal determinacy, Hart not only claimed that judges exercise discretion in the penumbra, he made it appear as though they exercise discretion *only in the penumbra*. In the core, he seemed to suggest, judges are legally bound to apply the law. This position simply restates the Judicial Restraint thesis, according to which judges never enjoy the discretion to override the law in the name of compelling moral considerations”. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 255. É verdade que algumas passagens de *O Conceito de Direito* também deixam essa questão passível de diferentes interpretações. Observe-se, por exemplo, a seguinte passagem de Hart: “Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste

Com efeito, Hart avança no sentido de visualizar na estrutura das regras uma questão mais complexa e profunda do que observava John Austin.

Por fim, a quinta e última contribuição/avanço de Hart, embora não seja o foco central da presente dissertação, foi aquela que acabou sendo de maior importância, na medida em que pautou toda a discussão jurídica das últimas décadas. A nova concepção das relações entre Direito e moral é o ponto no qual positivistas inclusivos estabeleceram suas mais profundas divergências com positivistas exclusivos. Hart, sobretudo no seu *Pós-Escrito*, procura responder e admite que critérios substanciais de justiça podem vir a ser validamente considerados como Direito desde que incorporados positivamente de alguma forma. Entretanto, antes mesmo do *Pós-Escrito* já deixava claro no capítulo IX (Direito e Moral) do *Conceito de Direito* que “em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”¹⁹². Com efeito, observadas essas cinco contribuições percebe-se a distância e a complexidade daquilo que Hart construiu comparado à John Austin.

Embora Herbert Hart tenha referenciado David Hume raras vezes em suas obras, e quando o referenciou foi no sentido de um diálogo crítico com o Direito Natural¹⁹³, percebe-se a incidência das quatro regras identificadas por Kolakowski (e traduzidas ao Direito por Lenio Streck), a saber, (i) a regra do fenomenalismo/fatos sociais identificada pelo *pedigree* que necessariamente o Direito precisa ter nas regras primárias e secundárias; (ii) a regra do nominalismo que impede qualquer prescrição *a priori* de como o Direito deveria ser, limitando a teoria a descrever fenômenos *ex post facto*; (iii) a regra da discricionariedade, que embora possua divergência nos *easy cases*, é clara quando Hart trata dos *hard cases* e, por fim, (iv) o ideal cientificista na teoria do Direito, dado por um método descritivo capaz de fornecer uma visão *moralmente neutra* daquilo que o Direito é.

Gulbenkian, 2011. p. 17. Vale lembrar que, para a *Crítica Hermenêutica do Direito*, a própria distinção entre *easy* e *hard cases* já é um *hard case*. Ver o capítulo 10 de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁹² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 220.

¹⁹³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 207-208; HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 258.

Do lançamento completo do *Tratado da Natureza Humana* (1740) até *O Conceito de Direito* (1961) transcorreram exatos duzentos e vinte e um anos. Percebe-se facilmente que as premissas epistemológicas lançadas por David Hume acabaram por se sedimentar fortemente na Teoria do Direito anglo-saxã. No próximo tópico, abordar-se-á como tais premissas continuam sendo majoritárias em pleno século XXI, analisando-se, a título exemplificativo, a obra de Scott J. Shapiro.

3.4 Scott J. Shapiro

Scott J. Shapiro é professor de Direito e Filosofia em Yale, desde 2008. Yale vem disputando com Harvard, e mais recentemente Stanford, os primeiros lugares do Direito nos rankings anuais de universidades. Significa dizer, portanto, que Scott Shapiro é professor em uma das universidades mais influentes no mundo todo, o que já dispensa maiores justificativas para a abordagem do seu pensamento.

Em que pese seja autor de diversos *papers*, a sua obra mais comentada nos debates jurídicos é o livro *Legality*. Com efeito, qualquer deliberação sobre o positivismo contemporâneo acaba que, ainda que inevitavelmente, tocando em algum ponto dessa obra, de forma que falar em positivismo contemporâneo e não falar em *Legality*, de Scott Shapiro, é quase impossível. Tal obra gerou muita expectativa até a data de seu lançamento, no ano de 2011 e, conforme relatos do próprio autor, trata-se de uma obra que foi trabalhada por uma década, tendo sido finalizada justamente na Universidade de Yale¹⁹⁴.

Shapiro dá uma grande atenção ao problema da metodologia descritiva e inicia sua obra fazendo uma distinção entre as teorias normativas e analíticas do Direito. Para ele, uma teoria normativa trabalha com as fundações *morais* do Direito, ao passo que uma teoria analítica examina as suas fundações *metafísicas* e, nesse sentido, afirma que sua obra está *principalmente* preocupada com a teoria analítica¹⁹⁵. Em que pese afirme seu compromisso principal com uma teoria analítica,

¹⁹⁴ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 449.

¹⁹⁵ Cf. Horácio Neiva, essa não é uma leitura inteiramente correta das teorias normativas: “A distinção de Shapiro, assim, é bastante tradicional. Contudo, ela não captura parcela importante das controvérsias reais a respeito da metodologia da teoria do direito. Os autores frequentemente citados como defensores do caráter normativo da teoria do direito estão também preocupados com as perguntas que Shapiro afirma serem de interesse exclusivo dos teóricos analíticos. O ponto de divergência está nos métodos adequados para responder a essas perguntas que, para alguns, envolveriam o recurso a argumentos morais. John Finnis, por exemplo, estão tão preocupado

reconhece que há uma linha tênue entre teorias analíticas e normativas e que, em pelo menos alguns casos, não se pode fazer teoria analítica sem se engajar em uma teoria normativa também¹⁹⁶.

Segue afirmando que perguntar “o que é o Direito?” é perguntar pela natureza de algo, indagando pela sua natureza fundamental, e isso não deve ser confundido com a pergunta “qual é o Direito?” e tampouco com a indagação “o que é Direito?”. Perguntar “qual é o Direito” reflete um desejo de entender qual o Direito aplicável a um caso em específico, sendo uma pergunta que frequentemente um cliente faria a um advogado. Por outro lado, a pergunta “o que é Direito” se aproxima da lexicografia e, nas palavras de Shapiro o positivismo não é uma tentativa de contribuir com dicionários, mas um esforço para compreender “a natureza de uma instituição social e seus produtos”¹⁹⁷.

Assim, para responder a pergunta “o que é Direito?”, é necessário responder à questão da identidade (*identity question*) que, em última instância visa a descobrir o que faz com que todas as instâncias do Direito sejam instâncias de Direito, e não outra coisa. Shapiro entende que além da questão da identidade, é necessário que se busque uma resposta à questão da implicação (*implication question*), que não visa a responder *o que faz* com que um objeto seja ele mesmo e não outra coisa, mas sim, *o que necessariamente segue* (ou não segue) do fato de que um objeto seja ele mesmo e não outra coisa. Somadas essas duas perspectivas, Shapiro acredita ter um projeto mais original, na medida em que “os filósofos do Direito nem sempre estiveram preocupados em responder as questões da identidade e da implicação ao mesmo tempo”¹⁹⁸.

quanto Hart ou Raz em responder à pergunta ‘o que é o direito?’. Ele é um teórico normativo no sentido de que acredita que, para se responder a essa pergunta, é necessário realizar avaliações morais.” NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, p. 264-265, dez. 2014.

¹⁹⁶ Cf. Shapiro, “Admittedly, the line between analytical jurisprudence and the interpretive branch of normative jurisprudence is not always very clear. It is possible, for example, to understand the concept of a tort, and how it differs from, say, a crime, without understanding why we hold people liable for the torts and they commit? It would seem that, in these cases at least, one couldn’t do analytical jurisprudence without engaging in normative jurisprudence as well”. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 02-03 e 403.

¹⁹⁷ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 07-08.

¹⁹⁸ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 08-12.

Shapiro segue afirmando que a análise conceitual que propõe poderia facilmente ser pensada como uma espécie de trabalho que é exercido por um detetive. A principal diferença de sua análise em relação ao trabalho investigativo de um detetive é que este está preocupado em coletar provas, procurar evidências, etc., com o fito de relacioná-los à *fatós verdadeiros*, ao passo que a teoria analítica volta seus interesses principalmente à *truísmos*, que seriam mais do que meras verdades: tratam-se de *verdades óbvias*¹⁹⁹, que são por si só autoevidentes. Em que pese reconheça que essa “metodologia” é *extremamente controvertida*, Shapiro alega que, reconhecida a existência de *truísmos*, a “chave da análise conceitual consiste em uma reunião dos truísmos de uma dada entidade”. Assim, traz alguns exemplos do que considera como truísmos no Direito: *todos os sistemas jurídicos possuem juízes; os Tribunais interpretam o Direito; todo sistema jurídico conta com instituições para modificar o Direito, etc*²⁰⁰.

Convicto de sua construção analítica, Shapiro afirma que umas das grandes preocupações (*an extremely serious challenge*²⁰¹) das teorias positivistas é não violar a Lei de Hume (*Hume’s Law*)²⁰² que, na leitura do Professor de Yale, consistiria na imposição de uma espécie de “parede ontológica” entre proposições do tipo *ser* e proposições do tipo *dever ser*. É peculiar o modo como Shapiro explica a questão, partindo de um diálogo entre um adulto e uma criança:

Suponha que eu vá até uma criança e diga “Pegue seus brinquedos!” A criança parece intrigada e responde: “Por que eu deveria ouvir você?” Eu digo: “Porque eu disse isso”. Neste ponto, a criança reclama, “Mas por que eu deveria ouvir você só porque você disse isso?” Quando eu digo: “Porque eu sou seu pai”, meu filho responde: “Mas por que as crianças deveriam ouvir seus pais?” Quando eu digo: “Porque as crianças sempre ouvem seus pais”, o meu filho dispara de volta, “Sim, mas o facto de as crianças sempre ouvirem os seus pais não significa que devam ouvi-las”. Note que mesmo que meu filho esteja sendo imprudente, estritamente falando ele tem razão. [...] Esses fatos são meramente descritivos e, como afirma a Lei de Hume,

¹⁹⁹ A tradução espanhola da obra de Shapiro não faz uso da expressão “truísmos”. Em sua tradução, o termo foi substituído, justamente, pela expressão “verdades óbvias”. SHAPIRO, Scott. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 39 e segs.

²⁰⁰ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 13-16.

²⁰¹ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 47.

²⁰² Expressão que aparentemente surge com Richard Hare. Ver HARE, Richard. M. Universalisability. **Proceedings of the aristotelian society**, v. 55, p. 303, jun. 1955. Disponível em: <<https://academic.oup.com/aristotelian/article/55/1/295/1802117>>. Acesso em 31 mar. 18.

nenhuma conclusão normativa pode se seguir de declarações que os relatam²⁰³.

Com efeito, tendo essa leitura da *Guilhotina*, Shapiro argumenta que a Teoria do Direito precisa necessariamente respeitar os padrões NINO e DIDO. O padrão NINO refere-se à expressão *normative in, normative out* (entra normativo, sai normativo) ao passo que o padrão DIDO refere-se à *descriptive in, descriptive out* (entra descritivo, sai descritivo). Enquanto aos jusnaturalistas restaria trabalhar sob a perspectiva NINO, ao positivismo, caberia respeitar o padrão DIDO e não incorrer no equívoco de transformá-lo em um padrão DINO, aquele que entra descritivo e sai normativo²⁰⁴. A metodologia analítica, portanto, precisa ser *moralmente neutra*.

Embora a questão da metodologia seja repisada constantemente ao longo de todo *Legality*, é seguro dizer que Shapiro aprofunda tal questão com maior vagar nos dois primeiros capítulos de seu livro. Nessa linha, não deixam de ser curiosos alguns argumentos empregados pelo Professor de Yale ao abordar o tema. Há um argumento, por exemplo, que apela inclusive para o cinema para sustentar o empreendimento descritivo: ao comentar o argumento lançado contra a obra de Herbert Hart – de que se o Direito é uma instituição social, deveria a sociologia se ocupar com sua análise –, Shapiro afirma que Hart tem razão em direcionar a uma Teoria do Direito a análise daquilo que o Direito é, já que, em suas palavras, é um *truísmo* que um sistema jurídico não é uma instituição exclusiva dos seres humanos. Com isso, Shapiro acredita que afasta a aptidão da sociologia – *limitada* aos seres humanos – para a análise do Direito, já que a “ficção científica, por exemplo, é repleta de situações envolvendo civilizações alienígenas com alguma forma de sistema jurídico”²⁰⁵.

²⁰³ Tradução livre. No original: “Suppose I go up to a child and say “Pick up your toys!” The child looks puzzled and responds, “Why should I listen to you?” I say, “Because I said so.” At this point, the child complains, “But why should I listen you just because you said so?” When I say, “Because I am your father,” my child replies, “But why should children listen to their fathers?” When I say, “Because children always listen to their parents”, my child shoots back, “Yes, but the fact that children always listen to their parents does not mean that they should listen to them”. Note that even though my child is being impudent and imprudent, strictly speaking he has a point. [...] These facts are merely descriptive ones and, as Hume’s Law states, no normative conclusion can follow from statements that report them” SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 47-48.

²⁰⁴ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 48-49.

²⁰⁵ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 406-407.

Com efeito, percebe-se que diferentemente de Bentham, Austin e Hart, Shapiro se preocupa muito mais em explicitar a questão da própria possibilidade de uma descrição moralmente neutra, o que, evidentemente, é um sintoma de todas as críticas que tal metodologia recebeu, sobretudo após as obras de Ronald Dworkin. E, ao analisar tal questão com maior vagar, sobretudo os padrões DIDO, NINO e DINO, passa a se preocupar durante o livro com aquilo que denomina de *desafio de Hume* (*Hume's Challenge*). Ou seja, a pergunta que se coloca é se o positivismo analítico vem sendo descritivo ou tem recaído em valorações moralmente engajadas?

O primeiro positivista que Shapiro analisa em *Legality* é John Austin. Austin, e sua teoria, são analisados durante todo o capítulo III de *Legality*, denominado de *Austin's Sanction Theory*. Após explicitar as bases da teoria austiniana – que já foram explanadas no tópico 3.2. da presente dissertação – Shapiro sustenta que o projeto desenvolvido pelo jusfilósofo não consegue atender ao *desafio de Hume*, sobretudo pelo fato de que tenta trabalhar os conceitos de *soberania* e *obrigação* segregados do conceito de *dever*²⁰⁶. Em Austin, portanto, não haveria um projeto capaz de superar o *desafio de Hume*.

Após constatar a referida insuficiência na teoria de Austin, Shapiro passa a analisar no capítulo subsequente *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart. A questão fundamental que Shapiro procura investigar em Hart, assim como fez em Austin, é se “Pode a teoria expressivista de Hart salvar o positivismo jurídico da acusação de derivar o que deve ser a partir daquilo que é?”²⁰⁷; contudo, a diferença de Hart para Austin seria que Hart parte do pressuposto de que o “desafio de Hume” assume equivocadamente que somente seria possível aproximar-se de fatos sociais de forma teórica, como objetos de um juízo descritivo, quando, na verdade, é possível

²⁰⁶ Cf. Shapiro, “[...] Austin tried to avoid deriving an ought from an is by treating legal concepts, and the statements and judgments in which they are embedded, as descriptive. [...]. To be sure, we normally don't speak of what we legally ought to do. But this should not be taken to mean that the concept ought has no role to play in legal thought. Rather, its less frequent use in a legal context merely signals that ought is weaker than obligation. To talk about what one legally ought to do is often misleading because we normally assert the strongest proposition we believe. It is not merely that we ought to pay our taxes— we are obligated to pay our taxes! What is salient about the law is that it does not simply presume to tell us what we *should* do; rather, it arrogates to itself the power to tell us what we *must* do. That we focus on the stronger statements of obligation must not blind us to the fact that the weaker statements of ought are necessarily true by implication. If we are to preserve the coherence of legal thought and discourse, we cannot treat the legal concepts of sovereignty and obligation descriptively and divorce them from the concept of ought. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 77-78.

²⁰⁷ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 111.

aproximar-se de fatos sociais de maneira prática, como um modo de observação que desague em razões para agir²⁰⁸.

Shapiro diz que isso leva Hart a concluir que a racionalidade jurídica ou, melhor, aqueles que buscam compreender o que é o Direito, acabam sempre se aproximando/comprometendo com a prática (ponto de vista interno) ao procurar conclusões sobre o Direito. Ao observar isso, Shapiro diz que há aqui um equívoco, na medida em que considera que “os juízos jurídicos podem ser formados e expressados coerentemente ainda que aquele que os realiza não adote o ponto de vista interno²⁰⁹.

Com efeito, para o Professor de Yale o ponto no qual Hart se equivoca é quando considera os conceitos jurídicos como *autoridade* e *obrigação* normativos, mas não morais. Afirma Shapiro que

Infelizmente, esse compromisso é insustentável. Pois o mesmo argumento que nos obriga a tratar conceitos e terminologia jurídicos como normativos e não descritivos, exige que os consideremos também morais. Como apontamos no final do último capítulo, conceitos jurídicos e a terminologia desempenham um papel característico na vida social: são usados para orientar e avaliar a conduta. Conceitos jurídicos são usados para fazer demandas, emitir recomendações, afirmar razões, avaliar o comportamento e justificar ações punitivas. Uma vez que conceitos descritivos e termos são usados para representar o modo como as coisas são, e não o modo como deveriam ser, eles não podem desempenhar um papel de justificação e

²⁰⁸ Argumento semelhante ao de Thomas Bustamante, que sustenta, que com Hart, o positivismo meramente descritivo encontrou seu fim. Ver BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 310, abr. 2015.

²⁰⁹ Cf. Shapiro, “Consider the bad man. For him, the law provides the same basic reason to act that the gunman generates, namely, the avoidance of sanctions. He follows the law out of rational self-interest, because he is ‘obliged’ to do so. Note, however, that the bad man is able to recharacterize the law using an alternative vocabulary. While the bad man may describe the law in the same terms that he would use vis-à-vis a mugging — ‘I was obliged to hand over the money’ — he can also accurately *re*describe the former using the language of obligation. He might say not only that the law obliges him to pay his taxes, but also that he is *legally obligated* to do so. That is, he can describe the tax laws not only as the expression of wishes backed by threats of sanctions, but also as rules that impose legal duties. [...] Unfortunately, Hart cannot explain either the redescrivability of the law or the openness of legal reasoning. On his expressivist theory, the law can be described as imposing obligations, conferring rights, and validating rules only when the asserter accepts the system’s rule of recognition. However, the bad man can redescrive the law using normative terminology, even though he takes the external point of view. Similarly, legal reasoning makes sense in a Hartian framework only when the reasoner accepts a particular rule of recognition. But the bad man does not engage with the law in a practical manner, yet he is still able to derive the content of the law. On Hart’s account, legal reasoning turns out to be a highly discriminatory process: only good people can engage in it”. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 112-113.

avaliação. Assim, concluímos, conceitos e termos jurídicos não podem ser descritivos por natureza²¹⁰.

Ao observar isso, Shapiro diz que a solução de Hart acaba por comprometer todo o projeto positivista, na medida em que juízos jurídicos seriam, por excelência, juízos morais. Esse, portanto, é o *status quæstionis* que o Professor de Yale coloca em *Legality* e, partindo, desse contexto passa a explicitar a solução que entende ser mais adequada para o problema, a saber, o argumento de que o Direito é melhor compreendido como uma atividade de planejamento social, de forma que as leis se assemelham com planos²¹¹. Trata-se daquilo que Shapiro denomina de “*Planning Theory of Law*”.

Para desenvolver isso, Shapiro empreende uma quantidade considerável de páginas construindo uma narrativa que se inicia com a construção de um quadro hipotético, no qual alguns amigos passam a combinar um jantar – e, portanto, passam a trabalhar com planos sobre o que cozinhar, quais mantimentos comprar, etc. – chegando, ao final, em uma situação na qual um empreendimento conjunto de cozinheiros compra uma ilha (*Cooks Island*) e, dentro dela, passa a construir regimentos públicos com o fito de coordenar a vida dentro dessa (nova) sociedade²¹².

Assim como as abordagens pretéritas de Bentham, Austin e Hart, também não é objeto da presente dissertação adentrar detalhadamente na epistemologia desenvolvida no interior da obra de Shapiro. Pretende-se, por outro lado, investigar as questões metodológicas que envolvem o positivismo analítico. Contudo, ainda que correndo o risco de simplificar demasiadamente o argumento, pode-se dizer que o do Professor de Yale acredita ter superado as teorias pretéritas, sobretudo a teoria de Herbert Hart, pelo fato de que a Teoria dos Planos não exige o comprometimento

²¹⁰ Tradução livre. No original: “Unfortunately, this compromise is unsustainable. For the same argument that compels us to treat legal concepts and terminology as normative not descriptive, demands that we regard them as moral as well. As we pointed out at the end of last chapter, legal concepts and terminology play a characteristic role in social life: they are used to guide and evaluate conduct. Legal concepts are used to make demands, issue recommendations, state reasons, assess behavior, and justify punitive action. Since descriptive concepts and terms are used to represent the way things are, rather than the way they ought to be, they cannot play such a justificatory and evaluative role. Hence, we concluded, legal concepts and terms cannot be descriptive in nature”. SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 113-114.

²¹¹ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 120.

²¹² SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 118 e ss.

com o ponto de vista interno. Com o conceito de “plano mestre”, qualquer um, inclusive o *bad man*, pode reconhecer a sua existência descritivamente, vale dizer, sem assumir qualquer postura normativa, superando, assim, aquilo que é por ele denominado de “desafio de Hume”²¹³.

Shapiro talvez seja o juspositivista analítico que mais referencia David Hume. São muitas as passagens de *Legality* que visam a enfrentar aquilo que denominou de Desafio de Hume (*Hume’s Challenge*). Dessa forma, fica evidente o legado da filosofia da ciência do filósofo de Edinburgh também na obra do juspositivista de Yale. Ademais, além dessas expressas e constantes menções à Hume, a obra de Shapiro também presta tributo à David Hume se observadas as quatro premissas levantadas no primeiro capítulo da presente dissertação, a saber, (i) a regra do fenomenalismo/fatos sociais identificada pelo *pedigree* que necessariamente o Direito precisa ter nos planos construídos pela comunidade; (ii) a regra do nominalismo que impede qualquer prescrição *a priori* de como o Direito deveria ser, limitando a teoria a descrever fenômenos *ex post facto*; (iii) a regra da discricionariedade quando Shapiro afirma que a atividade planejadora não é exclusiva do legislativo, havendo uma delegação de tal atividade aos tribunais²¹⁴ e, por fim, (iv) o ideal cientificista na teoria do Direito, dado por um método descritivo capaz de fornecer uma visão *moralmente neutra* daquilo que o Direito é.

3.5 Considerações Intermediárias

No primeiro capítulo buscou-se investigar as origens filosóficas do positivismo jurídico. Com esse objetivo, aprofundou-se a pesquisa no empirismo de David Hume, dando especial atenção ao aspecto cético do seu legado para a filosofia da ciência. Ao adentrar em tal pesquisa, foi possível detalhar os quatro aspectos característicos do positivismo no âmbito filosófico, identificados originalmente por Leszek Kolakowski, a saber, (i) regra do fenomenalismo; (ii) regra do nominalismo; (iii) regra que nega validade para julgamentos normativos e, por fim; (iv) a unidade do método científico.

²¹³ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 188-192.

²¹⁴ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 199-200.

Ao observar-se tais aspectos, acompanhou-se a transição feita por Lenio Streck de tais características para o juspositivismo, vale dizer, partindo de tais regras no âmbito filosófico, procurou-se entender o que marca uma teoria positivista *no âmbito jurídico*, adaptando tais regras da seguinte forma, (i) a regra do fenomenalismo deságua na tese dos fatos sociais; (ii) a regra do nominalismo equivale à ideia de que a Teoria do Direito é sempre *a posteriori* e está adstrita ao Direito posto; (iii) a negação de valor cognitivo de juízos de valor se equipara ao problema da discricionariedade judicial, ainda que por omissão e, por fim; (iv) a unidade do método científico encontra semelhança com a metodologia adotada pelos juspositivistas analíticos, a saber, o ideal descritivista.

Das quatro características, preocupa-se com aquela que é o fio condutor da metodologia juspositivista analítica, vale dizer, a unidade do método científico. Esse é, pois, o recorte específico da presente pesquisa, que procura entender os problemas dessa *tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais* com um recorte específico na tradição anglo-saxã.

Com efeito, partindo desse recorte específico, o segundo capítulo preocupou-se em demonstrar como a tradição juspositivista analítica trabalhou a questão do *método* no decorrer dos anos. Foi possível observar que, ainda que de forma bem incipiente, Jeremy Bentham sofreu fortes influências de David Hume, sobretudo em sua *expository jurisprudence*. A filosofia humeniana foi fundamental para que pudesse criticar Blackstone, que, segundo Bentham, confundia o que o Direito *é*, com o que o Direito *deveria ser*.

Discípulo de Bentham, John Austin também seguiu a metodologia descritiva apegada à neutralidade. Não só seguiu esse ideal descritivista como praticamente abandonou a *censorial jurisprudence* de Bentham, deixando de lado a preocupação de como o Direito *deveria ser*. Austin é o primeiro a chamar a atenção para aquilo que se enfrentará no próximo capítulo da presente dissertação, vale dizer, a possibilidade de se avaliar algo sem que se tenha um comprometimento moral. Lembra-se que Austin acreditava que a teoria do Direito seria exercida empiricamente e independentemente de valorar se o Direito é bom ou ruim (*without regard to its goodness or badness*). Começa aqui, portanto, a pretensão de uma descrição *moralmente neutra* da *analytical Jurisprudence* (termo este cunhado pelo próprio Austin).

Chegou-se, assim, em Herbert L. A. Hart e a obra “*O Conceito de Direito*”. Hart, conforme pôde ser percebido, revolucionou o modo de discutir o Direito, pautando até a própria gramática das discussões que perduram até os dias de hoje. Denominou seu projeto de uma “sociologia descritiva do Direito” e procurou oferecer uma melhor descrição daquilo que o Direito é do que a descrição de John Austin. Na primeira versão de sua obra, em 1961, não adentrou profundamente na questão da metodologia que havia adotado. Contudo, sobretudo após as críticas de Ronald Dworkin, procurou explicitar o motivo pelo qual entendia ser completamente possível uma empreitada descritiva sem um engajamento moral.

Hart fez isso no *Pós-Escrito*, publicado postumamente, de forma detalhada deixando claro que da adoção daquilo que denominou de “ponto de vista interno” – corolário lógico dos seus compromissos com a filosofia da linguagem ordinária – não se seguia um comprometimento moral com o objeto observado pelo cientista, vale dizer, ainda que desenvolvido o ponto de vista interno, a descrição *moralmente neutra* continuava sendo possível: “o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o direito, sem a adotar ou partilhar”²¹⁵.

Por fim, chegando no juspositivismo analítico deste século, se adentrou na obra de Scott Shapiro. Em Shapiro, pôde-se observar um profundo comprometimento com uma tentativa de descrição moralmente neutra que não resvalasse nos equívocos dos seus antecessores (John Austin e Herbert Hart). De Shapiro, pode se destacar a constante preocupação em enfrentar aquilo que o autor denominou de desafio de Hume (*Hume’s Challenge*), que seria a regra de que de um cientista não poderia derivar um juízo valorativo-normativo de um juízo fático-descritivo. Shapiro, assim, procura desenvolver uma teoria que se adapte à tal exigência que, no limite, representa bem a ideia de que a ciência do Direito deve ser *moralmente neutra*.

Com tudo isso, pode se concluir que o legado de David Hume para a filosofia da ciência é gigantesco. Percebeu-se, no segundo capítulo desta dissertação, que o juspositivismo analítico seguiu muitas das diretrizes humenianas, na busca por um ideal cientificista para os assuntos morais. Dessa forma, encerra-se o presente capítulo constatando que o juspositivismo analítico, partindo de influências

²¹⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 303-304.

humanianas, acreditou que seria possível trabalhar em um âmbito imune à valoração, vale dizer, toda a teoria juspositivista analítica engajou-se em constructos epistemológicos, e até mesmo ontológicos, do Direito partindo do pressuposto de que é possível que se façam *descrições moralmente neutras*.

No próximo capítulo procurar-se-á demonstrar que o ponto de partida do positivismo, ou o seu próprio compromisso metodológico, é baseado em um equívoco. Descrições neutras simplesmente não são possíveis, pois a distinção entre *ser* e *dever ser*, ou para usar expressões de Shapiro, os padrões DIDO e NINO, são constructos meramente artificiais. A crítica, portanto, vai endereçada à metodologia adotada pelos juspositivistas analíticos.

4 O PROJETO METODOLÓGICO DESCRITIVO E A IMPLOÇÃO DA DICOTOMIA FATO/VALOR

Demonstrada a origem e a incorporação/manutenção do pressuposto metodológico descritivo dos juspositivismos analíticos, adentrar-se-á na abordagem das críticas oferecidas a pretensão de uma descrição *moralmente neutra e externa*. Nesse terceiro capítulo, buscar-se-á enfrentar a questão da *tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*, com uma abordagem específica sobre a questão da segregação entre o âmbito factual (ser) e contrafactual (dever ser).

O capítulo será estruturado de forma que, num primeiro momento, seja desmistificada a guilhotina de Hume. A pergunta que moverá a investigação nesse recorte é: será a guilhotina – e o pensamento de Hume – uma ingênua crença de que os âmbitos descritivo-normativo encontram-se segregados “ontologicamente”? Pretende-se, com isso, demonstrar que a guilhotina de Hume não é tão ingênua como alguns leitores a caracterizam. Num segundo momento, se buscará uma densa contribuição filosófica para o tema, em Hilary Putnam, que foi quem abordou o tema com grande vagar e densidade, em uma obra que já carrega no título a sua proposta (e nomeia o presente capítulo): o *colapso da dicotomia fato/valor*. Por fim, no terceiro ponto, partindo dos pressupostos filosóficos da *Crítica Hermenêutica do Direito*, será analisada a questão da possibilidade da construção de uma epistemologia sem comprometimento prático e o problema do método nas ciências do espírito.

Por fim, em um último momento, se adentrará em uma sucinta pesquisa empírica para demonstrar que não existe epistemologia sem implicação prática. Dito de outro modo, se demonstrará que muitas das teorias que se pretendem meramente descritiva esbarram na realidade, na medida em que seus constructos teóricos acabam sendo determinantes na aplicação prática do Direito. Trabalhando com alguns exemplos privilegiados, acredita-se que não é necessária uma extensa coleta de dados empíricos, na medida em que os exemplos que serão trazidos já conseguem, por si só, produzir um alto grau de credibilidade para a posição teórica ora sustentada.

Com efeito, seguindo esse raciocínio, pretende-se demonstrar que (i) o juspositivismo analítico (sobretudo a obra de Shapiro que trabalha expressamente com a guilhotina), não fez uma boa leitura da teoria de Hume e (ii e iii), ainda que tivesse feito, tal dicotomia entre descrição e prescrição e entre ser e dever ser já está superada na teoria e (iv) na prática.

4.1 A Guilhotina de Hume

A Guilhotina de Hume é a reivindicação de que não se poderia derivar uma consequência valorativa – um “dever ser” – de uma premissa do tipo “ser”. Observou-se, já no primeiro capítulo deste trabalho, que Hume afirmou que, em suas leituras, era comumente surpreendido ao observar que “em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*”. O filósofo escocês ainda anota que como “esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada”²¹⁶. A questão que passa a ser enfrentada então é a seguinte: o que queria David Hume ao reivindicar que cópulas proposicionais do tipo ser não deveriam estar conectadas com outras, da espécie dever ser?

De início, já pode se adiantar que a leitura majoritária – doravante denominada de *tradição formalista*²¹⁷ –, de que os âmbitos do ser e do dever ser seriam incomunicáveis²¹⁸, parece estar errada. Observando os autores que trabalham com a *Guilhotina* e aquilo que pretendeu o filósofo escocês, parece que é seguro dizer que o maior erro em que incorrem aqueles que trabalham com a

²¹⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 509.

²¹⁷ MACINTYRE, Alasdair. Hume on “is” and “ought”. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969. p. 45.

²¹⁸ Cf. Kariel Giarolo, “A interpretação *standard* dessa passagem assume que Hume procura afirmar que de um grupo de premissas factuais não se pode extrair qualquer conclusão moral. Há uma conexão analítica entre premissas factuais e a conclusão, do mesmo modo que há uma conexão analítica entre dever (*ought*) e valor ético. A noção de *ought*, ou seja, de uma obrigação ética ou norma, está obviamente relacionada com um valor ético. Uma afirmação (*statement*) normativa não pode ser deduzida de um conjunto de afirmações descritivas. Precisamos entender a expressão ‘dedução’ no sentido de uma inferência lógica válida. Assim, a leitura padrão da passagem de Hume sustenta que nenhuma afirmação ética pode ser logicamente inferida de quaisquer afirmações descritivas. O *the is-ought problem*, como também conhecido o problema referente à lei de Hume, pode ser entendido, portanto, como a questão de se juízos éticos podem ser inferidos de juízos descritivos”. GIAROLO, Kariel Antonio. É possível derivar *dever ser* de *ser*? **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 2, jan.-abr. 2013.

tradição formalista da última passagem da Livro III, Parte I, Seção I do *Treatise* é o erro de tratar a *Guilhotina* como um valor universal e não particular. Dito de outra forma, autores procuram trabalhar a *Guilhotina* como se fosse um preceito universal, desconsiderando seu aspecto necessariamente casuístico.

A tradição formalista acaba fazendo uma leitura que sequer o próprio Hume, no texto base da guilhotina, deixa implícita. Quer-se dizer que a passagem, que forma a *Guilhotina*, pretende dizer que apenas é exigida uma razão suficiente que justifique a derivação de uma proposição a partir de outra proposição. Dito de forma mais clara, a *Guilhotina* não é – pelo menos não em Hume – uma separação estanque entre os âmbitos do ser e dever ser. Se Hume de fato estivesse propondo isso, colocaria todo o seu próprio projeto em xeque. Pretende-se demonstrar isso objetivamente com *cinco* argumentos. Poderiam ser mais, dada a extensão da obra de Hume, mas acredita-se que, apenas com esses argumentos, é possível que seja demonstrada a incoerência da *tradição formalista*.

Primeiro. Como sustenta Gadamer: “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”²¹⁹ e isso leva a um argumento que é quase exegeta. Ora, Hume é taxativo, na passagem da denominada *Guilhotina*, quando afirma que esse “deve” ou “não deve”, que expressa uma nova relação, *precisaria ser notado e explicado (it should be observed and explained)*. Veja-se, assim, que Hume não está dizendo que a nova relação é impossível; pelo contrário, está dizendo que ela precisa apenas ser explicada²²⁰⁻²²¹.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 358.

²²⁰ MacIntyre apresenta dois argumentos que vão nesse sentido: “First, Hume does not actually say that one cannot pass from an 'is' to an 'ought' but only that it 'seems altogether inconceivable' how this can be done. We have all been brought up to believe in Hume's irony so thoroughly that it may occasionally be necessary to remind ourselves that Hume need not necessarily mean more or other than he says. Indeed the rhetorical and slightly ironical tone of the passage renders it all the more ambiguous. When Hume asks how what seems altogether inconceivable may be brought about, he may be taken to be suggesting either that it simply cannot be brought about or that it cannot be brought about in the way in which 'every system of morality which I have hitherto met with' has brought it about. In any case it would be odd if Hume thought that 'observations concerning human affairs' necessarily could not lead on to moral judgements since such observations are constantly so used by Hume himself. Second, the force of the passage as it is commonly taken depends on what seems to be its manifest truth: 'is' cannot entail 'ought'. But the notion of entailment is read into the passage. The word Hume uses is 'deduction'. We might well use this word as a synonym for entailment, and even as early as Richard Price's moral writings it is certainly so used. But is it used thus by Hume? The first interesting feature of Hume's use of the word is its extreme rarity in his writings. When he speaks of what we should call 'deductive arguments' he always uses the term 'demonstrative arguments'. The word 'deduction' and its cognates have no entry in Selby-Bigge's indexes at all, so that its isolated occurrence in this passage at least stands in need of interpretation. The entries under 'deduction' and 'deduce' in the Oxford English Dictionary make it

Segue-se. Lembra-se que Hume foi, para muitos, o maior filósofo que já escreveu em inglês e é preciso, antes de tudo, que ele não seja subestimado²²². Fosse isso o que Hume estava procurando dizer, que ser e dever ser são incomunicáveis, a sua própria reivindicação conhecida como *Guilhotina*, também seria cortada pela *Guilhotina* quando aplicada. Seria uma contradição relativamente fácil de ser observada. Com efeito, se Hume estivesse sustentando a impossibilidade absoluta de comunicação entre ser e dever ser, ele já estaria dizendo como algo deve ser (não se deve derivar um dever ser de um ser) partindo de um ser (autores/discussões que o surpreenderam conectando o *deve* e *não deve* com o *é* e *não é*)²²³.

quite clear that in ordinary eighteenth-century use these were likely to be synonyms rather for 'inference' and 'infer' than for 'entailment' and 'entail'. Was this Hume's usage? In the essay entitled 'That Politics may be Reduced to a Science', Hume writes, 'So great is the force of laws, and of particular forms of government, and so little dependence have they on the humours and tempers of men, that consequences almost as general and certain may sometimes be deduced from them as any which the mathematical sciences afford us.' Clearly, to read 'be entailed by' for 'deduced from' in this passage would be very odd. The reference to mathematics might indeed mislead us momentarily into supposing Hume to be speaking of 'entailment'. But the very first example in which Hume draws a deduction makes it clear how he is using the term. [...]. That is, Hume uses past political instances to support political generalizations in an ordinary inductive argument, and he uses the term 'deduce' in speaking of this type of argument. 'Deduction' therefore must mean 'inference' and cannot mean 'entailment'. Hume, then, in the celebrated passage does not mention entailment. What he does is to ask how and if moral rules may be inferred from factual statements, and in the rest of book III of the *Treatise* he provides an answer to his own question". MACINTYRE, Alasdair. Hume on "is" and "ought". In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969. p. 42-44.

²²¹ Nesse mesmo sentido, diz Putnam (autor que será abordado com maior vagar no capítulo subsequente): "*Although Hume nowhere says exactly this*, the principle 'no *ought* from an *is*' has almost universally been taken to be the upshot of the 'observation' with which Hume concludes the *Treatise*, Book III, Part. 1, section I [...]. Hume says that in all 'systems of morality' he had met, the author would start in 'the ordinary way of reasoning' proving, say, the existence of God or describing human society, and suddenly switch form 'is' and 'is not' to 'ought' and 'ought not', for example from 'God is our creator' to 'we *ought* to obey him'. *No explanation was ever given of this 'new relation' and Hume makes it clear that he does not think this step could be justified*". PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 149-150; Também Massimo Pigliucci: "The debate may seem bizarre and quite anachronistic: didn't Hume in *A Treatise of Human Nature* clearly state that one cannot derive what *ought* to be (ie a moral answer) from what *is* (ie an empirical answer)? Well, first off, Hume didn't really say that you cannot do it, just that if you do it, you had better be prepared to justify that move, not taking it as automatic, as apparently some of his colleagues at the time used to do". PIGLIUCCI, Massimo. Is ethics a science? **Philosophy Now**, Londres, v. 55, p. 25, jun. 2006.

²²² Cf. MacIntyre, em tom irônico, "I shall argue that the immense respect accorded to Hume thus interpreted is puzzling, since it is radically inconsistent with the disapproval with which contemporary logicians are apt to view certain of Hume's arguments about induction". MACINTYRE, Alasdair. Hume on "is" and "ought". In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969. p. 36.

²²³ O que levaria Hume a cair naquilo que Olavo de Carvalho denomina de "paralaxe conceitual". Aliás, Olavo chega a identificar em Hume argumentos que sofreriam desta espécie de problema: "David Hume diz que nossas ideias gerais não têm valor cognitivo nenhum, porque são apenas aglomerados fortuitos de sensações corporais. Em nenhum instante ele se dá conta de que a filosofia de David Hume, compondo-se ela própria de ideias gerais assim formadas, também não

Terceiro. A *Guilhotina*, no sentido da *tradição formalista*, feriria o próprio título do Tratado: se é verdade que Hume está fazendo uma *tentativa* (valorativa) *de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*, então Hume parte do pressuposto de que a filosofia está operando com a metodologia (cartesiana e escolástica) equivocada. Isso é um ser (fato). E sua nova proposta é um dever ser (valor). Metodologicamente, Hume seria guilhotinado.

Quarto. Veja-se, por exemplo, que no parágrafo anterior ao parágrafo que Hume elabora a *Guilhotina*, o filósofo escocês afirma que “quando declaramos que uma ação ou caráter são viciosos, tudo o que queremos dizer é que, dada a constituição de nossa natureza, experimentamos uma sensação ou sentimento de censura quando os contemplamos”²²⁴. Geoffrey Hunter, analisando tal passagem do *Tratado*, afirma que Hume está dizendo aqui que considerar uma ação viciosa é o mesmo que experimentar uma sensação de censura quando a contemplamos. Disso pode-se afirmar que a afirmação “experimentar uma sensação ou sentimento de censura quando os contemplamos” é uma afirmação de fato²²⁵. Ora, se valorar algo é um fato, pode-se concluir que o próprio senso moral (dever ser) é, por natureza, factual. Significa dizer, portanto, que o próprio dever ser em alguma medida está dentro do âmbito factual, pois os fatos morais seriam completos em si mesmos. Nesse sentido, Hume diz expressamente que

A razão é a descoberta da verdade ou da falsidade. A verdade e a falsidade consistem no acordo e no desacordo seja quanto à relação *real* de ideias, seja quanto à existência e aos fatos *reais*. Portanto, aquilo que não for suscetível desse acordo ou desacordo será incapaz de ser verdadeiro ou falso, e nunca poderá ser objeto de nossa razão. *Ora, é evidente que nossas paixões, volições e ações são incapazes de tal acordo ou desacordo, já que são fatos e realidades originais, completos em si mesmos, e não implicam nenhuma referência a outras paixões, volições e ações (grifou-se)*²²⁶.

pode valer grande coisa. O estado de alienação do filósofo ao criar sua filosofia não poderia ser mais completo”. CARVALHO, Olavo de. *Mais paralaxe. Sapientiam autem non vincit malitia*, Virgínia, 2002. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/mais-paralaxe/>>. Acesso em 02 mai. 18.

²²⁴ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 508.

²²⁵ HUNTER, Geoffrey. Hume on is and ought. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969. p. 59.

²²⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 498.

Com efeito, ao analisar tal passagem, Geoffrey conclui que desde que Hume verifica que proposições valorativas são logicamente equivalentes a dadas proposições factuais (*ought-propositions are logically equivalent to certain is-propositions*), seria um absurdo atribuir à Hume a visão de que nenhuma proposição de ser pode, por si só, induzir a uma proposição de dever ser²²⁷.

Quinto e último. Outro exemplo que pode ser mencionado é a fundamentação da justiça. MacIntyre sustenta que Hume claramente defende que a justificativa, para as regras da justiça, busca amparo no fato de que isso é bom para a sociedade. Em outros termos, o respeito à legislação somente ocorre pelo fato de que isso é de interesse geral (*long-term interest*)²²⁸. Disso se segue que Hume está valorando – com base em um fato – que a legislação *deve ser* respeitada, pois os benefícios são muito maiores do que os prejuízos²²⁹.

Um argumento interessante apresentado em favor da *tradição formalista* é apresentado por José de Souza e Brito. Segundo o autor, Hume descobriu duas importantes questões sobre proposições morais, a saber, (i) os seres humanos tomam partido em questões morais e acreditam que tais questões podem ser racionalmente decididas. Contudo, tais reivindicações morais são firmadas sobre objetos externos, vale dizer, “*não existe impressão de um objeto externo que origina as ideias morais*”²³⁰, o que leva a concluir que as afirmações sobre um objeto externo estão além da experiência e da razão e se situam apenas no campo da emoção e; (ii) as afirmações morais aparentam expressar um julgamento mas, na verdade, elas influenciam nossas ações. Sendo influenciadoras de nossas ações – e

²²⁷ HUNTER, Geoffrey. Hume on is and ought. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy**. England: MacMillan Education, 1969. p. 60.

²²⁸ Cf. Hume, “e mesmo cada indivíduo, ao fazer as contas, deverá perceber que saiu ganhando; pois, sem justiça, a sociedade imediatamente se dissolveria, e todos cairiam naquela condição selvagem e solitária, que é infinitamente pior que a pior situação que se possa supor na sociedade”. HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 538.

²²⁹ MACINTYRE, Alasdair. Hume on “is” and “ought”. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy**. England: MacMillan Education, 1969. p. 40.

²³⁰ José de Souza e Brito justifica essa afirmação com a seguinte passagem do *Tratado*: “Tomemos qualquer ação reconhecidamente viciosa: o homicídio voluntário, por exemplo. Examinemo-la sob todos os outros pontos de vista, e vejamos se podemos encontrar o fato, ou a existência real, que chamamos de *vício*. Como quer que a tomemos, encontraremos somente certas paixões, motivos, volições e pensamentos. Não há nenhuma outra questão de fato neste caso”. HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 508.

não estando situadas no âmbito da razão (*are not the offspring of reason*) –, elas não se encontram no âmbito da experiência e, portanto, não podem ser empiricamente verdadeiras²³¹.

Observando isso, o autor português dirá que as proposições morais se aproximam da causalidade, na medida em que não podem ser empiricamente verificadas (*Causality, just as moral predicates, is not observed by the senses*). Mas o ponto é que seriam apenas juízos arbitrários do homem. Logo, parece que o autor português sustenta a tese de que a *Guilhotina* funciona dentro de um âmbito cético, que veda a passagem do *ser* para o *dever ser* pelo fato de que um juízo moral é sempre um juízo arbitrário, porque decorre de um sentimento. Assim, o autor dirá que a leitura tradicional é merecedora de maiores considerações, afirmando que *certamente seria contrário ao interesse de Hume negar a interpretação tradicional da Guilhotina*²³².

Com efeito, é importante lembrar que Hume é realmente cético com relação a causalidade, conforme pôde ser observado no item 2.3 da presente dissertação. Contudo é importante relembra, também, que Hume constatou que o ser humano está disposto a se orientar muito mais pela “*scientific reasoning*” do que pela “*emotional reasoning*” e que, embora a causalidade não seja empiricamente verificável, ela nos guia em nosso dia a dia. Nesse sentido, parece que o argumento de Hume com relação à causalidade também serve com relação à valoração factual. Ainda que a valoração seja algo totalmente arbitrário, ela faz parte do nosso modo de ser, motivo pelo qual a pretensão de simplesmente vedar essa passagem parece resvalar em uma leitura exagerada da obra do filósofo escocês. Ademais, conforme já se demonstrou, o próprio tratado faz uma valoração da epistemologia da filosofia. Difícil acreditar que Hume, o maior que já escreveu em inglês, não perceberia isso.

Vale, contudo, mencionar o argumento de José de Souza e Brito pelo fato de que se preocupa em demonstrar as premissas de Hume; demonstra conhecer a bibliografia sobre o tema de forma aprofundada e, ainda, desenvolve um argumento logicamente coerente durante todo o texto. Parece ter muito mais consistência do que Shapiro, por exemplo, que trata de explicar a *Guilhotina* em um parágrafo,

²³¹ SOUZA E BRITO, José de. Hume's law and legal positivism. In: Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho e filosofía social. Mexico. **Anais...** México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982. p. 247-249.

²³² SOUZA E BRITO, José de. Hume's law and legal positivism. In: Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho e filosofía social. Mexico. **Anais...** México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982. p. 250.

adotá-la como pressuposto metodológico no parágrafo seguinte e, por fim, violar a leitura que fez dela em todo o restante do seu livro.

Retoma-se Shapiro no ponto para explicar melhor. Propositamente, ao explicar o que o Professor de Yale entende pela guilhotina – no ponto 3.4. deste trabalho – colocou-se uma passagem de *Legality* em que Shapiro explica a divisão ser/dever ser através de um diálogo com uma criança. Retoma-se a passagem, agora grifada:

Suponha que eu vá até uma criança e diga “Pegue seus brinquedos!” A criança parece intrigada e responde: “Por que eu deveria ouvir você?” Eu digo: “Porque eu disse isso”. Neste ponto, a criança reclama, “Mas por que eu deveria ouvir você só porque você disse isso?” Quando eu digo: “Porque eu sou seu pai”, meu filho responde: “Mas por que as crianças deveriam ouvir seus pais?” Quando eu digo: “Porque as crianças sempre ouvem seus pais”, o meu filho dispara de volta, “Sim, mas o facto de as crianças sempre ouvirem os seus pais não significa que devam ouvi-las”. *Note que mesmo que meu filho esteja sendo imprudente, estritamente falando ele tem razão.* [...] Esses fatos são meramente descritivos e, como afirma a Lei de Hume, nenhuma conclusão normativa pode se seguir de declarações que os relatam²³³ (grifou-se).

Observe-se que Shapiro narra um diálogo com uma criança que se nega a seguir uma ordem do pai, pois não haveria um *dever*, de que crianças devam obedecer a seus pais, do *fato* de que crianças obedecem aos seus pais costumeiramente. Inconscientemente – ou não – Shapiro diz que embora *a criança esteja sendo imprudente*, ela teria um ponto. Veja-se assim, que dentro de um mesmo parágrafo o Professor de Yale parece se contradizer, na medida em que extraiu uma valoração (a criança é imprudente) de um fato (diálogo da criança com o seu pai). Fora que metodologicamente é ferido pela guilhotina também, na medida em que pretende, normativamente, dizer que o direito *deve ser* visto como um sistema de planejamento social.

Com tudo isso, pode se concluir que a *Guilhotina* não é um preceito lógico em si, da espécie *non-sequitur*, que opera independentemente do contexto (algo da

²³³ Tradução livre. No original: “Suppose I go up to a child and say “Pick up your toys!” The child looks puzzled and responds, “Why should I listen to you?” I say, “Because I said so.” At this point, the child complains, “But why should I listen you just because you said so?” When I say, “Because I am your father,” my child replies, “But why should children listen to their fathers?” When I say, “Because children always listen to their parents”, my child shoots back, “Yes, but the fact that children always listen to their parents does not mean that they should listen to them”. Note that even though my child is being impudent and imprudent, strictly speaking he has a point. [...] These facts are merely descriptive ones and, as Hume’s Law states, no normative conclusion can follow from statements that report them” SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 47-48.

espécie: é sempre logicamente equivocado derivar um dever-ser de um ser²³⁴). Se considerada como preceito lógico, deve apenas atacar a validade de algo e não a sua substância, na medida em que lida com a coerência do discurso, motivo pelo qual constantemente é utilizada dentro do contexto *non-sequitur*. O problema, contudo, é que a própria utilização da *Guilhotina* cai na *Guilhotina*, conforme claramente demonstrado no segundo argumento ora desenvolvido; tampouco se trata de uma segregação *ontológica*, como se o âmbito do ser e o âmbito do dever ser estivessem situados em categorias ontológicas distintas.

Mas, então, o que é – ou qual é o valor – da *Guilhotina* de Hume?

Em suma, a *Guilhotina* só tem valor casuístico (portanto não universal) se estiver de acordo com as regras lógicas elementares. Ela só tem valor se demonstrar que de uma premissa não se segue uma conclusão, levando em consideração necessariamente o caso discutido. Significa dizer, portanto, que nem todas as derivações do tipo “dever ser” de postulados “ser” sejam inválidas, conforme argumentos mencionados neste subcapítulo.

Embora a maioria dos positivistas sequer adentre na *Guilhotina* de Hume, excetuado Shapiro que faz uso da tradição formalista para fornecer uma justificativa maior pela adoção da metodologia descritiva, entende-se que é importante desmistificar as leituras do referido argumento. Ainda que, por si só, isso não seja hábil de colocar a metodologia positivista em xeque, pelo menos coloca em xeque a sua utilização como reforço argumentativo em justificativas metodológicas.

4.2 A Superação da Dicotomia Fato/Valor no Âmbito Teórico

Dado que a presente dissertação até o momento buscou esclarecer, no primeiro capítulo, a origem filosófica do ideal descritivista do juspositivismo analítico em David Hume; no segundo capítulo a sua perpetuação nas teorias de Jeremy Bentham, John Austin, Herbert L. A. Hart e Scott J. Shapiro e, por fim, no início deste terceiro capítulo como parece que a importação de alguns conceitos de Hume

²³⁴ Leitura está que parece estar presente em Frank Sautter: “A Lei de Hume e a sua recíproca, a tese de que o que pertence ao domínio do ser nunca pode *ser deduzido* do que pertence ao domínio do dever ser, são os correlatos, no plano lógico, de teses de Moore, no plano conceitual, sobre a impossibilidade de *definir* o que pertence ao domínio do dever ser por intermédio do que pertence ao domínio do ser e *definir* o que pertence ao domínio do ser por intermédio do que pertence ao domínio do dever ser, respectivamente”. SAUTTER, Frank. Um breve estudo histórico-analítico da lei de Hume. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 242, 2006.

para o Direito foi feita sem o devido cuidado, buscar-se-á, doravante, demonstrar como a dicotomia fato/valor – e, portanto, os seus principais pressupostos como a possibilidade de uma metodologia descritiva com ares externos e de neutralidade – encontrou sua implosão.

Far-se-á tal abordagem em dois momentos distintos: primeiro, no âmbito teórico e, segundo, mostrando como a prática forense ignora solenemente autores que se pretendem descritivos, aplicando seus constructos teóricos à prática. Desde já se deixa claro que a própria divisão entre âmbito teórico e âmbito prático tem fins meramente didáticos, dado que o referencial teórico desta dissertação, a *Crítica Hermenêutica do Direito*, parte do pressuposto que tal distinção é artificial e substancialmente impossível.

Por fim, adverte-se que foram recortados argumentos para lançar a discussão no Direito, dadas as próprias limitações formais do presente trabalho. Trabalhar-se-á teoricamente (i) o argumento de *Entanglement*, de Hilary Putnam, com o intuito de demonstrar que uma descrição neutra é uma empreitada artificial e com consequências nefastas e; (ii) o argumento hermenêutico que demonstra que descrições partem da razão prática, uma vez que o intérprete já se encontra lançado no mundo, o que afasta possibilidades de um observador externo e coloca em xeque o próprio método descritivo para as ciências do espírito. Poderiam se trabalhar muitos outros argumentos, mas acredita-se que esses são suficientes para problematizar o descritivismo neutro e externo.

4.2.1. Hilary Putnam e a Concepção de *Entanglement*

Uma das maiores obras sobre a questão da divisão fato/valor foi construída por Hilary Putnam. Putnam graduou-se pela Universidade da Pensilvânia e fez o seu Ph.D. na Universidade da Califórnia. Foi Professor em Harvard e, para o presente trabalho, interessa bastante uma obra sua em específico que já possui um título bastante sugestivo: *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*.

O referido livro – que teve a primeira parte elaborada partindo de seminários que o filósofo ministrou na faculdade de Direito de Northwestern no ano de 2000²³⁵ – trata do problema que decorre da ideia de que julgamentos valorativos são sempre

²³⁵ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. VII.

subjetivos. Dito de outra forma, Putnam se preocupa em demonstrar que aqueles que acreditam que afirmações factuais podem ter objetividade, mas, ao mesmo tempo, negam aos julgamentos normativos tal possibilidade, resvalam no equívoco de separar fato e valor²³⁶. Embora o filósofo tenha escolhido a economia (*science of economics*) para abordar o tema, seu argumento central pode – e é o que se pretende fazer aqui – ser muito bem aproveitado para a Teoria do Direito.

O Professor de Harvard inicia sua obra explicando a diferença entre *juízos sintéticos* e *juízos analíticos*. Afirma que os *juízos analíticos* são aqueles que podem ser considerados tautologias – ou, nos termos utilizados por Scott Shapiro, *truísmos*²³⁷. Um exemplo disso seria a constatação de que todo triângulo tem três lados ou que “todos os divorciados não estão casados”²³⁸. Os *juízos sintéticos*, por outro lado, seriam os *juízos não-analíticos*.

Explica Putnam que essa diferenciação entre juízos sintéticos e analíticos advém de Immanuel Kant que entendeu, grosso modo²³⁹, que juízos analíticos eram todos os juízos em que o predicado estava ocultamente no sujeito²⁴⁰. Kant sustenta que uma afirmação analítica e verdadeira é a de que todos os corpos são extensos, “pois eu não preciso sair do conceito que ligo à palavra corpo para verificar a conexão entre ele e a extensão, mas tenho apenas de decompor aquele conceito”²⁴¹. Juízos sintéticos, por outro lado, são todos os juízos que não podem ser encontrados unicamente com a ajuda do princípio de contradição ou com a ajuda de leis lógicas²⁴².

Putnam chama a atenção para a reivindicação surpreendente de Kant, de que a matemática trabalharia com verdades que seriam igualmente sintéticas e necessárias (*a priori*)²⁴³. Ao observar isso, afirma que, no século XX, os “oponentes

²³⁶ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 01.

²³⁷ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 13-16. Ver ponto 3.4. desta dissertação.

²³⁸ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 08.

²³⁹ Importante referenciar que a explicação sobre essa complexa questão em Kant é apenas para contextualizar aquilo que Putnam trabalha em seu livro. A diferenciação entre juízos sintéticos e analíticos é uma questão mais do que complexa, de modo que a abordagem aqui é meramente panorâmica e pretende apenas seguir a linha de raciocínio apresentada pelo Professor de Harvard em seu livro.

²⁴⁰ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 48.

²⁴¹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 51.

²⁴² HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 49.

²⁴³ Cf. Kant, “*Os juízos matemáticos são todos sintéticos*”. Esta proposição parece ter escapado até hoje as observações dos analistas da razão humana, ou chega mesmo a parecer diretamente

positivistas” de Immanuel Kant tentaram expandir o conceito de “analítica” para englobar também a matemática. Isso tudo importa pelo fato de que para os positivistas ambas as distinções, entre juízos sintéticos e analíticos e entre fato e valor, contrapunham os fatos com algo: ou fatos com valoração; ou fatos com tautologias (*truísmos*)²⁴⁴.

Tendo tal constatação como base, o Filósofo norte-americano segue dizendo que tal separação – entre juízos sintéticos e analíticos – já foi superada por Quine:

Em 1950, no entanto, Quine demoliu a noção (metafisicamente inflada) do “analítico” para a satisfação da maioria dos filósofos. Ele não sugeriu, contudo, que toda afirmação na linguagem da ciência deva ser considerada como uma afirmação de “fato” (isto é, como “sintético”); em vez disso, Quine sugeriu que toda a ideia de classificar cada afirmação incluindo as declarações da matemática pura como “factual” ou “convencional” (que os positivistas lógicos equiparavam a “analítica”) era uma confusão sem esperança. Mas se toda a ideia de que há uma noção clara de fato desmoronou com o quadro empirista irremediavelmente restritivo que deu origem a ela, o que acontece com a dicotomia fato/valor²⁴⁵?

Ao constatar que a distinção entre juízos sintéticos e analíticos restou superada, Putnam encerra sua reflexão com a pergunta já direcionada para a divisão entre fatos e valores, que possui a contundente resposta, com base nos argumentos de Vivian Walsh:

Assim, Walsh [...] apontou que após Carnap abandonar o quadro das sentenças “factuais” como individualmente capazes de confrontar com a

contraposta a todas as suas suposições [...]. A princípio se poderia pensar, de fato, que a proposição ‘ $7 + 5 = 12$ ’ é uma proposição meramente analítica que se segue do conceito de uma soma de sete e cinco segundo o princípio de contradição. Se se observa mais de perto, porém, percebe-se que o conceito da soma de 7 e 5 não contém nada mais do que a unificação de ambos os números em um único número que reúne ambos. O conceito de doze não é de modo algum pensado quando eu simplesmente penso essa unificação de sete e cinco, e eu posso decompor o quanto quiser o meu conceito de tal soma que não encontrarei desse modo o conceito de doze. [...]. Eu já havia pensado de fato, no conceito de uma soma $7 + 5$, que 5 *deviam* ser acrescentados a 7, mas não que esta soma fosse igual ao número 12. A proposição aritmética é sempre sintética, portanto, e isso se torna cada vez mais claro quando operamos com números maiores, com relação aos quais é nítido que, independentemente de como viremos ou reviremos nossos conceitos, não poderíamos jamais, sem o auxílio da intuição, encontrar a soma pela mera decomposição desses conceitos”. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 53-55.

²⁴⁴ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 08.

²⁴⁵ Tradução livre. No original: “In 1950, however, Quine demolished the (metaphysically inflated) notion of the “analytic” to the satisfaction of most philosophers. He did not suggest, however, that every statement in the language of science should be regarded as a statement of “fact” (that is, as “synthetic”); rather, Quine suggested that the whole idea of classifying every statement including the statements of pure mathematics as “factual” or “conventional” (which the logical positivists equated with “analytic”) was a hopeless muddle. But if the whole idea that there is a *clear* notion of fact collapsed with the hopelessly restrictive empiricist picture that gave rise to it, *what happens to the fact/value dichotomy?*”. PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 30.

experiência sensorial (que, como vimos, apenas a imagem empirista tradicional) e a crítica de Quine aos positivistas lógicos retratam o que eles chamam de a linguagem da ciência como quase dividida em uma parte "factual" e uma parte "analítica", todo o argumento para a dicotomia clássica de fato/valor estava em ruínas, e que, "até o ponto em que o empirismo lógico poderia dizer" a ciência pode pressupor valores, bem como experiências e convenções. De fato, uma vez que paramos de pensar em "valor" como sinônimo de "ética", é bem claro que ela pressupõe valores - pressupõe valores epistêmicos²⁴⁶.

Com efeito, percebe-se que Putnam está sustentando que as formulações ditas científicas possuem valores sim, não no sentido ético, mas no sentido epistêmico. E valores epistêmicos são valores também. Não haveria mais como sustentar, portanto, mais uma divisão entre fatos e valores.

Partindo desse *status quæstionis*, Putnam inicia a construção do argumento que interessa sobremaneira a esta dissertação, vale dizer, começa a explicar como percebe o colapso da dicotomia fato/valor através do *Entanglement*²⁴⁷. De forma sucinta, o argumento identifica que existem determinadas expressões na linguagem que deixam o nível descritivo e o nível valorativo, sob certa perspectiva, "emanharados". O autor trabalha com o seguinte exemplo: suponha-se que alguém indague outra pessoa, perguntando "como é o professor do seu filho?". Nesse diálogo, o indagado poderia responder que "o professor do meu filho é uma pessoa muito cruel". Ao dizer isso, obviamente a pessoa está valorando o professor em um nível profissional e em um nível pessoal; por outro lado, o termo cruel também pode ser utilizado com um viés muito mais descritivo. Um exemplo seria dizer – como é comum em casos de historiadores – dizer que "a *crueidade* do Monarca X redundou em uma série de rebeliões". Com isso, Putnam constata que a palavra "Cruel"

²⁴⁶ Tradução livre. No original: "Thus Walsh [...] made the point that after Carnap abandonment of the picture of "factual" sentences as individually capable of confrontation with sense experience (which was, as we have seen, just the traditional empiricist picture) and Quine's critique of the logical positivists picture of what they called the language of science as nearly divided into a "factual" part and an "analytic" part, *the whole argument for the classical fact/value dichotomy was in ruins*, and that, "as far as logical empiricism could tell" science might presuppose values as well as experiences and conventions. Indeed, once we stop thinking of "value" as synonymous with "ethics", it is quite clear that it does presuppose values – it presupposes epistemic values". PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 30.

²⁴⁷ É digno de nota o interessante argumento da "auto refutação" que Putnam desenvolve contra os positivistas lógicos no sentido de imaginar ser possível uma divisão entre fato e valor partindo de uma linguagem científica: "although the logical positivists thought that what they called the language of science was the *whole* of 'cognitively meaningful' language, their view was profoundly wrong, [...]. It is self-refuting because their key philosophical terms 'cognitively meaningful' and 'nonsense' are not observation terms, not 'theoretical terms' of a physical theory, and not logical/mathematical terms and these are the only kinds of terms that their language of science was allowed to contain". PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 34.

simplesmente ignora a suposta dicotomia fato/valor e felizmente se permite ser usado às vezes para um propósito normativo e às vezes como um termo descritivo”²⁴⁸.

Então, se a dicotomia fato/valor encontra-se em ruína, por qual razão ainda se insiste nisso? Por que somos tentados pela dicotomia fato e valor (*why are we tempted by the fact/value dichotomy*)? Ou, em outros termos, se existem excelentes argumentos que implodiram tal dicotomia, por qual motivo ela ainda não foi dada como ultrapassada? O Filósofo de Harvard, nessa linha, procura responder essa importante questão em sua obra.

Putnam alega que existem uma série de motivos para justificar isso, dentre os quais vale destacar o argumento do “menor esforço”: é muito mais fácil dizer que um dado argumento é valorativo, no sentido de que se trata apenas de uma preferência subjetiva do que “fazer aquilo que Sócrates tentou nos ensinar: examinar quem somos e quais são as nossas mais profundas convicções e manter tais convicções em face de um exame reflexivo”²⁴⁹. O “menor esforço” gera nefastas consequências práticas. Putnam identifica que a dicotomia fato/valor, na prática, funciona como uma restrição à discussão (*discussion-stopper*), mas não uma simples restrição à discussão: trata-se de uma restrição ao próprio pensar (*thought-stopper*)²⁵⁰, na medida em que qualquer argumentação valorativa passa a ser encarada sob um aspecto relativista.

Nesse ponto, o argumento de Putnam parece ser mais do que relevante para o Direito (e se aproxima muito com todas as críticas que o Prof. Lenio Streck faz), dado que as teorias analíticas abandonam o problema da decisão judicial, caindo em uma espécie de fatalismo teórico²⁵¹. Ou seja, a dicotomia leva a um menor esforço, e impõe uma restrição ao pensar, pelo fato de que se considera que a esfera valorativa é sempre relativa. Qualquer discussão nesse âmbito seria pueril, uma vez que não haveria aí qualquer cientificidade.

²⁴⁸ Tradução livre. No original: “‘Cruel’ simply ignores the supposed fact/value dichotomy and cheerfully allows itself to be used sometimes for a normative purpose and sometimes as a descriptive term”. PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 34-35.

²⁴⁹ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 43-44.

²⁵⁰ PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 44.

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 159-210.

É importante destacar que defender objetividade em matéria valorativa não implica uma aderência a uma espécie de “mundo das ideias”. É nesse sentido que o Professor de Harvard dirá que reivindicar que valorações possuem validade objetiva e, ao mesmo tempo, reconhecer que essa validade é conformada por uma cultura e um problema em particular não é algo incompatível. Ao sustentar que julgamentos valorativos possuem objetividade, Putnam adverte que não está procurando um ponto “Arquimediano”; mas tampouco está colocando qualquer discussão normativa fora do plano racional. Há um meio termo²⁵², de modo que julgamentos valorativos são passíveis de serem postos em xeque e discutidos. Em outros termos, haveria como fazer “ciência” neste âmbito.

Veja-se, assim, que os argumentos desenvolvidos por Putnam são poderosos contra a adoção da “tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais”. Ora, conforme pôde ser percebido no primeiro capítulo deste trabalho, um dos pressupostos adotados pelas teorias analíticas é a *negação de valor cognitivo de juízos de valor e enunciados normativos*. Isso acaba sendo um pressuposto para que, logicamente, se adote o “descritivismo” como método, abandonado (ou negando) qualquer assertiva no âmbito valorativo, por um simples ceticismo quanto à objetividade de valores. Significa dizer, portanto, que o método descritivo e o ceticismo quanto à objetividade de valores estão umbilicalmente conectados.

Por isso tudo os argumentos de Putnam são importantes. Com a constatação do (i) *Entanglement* e das (ii) problemáticas consequências que a dicotomia entre fato/valor, Putnam parece construir bons argumentos para que se abandone a ideia de uma metodologia puramente descritiva, que se sustenta científica e moralmente desengajada, dado que (i) “assertivas arquimedianas” não existem, sendo o método descritivo e moralmente neutro um artifício e (ii) há objetividade em fatos/valores.

²⁵² Que parece se aproximar da noção aristotélica de verdade aproximada. Sabendo que, no nível da filosofia prática, trabalhamos apenas com uma verdade aproximada, Aristóteles delimita o saber ético (*phronêsis*) e o saber teórico (*epistêmê*). Tal delimitação deve levar em conta que, para os gregos, a ciência, representada pelo paradigma da matemática, é um saber do inalterável, que repousa sobre a demonstração e que, por conseguinte, qualquer um pode aprender. Isso fica muito clara na passagem em que Aristóteles afirma que “não seria menos insensato aceitar um raciocínio provável da parte de um matemático do que exigir provas científicas de um retórico”. ARISTÓTELES. **Ética a nicomaque**. Traduit par Jules Tricot, Vrin: Paris, 1990. 1094b25.

4.2.2. Contribuições Hermenêuticas Para o Problema do Método

Tendo em vista que a *Crítica Hermenêutica do Direito* – CHD – tem o seu fio condutor na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger²⁵³ e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, é importante buscar compreender no que esses *backgrounds*²⁵⁴ podem auxiliar na compreensão de questões metodológicas nas denominadas ciências do espírito. A hermenêutica teria muitas contribuições para a presente discussão, dado que se preocupa muito com o problema do método. Entretanto, optou-se por um recorte, buscando trabalhar tal problema em duas frentes específicas: (i) a insuficiência do método para lidar com as ciências do espírito e (ii) a impossibilidade de uma observação externa. Passa-se ao primeiro ponto.

É interessante notar que já no primeiro parágrafo da introdução de *Verdade e Método*, Gadamer anuncia que “o fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido não são apenas um problema específico da teoria dos métodos aplicados nas ciências do espírito”²⁵⁵. Ou seja, inicialmente Gadamer está deixando muito claro que a sua preocupação fundamental é investigar uma dimensão de verdade *para além do método*, demonstrando a razão pela qual o título de sua obra deveria assim ser lido ou, conforme algumas posições sustentam (embora sejam contestadas), deveria até mesmo ser lido como *Verdade contra o Método*²⁵⁶. Gadamer, portanto, quer esclarecer que o problema da arte, da linguagem (e aqui está o Direito²⁵⁷) e da história não é, *de forma alguma*, um

²⁵³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2013.

²⁵⁴ Para um detalhamento dessas influências, consultar STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 280-332.

²⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 29.

²⁵⁶ Cf. Ernido Stein: “em geral leio o título como *Verdade contra o método*. Por que isso? Porque o autor tenta mostrar, nas três partes do livro, que existem, no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, três verdades que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico. Portanto, ao nível da arte, ao nível da história e ao nível da linguagem, temos um tipo de experiência que produz uma verdade que não é de caráter lógico semântico. Essa, no fundo, é a ideia da obra. E é um tipo de verdade à qual temos acesso por caminhos totalmente diferentes dos quais estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral. Nessa obra faz-se o estabelecimento maduro das ideias daquilo que se pode chamar de *hermenêutica filosófica*”. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 47.

²⁵⁷ Existem muitas correntes jurídicas que procuram trabalhar o Direito partindo da tradição hermenêutica, sobretudo em Heidegger e Gadamer. Veja-se a longa tradição europeia de juristas inspirados pela linhagem filosófica heideggeriana-gadameriana: Friedrich Müller, Hassemmer, Josef

problema de método²⁵⁸⁻²⁵⁹, havendo algo para além do conhecimento progressivo da legalidade (*Gesetzmässigkeit*)²⁶⁰. Ou seja, Gadamer afirma que é possível atingir dimensões de verdade independentemente do Método (vale aqui destacar a semelhança desse argumento com aquilo que Putnam tenta argumentar na dimensão valorativa, conforme tópico pretérito).

Qual o *status quæstionis* em que Gadamer está inserido? Ora, evidente que se trata do problema do método, que pode ser visto sobretudo na corrente empirista inglesa. Tendo a corrente empirista inglesa em pauta, impossível novamente não retornar à David Hume, que é o maior arauto do empirismo, e não é por nenhum outro motivo que na primeira página de *Verdade e Método* Gadamer afirma que John St. Mill se equivoca ao tentar reconhecer nas ciências morais uma uniformidade, regularidade e legalidade que seria capaz de tornar possível a previsibilidade de fenômenos individuais. Gadamer, ao observar isso, constata que “Mill toma pé numa tradição inglesa, cuja formulação mais efetiva foi dada por Hume na introdução de sua obra *Treatise*”²⁶¹.

Esser, Castanheira Neves etc. Essa tradição segue se renovando, por exemplo, com os trabalhos de Ralf Poscher. Nos EUA, Dworkin mostrava (e cobrava aos outros) conhecimento da hermenêutica filosófica. Ademais, no Brasil os estudos vinculando a tradição heideggeriana e gadameriana são exercidos por mais de duas décadas, tendo como um dos principais nomes o jurista Lenio Luiz Streck com a *Crítica Hermenêutica do Direito*. A CHD tem crescido cada vez mais, inspirando trabalhos acadêmicos em vários PPG's e até mesmo impactando o debate legislativo. Explicamos isso com maior vagar em um debate com adeptos da Análise Econômica do Direito. Ver STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a análise econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 16, n. 23, p. 11-26, jun. 2018.

²⁵⁸ Cf. Gadamer, sua investigação, portanto, é “contra a pretensão de universalidade da metodologia científica. Seu propósito é rastrear por toda parte a experiência da verdade, que ultrapassa o campo de controle da metodologia científica, e indagar por sua própria legitimação onde quer que se ocorre”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 29-30.

²⁵⁹ Interessante observar como os argumentos de Dworkin contra o método são muito semelhantes aos de Gadamer, embora a “gramática hermenêutica” não seja utilizada pelo jusfilósofo: “Áreas especializadas da filosofia, como a metaética e a filosofia do direito, florescem, cada qual supostamente em torno de algum tipo ou segmento da prática social, mas sem nenhuma participação ativa. Os filósofos lançam um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, o direito, a ciência e a arte. Eles fazem distinções entre o discurso de primeira ordem da prática que estudam – o discurso de não filósofos refletindo e apresentando argumentos sobre o que é certo ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, belo ou prosaico – e sua plataforma de segunda ordem de ‘meta’discurso, na qual os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados e as afirmações de primeira ordem são classificadas e atribuídas a categorias filosóficas”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 201.

²⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 38.

²⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 37.

Ou seja, quando Gadamer procura afirmar que existem verdades para além do método, também está dizendo de alguma forma que a introdução do método experimental de raciocínio nos assuntos morais está desconsiderando a dimensão de verdade que não são cooptados por tal “técnica”. Não existe um método capaz de discernir o belo daquilo que não é; ou o justo do injusto. Contudo, ainda que não exista um método para tanto, e até mesmo que isso seja indemonstrável, existem dimensões de verdade dentro de tais âmbitos. E, com efeito, é justamente esse ceticismo valorativo dos positivismo que entra em conflito com a Hermenêutica, pois o positivismo analítico acaba por ignorar a dimensão valorativa do Direito (por enxergar em tal área uma completa ausência de verdade – ou objetividade, como trata Putnam). Disso se segue que o método descritivo positivista é insuficiente para lidar com o Direito, pelo fato que desconsidera verdades no âmbito valorativo.

Passa-se, com isso, ao segundo argumento advindo da hermenêutica, que pretende colocar em xeque a possibilidade da descrição externa (e, por conseguinte, a própria amoralidade ou desengajamento valorativo do observador).

Gadamer, é verdade, não trabalhou a sua hermenêutica filosófica em um sentido normativo explícito²⁶². Contudo, como já se sustentou na presente dissertação, a hermenêutica já parte do pressuposto de que a própria dicotomia entre descrição e prescrição – e entre teoria e práxis – é inviável. Um dos maiores exemplos disso é o ponto em que Gadamer trabalha o Direito dentro de Verdade e Método, que se passa a abordar com maior vagar.

Sabe-se que Gadamer afirma que aquilo que está em jogo na compreensão da tradição “passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”²⁶³. Disso se segue que a compreensão da tradição – assim como das leis – é um problema essencialmente ligado à interpretação de um (comando) universal para um caso particular, algo muito aprofundado na ética aristotélica. Gadamer tece tais considerações em um capítulo denominado “a atualidade hermenêutica de Aristóteles”.

²⁶² Cf. palavras do Filósofo de Heidelberg, “a gênese da minha ‘filosofia hermenêutica, no fundo, não é nada mais que a tentativa de explicar teoricamente o estilo de meus estudos e de meu ensino. *A práxis veio primeiro*. Sempre procurei, quase com ânsia, não me perder em construções teóricas que não proviessem totalmente da experiência”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuhback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 561.

²⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 411.

No referido capítulo, Gadamer ressalta que, contrapondo o intelectualismo socrático-platônico, Aristóteles segregou a ética como uma matéria praticamente autônoma frente à metafísica. Para Aristóteles, seria um equívoco equiparar a *virtude* ao *saber*, de forma que no âmbito da virtude, vale dizer, da filosofia prática, não haveria uma exatidão de nível matemático²⁶⁴⁻²⁶⁵. A consequência lógica disso é que não deveriam ser equiparadas as questões da ordem do *conhecimento* com as questões de ordem das *ações*²⁶⁶. Sabendo que, no nível da filosofia prática, trabalhamos apenas com uma verdade aproximada²⁶⁷, Aristóteles delimita o saber ético (*phronêsis*) e o saber teórico (*epistêmê*).

Então, nas ciências do espírito não há como predeterminar, através de alguma “ferramenta” ou um “método”, a exatidão do fenômeno. No ponto, advém a magistral advertência de Gadamer pautada em Aristóteles (ainda falando da ética): *não esperar da instrução* (que aqui pode, no Direito, ser lido como “lei” ou “precedente”) *que se lhe oferece mais do que esta pode e deve dar*²⁶⁸. No limite, Gadamer está dizendo que *o homem não dispõe de si mesmo como o artesão que dispõe do material com o qual trabalha*. Quer-se, com isso, afirmar que o problema da indeterminação do Direito é um problema que não se resolve, se assim quisermos, “epistemologicamente”. Não será um Código completo, súmulas, enunciados ou precedentes que vão resolver esse problema, pois a própria *natureza* do Direito o condena a essa indeterminação. O Direito só é (mas não apenas) no particular²⁶⁹. O (caso) particular atropela sempre as pretensões aritméticas-

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 411 e ss.

²⁶⁵ Cf. Höffe, “Aristotle develops his ethics as a matter of course practically without metaphysical premises. The relation appears to be rather the inverse, since the question ‘Why metaphysics?’ is a practical, even existential, question. Ethics and metaphysics are largely independent of each other as philosophical disciplines, but the justification of a life dedicated to mere cognition, and ultimately to natural philosophy and metaphysics, belongs within the scope of ethics”. HÖFFE, Otfried. **Aristotle**. Albany: State University of New York Press, 2003. p. 131.

²⁶⁶ ARISTOTELES. **Ética a nicomaque**. Traduit par Jules Tricot, Vrin: Paris, 1990. 1095a5.

²⁶⁷ ARISTOTELES. **Ética a nicomaque**. Traduit par Jules Tricot, Vrin: Paris, 1990. 1094b15.

²⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 413.

²⁶⁹ Com isso não se está sustentando uma posição particularista do Direito, como se não houvesse nada antes do surgimento do caso concreto. Tal postura, de que o Direito depende de situações meramente contingenciais não havendo nada que lhe anteceda é algo que se aproxima de um realismo jurídico. Nesse sentido, “Cada vez mais, os juristas ficam à mercê de decisões tribunalícias, como a dar razão ou a reprimir as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o Direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo que, buscando superar o formalismo-exegético, abriu, historicamente, o caminho para discricionariedades e deciosinismos. É a tese de que ‘o Direito é o que o judiciário disser que é’”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e**

apriorísticas do jurídico, razão pela qual se poderia dizer que o problema do Direito é, sobretudo, um problema que se encontra *em um nível de sua própria natureza; no nível “do que é” o Direito* (no nível ontológico)²⁷⁰.

Por isso o trabalho de um jurista difere – e muito – de um artesão, que está operando com a *technê*:

[o artesão] possui o projeto da coisa e as regras de sua execução, e a esta se aplica, pode ver-se obrigado também a se adaptar a circunstâncias e dados concretos, isto é, renunciar a executar seu plano exatamente como estava concebido originalmente. Mas essa renúncia não significa, de modo algum, que com isso se complete o seu saber daquilo que ele quer. Ele simplesmente faz reduções durante a execução. Isso é uma real aplicação de seu saber, vinculada a uma imperfeição dolorosa²⁷¹.

Da mesma afirmou o Estagirita:

“Há uma diferença entre produzir e agir [...] de sorte que a capacidade raciocinada de agir difere da capacidade raciocinada de produzir. Daí, também, o não se incluírem uma na outra, porque nem agir é produzir, nem produzir é agir. [...] Diferindo, pois, o produzir e o agir, a arte deve ser uma questão de produzir e não de agir; e em certo sentido, o acaso e a arte versam sobre as mesmas coisas.”²⁷²

Veja-se que mesmo que Gadamer está empenhando em descrever como funciona a compreensão, com apoio em Aristóteles, sua “descrição” tem evidentes consequências práticas. Primeiro, pelo fato de que descrição e prescrição não são cindíveis, conforme já se argumentou exaustivamente; segundo, pelo fato de que uma descrição já pressupõe um engajamento do intérprete dentro do mundo que descreverá, vale dizer, aquele que procura explicar algo, já está desde sempre

consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 297.

²⁷⁰ Alguém filiado às teses precedentistas poderia argumentar que para se levar em conta o caso particular é que existe, justamente, o *distinguishing*. Ocorre que ao afirmar isso têm como pressuposto necessário a ideia de que existem casos que são faticamente idênticos, o que é um severo equívoco. Um caso é sempre um caso que exsurge com um grau de particularidade, vale dizer, um caso nunca é exatamente igual ao outro. Para que se possa dizer que as razões de um precedente se aplicam em um caso X é preciso que se analisem as condições particulares do caso X e, mais do que isso, é preciso que o caso X efetivamente exista. Em outros termos, os transcendentalistas estão operando com a racionalidade das ciências naturais dentro das ciências do espírito. Panoramicamente falando, na medicina quando se encontra a cura para determinada patologia é possível que se chegue a uma vacina, por exemplo. Depois da vacina, aquele *case* está resolvido antes mesmo de ocorrer, pois, a rigor, todos os casos daquela doença se manifestarão igualmente nos seres humanos. O Direito não funciona assim, pois não existem “vacinas” que resolvam o caso antes mesmo de ele aparecer, conforme pretendem os adeptos da tese ora contestada.

²⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 418-419.

²⁷² ARISTÓTELES. **Ética a nicomaque.** Traduit par Jules Tricot, Vrin: Paris, 1990. 1140a1-1140a15.

inserido no mundo, dotado de pré-compreensões (o que afasta a pretensão de observação externa)²⁷³; terceiro, especificamente no Direito, logicamente se a “descrição” de Gadamer sobre o Direito está correta, então todas as teorias precedentalistas do Direito brasileiro estão equivocadas, dado que desconsideram o âmbito particular – ou o problema da contingência ontológica do Direito²⁷⁴. Há uma inegável valoração da prática jurídica em tal descrição.

Significa dizer, portanto, que se contesta que tal descrição consiga efetivamente ser moralmente externa e, portanto, neutra. Para a hermenêutica, tal projeto é inviável, dado que teria de partir de um ponto zero de sentido (*Bodenlosigkeit*). Tudo isso fica muito claro na seguinte passagem de *Verdade e Consenso*:

A objeção também se motiva pela cisão feita pelo positivismo descritivista e normativo entre raciocínios jurídicos (teóricos) e práticos (aplicação judicial). Só seria possível a crença em descrições (como contraposição às prescrições) se admitíssemos que o positivismo partisse de um “grau zero de sentido” (*Bodenlosigkeit*), o que faticamente não é possível. Falar de grau zero já é assumir um ponto de partida. Não é por outra razão que Javier Recas, ao anotar seis características básicas do paradigma hermenêutico, destaca entre elas a relevância da pré-compreensão (*Vorverständnis*) como instância originária de abertura ao mundo, contrapondo-se ao modelo neopositivista de explicação que rapta ao tempo e à historicidade; a crítica ao objetivismo cientificista, que limitou a verdade a uma racionalidade instrumental e metódica; e o reconhecimento do caráter interpretativo de toda compreensão²⁷⁵.

Fica claro, portanto, que descrições não são feitas de forma “externa”. O observador, simplesmente ao recortar dado pedaço da realidade para descrever, já faz escolhas valorativas e parte de um ponto de vista que não é amoral ou neutro. A hermenêutica, no ponto, traz grandes contribuições para os debates, sobretudo por identificar que o método descritivo-positivista ignora as dimensões de verdade no

²⁷³ Nesse sentido, a precisa lição de Ernildo Stein: “Quando se coloca a questão de Heidegger depois, esta questão está resolvida. Nós como que estamos assentados sobre o mundo da vida. Não aceitamos a distinção entre razão e prática, entre razão teórica e razão prática. Simplesmente porque, como seres históricos, é aí que Heidegger complementa, como seres históricos, temos a racionalidade não puramente isolada do aparelho cognitivo. É a racionalidade do nosso modo de nos comportarmos no mundo. Então, não há primeiro uma teoria da racionalidade e depois uma racionalidade prática, mas nosso modo de nos comportar no mundo já está dado como um todo de razão prática”. STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988. p. 104.

²⁷⁴ Para uma explicação mais aprofundada, ver DIETRICH, William Galle. A atualidade jurídico-hermenêutica de Aristóteles: voltamos a confundir o ofício do artesão com o do jurista?. **Empório do Direito**, Santa Catarina, 28 dez. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-13-a-atualidade-juridico-hermeneutica-de-aristoteles-voltamos-a-confundir-o-oficio-do-artesao-com-o-do-jurista>>. Acesso em 02 mai. 18.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

âmbito valorativo e que a empreitada descritiva-externa é algo absolutamente inviável.

4.2.3. *O que os Positivistas Analíticos Realmente Estão Dizendo?*

Com tudo o que foi desenvolvido até este tópico, parece seguro dizer que as tentativas de descrições moralmente desengajadas e externas encontram um rol argumentativo difícil de ser superado. Como mostrou-se, com Macintyre, sequer é possível descrever um relógio sem uma implícita valoração do objeto. E se não é possível sequer descrever um relógio, o que dizer de um fenômeno complexo como o Direito?

Na mesma linha, demonstrou-se, com Putnam, que determinadas palavras, por si só, já despertam cargas valorativas, como a palavra “cruel”, por exemplo. Dentro do Direito, fenômeno que lida com um espectro contrafactual por excelência, parece ser mais difícil ainda imaginar uma rígida separação entre fato e valor. Tendo isso como base, alguns autores perceberam nas obras de juspositivistas analíticos, já partindo dessa concepção, dimensões altamente valorativas. Nesse sentido, vale lembrar o que diz Jeremy Waldron quando trata de explicar o seu positivismo normativo:

O positivismo normativo é em si uma reivindicação moral: na verdade, é uma afirmação moral sobre a realização de reivindicações morais na área particular da vida social que chamamos de Direito. Identifica a contaminação da decisão legal pelo julgamento moral como uma desvantagem moral; diz que perdemos algo de valor. É de longe a forma mais interessante de positivismo jurídico (e, na verdade, é difícil imaginar como uma definição positivista do conceito de direito poderia ser sustentada, sem, eventualmente, ter recorrido a alguma tal tese normativa)²⁷⁶.

De fato, é difícil de imaginar como uma conceituação do Direito possa ser sustentada sem apelar para uma tese normativa. E, se bem analisado, é possível observar que todos os juspositivistas analíticos sustentam teses normativas. Passemos a detalhar alguns exemplos disso.

²⁷⁶ Tradução livre. No original: “Normative positivism is itself a moral claim: indeed it is a moral claim about the making of moral claims in the particular area of social life we call *law*. It identifies the contamination of legal decision by moral judgment as a moral disadvantage; it says that we lose something of value thereby. It is by far the most interesting form of legal positivism (and indeed it is hard to imagine how a positivist definition of the concept of law could be sustained, without eventually having resort to some such normative thesis)”. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999. p. 167.

Com efeito, Thomas Bustamante identifica na obra de Herbert L. A. Hart, especificamente na ideia de “ponto de vista interno”²⁷⁷, uma implosão na descrição neutra: “esta virada para o ‘ponto de vista interno’ consiste muito provavelmente em um primeiro passo para a autodestruição do positivismo descritivo”²⁷⁸, pois o papel do observador externo fica comprometido caso não esteja engajado internamente com o Direito. Nesse sentido é clássica a passagem de *O Conceito de Direito* em que Hart exemplifica, na descrição de um semáforo, essas repercussões do ponto de vista interno. Embora já se tenha referenciado tal passagem neste trabalho, relembra-se novamente:

[S]e o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidade e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal para* eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformaram o acto de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação²⁷⁹.

Com efeito, verifica-se que Hart aponta para o fato de que existem diferenciações substanciais entre uma descrição que leva em conta o ponto de vista interno e uma que não. É nesse sentido que Bustamante aponta para o colapso da descrição moralmente neutra e externa, vale dizer, para a metodologia tradicional do positivismo analítico: “Ela [a virada hartiana] convida a formular perguntas que estavam proscritas pelo rigorismo metodológico do positivismo descritivo, como a

²⁷⁷ Consultar ponto 3.3. desta dissertação.

²⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 316, abr. 2015.

²⁷⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 99-100.

questão de se saber quando uma decisão que possa ser inferida das fontes do direito é ‘racional’ ou razoável”²⁸⁰.

No mesmo sentido, ao abordar o denominado positivismo metodológico²⁸¹ de Herbert L. A. Hart, Stephen Perry constata que Hart procura construir uma teoria que seja descritiva e geral ao mesmo tempo. Contudo, quando Hart introduz a questão das regras secundárias no *Conceito de Direito*, afirma que um regime de regras primárias tem defeitos, de modo que o *remédio* para tais defeitos é, justamente, a introdução de uma regra de reconhecimento e outras regras secundárias²⁸². Stephen Perry sustenta que tal assertiva não tem nada de descritiva; pelo contrário, ao chamar de remédio as regras que servem como superação das sociedades pré-legais, Hart está fazendo uma valoração de que é bom que existam os sistemas jurídicos de regras primárias e secundárias. Perry afirma, assim, que “Hart está fazendo reivindicações valorativas não apenas sobre teorias mas sobre a própria prática social que ele está estudando”^{283- 284}.

Outro exemplo que merece ser levantado, na obra de Hart, é a questão da distinção entre *easy* e *hard* cases. Resgatando brevemente a diferenciação, Hart “descreve” que o Direito trabalha com situações de aplicação clara do Direito em

²⁸⁰ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 317, abr. 2015.

²⁸¹ Expressão que fica bem marcada em BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 238.

²⁸² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 103-104.

²⁸³ PERRY, Stephen. Hart's methodological positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. 323.

²⁸⁴ Nesse mesmo sentido, afirma Thomas Bustamante com base em Dworkin que “o argumento central de Hart na defesa de sua tese de que o direito não deve ser formado apenas por regras primárias (de conduta), mas também por ‘regras secundárias’ que se ocupam das próprias regras primárias, está fundado em uma *reductio ad absurdum*, que expõe claramente as deficiências de uma organização política que use apenas o primeiro tipo de regras. Uma sociedade imaginária em que houvesse apenas regras primárias de obrigação sofreria dos problemas da ‘incerteza’, pois não haveria um procedimento para solucionar dúvidas sobre a validade de uma regra; de seu ‘caráter estático’, pois não haveria meios, em tal sociedade, para adaptar essas regras a novas circunstâncias, modificando-as ou introduzindo novas regras; e da ‘ineficiência’, já que não haveria um processo para manter a pressão social difusa por meio das quais as regras são aplicadas e mantidas. É precisamente por causa disso que se precisa de regras secundárias para prover um antídoto para esses três sérios problemas para qualquer sociedade. Sem embargo, como Dworkin aponta corretamente, essa construção está longe de ser neutra ou puramente conceitual, como quer Hart”. BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 321, abr. 2015.. Também, concordando explicitamente com a assertiva de Perry, ver WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. 429.

questão. São os chamados casos simples, “que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis”²⁸⁵. São casos que parece em que não há sequer a necessidade de uma interpretação; por outro lado, existem casos em que a aplicação não se dá de forma tão simples. São os chamados casos difíceis que decorrem da própria textura aberta que a linguagem possui, sendo que a incerteza na aplicação do Direito “é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite as questões de facto”²⁸⁶.

Tendo essa descrição como base, cabe a pergunta: Não haveria em tal descrição uma prescrição lógica de que, nos casos fáceis, os juízes devem aplicar a lei? Parece que sim. E isso é tão delicado, e gera tantas controvérsias, que muito se discutiu sobre o que Hart estaria dizendo acerca da discricionariedade e dos casos fáceis, conforme abordagem no ponto 3.3 desta dissertação.

Com efeito, a análise a obra de Herbert Hart poderia prosseguir²⁸⁷. Contudo, o intuito não é exaurir tal questão. Pelo contrário, pretende-se mostrar apenas como as concepções constantes em *O Conceito de Direito* levam a algumas valorações. Se o bom observador deve estar engajado com o ponto de vista interno; se sociedades pré-legais são ruins, porque inferiores às sociedades legais; se juízes

²⁸⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 139.

²⁸⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 140-141.

²⁸⁷ Outro argumento nesse sentido parte de Frederick Schauer: “Hart’s writings do not resolve conclusively whether he should be understood as sympathetic to normative positivism. [...]. Hart described the ‘reasoned choice’ between positivism and natural law as a matter of ‘comparative merit.’ Exercising this choice, says Hart, must involve determining which of them ‘will assist our theoretical inquiries, or advance our moral deliberations, or both.’ For Hart, positivism is preferable not because it is an accurate description, but because ‘nothing is to be gained in the theoretical or scientific study of law as a social phenomenon by *adopting* the narrower concept [of natural law]’ [emphasis added]. Moreover, he says, the view ‘that there is something outside the official system, by reference to which in the last resort the individual must solve his problems of obedience, is surely more likely to be kept alive among those who are accustomed to think that rules of law may be iniquitous, than among those who think that nothing iniquitous can anywhere have the status of law.’ Hart continues in this vein for two more pages, making clear that for him the moral virtues of a positivist ‘concept of law’ (at 211) provide the best reason for a society to adopt such an understanding. Yet despite the foregoing, Hart elsewhere in *The Concept of Law*, and at times even in the 1958 article, emphasizes that his primary goal is descriptive accuracy, a view explicitly and persistently reinforced throughout the ‘Postscript’ (e.g. at 240). And thus because there are statements in Hart’s work that would both support and rebut aligning him with normative positivism, it might be preferable to refrain from describing Hart’s view of positivism as either descriptive or normative, in favor of relying on Julie Dickson’s apt description of Hart’s different views about the question as ‘awkward.’ Julie Dickson [...]. So even if the warrant for characterizing Hart as a normative positivist is questionable, the justification for claiming that his positivism was entirely descriptive is equally so. SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 24, 2011. p. 460.

devem aplicar a lei nos *easy cases*, etc., parece que a descrição de Hart não é externa e tampouco moralmente neutra. É por isso que é acertada a constatação de Dworkin, que diz que a teoria de Hart “não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela que pretende não apenas descrevê-la, mas também justificá-la – mostrar por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger esse valor”²⁸⁸.

A mesma análise pode ser feita em outros autores²⁸⁹. Observe-se, por exemplo, a obra de Scott J. Shapiro, analisado no ponto 3.4 desta dissertação. Shapiro sustenta, como brevemente se demonstrou, que o Direito é melhor compreendido como uma atividade de planejamento social, de forma que as leis se assemelham com planos. Bom, mas se o Direito é um planejamento social – e assim são as leis, portanto – parece que logicamente Shapiro está sustentando que é bom que os planos – e as leis – sejam cumpridas. Sua teoria tem um forte aspecto normativo se comparada com um realismo jurídico, por exemplo²⁹⁰. Não é por outro motivo, aliás, que o Professor de Yale diz que a moral é uma doença que o Direito visa a curar²⁹¹.

Planos são formulados para serem cumpridos. Assim como contratos. Nesse sentido, vale resgatar o argumento de John Searle, que trabalhando a questão da *Guilhotina*, sustenta que do fato de eu entabular uma promessa (premissa) segue-se, logicamente, que eu deva cumprir tal promessa (corolário). Diz Searle:

Considere a seguinte série de declarações: (1) Jones proferiu as palavras 'Eu, por meio deste, prometo pagar a você, Smith, cinco dólares; (2) Jones prometeu pagar a Smith cinco dólares; (3) Jones se colocou sob (assumiu) uma obrigação de pagar a Smith cinco dólares; (4) Jones está sob a

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 200.

²⁸⁹ Waldron, por exemplo, faz tal análise com Joseph Raz: “[T]he only reason I hesitate about labelling Raz a normative positivist is that it is not clear from his recent work whether the premiss of his account is (1) Law claims authority (which is a premiss that may be deduced simply by analysing the concept *law*), or whether it is (2) It is a good thing to organize a society with norms that can claim to be authoritative. I suspect that Raz’s premiss is (2). But he seems quite careful in places not to be seen to be going beyond (1)”. WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. 432.

²⁹⁰ Realismo no sentido que Lenio Streck trabalha em STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 245-250.

²⁹¹ SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 310.

obrigação de pagar Smith cinco dólares; (5) Jones deve pagar cinco dólares a Smith²⁹².

Planos são formulados para serem cumpridos, assim como promessas/contratos, o que parece colocar em xeque a descrição moralmente desengajada de *Legality*. Shapiro está, sim, dizendo que os planos devem ser cumpridos em detrimento das *doentias* divergências morais. Thomas Bustamante, embora não aborde o argumento dos planos aqui descrito, mas o aspecto da *Moral Aim Thesis*, também sustenta que a obra do Professor de Yale “no fundo é uma espécie de positivismo normativo”²⁹³.

Como se advertiu, existiriam muitas obras descritivas – ou muitos outros pontos – que poderiam aqui ser analisadas, com a perspectiva de desvelar o seu aspecto normativo. Entretanto, o objetivo não é exaurir o ponto, mas, por outro lado, colocar em xeque a própria ideia da possibilidade de uma descrição externa e neutra. No próximo tópico procurar-se-á demonstrar como tais teorias repercutem na prática forense, com o intuito de demonstrar que tais teorias, que já não são neutras no plano teórico, são menos ainda no âmbito prático²⁹⁴.

4.3 A Superação da Dicotomia Fato/Valor no Âmbito Prático

Ronald Dworkin, em *A Justiça de Toga*, lamentou os rumos que a teoria do Direito tinha tomado com discussões excessivamente acadêmicas e rigidamente apartadas do mundo prático²⁹⁵, sobretudo nas últimas décadas. Disse o jusfilósofo

²⁹² Tradução livre. No original: “Consider the following series of statements: (1) Jones uttered the words ‘I hereby promise to pay you, Smith, five dollars; (2) Jones promised to pay Smith five dollars; (3) Jones placed himself under (undertook) an obligation to pay Smith five dollars; (4) Jones is under an obligation to pay Smith five dollars; (5) Jones ought to pay Smith five dollars”. SEARLE, John. How to derive ‘ought’ from ‘is’. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy**. England: MacMillan Education, 1969. p. 121.

²⁹³ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 321, abr. 2015. Ver também: BUSTAMANTE, Thomas. *Legality*, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, Bristol, v. 32, n. 3, p. 499-507, 2012.

²⁹⁴ Sempre deixando claro que a divisão teoria/prática é utilizada apenas com fins didáticos no presente trabalho.

²⁹⁵ Embora Dworkin já tenha sido criticado justamente por trabalhar com construções demasiado abstratas e afastadas da prática: “se Dworkin descesse ao foro poderia ver que a lide a que ele se refere poderá tornar-se – e com muita frequência isso acontece – uma lide extremamente obscura, em virtude das ‘questões de fato’, que advogados competentes, dispendo de adequado apoio logístico, fatalmente irão suscitar a respeito das inumeráveis questões relativas à *qualificação* do que seja uma ‘espécie ameaçada’, quais os limites nessa locução compreendidos; quais as

inglês que “é triste que a importante tradição teórica de Bentham, Austin, Holmes e Hart esteja hoje tão centrada em um debate sobre algo tão acadêmico”²⁹⁶.

É verdade que as discussões analíticas desconsideram a prática. Exemplo máximo disso, no Brasil, é a colocação do Prof. André Coelho, no II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito, que segue transcrita:

Acho que nós não deveríamos nos aproximar do positivismo exclusivo; ou do inclusivo; ou do normativo contemporâneo pelas razões equivocadas. Eu acho que uma das razões equivocadas [...] é acreditar de novo, fazer pela milésima vez a aposta, de que teoria do Direito resolve problema de política de um país específico. [...] Se a teoria do Direito disser que as decisões tem que ser aplicadas ao pé da letra, elas só vão ser aplicadas ao pé da letra se essa for a conveniência política de uma determinada situação e se houver uma cultura institucional específica, e um cultura política de cidadania específica, em que seja possível aplicar o Direito de uma maneira X ou de uma maneira Y. Teoria do Direito é uma parte da Filosofia do Direito, que é uma matéria que é ensinada em um recanto específico do curso de Direito, *que não tem absolutamente relevância prática para a maioria dos indivíduos que aplicam o Direito; para a maioria dos que são responsáveis pela sua aplicação é que não faz diferença prática praticamente nenhuma. Ela interessa para uma “meia dúzia” de pessoas que tem um temperamento um pouco mais teórico [...] É para essas pessoas que a Teoria tem relevância.* O que vai consertar a questão dos tribunais é uma nova cultura institucional e política (grifou-se)²⁹⁷.

Veja-se que o Professor é taxativo na afirmação de que a teoria do Direito somente interessa aos acadêmicos, tendo pouca ou nenhuma relevância (para a) prática. Geralmente quando tais teorias aparecem sendo utilizadas na prática, são tratadas pelos teóricos como um mero erro de interpretação. Por exemplo, se Shapiro fosse interpretado normativamente como um formalismo textualista, em decorrência da tese dos planos, é possível que positivistas diriam que se trata apenas de um mal-entendido.

Contudo, conforme procurou se demonstrar ao longo deste trabalho, o que parece ser um mal-entendido é a restrição que os positivistas fazem da própria realidade com essa espécie de argumentos. Existe uma conhecida indagação que pergunta: “se o sujeito A atira uma flecha do ponto 1 até o alvo, situado no ponto 2, em que momento a flecha chega no ponto 2 para um analítico?”. A resposta é: nunca, uma vez que o analítico procura sempre fazer um recorte específico do ponto

espécies que merecem proteção contra o risco de extinção [...]”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 25.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 339.

²⁹⁷ COELHO, André. Três vias do positivismo exclusivo: Raz, Marmor e Shapiro. **II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito**: às voltas com o positivismo jurídico contemporâneo. São Leopoldo: DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LT8kmQcri1k>>. (02 h 04 min 08 s) Acesso em 05 mai. 2018.

que irá tratar sem se preocupar com o todo do fenômeno. Se decidir que analisará apenas o caminho que a flecha percorrer da saída do arco até sua metade, sem se importar com o que vem depois, simplesmente passará a desconsiderar o restante do fenômeno em questão.

Guardadas as devidas proporções, parece ser o caso dos juspositivistas analíticos que insistem em negar os reflexos práticos de suas teorias, se limitando a dizer que “não era isso o que o autor estava dizendo” ou “aplicar praticamente uma teoria analítica é fazer uma má-leitura do autor”. Ficam apenas com metade do caminho que a flecha percorre.

A maior prova disso é que grande parte dessas teorias encontram aplicações diárias nos tribunais, dado que o aplicador do Direito sempre analisa um texto sob a sua perspectiva lógica. Quando alguém lê que o Direito funciona como planos, infere logicamente que tais planos devem ser cumpridos, dado que os planos existem justamente por isso. Mais interessante ainda é notar que o aplicador médio do Direito, sobretudo no Brasil, lê as obras que aqui foram brevemente analisadas sem estar avisado do próprio *status quæstionis* em que tais constructos teóricos foram edificados.

Dito de outra forma, sabe-se que um juiz que aplica Shapiro em um caso concreto, por exemplo, a rigor não faz a menor ideia da própria distinção entre teorias analíticas e teorias prescritivas. Ele encara o referido livro como um livro sobre o Direito e procura – acertadamente – resolver um caso prático de Direito quem tem diante de si. Parece inclusive uma questão de lógica. Por isso discorda-se radicalmente de André Coelho, pois acredita-se, sim, que livros sobre teoria do Direito servem para resolver problemas práticos do Direito.

Com tudo isso, pretende-se demonstrar brevemente que a pretensa neutralidade das teorias juspositivistas analíticas é apenas uma artificialidade que desconsidera a dimensão lógica presente nos seus próprios argumentos, sem a sofisticação kelseniana (que foi um dos poucos que percebeu que não existe neutralidade no âmbito jurídico e procurou construir uma linguagem artificial de segundo nível para resolver tal problema)²⁹⁸. Passemos a analisar alguns casos em que o positivismo neutro deixou de ser neutro na prática forense.

²⁹⁸ O Professor Lenio Streck é um dos pioneiros em perceber, no Brasil, essa delicada questão na obra de Hans Kelsen, que decorre dos seus influxos do neopositivismo lógico. Ver: STRECK, Lenio, Luiz. Ainda e sempre a discussão acerca do positivismo kelseniano. In: _____; ROCHA, Leonel

No julgamento da apelação cível nº 20160310219768, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a obra *O Conceito de Direito* de Herbert L. A. Hart foi utilizada no sentido normativo para legitimar o uso de poderes discricionários pelos julgadores. Embora o acórdão tenha cassado a sentença do juízo *a quo* por falta de fundamentação, o Desembargador Alvaro Ciarlini mencionou em seu voto que a discricionariedade está vinculada a responsabilidade que o julgador tem em suas escolhas. Citou Hart para afirmar que “nas situações de decisão judicial, o julgador deve proceder como um legislador cuidadoso e consciencioso”²⁹⁹. Com efeito, pode-se concordar ou não com a obra de Herbert Hart, mas as consequências normativas extraídas de sua obra neste julgamento, ainda que possa se considerar um exagero o emprego da palavra “legislador”, têm um ponto possível de ser fundamentado³⁰⁰.

Nesse mesmo sentido, no julgamento do Recurso de Revista 1123-05.2012.5.03.0034, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga do Tribunal Superior do Trabalho, sustentou com base na obra de Hart que “a dualidade incontornável de todo sistema jurídico que gravita entre um ‘núcleo de certeza’ e “uma penumbra de dúvida” estará sempre presente quando se empenha em subsumir situações concretas a regras gerais”. Com isso, o Ministro procurou argumentar que a zona de penumbra é o espaço de atuação discricionária do julgador. A penumbra, disse o Ministro “não passa daquilo que o intérprete quer que ela tenha ‘querido’; o que, de

Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. v. 13; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39 e ss; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 17-20.

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 20160310219768**, da 3ª Turma. Apelante: Marlon Gomes. Apelado: Associação dos feirantes da feira; Central de Ceilandia. Relator: Desembargador Alvaro Ciarlini. Brasília (DF), 21 de fev. de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1077959>. Acesso em 06 mai. 2018.

³⁰⁰ É a mesma leitura feita por Lenio Streck, quando chama o positivismo de Herbert L. A. Hart de “positivismo discricionarista”. Ver em STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, Santa Catarina, v. 15, p. 158-173, 2010.

fato, resulta de uma escolha, ‘ainda que possa não ser arbitrária ou irracional’³⁰¹. Novamente, pode-se concordar ou não com a obra de Herbert Hart ou até mesmo com a interpretação proposta pelo ministro, que parece dizer que a própria delimitação do que é a “zona de penumbra” é uma questão discricionária. Mas é inegável que tal “descrição” desagua em aspectos prático-normativos.

Ainda tratando de Herbert L. A. Hart, é interessante observar a decisão do Juiz Clécio Braschi, quando do julgamento do Processo n.º 0002356-35.2017.4.03.6310. No referido julgamento, o magistrado menciona a obra de Herbert Hart – junto com a obra de Kelsen – como “obras antológicas e monumentais”. E assim, utilizando da teoria do Direito para resolver um problema prático, o juiz diz que em *Legality*, Scott Shapiro “defende seu positivismo exclusivo e o conecta com a defesa de um modelo de interpretação formalista e jurisdição contida, referindo à sua teoria como uma ‘planning theory of law’, uma teoria planejativa do direito”. Ao constatar corretamente a inferência prática da visualização do Direito como um sistema de planejamento, chega na razão para agir de que o Direito deve ser cumprido taxativamente. Na referida demanda, o magistrado nega a concessão de um benefício previdenciário a um demandante pelo fato de que “o autor não apresenta nenhuma das doenças previstas no artigo 151 da Lei 8.213/1991 em rol taxativo, e não cumpriu a carência ao retornar ao RGPS”. Dito de forma mais simples, o magistrado, no caso, seguiu o plano estabelecido³⁰².

Veja-se que no caso narrado, o magistrado efetivamente extraiu uma teoria de interpretação formalista da obra do Professor de Yale. Esse mesmo magistrado, em caso similar, foi alvo de avaliação do Prof. Lenio Streck, que foi categórico ao afirmar que de sua interpretação da teoria de Shapiro “surgiu uma aplicação,

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1123-05.2012.5.03.0034**, da 6ª Turma. Recorrentes: Caixa Econômica Federal; Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Ipatinga e região. Recorridos: Caixa Econômica Federal; Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Ipatinga e região. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília (DF), 14 de fev. de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201123-05.2012.5.03.0034&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAMhJAAE&dataPublicacao=24/02/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Herbert%20L.%20A.%20Hart%27>>. Acesso em 06 mai. 2018.

³⁰² BRASIL. Juizado Especial Federal da 3ª Região. **Recurso Inominado 0002356-35.2017.4.03.6310**, da 2ª Turma Recursal de São Paulo. Relator: Clécio Braschi. Data do Julgamento: 17/04/2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em 06 mai. 2018.

verificamos, uma vez mais, que a) não há uma cisão entre aplicação e interpretação, e b) o positivismo descritivo torna-se prescritivo/normativo sem assumi-lo!”³⁰³.

Não é preciso pesquisar muito para achar aplicações de Kelsen, Bobbio e outros positivistas pelo poder judiciário brasileiro. Aliás, é importante observar que autores da tradição anglo-saxão, especialmente os mais recentes, ainda não são tão comentados nas decisões pelo fato de que todas essas discussões ainda são muito incipientes no Brasil, país de tradição da Civil Law. Por outro lado, ao se digitar o nome de autores mais tradicionais da teoria do Direito em qualquer sistema de busca dos tribunais, os números de ocorrência impressionam. No TJRS, por exemplo, ao digitar-se o nome “Kelsen” no sistema de busca, no dia 07/05/2018, encontrou-se a ocorrência em 769 acórdãos. Pelo termo “Bobbio”, o sistema de busca apontou 1.340 decisões. Parece seguro dizer, portanto, que construções descritivas implicam em valorações práticas. Se os “acadêmicos” acham que suas construções teóricas interessam a uma “meia dúzia”, cometem um severo equívoco: primeiro, por ignorar que suas construções têm, sim, reflexos normativos; segundo pelo fato de que considerável parte da prática procura se orientar por tais construções para resolver os problemas do foro. Se não explicitamente, conforme demonstrado nesse tópico, pelo menos implicitamente.

Por fim, não é possível deixar de falar do autor “descritivo” mais utilizado na prática brasileira: Robert Alexy. O autor alemão, já no início da *Teoria dos Direitos Fundamentais* deixa claro que “a análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”³⁰⁴. Com efeito, embora Alexy não negue que sua teoria tenha uma dimensão normativa, fica claro que seu objetivo precípua na obra é uma descrição. A diferença entre Alexy e os juspositivistas analíticos abordados durante esta apresentação, então, se centra em dois pontos especificamente: primeiro, Alexy não está preocupado com uma teoria geral, válida para todo e qualquer ordenamento jurídico, mas com uma teoria analítica da Constituição alemã; segundo, o autor alemão não parte do pressuposto de que sua descrição seja moralmente desengajada³⁰⁵.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. E o juiz não seguiu o realismo retrô e o voluntarismo... e bingou! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26/10/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-26/senso-incomum-juiz-nao-seguiu-realismo-retro-voluntarismo-bingou>>. Acesso em 07 mai. 18.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

³⁰⁵ Nesse sentido: “Alexy propõe uma teoria estrutural que dá ênfase à dimensão analítica, embora não desconsidere a dimensão empírica (uma vez que o principal material seria a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão) e *nem a dimensão normativa, já que sua*

Alexy foi incorporado na legislação brasileira (art. 489, §2º, CPC). Em uma procura rápida no sistema de busca do TJRS, nos moldes da pesquisa anterior, encontrou-se para o nome do autor 2.230 ocorrências. E para o termo “ponderação”, fundamental em sua teoria do Direito, o número aproximado 103.000 (cento e três mil) incidências. Eis novamente – e pede-se licença para a insistência – porque a teoria do Direito não é apenas para uma “meia dúzia”. Isso é muito sério.

Vale lembrar que o aborto foi “legalizado” no Brasil via teoria do Direito. Foi uma vulgata da ponderação que serviu para descriminalizar uma conduta que até então vinha sendo proibida³⁰⁶⁻³⁰⁷. Significa dizer, em uma frase, que importantíssimas questões *práticas* no Direito brasileiro foram resolvidas com a *teoria* do Direito. Gostem os acadêmicos disso ou não.

*análise será movida pela busca de uma decisão correta e racionalmente fundamentada. De qualquer forma, a sobrevalorização da dimensão analítica se impõe pelo fato de que a ausência de clareza conceitual não permitiria a construção de enunciados precisos o bastante sobre a interação das três dimensões, tampouco sobre o controle racional dessas valorações”. DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 57.*

³⁰⁶ ver STRECK, Lenio Luiz; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11/12/16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso em 07 mai. 18.

³⁰⁷ Sobre a relação Alexy-STF, Fausto de Moraes mostra o modo equivocada como o fenômeno da proporcionalidade é tratado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: em 189 casos julgados, a Suprema Corte não seguiu o procedimento em nenhum deles, segundo explicitado na teoria alexiana. MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador, Juspodium, 2016.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação procurou abordar o problema do método descritivo adotado pelas teorias juspositivista analíticas, sobretudo o problema da questão amoralidade e externalidade das descrições feitas pelas teorias juspositivista analíticas. Em outras palavras, este trabalho buscou investigar a efetiva possibilidade de uma metodologia com tais características.

Iniciou-se com uma reflexão sobre o germe desse pensar. No empirismo inglês, mormente pelas referências de Bentham à Hume, procurou-se traçar brevemente as principais características do legado dessa corrente filosófica para a filosofia da ciência. No segundo capítulo procurou se descortinar o modo como tal legado entrou e se manteve dentro da Teoria do Direito, com recorte específico nas obras de Jeremy Bentham, John Austin, Herbert L. A. Hart e Scott J. Shapiro.

Por derradeiro, procurou-se trazer as principais críticas que uma metodologia descritiva que se propõe externa e neutra em três níveis, a saber, (i) dentro da própria concepção importada da *Guilhotina* de Hume pela teoria do Direito; (ii) com uma argumentação de cariz mais teórico, sobretudo com os argumentos de Putnam e da Hermenêutica e, por fim; (iii) a demonstração de que as pretensas descrições neutras encontram valoração prática nos foros brasileiros.

Da totalidade do presente trabalho, seguindo a ordem cronológica exposta, pode ser concluído o seguinte:

I – É possível apontar uma série de contribuições de David Hume no que diz respeito a sua herança para a filosofia da ciência. Por uma questão de limitação, demonstrou-se quatro aspectos fundamentais da filosofia positivista – identificados originalmente por Leszek Kolakowski – que de alguma forma buscam esteio no empirismo humeniano: (i) regra do fenomenalismo; (ii) regra do nominalismo; (iii) regra que nega validade para julgamentos normativos e, por fim; (iv) a unidade do método científico.

II - A *regra do fenomenalismo* consiste na ideia de que “não existe diferença real entre ‘essência’ e ‘fenômeno’”. Com efeito, essa regra do fenomenalismo visa a combater as tradições metafísicas – escolásticas e racionalistas – que entendiam que “fenômenos observáveis são manifestações de uma realidade que escapa à cognição ordinária”. Dito de uma forma mais simples, só tem validade

epistemológica aquilo que passa pelo *pedigree* sensorial, vale dizer, somente aquilo que em alguma medida passa pelo crivo sensorial, podendo ser visto, tocado, etc.

III - A *regra do nominalismo* pode ser considerada, conforme Kolakowski, uma consequência da regra do fenomenalismo. Dessa forma, a regra do nominalismo levará à negação de universais, na medida em que a própria “universalidade” não seria nada mais do que um constructo linguístico associado a interpretações mentais. No mundo da vida, “o mundo puro e simples”, essa regra acarreta na negação de qualquer pretensão de universalidade.

IV - A *regra que nega validade para julgamentos normativos* exsurge também como uma consequência/causa das regras pretéritas. Em suma, trata-se de uma regra que é cética em relação a possibilidade cognitiva de coisas como “nobre”, “bom”, “mau”, “bonito”, “feio”, etc. Significa dizer, portanto, que o positivismo sustentará que a experiência é simplesmente incapaz de captar tais qualidades.

V – A quarta regra – *aquela que mais interessou ao presente trabalho* – é a *regra da unidade do método científico*. Tal regra, em sua leitura mais *standard*, enuncia que o método para a aquisição válida de conhecimento é essencialmente o mesmo para todas as áreas científicas, sejam naturais, sejam sociais. Isso fica muito claro em David Hume já no subtítulo de sua obra: “*uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*”. No limite, tal regra estabelece o modo como o cientista atuará. De um modo muito singelo, se na biologia um cientista observa e descreve como as plantas se desenvolvem, não poderá ser diferente no âmbito das ciências sociais. Um jurista deve se limitar a observar o modo como o Direito é, e descrevê-lo.

VI – Tal legado para a filosofia da ciência adentra na teoria do Direito. Mostrou-se que tais regras pensadas para a filosofia foram traduzidas para a teoria do Direito, por Lenio Streck, da seguinte forma: (a) A regra do fenomenalismo relaciona-se com a tese dos fatos sociais, pois o Direito resultaria de alguma prática social passível de verificação; (b) A regra do nominalismo, com a limitação do saber jurídico ao Direito posto, e não a uma abstração genérica de como este deveria ser; (c) A negação de valor cognitivo de juízos de valor e enunciados normativos, a tese da discricionariedade; (d) Unidade do método científico, com um ideal descritivista.

VII – Tais regras não possuem aplicação universal, vale dizer, não significa que as várias versões do positivismo jurídico apresentam todas estas características de maneira semelhante, mas que, em alguma medida. Desse modo, considerando

que esta dissertação procurou problematizar o juspositivismo analítico, adentrou-se no estudo da metodologia das obras de Jeremy Bentham, John Austin, Herbert L. A. Hart e Scott J. Shapiro.

VIII - Foi possível observar que, ainda que de forma bem incipiente, Jeremy Bentham sofreu fortes influências de David Hume, sobretudo em sua *expository jurisprudence*. A filosofia humeniana foi fundamental para que pudesse criticar Blackstone, que, segundo Bentham, confundia o que o Direito é, com o que o Direito *deveria ser*.

IX - Discípulo de Bentham, John Austin também seguiu a metodologia descritiva apegada à neutralidade. Não só seguiu esse ideal descritivista como praticamente abandonou a *ensorial jurisprudence* de Bentham, deixando de lado a preocupação de como o Direito *deveria ser*.

X - Hart revolucionou o modo de discutir o Direito, pautando até a própria gramática das discussões que perduram até os dias de hoje. Denominou seu projeto de uma “sociologia descritiva do Direito” e procurou oferecer uma melhor descrição daquilo que o Direito é do que a descrição de John Austin. Na primeira versão de sua obra, em 1961, não adentrou profundamente na questão da metodologia que havia adotado. Contudo, sobretudo após as críticas de Ronald Dworkin, procurou explicitar o motivo pelo qual entendia ser completamente possível uma empreitada descritiva sem um engajamento moral. Hart fez isso no *Pós-Escrito*, publicado postumamente, de forma detalhada deixando claro que da adoção daquilo que denominou de “ponto de vista interno” – corolário lógico dos seus compromissos com a filosofia da linguagem ordinária – não se seguia um comprometimento moral com o objeto observado pelo cientista, vale dizer, ainda que desenvolvido o ponto de vista interno, a descrição *moralmente neutra* continuava sendo possível.

XI - Por fim, em Shapiro pôde ser observado um profundo comprometimento com uma tentativa de descrição moralmente neutra que não resvalasse nos equívocos dos seus antecessores (John Austin e Herbert Hart). De Shapiro, pode se destacar a constante preocupação em enfrentar aquilo que o autor denominou de desafio de Hume (*Hume's Challenge*), que seria a regra de que de um cientista não poderia derivar um juízo valorativo-normativo de um juízo fático-descritivo. Shapiro, assim, procura desenvolver uma teoria que se adapte à tal exigência que, no limite, representa bem a ideia de que a ciência do Direito deve ser *moralmente neutra*.

XII – De tudo isso, pôde se concluir nas considerações intermediárias que o legado de David Hume para a filosofia da ciência é gigantesco. Percebeu-se que o juspositivismo analítico seguiu muitas das diretrizes humenianas, na busca por um ideal cientificista para os assuntos morais.

XIII - A *Guilhotina*, ou *Lei de Hume*, não é um preceito lógico em si, da espécie *non-sequitur*, que opera independentemente do contexto (algo da espécie: é sempre logicamente equivocado derivar um dever-ser de um ser) como é comumente considerado pela tradição formalista. Se considerada como preceito lógico, deve apenas atacar a validade de algo e não a sua substância, na medida em que lida com a coerência do discurso, motivo pelo qual constantemente é utilizada dentro do contexto *non-sequitur*. O problema, contudo, é que a própria utilização da *Guilhotina* cai na *Guilhotina*. Ainda, tampouco se trata de uma segregação *ontológica*, como se o âmbito do ser e o âmbito do dever ser estivessem situados em categorias ontológicas distintas.

XIV - A *Guilhotina* só tem valor casuístico (portanto não universal) se estiver de acordo com as regras lógicas elementares. Ela só tem valor se demonstrar que de uma premissa não se segue uma conclusão, levando em consideração necessariamente o caso discutido. Significa dizer, portanto, que nem todas as derivações do tipo “dever ser” de postulados “ser” sejam inválidas, motivo pelo qual a leitura de Scott Shapiro da questão, embora seja a base de todo o seu projeto metodológico, está equivocada.

XV – O argumento desenvolvido por Hilary Putnam também vai no sentido de que os todos as questões situadas no âmbito factual possuem um dado valor normativo. Com a constatação do (i) *Entanglement* e das (ii) problemáticas consequências que a dicotomia entre fato/valor, Putman parece construir bons argumentos para que se abandone a ideia de uma metodologia puramente descritiva, que se sustenta científica e moralmente desengajada, dado que (i) “assertivas arquimedianas” não existem, sendo o método descritivo e moralmente neutro um artifício e (ii) há objetividade em fatos/valores.

XVI – Com a hermenêutica, foi possível constatar que uma metodologia amoral e externa cai em problemas insolúveis, sobretudo por identificar que o método descritivo-positivista ignora as dimensões de verdade no âmbito valorativo e que a empreitada descritiva-externa é algo absolutamente inviável pelo fato de que o ser humano já está lançado no mundo desde-já-sempre.

XVII – Mostrou-se que no âmbito mais *teórico*, os positivistas não conseguem se colocar em um ponto Arquimediano. Mostrou-se, entre vários exemplos, que Hart faz uma valoração quando promove a distinção entre *easy* e *hard* cases. Ao “descrever” que o Direito trabalha com situações de aplicação clara do Direito em questão – os chamados *easy cases* – Hart já deixa implícito, por exemplos, que juízes devem ter discricionariedade apenas nos *hard cases*.

XVIII – Também se demonstrou que o âmbito mais *prático* ignora os supostos constructos não-valorativos dos positivistas. Verificou-se a aplicação e utilização de diversas teorias descritivas em casos concretos como, por exemplo, as obras de Herbert Hart, Hans Kelsen, e Scott Shapiro.

Com efeito, em linhas gerais pode se concluir que o método descritivo externo e moralmente neutro é uma empreitada construída de forma artificial. Há uma implosão na dicotomia fato/valor de modo que toda descrição sempre carregará um pouco de prescrição e toda prescrição sempre carregará um pouco de descrição. Dessa forma, o presente trabalho visa a colocar em xeque não a metodologia descritiva em si; mas a pretensa neutralidade e amoralidade pressuposta, como se fosse possível fazer enunciados de um ponto Arquimediano ou de um lugar sem chão (*Bodenlosigkeit*). Sabendo que a teoria do Direito tem sim repercussões práticas, é possível que os acadêmicos de temperamento mais teórico comecem a dar uma atenção maior àquilo que ocorre na prática.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTOTELES. **Ética a nicomaque**. Traduit par Jules Tricot, Vrin: Paris, 1990.
- ARISTOTLE. **Nicomachean ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. Nova York: Henry Holt and company, 1875.
- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BEEBEE, Helen. **Hume on causation**. New York: Routledge, 2006.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. Chrestomathia. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. v. 8. Edimburgo: William Tait, 1843.
- BENTHAM, Jeremy. The rationale of judicial evidence. In: BOWRING, Sir John (ed.). **The works of Jeremy Bentham**. v. 8. Edimburgo: William Tait, 1843.
- BIX, Brian. John Austin. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/austin-john/>>. Acesso em 12. fev. 18.
- BJARUP, Jes. Continental perspectives on natural law theory and legal positivism. In: GOLDING, Martin P.; Edmundson, William A. (ed). **The blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONGIE, Laurence L. **David Hume: prophet of the counter-revolution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1965.
- BRASIL. Juizado Especial Federal da 3ª Região. **Recurso Inominado** 0002356-35.2017.4.03.6310, da 2ª Turma Recursal de São Paulo. Relator: Clécio Braschi. Data do Julgamento: 17/04/2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em 06 mai. 2018,
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 20160310219768**, da 3ª Turma. Apelante: Marlon Gomes. Apelado: Associação dos feirantes da feira; Central de Ceilandia. Relator: Desembargador Alvaro Ciarlini. Brasília (DF), 21 de fev. de 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1077959>. Acesso em 06 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1123-05.2012.5.03.0034**, da 6ª Turma. Recorrentes: Caixa Econômica Federal; Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Ipatinga e região. Recorridos: Caixa Econômica Federal; Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Ipatinga e região. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília (DF), 14 de fev. de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201123-05.2012.5.03.0034&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAMhJAAE&dataPublicacao=24/02/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Herbert%20L.%20A.%20Hart%27>>. Acesso em 06 mai. 2018.

BUCKLE, Stephen. Chronology. In: HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BUCKLE, Stephen. Hume in the enlightenment tradition. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007.

BULLOCH, Penelope; RAZ, Joseph. Nota dos editores. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** (Eletrônica), Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 307-327, abr. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. Legality, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, Bristol, v. 32, n. 3, p. 499-507, 2012.

CARNAP, Rudolf. **The unity of science**. London: Kegan Paul, 1934.

CARÚS GUEDES, Jefferson; AGUIAR DE PÁDUA, Thiago. O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf Von Jhering (parte 2). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/direito-civil-atual-paraiso-conceitos-juridicos-jurista-alemao-rudolf-von-jhering-parte>>. Acesso em 22 out. 17.

CARÚS GUEDES, Jefferson; AGUIAR DE PÁDUA, Thiago. Paraíso dos conceitos jurídicos, de Jhering, é notável contribuição ao Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/livro-paraiso-conceitos-juridicos-inspirou-direito-brasileiro#_ednref8>. Acesso em 22 out. 17.

CARVALHO, Olavo de. Mais paralaxe. **Sapientiam autem non vincit malitia**, Virgínia, 2002. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/mais-paralaxe/>>. Acesso em 02 mai. 18.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

COELHO, André. Sobre "descrever o direito": ou por que a teoria do direito é menos interessante do que parece. **Filósofo Grego**, Pará, 2017. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>>. Acesso em 17 fev. 18.

COELHO, André. Três vias do positivismo exclusivo: Raz, Marmor e Shapiro. **II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito**: às voltas com o positivismo jurídico contemporâneo. São Leopoldo: DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LT8kmQcri1k>>. Acesso em 05 mai. 2018.

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, Jules. La arquitectura de la filosofía del derecho. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego (Ed.). **Neutralidad y teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

COMTE, Auguste. **A general view of positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

COMTE, Auguste. **Catecismo positivista**. Trad. Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

CRIMMINS, James E. Jeremy Bentham. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/bentham/>>. Acesso em 09 fev. 18.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIETRICH, William Galle. A atualidade jurídico-hermenêutica de Aristóteles: voltamos a confundir o ofício do artesão com o do jurista?. **Empório do Direito**, Santa Catarina, 28 dez. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-13-a-atualidade-juridico-hermeneutica-de-aristoteles-voltamos-a-confundir-o-oficio-do-artesao-com-o-do-jurista>>. Acesso em 02 mai. 18.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRARO, Francesco. Adjudication and expectations: Bentham on the role of the judges. **Utilitas**, Cambridge, vol. 25, n. 2, p. 140-160, jun. 2013.

FOEGELIN, Robert. J. Hume's scepticism. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

FULLER, Lon. **The morality of law**. Revised Ed. New Haven: Yale University Press, 1963.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuhback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GIAROLO, Kariel Antonio. É possível derivar *dever ser* de *ser*? **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 01-12, jan.-abr. 2013.

HARDIN, Russel. **David Hume**: moral and political theorist. New York: Oxford University Press, 2007.

HARE, Richard. M. Universalisability. **Proceedings of the aristotelian society**, v. 55, p. 295–312, jun. 1955. Disponível em: <<https://academic.oup.com/aristotelian/article/55/1/295/1802117>>. Acesso em 31 mar. 18.

HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2013.

HIMMA, Kenneth E. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HÖFFE, Otfried. **Aristotle**. Albany: State University of New York Press, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

HUDSON, W. D. Editor's introduction: the "is-ought" problem. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969.

HUME, David. A kind of story of my life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 352.

HUME, David. **An enquiry concerning human understanding and other writings**. Edited by Stephen Buckle. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HUME, David. My own life. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. de Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HUNTER, Geoffrey. Hume on is and ought. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLEIN, Peter. Skepticism. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/skepticism/>>. Acesso em 04 jan. 2018.

KOLAKOWSKI, Leszek. **The alienation of reason**: a history of positivist thought. New York: Doubleday & Company, Inc., 1968.

LOBBAN, Michael. Austin and the germans. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Ed.). **The legacy of John Austin's jurisprudence**. Nova York: Springer, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. Hume on “is” and “ought”. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question**: a collection of papers on the central problem in moral philosophy. England: MacMillan Education, 1969.

MARANHÃO, Juliano. Por que teorizar sobre a teoria do direito? In: BULYGIN, Eugenio; ALEXY, Robert; RAZ, Joseph (Org.). **Uma discussão sobre a teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

MCINTYRE, Jane L. Hume: second Newton of the moral sciences. **Hume Studies**, Charlottesville, v. 20, n. 1, p. 3-18, abr. 1994.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador, Juspodium, 2016.

MORRIS, William Edward; BROWN, Charlotte R. David Hume. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume/>>. Acesso em 27 ago. 17.

NALBANDIAN, Elise G. Early legal positivism: Bentham & Austin. **Mizan Law Review**, Nova Scotia, v. 2, n. 1, p. 147-155, jan. 2008.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Meta-teoria do direito**: ensaios reunidos. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, p. 261-284, dez. 2014.

NORTON, David Fate. An Introduction to Hume's Thought. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

NORTON, David Fate. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

OLIVIER, André. Os limites da razão e um ceticismo mitigado. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, v. 369, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/17-artigo-2011/3990-andre-luiz-olivier-da-silva-1?showall=&start=2>>. Acesso em 25 jan. 2018.

OLIVIER, André. Uma abordagem dos direitos humanos a partir de Hume e dos sentimentos morais. **Natureza Humana (Online)**, São Paulo, v. 15, p. 94-115, 2013.

PELTONEN, Markku. Introduction. In: PELTONEN, Markku (Ed.). **The Cambridge companion to Bacon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

PERRY, Stephen. Hart's methodological positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PIGLIUCCI, Massimo. Is ethics a science? **Philosophy Now**, Londres, v. 55, p. 25, jun. 2006.

POSTEMA, Gerald J., Analytic jurisprudence established. In: POSTEMA, G.; PATTARO, E. (Ed.). **Legal philosophy in the twentieth century**: the common law world. Dordrecht, NL: Springer, 2011.

PUTNAM, Hilary. **The collapse of fact/value dichotomy**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RADCLIFFE, Elizabeth S. Introduction. In: RADCLIFFE, Elizabeth S. (Ed.). **A companion to Hume**. Hong Kong: Graphicraft Limited, 2007.

RAZ, Joseph. **La autoridad del derecho**: ensayos sobre derecho y moral. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad nacional de México, 1985.

- RÍBOLLI, Alex. **Expressões do conservadorismo na Constituição Brasileira: de Edmund Burke à Lei Fundamental de 1988**. 2015. 144 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2015.
- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 5, p. 141-149, dez. 2013.
- RODRIGUEZ-PEREYRA, Gonzalo. Nominalism in metaphysics. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/nominalism-metaphysics/>>. Acesso em 19 jan. 2018.
- ROSENBERG, Alexander. Hume and the philosophy of science. In: NORTON, David Fate (Ed.) **The Cambridge companion do Hume**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- RUSSELL, Bertrand. **A history of western philosophy**. New York: Simon and Schuster, 1945.
- SAUTTER, Frank. Um breve estudo histórico-analítico da lei de Hume. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 241-248, 2006.
- SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 24, 2011.
- SCHLIESSER, Eric. Hume's newtonianism and anti-newtonianism. In: ZALTA, Edward (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/hume-newton/>>. Acesso em 10 set. 17.
- SCHOFIELD, Philip. **Utility and democracy: the political thought of Jeremy Bentham**. New York: Oxford University Press, 2006.
- SEARLE, John. How to derive 'ought' from 'is'. In: HUDSON, E. D. (Ed.). **The is/ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy**. England: MacMillan Education, 1969.
- SHAPIRO, Scott. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- SOUZA E BRITO, José de. Hume's law and legal positivism. In: Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho e filosofía social. Mexico. **Anais...** México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1982. p. 245-265.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.

STEWART, M. A. Hume's intellectual development. In: FRASCA-SPADA, M.; KAIL, P. J. **Impressions of Hume**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, Santa Catarina, v. 15, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. E o juiz não seguiu o realismo retrô e o voluntarismo... e bingou! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26/10/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-26/senso-incomum-juiz-nao-seguiu-realismo-retro-voluntarismo-bingou>>. Acesso em 07 mai. 18.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11/12/16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso em 07 mai. 18.

STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a análise econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 16, n. 23, p. 11-26, jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao stare decisis como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 25, n. 99, p. 221-242, set. 2017.

STRECK, Lenio, Luiz. Ainda e sempre a discussão acerca do positivismo kelseniano. In: _____; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. v. 13.

WALDRON, Jeremy. Hart y los principios de legalidad. In: KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (Org.). **El legado de H. L.A. Hart**: filosofía jurídica, política y moral. Madrid: Marcial Pons, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALUCHOW, Wilfrid J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth (Ed). **The rule of recognition and the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WILERY, James. **Theory and practice in the philosophy of David Hume**. London: Palgrave Macmillan, 2012.