

## **PROLEGÔMENOS SOBRE A TEORIA DO DIREITO QUE DERIVOU DA FILOSOFIA ANALÍTICA**

**WAGNER DA SILVA REIS<sup>1</sup>, FERNANDA FRANKLIN SEIXAS ARAKAKI<sup>2</sup>,  
ANDRÉIA ALMEIDA MENDES<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). wagner\_reis@id.uff.br

<sup>2</sup> Doutoranda em Justiça Administrativa pela UFF, fernandafranklinseixas@gmail.com

<sup>3</sup> Doutora em Linguística pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Centro Universitário UNIFACIG. andreialetras@yahoo.com.br

### **RESUMO**

O presente texto apresenta conceitos da filosofia analítica e da filosofia da linguagem, que representaram um giro conceitual no início do século XX. Com bases na filosofia analítica, algumas teorias do direito passaram a ser propostas e constituem-se em importante arcabouço do pensamento jurídico atual debatido nos tribunais do mundo ocidental. O objetivo foi de apresentar um texto preliminar sobre o delineamento desta trajetória da teoria do direito que derivou da filosofia analítica. Apresentam-se conceitos de filosofia analítica e da linguagem, o positivismo jurídico de Herbert Hart, a teoria liberal do direito de Ronald Dworkin e o pensamento positivista de teóricos do direito que derivou do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin; e, a seguir, a teoria do direito natural de base analítica de John Mitchell Finnis. A metodologia utilizada se valeu do método de abordagem dedutivo e o método de procedimento foi o histórico modificado, incorporando a percepção da autoria.

**Palavras-chave:** Positivismo Jurídico; Direito Natural; Filosofia.

## **PROLEGOME ON THE THEORY OF LAW THAT DERIVED FROM ANALYTICAL PHILOSOPHY**

### **ABSTRACT**

This text presents concepts from analytic philosophy and the philosophy of language, which represented a conceptual turn in the early twentieth century. Based on analytical philosophy, some theories of law have been proposed and constitute an important framework of current legal thinking debated in the courts of the western world. The objective was to present a preliminary text on the outline of this trajectory of the theory of law that derived from analytic philosophy. The text presents the concepts of analytic philosophy and language, Herbert Hart's legal positivism, Ronald Dworkin's liberal theory of law, and the positivist thinking of legal theorists that derived from the debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin; and then John Mitchell Finnis' theory of natural law with an analytical basis. The methodology

used used the deductive approach method, and the procedure method used was the modified history, incorporating the authors' perceptions into the text.

**Keywords:** Legal Positivism; Natural Law; Philosophy.

## 1 INTRODUÇÃO

A filosofia analítica, assim como a filosofia da linguagem, representa um giro conceitual no início do século XX. Com suas bases na filosofia analítica, algumas teorias do direito passaram a ser propostas e constituem-se em importante arcabouço do pensamento jurídico atual debatido nos tribunais do mundo ocidental.

Com objetivo de apresentar um texto preliminar sobre o delineamento dessa trajetória da teoria do direito que derivou da filosofia analítica, apresentam-se, inicialmente, o contexto da filosofia neste momento histórico, a seguir o positivismo jurídico de Herbert Hart, a teoria liberal do direito de Ronald Dworkin, assim como o pensamento positivista de teóricos do direito que derivou do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Após, e como frutos desse debate, são apresentados conceitos do que viria a ser conhecido como os positivismos jurídicos pré-inclusivo, inclusivo, exclusivo e normativo; além de, mas não menos significativa, a teoria do direito natural de base analítica de John Mitchell Finnis, seguido de uma conclusão.

A metodologia utilizada se valeu do método de abordagem dedutivo e o método de procedimento foi o histórico modificado, incorporando a percepção da autoria.

## 2 O DIREITO E SUAS BASES NA FILOSOFIA ANALÍTICA

No Reino Unido, na Áustria e na Alemanha surgiu, no início do século XX, um movimento filosófico dos mais importantes e que viria a influenciar profundamente o Direito, a filosofia analítica. Em Cambridge, alguns filósofos dos quais se podem mencionar Bertrand Russell, G.E. Moore e, posteriormente, Wittgenstein, inspirados na lógica de Gottlob Frege, propuseram estudos segundo uma nova perspectiva linguística que teria influenciado profundamente Herbert Lionel Adolphus Hart (FERGE, 1974, p.6).

Friedrich Ludwig Gottlob Frege, no § 62 da obra “Fundamentos da Aritmética”, propõe a ideia seminal de que o sentido dos termos altera o sentido da proposição em suas

condições de verificação, ou seja, há que se considerar que há uma espécie de proposições que devam ter um sentido, proposições que expressem um reconhecimento (FERGE, 1974, p.6).

A conclusão imediata é que, para obter o conceito de número, por exemplo, analiticamente, deve-se estabelecer o sentido de uma equação numérica. Mas, em Frege (1974), há um significado mais profundo e que impactou toda a filosofia de seu tempo: a proposta de distinção entre termos e proposições. Explicando, de outra forma, há uma distinção entre sentido e referência. O sentido da proposição tem a função de designar a condição ou não de veracidade. O termo possui relação continente e a proposição relação contingente. Nessa guinada, as questões filosóficas passam a considerar a relação entre as proposições linguísticas e as coisas do mundo. Ao se estudar a linguística, os estudos da metafísica, da epistemologia e da ética, por exemplo, passam a aprofundar seus conceitos e relações internas.

Assim sendo, o emergir da linguística na filosofia, materializa-se, em uma primeira fase, no ajuntamento de pesquisadores na Escola de Cambridge e no “Círculo de Viena”, sendo as ciências seu objeto de estudo comum. No início, acreditava-se que a lógica simbólica era a ferramenta candidata que se apresentava apta a afastar a uma análise da linguagem comum, cheia de ambiguidades, e trazer uma pureza à linguagem, por intermédio de uma linguagem rigorosa e pura, a “lógica simbólica”.

Dessa forma, a Escola de Oxford possuía uma aproximação com as práticas sociais e os usos cotidianos da linguagem comum. Assim, os esforços dos professores se concentravam em descrever os usos mais comuns e cotidianos da linguagem, tornando explícitas as relações internas entre os termos nas proposições, e, dessa forma, analisando suas relações internas em termos de significados e contextualizações para enfrentar, em melhores condições, problemas filosóficos.

Ludwig Joseph Johann Wittgenstein, austríaco, foi aluno de Bertrand Russell em Cambridge e interessou-se por lógica. Após ter sido feito prisioneiro de guerra na primeira guerra mundial, encaminhou seus manuscritos a Russel, que seriam traduzidos para a língua inglesa e recebido o título *Tractatus Logico-Philosophicus*. No “*Tractatus*”, Wittgenstein (2010) propôs 7 (sete) aforismos numerados com comentários numerados, a saber:

(1) O mundo é tudo o que é o caso; (2) O que é o caso, o fato, é a existência de fatos atômicos; (3) A imagem lógica dos fatos é o pensamento; (4) O pensamento é a proposição significativa; (5) As proposições são funções de verdade de proposições elementares, ou seja, uma proposição elementar é uma função de verdade por si mesma; (6) A forma geral da função de verdade é:  $[p, \xi, N(\xi)]$ . Essa é a forma geral

de proposição; e, (7) Do que não se pode falar, deve-se calar(WITTGENSTEIN, 2010, pp.25-90).

Esses sete aforismos, subdivididos e numerados e aprofundados, tiveram o mérito de impactar, de forma significativa, a filosofia da época. Wittgenstein (2010) propôs uma teoria na qual diferencia o fato e a imagem lógica do fato, que é o pensamento. A linguagem comum não possui o rigor da lógica que estabelece a proposição e o que pode ser expresso por intermédio de proposições; sendo que, dessas, pode-se se chegar a uma ideia de validade, e, segundo regras estruturais, à correspondência ou não (verdade ou falsidade). Sendo que o que não puder ser assim expresso, pode apenas ser apresentado.

Em obra posterior, nas “Investigações Filosóficas”, Wittgenstein afirma que o significado é contextualizado pelo uso; ou seja, havendo muitos usos haverá muitos significados. No aforismo § 43, diz “Para uma grande classe de casos de utilização da palavra “significado” – se bem que não para todos os casos da sua utilização – pode-se explicar assim essa palavra: o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem.” (WITTGENSTEIN , 2017).

O significado dos termos e das proposições são as condições de seu uso, inclusive na sua prática. Isso está no aforismo § 2: “Aquele conceito filosófico de significado se ajusta a uma representação primitiva da maneira como a linguagem funciona. Pode-se, entretanto, dizer que ela seria a representação de uma língua mais primitiva que a nossa” (WITTGENSTEIN , 2017). E, assim, o signo é vinculado ao significante, conforme no aforismo § 7, “Na prática do uso da linguagem, uma das partes chama as palavras e a outra age de acordo com elas no ensino da língua; porém, encontramos este processo: o aprendiz denomina os objetos” (WITTGENSTEIN , 2017).

O conceito mais significativo em Wittgenstein e que se torna imprescindível a toda interpretação jurídica que o sucede é o de “jogos de linguagem”. Vale ressaltar a influência das vivências de Wittgenstein após ter sido prisioneiro de guerra na primeira guerra mundial (O'CONNOR; ROBERTSON, 2003). Outra experiência marcante na trajetória de Wittgenstein foi a do ensino de crianças e, especificamente, os processos cognitivos mais básicos. Esses foram determinantes para a construção do conceito de “jogos de linguagem”. Essa construção da filosofia da linguagem se apoiou na formação matemática e no rigor da lógica. Essa contribuição conferiu à filosofia analítica um distanciamento da filosofia continental tributária de Hegel e da fenomenologia. Os jogos de linguagem são introduzidos no aforismo § 7, que explica que os “jogos de linguagem” foram compreendidos como um processo de uso de

palavras, por intermédio do qual as crianças aprendem a sua língua materna (WITTGENSTEIN, 2017, pp.14-16).

A linguagem, enquanto instrumento para atividades práticas, as mais variadas, pode ser aplicada para interpretar a realidade segundo uma ótica particular. O conjunto de atividades, regras específicas e linguagem que compõem essa ótica particular é o que se chama de “jogos de linguagem”. A filosofia de Wittgenstein busca uma descrição dos chamados “jogos de linguagem”. Entre o “Tractatus” e as “Investigações” há quem reconheça diferenças tão profundas a ponto de chamar o período da primeira obra de “primeiro Wittgenstein”, e o período da outra de “segundo”. O que, este autor, particularmente, não concorda integralmente, apesar dos aprofundamentos e diferenças, pode-se perceber uma unidade de desígnios (WITTGENSTEIN, 2017).

Em apertada síntese, passa-se, de forma panorâmica, pelos conceitos que, de certa forma, vieram a influenciar a teoria do direito a partir de então; e, amiúde, todo o pensamento da teoria do direito anglo saxã, e, em particular, a partir de Herbert Lionel Hart.

Não se pode pretender uma linguagem individual, pela inconsistência de se construir uma linguagem que seja, funcionalmente, destinada ao próprio indivíduo. Por ser linguagem, sua função se conforma no outro, no destinatário, na alteridade. A linguagem, em si mesma, é expressão de intersubjetividade. E, conforme visto acima, seus usos e relações internas conformam o conceito de “jogos de linguagem” (WITTGENSTEIN, 2017).

Wittgenstein (2017) insiste que o processo natural de uma filosofia da linguagem consiste em aperfeiçoar a linguagem comum; que, de fato, significa “purificar” a linguagem. Ou, como fala o próprio autor no aforismo § 109, “A filosofia é uma luta contra o feitiço da nossa compreensão”, ou seja, Wittgenstein descortina a necessidade de descrição do fenômeno, sendo essa descrição apoiada na linguagem (WITTGENSTEIN, 2017, p.88). Essa foi a “virada de Copérnico” da filosofia no século XX, a virada linguística. Nesse sentido, o cientificismo e o logicismo, muito próprio do “Círculo de Viena”, no qual seus integrantes refutavam teses em suas reuniões bradando: metafísica! Nem tanto, nem tão pouco. Quando se deseja captar a essência do que se está a apreender, há essa necessidade: investigar se os termos são (ou estão) empregados no contexto do “jogo de linguagem”. E se isso é importante, assim como os filósofos, os juristas precisam retornar o sentido do emprego específico para o mundo da vida (WITTGENSTEIN, 2017, p.90). O Direito passa a ser influenciado por uma visão autônoma, que tende a rejeitar elementos estranhos ao fato jurídico. Não há que se construir ou idealizar o que seria o “dever ser”, mas o que é. A

realidade em si, sem prescrutar o que está implícito. Essa influência foi importante e determinou os rumos da interpretação jurídica a partir de então. Pode-se, assim, passar aplicar à teoria do direito, enquanto uma atividade humana, que trabalha com a realidade, os termos que Wittgenstein aplica ao trato da filosofia (WITTGENSTEIN, 2017, p.94). E assim, a esta “imagem” que filosoficamente representa o objeto, para o Direito, o fato jurídico, assim são as leis, as normas, as regras e, nesse ponto, nada explica, senão possui significado, mas aplicação, que poderia se dar segundo uma escolha. Escolher entre possibilidades jurídicas (WITTGENSTEIN, 2017, p.226).

O grupo de Oxford, opondo-se a Cambridge e ao “Círculo de Viena”, e com forte influência das ideias do “segundo Wittgenstein” passam a se afastar da pureza do logicismo e se aproximar da linguagem comum. Essa aproximação é encontrada no pensamento de John Langshaw Austin, filósofo da linguagem britânico, e que investigava o sentido. As compreensões da mutualidade, aquilo que distingue e o que assemelha, e que para os de fora não são perceptíveis. A filosofia analítica veio para conectar a filosofia com as compreensões comuns (WITTGENSTEIN, 2017).

Interessante notar a diferença no significado de “descrever” na filosofia analítica e em Kelsen. Para ele, descrever é reconstruir, seja selecionando, ajustando ou enfatizando, um objeto em função do seu propósito e do método da teoria científica em questão. Descrever, em Kelsen, é caminhar da linguagem comum para uma linguagem científica (ULHOA COELHO, 2001).

Segundo Scott Soames (2019), a filosofia analítica surge pelo interesse no rigor da investigação filosófica nos campos da lógica, da linguagem e da matemática. Um dos marcos da tradição analítica ocorre em 1879, com Gottlob Frege. Sua pretensão era de propor uma lógica mais robusta que aquela apresentada por sistemas anteriores e iniciou sua construção aplicando-se em trabalhar a linguagem. Assim, a linguagem possui a função de representar o mundo. De certa forma, admitir essa função da linguagem significava uma forma de se investigar o que é, ou não, verdadeiro. Pois essa ideia viria a servir de base ao desenvolvimento posterior de uma teoria geral do significado linguístico (SOAMES, 2019, p.13).

O sistema proposto por Gottlob Frege foi analisado por Bertrand Russell que, após eliminar algumas contradições, aperfeiçoou essa lógica na obra “Principia Matemática”, que se mostrou útil para investigações de uma filosofia mais rigorosa. Russell argumentou que a forma lógica de nossos pensamentos se encontra na forma gramatical das orações usadas para

expressá-los. Russel, dessa forma, buscava refutar a desconfiança ou dúvida filosófica, mostrando como ter conhecimento do mundo (SOAMES, 2019, p.14-15).

Ainda segundo este autor, a filosofia analítica ressalta a importância da linguística na representação, na cognição, na lógica com a qual se aproxima da verdade. Essa lente da filosofia analítica e da perspectiva linguística se mostrou a base para o direito que viria a ser desenvolvido e que rompe com aquele derivado do período moderno.

Assim, a partir dessas ideias, apresentamos uma filosofia analítica que se distancia da filosofia continental. A tradição de teoria do direito anglo-saxã seguiu um caminho importante, tomando por base a filosofia analítica e derivando em autores de diferentes vertentes, mas de uma base conceitual analítica comum. A teoria do direito dá uma guinada exatamente em Hart.

### **3 O POSITIVISMO JURÍDICO DE HERBERT HART**

Herbert Lionel Adolphus Hart foi juiz no Reino Unido no século XX e, sem dúvidas, o maior teórico do Direito da tradição anglo-saxã; enquanto professor, certamente deve ter-se sentido realizado, pois lecionou em Oxford, um dos mais produtivos centros irradiadores da teoria do direito do século XX, seus orientandos tornaram-se nomes relevantes nessa área do conhecimento, seja opondo-se às suas ideias, seja aperfeiçoando, seja partindo em novos rumos. A sua produção mais relevante chama-se "O Conceito de Direito", de 1961. O pensamento de Hart é fundamentado na filosofia analítica (AUSTIN, 1995).

A estrutura do pensamento de Hart propõe, inicialmente, a refutação das ideias de John Austin, o jurista britânico que o precedeu e é considerado um dos precursores do positivismo jurídico. John Austin entendia o Direito sob a ótica do imperativismo jurídico, uma teoria jurídica que compreende a norma jurídica fundamentada na legitimidade do Estado, e a coercitividade baseada na sanção, essa teoria relaciona norma e sanção para compreender o direito como um resultado de uma análise de linguagem (AUSTIN, 1995, pp. xiv-xv). O positivismo de Austin, em síntese, representa o conteúdo mais denso de todo o pensamento do autor, privilegia a força do Estado, a coerção e o temor da sanção por parte dos jurisdicionados; sendo o Direito esse resultado, ora de uma "violência", ora de um medo, que levam à abstenção de condutas, essas impostas pela força legiferante do Estado.

Para Hart (2001), o positivismo jurídico encontra-se subjacente ao entendimento comum de regras e obrigações, sendo o processo interpretativo essa operação apta a fazer

emergir o sentido e o alcance do Direito. Nele, descrever é analisar no sentido da filosofia analítica, isso é, lançar luzes sobre as percepções, os significados, as relações internas, e as convenções que estão subjacentes à linguagem comum e à linguagem jurídica, porque ambas trazem em si usos e costumes, estão carregadas do que é cultural, do que está implícito na sociedade.

Para se apresentar a metodologia que Hart (2009) adotou, pode-se citar o prefácio da obra “O Conceito de Direito”:

O jurista verá neste livro um ensaio de teoria jurídica analítica (analytical jurisprudence), porque se ocupa do esclarecimento da estrutura geral do pensamento jurídico, e não da crítica do Direito ou da política jurídica. (...) Apesar da sua preocupação com a análise, o livro pode ser considerado um ensaio de sociologia descritiva; porque as sugestões de que as investigações sobre os significados das palavras simplesmente lançam luz sobre elas é falsa. (HART, 2009, XI e XII)

Conforme visto, a obra é de jurisprudência analítica e de sociologia descritiva. Cabe a explicação que, na língua inglesa, o termo *jurisprudence* é compreendido como Direito, e a analítica do sentido tem a pretensão de desvelar o sentido e os conceitos jurídicos estruturantes, a partir das práticas. Pode-se exemplificar os conceitos de obrigação, norma jurídica, validade, sanção, responsabilidade, dentre outros. Até este ponto, nada o diferencia dos juristas que o antecederam (HART, 2009).

Já a ideia de uma sociologia descritiva traz em si a expectativa de fazer emergir a pretensão de apresentar, de forma indireta, as práticas sociais nas quais manejamos com significado próprio aqueles conceitos jurídicos já mencionados. E, a partir das deformações e desgastes que as práticas sociais imprimem na linguagem, os conceitos jurídicos passam a estar impregnados de significados e contextos próprios daquele grupo social. De sociologia descritiva, no sentido de realizar um esclarecimento indireto das práticas sociais, nas quais utilizamos aqueles conceitos jurídicos nos termos dos “Jogos de Linguagem” de Wittgenstein (2017).

O Projeto que é anunciado no capítulo 1 da obra “Conceito de Direito”, na introdução, constata a falta de um conceito de direito satisfatório e consensual; a profusão de conceitos controversos e contraintuitivos (direito natural, realismo jurídico, positivismo jurídico); e, procura por um conceito que respeite as intuições compartilhadas sobre direito (normas sobre os mais diversos temas, que são aplicadas pelos tribunais *etc.*), precisa ser



informativo, ou seja, precisa avançar no conhecimento em particular de três questões persistentes da teoria do direito (HART, 2001).

A primeira questão, se há relação entre direito e coerção, ou seja, se o direito pode ser caracterizado somente com base no uso da força ou é algo a mais do que isso? Essa teria sido a tentativa das teorias positivistas tradicionais. Nos capítulos 2 a 4, do *Conceito de Direito*, Hart refuta a proposta imperativista de Austin (HART, 2001).

A segunda questão, se há relação entre direito e moral, se não há somente coerção, e qual seria a ligação entre direito e moral. Hart propõe que não haja relação entre o direito e a moral em si, e tenta encontrar uma normatividade que esteja entre a coerção e acima da moral, uma normatividade própria e de acordo com regras chamadas de “secundárias”. Faz isso nos capítulos de 8 a 10 de sua obra seminal, explorando a relação entre o direito e a moral, examinando as relações do direito com a justiça, comparando obrigações morais e jurídicas, falando das relações entre o direito e a moral, e, ao fim e ao cabo, elaborando a “tese do conteúdo mínimo do direito natural” e tentando, sem muito sucesso, diga-se, esclarecer os mecanismos do direito internacional (HART, 2001).

A terceira questão persistente da teoria do direito seria sobre a natureza e o funcionamento das regras jurídicas. O que seriam regras jurídicas, que tipos de regras existem, como as regras se aplicam aos casos concretos e, ainda, se existiria algum tipo de discricionariade na aplicação das regras. A ideia de que o direito é o que emana dos tribunais é o cerne do que diz o chamado “realismo jurídico”; tanto o realismo jurídico estadunidense, que acha que os juízes não seguem regras e aplicam as regras depois para dar uma “aura de legitimidade” às decisões; quanto como o realismo jurídico escandinavo, que acha que as regras são como um tipo de “previsões do comportamento futuro dos juízes” e que as regras não possuiriam, na prática, uma “obrigatoriedade” no seu cumprimento. A “obrigatoriedade”, para o realismo escandinavo de Alf Ross (ROSS, 2000), seria uma construção metafísica que representa as questões reais que se encontram presentes nos casos concretos. Hart (2001) aborda a natureza e o funcionamento das regras nos capítulos de 5 a 7 do *Conceito de Direito*, nos quais introduz a distinção entre “ser obrigado a alguma conduta” e “ter uma obrigação a agir de determinada forma”. Hart (2001) propõe um ponto de vista externo e interno sobre as regras, uma distinção entre regras primárias e secundárias e os tipos de regras secundárias; reconhece que pode existir um funcionamento normal e um funcionamento patológico da regra de reconhecimento; enfrenta, enfim, a aplicação de regras a casos concretos e aborda o que seria a discricionariade judicial (HART, 2001).

Em suma, o positivismo jurídico de Hart (2001) trata da separação de direito e moral; correlaciona os conceitos de direito e justiça; enfrenta a dicotomia entre a justiça do direito e a moralidade do direito; coloca contrapostas as obrigações morais e as obrigações jurídicas; no capítulo 9, um dos mais atacados por Dworkin, esclarece a relação entre o direito e a moral, e a sua separação, assim como os critérios morais na regra de reconhecimento; e, por fim, propõe a tese do conteúdo mínimo do direito natural; e, finalmente, sem dúvida a parte menos interessante, a parte do direito internacional e o caráter jurídico e de fronteira, assim como as características próprias do mesmo, provavelmente seriam abandonadas se o projeto fosse feito pelo mestre.

A justiça é o valor mais frequentemente associado com o direito em Hart (2001), a ponto de já ter-se proposto a plena equivalência entre direito e justiça. Ao falar de crítica moral do direito, parte-se do princípio de que será uma crítica à justiça e que toda a norma poderia ser avaliada como justa ou injusta. Contudo, a justiça não cobre todas as considerações morais que se aplicam ao direito, por pelo menos duas razões: uma, a justiça só se aplica em questões de igualdade ou distribuição; duas, há, no direito, considerações morais diversas e até concorrentes.

Sobre a separação entre direito e moral, Hart (2001) adota a tese que a separação esteja no âmbito da validade, o que se é concebida em quatro aspectos.

Sob o aspecto do conteúdo, questiona-se: pode-se-ia ver uma separação completa e necessária entre o conteúdo das normas jurídicas e das normas morais? As condutas que o direito exige, proíbe ou permite seria, de fato, completa e necessariamente diferentes das condutas que a moral exige, proíbe ou permite? Hart (2001) diz que não, pois na verdade, há uma “conexão contingente”. O que significa que não é incomum que o direito e a moral prescrevam as mesmas condutas.

Sob o aspecto do propósito, questiona-se: haveria uma separação completa e necessária entre os propósitos do direito e da moral? E, ainda, seriam os propósitos do direito moralmente neutros ou indiferentes? A resposta é que, não. Pois, na verdade, há uma “conexão contingente”. Porque os propósitos do direito, ou são diretamente morais (como justiça, paz, igualdade, liberdade etc.), ou pelo menos moralmente relevantes (como previsibilidade, segurança *etc.*) (HART, 2001).

Sob o aspecto da aplicação, questiona-se: haveria uma separação completa e necessária entre os critérios que os juízes usam para interpretar e aplicar o direito e a moral? Seriam os critérios utilizados pelos juízes moralmente neutros ou indiferentes? Certamente

que não. Pois, na verdade, há uma “conexão contingente”. Pois é facilmente constatável que os critérios extrajurídicos eventualmente utilizados pelos juízes e que a textura aberta das leis possa requerer sejam, entre outros critérios, morais (HART, 2001).

Sob o aspecto da validade, questiona-se: haveria uma separação completa e necessária entre a validade jurídica e moral? Poderiam os critérios jurídicos conferirem validade a uma norma moralmente incorreta ou negarem validade a uma norma moralmente correta? A resposta é inegavelmente que sim. Pois, nesse caso, há uma separação necessária. Explica-se: a correção moral não é um requisito, nem necessário, nem suficiente para a validade jurídica de qualquer norma (HART, 2001).

Percebe-se que, em comum, sob os quatro aspectos considerados, há separação conceitual. Contudo, sob o aspecto da validade, essa separação não é contingente e empírica; a separação é exclusivamente conceitual (HART, 2001).

Sobre a existência de critérios morais na “Norma de Reconhecimento”, dado um ordenamento jurídico, esses critérios com que se identificam as regras válidas estão presentes. Esses critérios podem ser de diversos tipos: autoridade que as produziu, fontes nos quais estão expressos, tempo em que foram produzidos, procedimentos com que foram produzidos, não contradição com critérios (regras) anteriores ou superiores *etc.* Podem ser, inclusive, critérios morais (HART, 2009).

Sobre as constituições rígidas e sobre os direitos fundamentais nela existentes, pode-se dizer que, em um sistema com constituição rígida, um dos critérios de validade seja a constitucionalidade: normas infraconstitucionais não podem contrariar normas constitucionais, sob pena de invalidade. A constitucionalidade se torna requisito da regra de reconhecimento.

Se as normas da constituição contiverem exigências morais ou protegerem direitos fundamentais, cujos requisitos ou âmbitos sejam pelo menos “parcialmente” morais, o resultado disso é que tais critérios morais se tornam parte dos critérios de validade jurídica e, dessa forma, parte da regra de reconhecimento.

### **3.1 Sobre separação e separabilidade**

A tese da separação é uma tese sobre a independência conceitual e necessária da validade jurídica em relação à correção moral, caracteriza todo o positivismo jurídico. A tese da separabilidade é uma tese sobre a possibilidade da presença (empírica e contingente) de

critérios morais entre os critérios de validade jurídica, caracteriza o chamado “positivismo jurídico inclusivo”, uma das vertentes do positivismo desenvolvido por alguns professores que vieram após Hart.

### **3.2 Sobre a contestação da “tese do direito natural”**

Há uma tese recorrente na literatura jusnaturalista de que uma das provas de que os direitos positivos seguem o modelo de um direito natural único e justo é que, certas normas se repetem em todos os ordenamentos jurídicos. Hart (2001) admite que tais normas que se repetem de fato existem, mas dará a elas uma explicação funcional, em vez de uma explicação moral (HART, 2001).

#### **3.2.1 Uma apertadíssima síntese da obra “Conceito de Direito”**

A obra pavimenta o positivismo jurídico hartiano, e se estrutura sobre argumentos que sustentam o pensamento analítico do direito, como o propósito desse esforço argumentativo, a perspectiva teleológica das normas, assim como as inquietudes filosóficas que a proposta de Hart (2001) busca responder.

1. O propósito do Conceito de Direito de Hart foi encontrar um conceito de direito que fizesse jus às nossas intuições, mas também resolvesse as três questões persistentes da filosofia do direito;
2. O conceito principal é que o direito é uma união de regras primárias e secundárias;
3. As intuições a que este “Conceito de Direito” corresponde, além de manter o papel das regras, das legislaturas, dos tribunais, das sanções *etc.* ; também respeita a distinção entre regras e comandos, entre regras e hábitos, entre regras e predições, entre coerção e obrigação, entre pontos de vista interno e externo. Assim, acredita-se satisfazer o caráter autorregulado do direito.
4. Relaciona-se, a seguir, a forma como o Conceito de Direito resolve três questões persistentes da filosofia do direito
  - a. A relação entre direito e coerção: o direito depende da coerção para sua eficácia, mas não se confunde com ela; sua lógica é normativa e de validade.

- b. A relação entre direito e moral: o direito tem várias relações com a moral (compartilhando com ela a linguagem de regras e obrigações), mas não se confunde com ela; o direito é mais abrangente que a justiça, tem obrigações diversas das morais, a validade jurídica é independente da correção moral, o conteúdo mínimo do Direito natural é, na verdade, funcional, e não moral, e o direito internacional não é moral e sim positivo “de fronteira”.
- c. A natureza e o funcionamento das regras: para ser compreendido, o direito depende do conceito de regras (que não é substituível pelo de comandos, ou hábitos, ou predições), as quais devem ser distinguidas em primárias e secundárias, em secundárias de reconhecimento, de alteração e julgamento e, no tocante à sua aplicação, devem ser levadas em conta a sua textura aberta e uma eventual necessidade de abertura se opera por discricionariedade.

Assim sendo, o positivismo de Hart foi o marco conceitual de uma teoria do direito chamada de “positivismo jurídico”. Dentre as tradições jurídicas do direito, seja nos sistemas da “civil law” ou da “common law”, apresenta-se como uma das mais robustas formulações de teoria do direito, sendo objeto de formulações posteriores, que representaram trajetórias alternativas, mas não menos importantes. Mesmo o Direito Natural, teoria jurídica anterior ao positivismo jurídico, foi por ele influenciado; e, ao que parece, robustecido com a obra de John Mitchell Finnis, filósofo e jurista australiano, professor da Universidade de Oxford e ex-orientando de Hart. Hoje, Finnis é um dos principais teóricos jusnaturalistas, senão o principal. Após Hart, será apresentada a teoria liberal do direito de Ronald Dworkin.

#### **4 A TEORIA LIBERAL DO DIREITO DE RONALD DWORKIN**

Nessa trajetória em que se busca um delineamento da trajetória das teorias do direito que têm por base a filosofia analítica, chega-se ao autor que propôs um contraponto ao positivismo jurídico de Hart: esse é Ronald Dworkin.

Dworkin começou a produzir academicamente na década de 1960. E, como um bom orientando, tornou-se professor assistente de seu orientador, H. L. Hart, em Oxford, vindo a assumir a cadeira de seu mestre; e, já nesses primeiros anos, construía sua crítica contraditando as ideias dele (DWORKIN, 2002).

As argumentações e as críticas ao positivismo jurídico, consubstanciaram-se em artigos e vieram a ser reunidas e publicadas em uma obra chamada “Levando os Direitos à sério”, em 1977. Logo na introdução da obra, “Levando os Direitos a sério”, o objetivo maior do trabalho é claramente explicitado: apresentar uma teoria liberal do direito (DWORKIN, 2002). Há, logo no início, uma constatação que deverá pautar toda a análise do pensamento deste autor: Dworkin (2002) pretende legitimar sua teoria a partir de uma visão política particular. A obra “Levando os direitos a sério”, assim como a obra “Uma questão de princípios”, é firmemente estabelecida sobre os pressupostos da ideologia liberal. O liberalismo é apresentado junto com a teoria do direito de Dworkin (2002) e um não pode ser dissociado de outro.

A outra informação importante é que Dworkin (2002) afirma que o positivismo jurídico é a teoria do direito dominante em sua época; mas, ao mencionar a teoria jurídica dominante, não se refere apenas ao positivismo, mas também ao utilitarismo. Explicando de outra forma, Dworkin (2002) chama de “teoria dominante do direito” de sua época algo que é, ao mesmo tempo, positivismo jurídico e utilitarismo.

A citação mencionada mostra que, para Dworkin (2002), uma teoria do direito deve dizer o que o direito é, e o que o direito deve ser. Dworkin (2002) argumenta que uma teoria completa do direito deveria tratar de uma “teoria da legislação”, na qual seria abordada a questão da legitimidade; de uma “teoria da decisão judicial” (*Adjudication*), que seria composta internamente por uma teoria da controvérsia para os “hard cases”, e de uma teoria da jurisdição tratando da fixação de competência do sistema jurídico; e, ainda, de uma “teoria da observância da lei” (*Compliance*), na qual se discutiria o respeito à lei, assim como a efetividade da lei (DWORKIN, 2002).

Assim, a teoria da legislação deve conter “o que”, o conteúdo, a matéria sobre a qual o legislador deveria legislar; suas competências; seus limites. Já uma teoria da decisão judicial, deve prever “quem” deve julgar; quais assuntos podem ser objeto de julgamento; quais os critérios devem ser aplicados; como devem ser aplicados; e de que formas a decisão deve ser efetivada. Finalmente, uma teoria da observância das leis deve apresentar quais leis podem ser impostas, ou seja, são aptas a reclamar obediência por parte do jurisdicionado; e, ainda, deve ser clara quanto as condições, as circunstâncias e aos limites nos quais o jurisdicionado é obrigado ou não a obedecer à legislação (DWORKIN, 2002).

Particularmente, o que Dworkin (2002) faz na obra “Levando os direitos a sério” é um esforço argumentativo que, além de apresentar uma teoria liberal do direito, pretende contraditar o positivismo jurídico de Hart.

O primeiro esforço, de apresentar uma teoria completa do direito, segundo Dworkin (2002), deveria atender a essas três abordagens mencionadas; sendo, nesse sentido uma teoria liberal. O segundo esforço se refere à teoria jurídica dominante, o Positivismo Jurídico, que, reitera-se, compreende à teoria da decisão e à teoria da observância das leis.

Porém, há que se fazer uma relevante observação aos dworkinianos. O autor, na busca de seu objetivo, argumenta com maestria, esgrimindo bem com os conceitos e ideias; contudo, o problema mais grave em Dworkin (2002) é que seus argumentos contradizem algo que não é o Positivismo Jurídico. Ou, melhor dizendo, o positivismo jurídico atacado é uma distorção do que a teoria positivista realmente é. Esse é um argumento defendido por uma minoria de comentaristas, e que, na prática, é grave, por se imputar a Dworkin (2002) uma “falácia do espantalho”. Contudo, ao longo de sua trajetória, em obras mais tardias, o próprio autor muda de argumentos e abandona certas posições, confirmando a crítica aqui defeada.

Por positivismo jurídico, Dworkin (2002) entendia um conjunto de regras bem definido, que tenha sido construído (esse conjunto) a partir de fontes formais autorizadas; e, que essas regras fossem identificadas de forma objetiva, fora das quais não há direito; ou seja, havendo conteúdos que não estivessem contemplados por essas regras, esse sequer poderia ser considerado “jurídico”.

O utilitarismo jurídico, segundo Dworkin (2002), seria uma teoria específica sobre o alcance das leis, uma teoria consequencialista, que impactaria na teoria da legislação. A teoria utilitarista do direito teria a pretensão de causar o maior bem possível, ao maior número de pessoas. O que se percebe é que Dworkin (2002) propôs, de fato, um utilitarismo, ainda que distinto daquele que tem sido tido por corrente filosófica; contudo, a pretensão é reconhecidamente nobre, pelo fato de Dworkin (2002) imputar ao utilitarismo o propósito último de se alcançar o justo, a justiça.

É imprescindível, para se entender corretamente o pensamento de Dworkin (2002), considerar que, para ele, o utilitarismo é uma estratégia genérica de maximização do bem. Ou seja, solução utilitarista é aquela que produz o melhor resultado possível para o maior número de pessoas. Dworkin (2002) considera que, em sua época, a teoria da legislação seria uma teoria utilitarista. Mas sempre há o viés liberal a permear o pensamento dworkiniano:

Se o utilitarismo for adequadamente reconstituído de modo a somente contabilizar as preferências pessoais, a tese liberal será então uma consequência, e não uma inimiga, dessa teoria. Nem sempre é possível, porém, reconstituir um argumento utilitarista de modo a levar em conta apenas as preferências pessoais. Às vezes, as preferências pessoais e as preferências externas encontram-se tão inextricavelmente ligadas, e tão mutuamente dependentes, que nenhum teste prático para medir as preferências será capaz de distinguir os elementos pessoais dos externos na preferência global de um determinado indivíduo (DWORKIN, 2002, p. 364).

Assim, utilitaristamente, autorizar uma regra implica, necessariamente, em considerar o resultado da aplicação dessa regra em termos da maximização dos resultados positivos, para o maior número de pessoas possível.

Entenda-se que, ao se considerar o positivismo na escolha de critérios para se qualificar o que seja juridicamente válido, significa adotar a própria teoria positivista na visão de Dworkin (2002). E quando ele se refere ao “justo”, considera uma estratégia de maximização do bem comum.

Retornando aos elementos de uma teoria liberal, quando se fala em uma “teoria liberal do direito”, o que se entende de forma predominante, é que, todas as vezes em que há a referência à decisão judicial e à observância das leis, se está adotando o positivismo jurídico; mas, quando há referência à legislação, nesse caso, se está sendo um utilitarista (DWORKIN, 2002).

Dworkin (2002) não considera, *tout court*, argumentos utilitaristas como necessariamente aplicáveis e, efetivamente, liberais. Entendendo-se que há diferenças no argumento quando se está a tratar de preferências externas ou pessoais; e quando se está a distinguir um viés econômico, contudo amplamente utilizada pelo autor (DWORKIN, 2002).

Para Dworkin (2002), se a teoria do direito de sua época era centrada no utilitarismo e no positivismo, como ele pensava, então ela apresentava um defeito muito sério em relação ao liberalismo. Pois, para o liberalismo, há “direitos anteriores” (e independentes) àquilo que a legislação estabelece. E importa explicar que não se tratam aqui de “direitos naturais”, mas que não estivessem definidos em convenção. Contudo, esses “direitos anteriores” deveriam ser tomados como referenciais para se julgar se as leis promulgadas seriam boas ou ruins; seriam boas se protegessem “direitos anteriores” que as pessoas teriam mesmo antes da legislação existir. Segundo o autor, “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita.” (DWORKIN, 2002, p. XIII)



Explica-se: a teoria dominante do direito falha se a teoria da decisão judicial e da observância das leis segue o que preconiza o positivismo; porque, pelo positivismo, os direitos dos indivíduos considerados juridicamente válidos são, apenas, os direitos que as regras criadas por fontes oficiais autorizadas atribuem a eles. Não há direito para além das regras formuladas. O que está fora das regras não é direito. Por isso, para Dworkin (2002), o positivismo jurídico não era uma boa estratégia para conceituar o direito; porém, como consequência, acabava por restringir os direitos das pessoas, em acordo com John Stuart Mills.

Um das crenças do liberalismo é que os indivíduos possuem direitos anteriores à decisão judicial. Como explicado, as leis promulgadas podem ser consideradas boas ou ruins a depender do critério com o qual são avaliadas; não apenas pelo critério de se julgar se elas, apenas, maximizem o bem (critério utilitarista); mas, principalmente (e esse é o critério preferido por Dworkin), se elas protegem os direitos que os indivíduos possuíam antes da promulgação da lei. Nesse sentido, o positivismo seria, segundo Dworkin (2002), uma estratégia de restrição.

Dworkin advoga que, no positivismo, não se tem base de apreciação moral das leis, porque se pressupõe que as regras são sempre boas, pois não há a referência anterior em termos de direitos que existam para servir de base de apreciação. Toma-se como exemplo a crítica de Dworkin: “Essas questões pedem uma análise do conceito moral de infração e não do conceito legal que o jurista já compreende; mas é justamente o uso moral do conceito que a abordagem doutrinária da teoria do direito inglesa ignorou.” (DWORKIN, 2002, p.6)

Para Dworkin (2002), em uma visão política, direitos são “trunfos”, proteções contra o interesse geral, como uma característica anti-utilitarista, crítica essa presente na obra “Justice for Hedgehogs”.

O raciocínio, quanto ao direitos anteriores, e que a lei não contempla, protegemos indivíduos da decisão judicial utilitarista; isso ocorre porque uma decisão judicial utilitarista restaria juridicamente prejudicada, ainda que essa decisão judicial viesse a maximizar o bem, o interesse geral; em detrimento de um legítimo interesse individual. Nesses termos, o direito anterior individual impede a decisão utilitarista. Esses direitos anteriores individuais, com força para contrariar uma política liberal, não são fundamentados por intermédio do utilitarismo. Ou seja, para Dworkin (2002), o utilitarismo viola os direitos, necessariamente.

Em uma primeira fase de Dworkin (2002), como a época da obra “Levando os direitos a sério”, quando vige o utilitarismo, o autor defende que o utilitarismo é uma má

teoria liberal da legislação. Assim, “Levando os direitos a sério”, é estruturado para sustentar o argumento de que a “teoria do direito” não fundamenta uma teoria liberal da legislação. No mesmo sentido, o utilitarismo é uma má teoria liberal do direito. A solução satisfatória teria que partir desses “direitos anteriores à legislação”: os direitos individuais (DWORKIN, 2002).

Na pós-modernidade brasileira, Dworkin (2002) adentra o meio acadêmico por volta do ano 2000. A recomendação acadêmica era para que os alunos iniciassem seus estudos no autor pelos capítulos 2 e 3 da obra “Levando os direitos a sério”, a saber, tratando do “sistema de regras”. Neles, a tese central que se encontra é que o sistema de regras baseado no “teste de pedigree” não embasa uma boa teoria do direito. Contudo, os leitores mal orientados desconhecem os pressupostos dworkinianos, já expostos, de que o objetivo principal seria o de apresentar uma “teoria liberal do direito”; e, nesse caso, não se estaria, na verdade, diante de uma teoria do direito, como aquelas propostas nas obras “Teoria Pura do Direito” de Kelsen (KELSEN, 1998) ou “Conceito de Direito” de H. L. Hart; mas que a obra de Ronald Dworkin (2002), conforme o propósito que ele mesmo coloca, seria diferente, uma espécie de “junção” de uma teoria do direito e de pressupostos do liberalismo político.

Abandonando uma postura epistemológica, Dworkin (2002) refuta o positivismo de Hart com argumentos de política liberal. Dito de outra forma, se o direito é conforme o positivismo o conceitua, então esse “direito” não é apto a cumprir o que preconiza o liberalismo.

No modelo de regras 1, o capítulo 2 de “Levando os direitos a sério”, Dworkin (2002) faz uma diferenciação entre regras e princípios. Para ele, o positivismo funciona como um “modelo de regras”, esse modelo de regras não é suficiente para atender a aspectos mais gerais, mais amplos, como os princípios. Quando Dworkin (2002) utiliza o termo discricionariedade do juiz, faz segundo um “jogo de linguagem” que, além de não considerar os princípios, possui um conjunto de significados específicos. Cita-se a nota do tradutor Nelson Boeira:

Judicial discretion - aqui traduzido por "poder discricionário do juiz", mas a expressão tem um sentido mais amplo e se aplica igualmente às decisões de tribunais. No direito anglo-saxão, o conceito está associado à margem de liberdade que juizes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão. Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias do caso. (DWORKIN, 2002, p.49)

A título de comparação, coloca-se, nesse trecho, as introduções das obras “Conceito de Direito” de Hart e do capítulo 2, Modelo de regras 1, em “Levando os direitos a sério” de Dworkin:

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão “O que é o direito?” (...) Todavia, no caso do direito, têm-se dito com frequência coisas que á primeira vista parecem tão estranhas como estas, e não só são ditas, como até sustentadas com eloquência e paixão, como se fossem revelações do direito, obscurecidas durante muitos anos por erros graves sobre sua natureza essencial. (HART, 2001, p.5)

Estamos acostumados a resumir nossos problemas às questões clássicas da teoria do direito: O que é "o direito"? Quando, como ocorre frequentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição "de direito", sobre o que estão discordando e como devemos decidir sobre qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de "obrigação jurídica" aquilo que "o direito" enuncia? Neste caso, "obrigação" é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais? (DWORKIN, 2002, pp.23-24)

Fica nítida a comparação, pois Dworkin (2002), no modelo de regras 1, escreve de uma forma muito similar à introdução que Hart (2001) faz na obra “O Conceito de Direito”. Contudo, as diferenças na abordagem são mais relevantes: Dworkin (2002) dá ênfase aos conceitos de direitos e obrigações.

Em Hart (2001), a teoria do direito pretende ser descritiva e analítica, a significação pressupõe um acordo de sentido, a fim de se obter uma compreensão objetiva nas práticas concretas. Ora, se houver um acordo de sentidos entre os partícipes, ao se considerar o ponto de vista desses, e compreendendo-os, há condição de possibilidade na identificação de critérios, e, conseqüentemente, definir conceitos. (HART, 2001, p.18)

Dworkin (2002) parte do pressuposto oposto: ao se tratar de direitos e obrigações pode-se perceber uma concordância com Hart (2001); porém, ao se enfrentar os problemas dos critérios, trata-se de direitos e obrigações. Há divergências profundas: essas divergências são o ponto de partida para se identificar os critérios, os motivos pelos quais as divergências se apoiam em posições morais e políticas distintas. O direito é o tipo de prática que se apoia em conceitos interpretativos, e, como tais, não podem ser determinados por algum acordo linguístico. São conceitos que são expressos na linguagem, que decorrem de conceitos de natureza política e ética, assim como do papel do Estado em relação a esses conceitos. A

tarefa da teoria do direito não é afastar a divergência, mas acolhê-la. É o contraditório que prova que essa prática é fundamentalmente interpretativa e que essas interpretações refletem posições morais e políticas (DWORKIN, 2002, pp.93-94).

Conclui-se que, em Dworkin (2002), uma teoria do direito liberal faz sentido e a escolha sobre qual a concepção moral e política será aplicada conduzirá ao processo interpretativo. Já no positivismo, ao se tratar de direitos e obrigações, busca-se identificar como os indivíduos tratam os conceitos de direitos e obrigações no caso concreto. Na verdade, se os indivíduos possuem pretensões divergentes, inconciliáveis, há que se identificar, de acordo determinado critério, qual pretensão atende melhor à opção política estabelecida; e, para Dworkin (2002), a posição política deve ser, necessariamente, o liberalismo.

Quanto aos direitos e às obrigações, apresentando o pensamento de Dworkin (2002) de forma esquematizada, o positivismo jurídico esposaria três teses.

Na primeira, a respeito de direitos e obrigações, os indivíduos têm apenas direitos e obrigações que decorram de regras explicitamente formuladas. Na segunda, os direitos e as obrigações decorrentes dessas regras só serão aplicáveis se essas regras tiverem sido originadas em uma fonte autorizada. A maneira de se reconhecer se determinada regra se origina de uma fonte autorizada chama-se “teste de pedigree”. Noutras palavras, o positivismo não avaliaria a validade de uma regra por análise de seu conteúdo, mas pela sua origem. A crítica de Dworkin (2002) é que se uma regra, ainda que seja justa, se não passar no “teste de pedigree” carece de validade. Na terceira, os juízes devem decidir os casos concreto em conformidade com essas regras válidas sempre que estiverem diante de casos que a elas se subsumam. A crítica de Dworkin (2002) condena a aplicação mecânica das regras. Contudo, nos casos em que as circunstâncias ultrapassem o conteúdo previsto nas regras válidas e previamente estabelecidas, o juiz poderia decidir com discricionariedade. Apesar de já se ter explicado o entendimento do termo em nota, para Dworkin (2002), julgar discricionariamente significa decidir segundo qualquer critério ao alvedrio do juiz, dentro da sua livre escolha, retirando das partes a capacidade jurídica de se insurgir contra a decisão tomada.

Dessa forma, reitera-se que os três argumentos apresentados refletem o pensamento dworkiniano de enxergar a maneira como o positivismo trata direitos e obrigações a partir de um modelo de regras, e apenas isso. Contudo, para o Dworkin (2002), se o positivismo tiver razão, então a tese dos direitos teria que ser abandonada. Essa seria a consequência da primeira tese.

Por outro lado, ainda que existam normas de natureza moral ou social justas, mas que não tenham sido originadas em fontes oficiais autorizadas, essas não poderiam ser aplicadas por não serem “válidas” para o direito. Dito, ainda, de outra forma, os direitos anteriores, que não forem contemplados pelas regras válidas não existem para o direito. Essa seria a consequência da segunda tese (DWORKIN, 2002).

Outrossim, se o juiz, em uma tomada de decisão, puder escolher livremente entre alternativas aplicáveis, estará escolhendo de forma discricionária; nesses casos, então, as regras válidas não teriam sido suficientes para definir a pretensão resistida que deva ser contemplada pelo direito. Contudo, a decisão judicial, ainda que discricionária, gera efeitos no mundo do direito. Essa é a consequência da terceira tese.

Dworkin (2002) entende que as três teses do positivismo jurídico violariam os direitos preexistentes e as contradita por intermédio de dois argumentos.

O primeiro argumento de contradição de Dworkin (2002) busca exemplificar, por intermédio de casos nos quais os juízes não teriam se limitado a critérios que não são regras, mas são princípios; e, nesses casos, a argumentação é que a decisão não teria sido discricionária, mas jurídica.

O segundo argumento dworkiniano diz que a decisão discricionária decorre da atividade de julgar. Para ele, todo que se propõe a exercer esse ofício, só o faz a partir do pressuposto de que, para determinado caso, só faria sentido proferir uma decisão se houver, de fato, uma resposta a ser dada. Isso é relatado em “Levando os direitos a sério”: “Portanto, serei acusado de adotar o ponto de vista de que existe sempre uma “resposta correta” para uma questão jurídica, a ser encontrada no direito natural ou guardada a sete chaves em alguma caixa-forte transcendental.” (DWORKIN, 2002, p.331) Em um caso difícil (*hard case*), uma resposta taxativamente correta sempre deixa algum aspecto sem atendimento e, nesse caso, seria uma mera questão de escolha dentre opções possíveis e razoáveis.

O argumento é que a tarefa de decidir só teria sentido se o judiciário entregasse uma decisão que traga em si mesma algo de superior a qualquer outra possibilidade. Esse algo superior faz dessa escolha uma decisão jurídica. Segundo Dworkin (2002), essa decisão seria dotada de superioridade porque contempla melhor os direitos prévios do que as demais escolhas.

Sobre a distinção entre regras e princípios, a síntese do pensamento de Dworkin (2002) é a seguinte:

1. Modo de aplicação – as regras, para Dworkin (2002), seguem a lógica do “tudo ou nada”. Se a situação se encaixa perfeitamente em todos os requisitos da regra, aplica-se; caso contrário, não há motivo para aplicá-la. As regras fornecem padrões conclusivos para sua própria aplicação. Conforme o capítulo 2 de “Levando os direitos a sério”, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e, nesse caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, nesse caso, em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p.39) Já princípios, são padrões de aplicação segundo o “âmbito de incidência” (DWORKIN, 2002, p.42), ou se trata de um “centro gravitacional” (DWORKIN, 2002, p.174). Princípios fornecem razões, mas essas razões não são conclusivas. O fato de o princípio incidir não é suficiente para decidir, há que se verificar se há outros princípios, ou outros critérios. E se o princípio não incidir também, não o afasta “*prima facie*” da aplicação na decisão do caso. O fato de não estar no âmbito de incidência não é uma razão para afastá-lo.
2. Modo de resolução de conflitos - Conflitos entre regras se resolvem pelo tudo ou nada, uma das regras exclui a outra; entre princípios a aplicação segue uma lógica de ponderação entre os dois princípios, mas diferente do que é dito em Robert Alexy.
3. Conteúdo - Regras são respeitadas de acordo com a sua origem, a fonte faz a distinção quanto à sua validade.

O positivismo jurídico é um modelo baseado em regras, mas em um sentido diferente do que Dworkin (2002) propõe. Os juízes apelam para princípios e também a regras; ou seja, os princípios podem ser aplicados porque são derivados de regras já existentes, então passam pelo teste de pedigree. Porém, para Dworkin (2002), os princípios são adotados pelo seu peso moral, não seria possível fazer um teste.

Um modelo que contempla princípios e regras e que acomode uma teoria liberal do direito era o que Dworkin pleiteava. Observe a metáfora da atuação do juiz Hércules para resolução de “casos difíceis:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais

regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, 2002, p.165)

Dworkin (2002) constrói uma figura de um juiz prudente, que se vale de conceitos jurídicos e da equidade, que possui integridade intelectual para justificar os critérios de interpretação da legislação, combinando, equilibradamente, princípios e políticas.

Dworkin (2002) utiliza a metáfora da atuação em cadeia na obra “Uma questão de princípio”, na qual o juiz pode ser forçado a escolher, por exemplo, entre duas teorias sobre o “significado” de uma cadeia de decisões:

Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo caso que tem pela frente, como um parceiro, em uma complexa cadeia de negócios, da qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz no presente dia. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de fazer avançar o empreendimento em questão, em vez de partir para alguma nova direção própria (DWORKIN, 1985, p.159).

Segundo o autor, existem objetivos políticos a serem alcançados, individualizados e não-individualizados (utilitarista, como exemplo do desenvolvimento econômico). Chama-se não-individualizado porque não é quantificado em função do objetivo, por exemplo: a redução da criminalidade. Já o caso de um objetivo político, como a liberdade de expressão, é um objetivo individualizado porque atende ao próprio indivíduo.

Objetivos não-individuados são próprios do utilitarismo porque maximizam o bem comum. Dworkin (2002) considera que os direitos individualizados protegem os indivíduos contra a maioria. Um meio pelo qual os objetivos não-individuados são materializados são as políticas. Já os direitos, correspondem aos objetivos individualizados, ou princípios. Para uma teoria liberal do direito, os princípios são caracterizados pelo seu conteúdo; ou seja, são aqueles que correspondem a objetivos individualizados.

Quão essenciais um interesse social pode ser relevante a ponto de levar um juiz a decidir contra um direito?

Comparando Alexy (2001) e Dworkin (2002), o peso em Alexy (2021) é a capacidade de um direito ser aplicado a um caso. Já o peso, em Dworkin (2002), é a capacidade de um direito prevalecer sobre metas sociais coletivas. Em Alexy (2001), o peso é

o grau em relevância, é um dos três critérios de aplicação da ponderação. Robert Alexy dirá que há uma hierarquia de pesos de princípios (ALEXY, 2001).

Na obra “Império do Direito”, Dworkin (2002) atenua a dimensão do peso, sendo assim, essa consideração some:

A doutrina atenuada do precedente exige apenas que o juiz atribua algum peso a decisões anteriores sobre o mesmo problema, e que ele deve segui-las a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor. Essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países. Obviamente, muito depende de quão forte se considere a presunção inicial. Uma vez mais, as opiniões variavam entre os advogados de diferentes jurisdições, mas também é provável que variem, numa mesma jurisdição, em muito maior (DWORKIN, 1999, pp.33-34).

Se a eles não é aplicado peso determinado; e se o peso é a capacidade de resistir a metas sociais, e se a resistência a metas sociais faz do direito um trunfo; então esses direitos passam a não ser trunfo. Nesse momento, se, por hipótese, passa-se a depender da prática jurídica, o princípio não; e, se passa-se a ser produto de prática jurídica, então não há direito preexistente (DWORKIN, 1999).

Ao longo da trajetória intelectual, o pensamento vai sofrendo mudanças e se tornando mais sofisticado, por exemplo, em “Justiça de Toga”, Dworkin (2012) faz uma correção de rumo no papel de uma teoria liberal do direito; em “Justiça para ouriços”, quem muda é o juiz Hercules.

No capítulo 8 de “Uma questão de princípio”, Dworkin (1985) diz que há uma indefinição sobre o cerne do liberalismo: o liberalismo é um conjunto de princípios, a definição de Dworkin, segundo a qual o valor principal do liberalismo é a igualdade, conclui que não existe direito à liberdade, e que o direito central é a igualdade.

Pode-se questionar: por que liberdade não pode ser um direito? Porque um direito que não oferece resistência ao interesse social não pode ser direito. Se a minha liberdade não pode ser um “trunfo” (direito preexistente) contra uma meta política necessária. O direito à liberdade pode capitular diante de metas sociais mais relevantes. Assim, não pode haver um direito geral à liberdade onde houver “liberdades” dentro de um âmbito específico. O único direito geral é o direito à igualdade. Igualdade é o único direito geral E isso possui dois sentidos, duas manifestações:

1. *Equal concerning* - Igual respeito, tratamento igual. Ser tratado como tendo o mesmo valor que todos os demais, a estratégia é o tratamento igual. Só que nós não somos iguais, e a igualdade deve ser sensível às diferenças de cada um (DWORKIN, 1985).



2. *Equal consideration* - Igual consideração – É a tentativa de dar a cada um as mesmas oportunidades, de acordo com as diferenças. A estratégia é o tratamento de forma diferente com as mesmas oportunidades, tratamento como igual é tratar cada um de tal forma que cada um passe a ser as mesmas oportunidades (DWORKIN, 1985).

Assim sendo, para o autor, um liberal deveria decidir como distribuir os recursos e como vai fazer as leis. Se todos tivessem os mesmos objetivos de vida, bastava dar os mesmos recursos e leis com o projeto comum. O que não é o caso, por sermos diferentes. Precisamos fazer igual consideração – precisamos fazer uma distribuição para que os recursos sejam distribuídos no sentido de atender que cada um receba o que precisa na exata medida em que necessita mais: a resposta é o mercado capitalista.

Na obra “A virtude soberana” a metáfora desta estratégia é a do leilão. Em um mercado absolutamente ideal, o leilão seria a manifestação de preferência individual, respeitando suas individualidades. O mercado é o mecanismo mais apropriado para distribuir os recursos segundo a igual consideração (DWORKIN, 2005).

E quanto as leis? Para Dworkin (2005), a melhor estratégia para se garantir a igualdade, para que as leis sejam no igual interesse de todos é a democracia. Na democracia, há o fato de todos terem que decidir consensualmente, teoricamente, isso poderia ser visto como assegurar a igualdade. Mesmo assim não são necessários direitos. E o autor reconhece que o mercado produz desigualdade e a democracia não contempla as minorias sufocadas pelas maiorias.

O que há de errado com os dois? Eles só contemplam métodos de ação majoritários. O raciocínio é utilitarista. A democracia também é utilitarista. Aí entram os direitos, porque são necessárias proteções contra o mercado e contra a democracia. Reconhecendo que o mercado e a democracia são necessários, mas são profundamente utilitaristas. Os direitos são como trunfos.

A seguir, serão apresentados autores que foram impactados, de alguma forma, com o debate teórico travado entre Herbert Hart (2001) e Ronald Dworkin (2002). De uma forma bem ampla, o cerne da discussão está na separação entre direito e moral e sobre a regra de reconhecimento.

## **5 O POSITIVISMO JURÍDICO QUE DERIVOU DO DEBATE ENTRE HERBERT HART E RONALD DWORKIN**

A publicação da obra de Dworkin (2002), “Levando os direitos a sério”, na qual o autor fazia críticas ao positivismo jurídico de Herbert Hart (2001), na obra “Conceito de Direito”, alguns autores, dentre eles discípulos de Hart, propuseram teses que, de uma forma ou de outra, apresentavam alternativas às críticas ou reafirmavam as teses inicialmente propostas e em debate. Esse positivismo reage a publicação de “Levando os direitos a sério”, que se inicia em 1977.

As críticas formuladas por Alexy (2001) e Dworkin (2002) contra o positivismo jurídico, bem como a descrição da teoria, eram robustas e mereciam um estudo aprofundado.

O pensamento político que confere ênfase aos direitos fundamentais teve como decorrência um movimento chamado de pós-positivismo jurídico.

Como teoria, o positivismo jurídico mostra-se admissível. Na pós-modernidade, internacionalmente, o positivismo jurídico ainda é a abordagem teórica predominante. Mesmo assim, em função das características do período pós-moderno, já apresentadas, as críticas continuam sendo formuladas. No Brasil, a importação de institutos se deu de forma equivocada, sem que se considerassem aspectos peculiares do sistema judicial brasileiro e, principalmente, das desigualdades sociais e do grau de desenvolvimento do país e suas características geopolíticas. No Brasil, a expressão desse dworkinismo chama-se neoconstitucionalismo; que, de forma enviesada, por vezes, aproxima-se do pensamento alemão de Robert Alexy (ALEXY, 2015). Aliás, o representante das correntes de pensamento alemão são representadas no Supremo Tribunal Federal na pessoa do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, e do pensamento de Ronald Dworkin, o Ministro José Roberto Barroso.

### **5.1 Positivismo jurídico pré-inclusivo**

O positivismo jurídico pré-inclusivo é a corrente adotada pelos que acreditam que as críticas de Dworkin (2002) foram mal compreendidas e que não há a necessidade de se propor uma nova teoria. Nesse sentido, a teoria de Hart (2001) continua sendo uma teoria consistente.

São autores pré inclusivos:

1. David Layons – Foi colega de Hart em Oxford, manteve a posição de Hart (2001) por ocasião do debate com Dworkin (2002), e sempre se esforçou em mostrar que as

críticas de Dworkin (2002) não passavam de mal entendidos, possui um artigo que trata do assunto: “Legal Theory post legal principles”.

2. Philip E. Soper - Também foi colega de Hart (2001), em Oxford, e também manteve a posição de Hart (2001) por ocasião do debate com Dworkin (2002); e, da mesma forma, sustentou que as críticas de Dworkin (2002) não passavam de mal entendidos. Escreveu artigo sobre o debate chamado “Legal theory and obligation of a justice”.
3. Leslie Green - Autor estadunidense, predominantemente preocupado com a temática da obrigação jurídica em contraposição à obrigação política. Promoveu intenso debate com Joseph Raz, sobre autoridade; defende uma posição sobre autoridade e obrigação jurídica que refuta Raz e retorna a Hart (2001).

## 5.2 Positivismo jurídico inclusivo

Para os adeptos do positivismo inclusivo a teoria do direito pode incluir critérios morais e, no caso do positivismo jurídico, essa inclusão ocorre por intermédio da regra de reconhecimento. Para esses autores, não há uma ligação necessária, mas há uma ligação contingente e estrutural, entre o direito e a moral. A corrente é chamada de “positivismo jurídico inclusivo” porque admite a possibilidade de inclusão de critérios morais como critérios de validação da norma jurídica. A condição de possibilidade, nesse caso, implica que seja conceitualmente possível essa validação. Os positivistas jurídicos inclusivos representam o maior grupo de positivistas pós-Hartianos, são autores representativos desse grupo:

Jules Coleman – Foi juiz de corte estadual estadunidense, um dos principais teóricos do direito contemporâneo. A obra “The Practice of Principle” é sua principal, na qual examina cada uma das críticas de Dworkin (2002), elabora uma resposta a cada uma delas e se torna o argumento principal do positivismo inclusivo.

Outros autores partem de Jules Coleman e aprofundam suas teses

1. Kenneth E. Himma – Autor do artigo “Inclusive legal positivism”. Nesse artigo, de mesmo nome do livro de Wil Walluchow, o autor realiza um rico e diversificado debate sobre as ideias contidas no livro.
2. Wil Waluchow – Autor da obra “Inclusive legal positivism”, na qual realiza uma análise sobre a teoria de Hart (2001) e sobre a crítica de Dworkin (2002); explicitando os argumentos de um e outro.

3. Mathew Kramer – Autor que protagonizou intenso debates com Hart (2001) e com Dworkin (2002), essas discussões foram consolidadas em uma obra chamada “In defense of legal positivismo”, sendo que a última edição inclui uma importante análise sobre a tese da incorporação.

### **5.3 Positivismo jurídico exclusivo**

Os autores que se filiam ao “positivismo jurídico exclusivo” não admitem a possibilidade de inclusão de critérios morais como parte da regra de reconhecimento. Há que se fazer uma distinção entre raciocínio jurídico e decisão judicial, pois o raciocínio jurídico busca desvelar qual decisão judicial seria adotada se essa estivesse totalmente condicionada às regras vigentes. Já a decisão judicial, abrange o raciocínio jurídico, assim como os aspectos políticos e consequencialista como critérios necessários à prestação jurisdicional pelo Estado.

Os positivistas exclusivos formam um grupo menor, contudo, possuem um reconhecimento muito maior do que os demais na academia e tribunais estadunidenses:

1. Joseph Raz (Israelense de nascimento e estudou com Hart)– Depois de Dworkin ,é o maior filósofo do direito, ele se beneficia do falecimento dos grandes filósofos, mas se destaca perante todos os demais; suas teses de filosofia moral e filosofia política são bastante influentes no contexto americano. Seu livro “The authority of Law” é um dos maiores livros sobre teoria do direito dos últimos 50 anos.
2. Andrei Marmor - Autor israelense, foi professor assistente de Joseph Raz em Oxford (Raz sucedeu Dworkin, que sucedeu Hart nesta mesma cadeira em Oxford), possui foco na ideia de “convenção”.
3. Scott J. Shapiro - Um dos mais respeitados teóricos do direito na pós-modernidade. Em 2011, Shapiro escreveu o livro “Legality”, uma das obras mais importantes da atualidade, tendo como público alvo pessoas leigas em direito.
4. John Gardner – Escoces, professor de Oxford, considerado um dos mais importantes autores de filosofia do direito nas academias estadunidenses. Produziu a obra “Law as a legal face”.

### **5.4 Positivismo jurídico normativo**

Os teóricos que abraçam o positivismo jurídico normativo consideram que o positivismo não seja uma descrição do que o direito é; mas como uma prescrição de como o direito deveria ser, a fim de atingir ao propósito de se construir uma sociedade justa e democrática. São os seguintes os autores que adotam o positivismo normativo como teoria admissível do direito:

1. Thomas Douglas Campbell (Tom Campbell) – Escocês, foi filósofo e jurista, ocupou cargos acadêmicos na Escócia e na Austrália, foi professor do Centro de Filosofia Aplicada e Ética Pública em Canberra. O positivismo normativo começa com a obra “Ethical legal positivism”, sendo o primeiro texto que defende que o positivismo jurídico deveria voltar a ser concebido com uma abordagem normativa, como era em Bentham.
2. Jeremy Waldron - Professor de direito e filosofia na Nova Zelândia; professor na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York; tendo sido, anteriormente, professor em Oxford.
3. Frederick Schauer – Professor de Direito da Universidade de Virginia School of Law, Professor na Kennedy School of Government, da Universidade de Harvard. Também conhecido pela tese do “positivismo presumido”, defende ideias sobre o raciocínio jurídico, especialmente sobre a natureza e o valor do formalismo jurídico. Esse autor possui uma impressionante atualidade para o Brasil, pois defende a tese do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito a partir manutenção da separação de poderes, ao impedir a realocação de Poder especificamente no bojo do judiciário, quando este interpreta as regras de competência constitucionais.
4. Neil MacCormick possui uma teoria diferente de Campbell, mas que chega a mesma conclusão, que é a teoria do direito como instituição. Sua obra chama-se “The institutions of law”, e o artigo seminal é intitulado “Law as institution”. Em ambos, MacCormick defende a ideia de que o direito deve ser compreendido como um tipo de atividade convergente. Se obedecessem ao direito ao mesmo tempo, a obediência generalizada produziria resultados positivos para todos. Os resultados positivos não dariam pelo conteúdo do direito, mas pela convergência.

Apresentados os movimentos que derivaram do debate entre Dworkin (2002) e Hart (2001), os principais autores e suas teses, importa mencionar que, cronologicamente, esses movimentos se deram com alguma simultaneidade. O debate intenso, ao contrário do que

acontece em tempos de redes sociais, era profícuo e respeitoso, com divergências entre professores que eram contemporâneos e que, por muitas vezes, divergiam de seus mestres. Nesse contexto, como professor, Hart poderia se considerar privilegiado, sendo contestado e defendido por seus ex-alunos, algumas das mentes mais brilhantes do século XX na área do direito, ainda que com pensamentos opostos, em algumas vezes. Outro ensinamento que se pode retirar é sobre a humildade acadêmica desses autores, pois, nesses debates, algumas contestações eram acolhidas pelos contestados que refaziam suas teorias. Algo inconcebível na academia brasileira.

## **6 O DIREITO NATURAL DA TRADIÇÃO ANALÍTICA DE JOHN FINNIS**

John Mitchell Finnis é um dos representantes mais produtivos da corrente que derivou da tradição da filosofia analítica. Australiano, foi orientado por Hart, tendo recebido de seu orientador a tarefa de escrever “Natural Law and Natural Rights”(FINNIS, 2011a, p.vii). Interessante notar ter recebido a missão de realizar seus estudos diretamente do próprio Hart, inclusive com o título que a obra viria a receber, o que pode indicar algum reconhecimento do orientador sobre as inclinações e aptidões de seu orientando para enfrentar um tema desafiador, o direito natural.

Inicialmente, o esforço do positivismo jurídico de retirar do direito concepções de cunho antropológico, sociológico, fenomenológico e hermenêutico, adquiriu condições de possibilidade na teoria de Finnis. Apesar das razões sociais, morais e políticas de uma ideia de justiça remeterem a se pensar a relação jurídica a partir de uma perspectiva fora do direito, o autor dá um passo atrás e começa a considerar a ação humana, e isso possibilita a consideração de aspectos exteriores ao indivíduo; sem contudo, afastar-se de um ponto de vista da filosofia analítica, e esse é um ponto relevante da teoria de Finnis.

É inegável que a consideração de aspectos temporais, assim como uma necessária distinção entre o que seja factual e axiológico seja imprescindível. O que excede a essa consideração, pode-se assim dizer, leva a considerações ideológicas historicistas e positivistas. Seguindo esse raciocínio, por esse movimento, o direito natural teria sido levado ao jusnaturalismo.

As principais influências do pensamento de Finnis foram seu fundamento analítico de Hart e Raz, e as teorias morais de Aristóteles e Tomás de Aquino (FINNIS, 1998). Isso

porque o direito natural da filosofia clássica, reafirmada na filosofia medieval (FINNIS, 2007) se perde na modernidade. E retorna-se à discussão entre a separação entre o direito e a moral.

Finnis é sensível ao fato que o pluralismo, de algum modo, afeta a ética. Identifica-se, seja qual for a concepção particular que se venha a adotar, a ausência (ou necessidade) de uma moralidade incontestada, oponível a qualquer interesse individual, algo consensual e reconhecidamente limitante da ação individual (FINNIS, 2011a, p.165).

Um dos pontos que Finnis busca atacar é a concepção de um jusnaturalismo baseado apenas na ética. Para isso, vale-se de um método analítico de ver a conduta; realiza uma análise lógica e formal do direito e parte para o que chama de “apreciação e descrição do direito”(FINNIS, 2011, p.9). Nesse momento, opõe-se ao mestre, identificando no positivismo uma espécie de negligência metodológica, que deixa de considerar o que se mostra nítido nos pressupostos hermenêuticos dos quais parte: a impossibilidade de se descrever fenômenos objetivamente, sem que se tome, em algum momento, por referência, um “caso central”(FINNIS, 2011, p.430), uma situação representativa, um marco; e, por outro lado, que toda a descrição é avaliativa, sendo impossível uma visão estéril, ou seja, não se consegue descrever o direito sem que se o faça de forma afastada de caso central e sem ser avaliativo. Na defesa do “caso central”, Finnis argumenta que, nas humanidades e no direito, há um ganho em se preferir o enfoque nos casos centrais em detrimento de casos periféricos. Poder-se-ia, inclusive, fazer um paralelo com o raciocínio de Max Weber, ao considerar metodologicamente tipos ideais para descrição sociológica, sendo esse um exemplo de técnica de uso de caso central (FINNIS, 2011a, p.16).

Isso leva a um conceito basilar na teoria de Finnis (2011a), que as ações humanas só podem ser consideradas a partir de seus fins ou da noção de bem (eudamonia). Essa ideia é claramente trazida da obra “Ética à Nicômaco” de Aristóteles, “supõe-se que uma avaliação livre de valores...”. Não é imediata a conexão desse pensamento com o conceito de “razão prática”. Contudo, uma descrição relevante é avaliativa e acomoda determinado caso. Nessa avaliação, deve-se, segundo Finnis (2011a), considerar a existência de uma multiplicidade de conceitos de direito, ou seja, sem preocupar-se com especificamente nenhuma, reconhece-se que existam várias; e, há a necessidade de realização de uma escolha de conceito de direito; e, logicamente, essa necessidade decorre da multiplicidade de conceitos.

No pensamento analítico de Hart e Raz, Finnis encontra a legitimidade da descrição analítica que, ao contrário de críticas recebidas pelos autores que toma por base, no sentido de incorporarem aspectos valorativos na forma de descrever o direito. Nesse contexto, há um

diálogo com a filosofia da linguagem de Wittgenstein e, particularmente, quanto aos “jogos de linguagem”(FINNIS, 2011a, p.305).

O pensamento de Finnis (2001a) foi aprofundado e aplicado nos Estados Unidos da América, em oposição à “falácia naturalista” de David Hume que o natural (deveres morais e jurídicos) não deriva do dever-ser, mas do ser, ou seja, a mera descrição do que a natureza “é” (FINNIS, 2011a, p.301). Essa visão refuta dois pressupostos sobre a natureza dupla do direito, sendo uma parte positiva e outra axiológica (direito natural); e que deveria haver alguma “prevalência” da parte do direito natural sobre a parte do direito positivo, o que o autor não aceita, pois afirma que o direito é formado por práticas e nessas se constata a intencionalidade. O direito, enquanto teoria social, busca descrever um objeto, que são as ações práticas que podem ser vistas pelo viés do seu objetivo e essencialidade (intencionalidade). São representantes deste aprofundamento Robert Peter George, professor de Princeton, aplicando a teoria a questões jurídicas e políticas, predominantemente (KEOWN;GEORGE, 2013); e Mark Murphy, professor da Georgetown University, filósofo, refletindo sobre razão prática, jurisprudência e política (MURPHY, 2007). De certa forma, Finnis estabelece um diálogo com a teoria de Ronald Dworkin.

Em Finnis, a ação humana só pode ser considerada política se for racional, ou seja, se for pautada em uma razão prática pública, pois o compromisso da lei natural é com a razão e essa é necessariamente comunal, pública (FINNIS, 2011a, p.111). Essa racionalidade prática se manifesta, objetivamente, por bens humanos essenciais; que seriam irrefutáveis, eis que toda a vez que se tenta refutá-los se os reafirma. Esses bens devem ser garantidos pelo Estado. Finnis (2001a) considera bens essenciais a vida; o conhecimento, o “jogo”; a experiência estética; a sociabilidade; a razoabilidade prática; e, a religião. Se há bens humanos essenciais a conformar os chamados “direitos fundamentais”, o bem comum deve superar o individualismo radical. Ou seja, não há uma moral individual, sendo finalidade do direito a compreensão da liberdade do homem no convívio social. Assim, o papel do Estado na sociedade é um dos pontos mais importantes de sua teoria do direito natural, que se perfaz em um “Estado de Direito”.

Para que uma ação seja considerada baseada na razoabilidade prática, deve-se integrar nessa ação individual o bem comum; resta, inevitavelmente, por refutar o utilitarismo, o proporcionalismo, o relativismo, o consequencialismo e o ceticismo. Isso leva a se pensar o direito eticamente (FINNIS, 2011a).



O direito natural, em Finnis (2011a), repousa no conceito de razão prática, sendo resultado de um processo cognitivo, o que pressupõe que qualquer ser humano pode conhecer a lei natural. A noção do justo pode ser vista como um atributo de caráter; nesse ponto, o direito aproxima-se do “justo” e afasta-se do “ético”, já em Finnis (2011b), explora-se a habitualidade e ressalta a influência dessa na razoabilidade prática.

Finnis (2011a) reconhece que Tomás de Aquino traz de Ulpiano o conceito de justiça enquanto vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (justiça como equidade). Nisso, estão três chaves interpretativas do direito natural finisiano: a intersubjetividade das ações que se voltam ao outro; a igualdade, pois a justiça se manifesta de forma geométrica e aritmética (ou proporcional); em uma dimensão de justiça individual, que distribui bens (ou encargos); e, ainda, na igualdade de trocas que permitam o atingimento dos bens humanos essenciais. E, por intermédio de uma visão generalista, desdobra-se em uma justiça que favoreça o bem comum.

John Finnis (2011a) defende que o direito natural confere racionalidade ao direito positivo, ou seja, o direito é o caso central a ser estudado; e que o direito natural é subjacente ao direito positivo, sendo uma instituição humana importante para o bem comum, assim como o Estado.

Finnis (2011a) enxerga a realidade por intermédio de suas lentes; e, nesse viés, enfrenta os problemas decorrentes da tese das fontes sociais do direito positivo, na qual encontra suas origens (fontes) nos atos de instituições humanas, autorizadas, estabelecidas e competentes.

Finnis(2011a) é um teórico do direito natural, que, ao iniciar seu livro “Natural Law and Natural Rights, sustenta a existência de bens humanos que só podem ser garantidos por intermédio de instituições humanas de direito, atendidos requisitos de razoabilidade prática; aos quais apenas essas instituições podem satisfazer. O autor esclarece, *ab initio*, que o livro tem como propósito identificar esses “bens” assim como os requisitos de razoabilidade prática a pautar a forma como essas “instituições humanas de direito” legitimam seus atos; e, em que medida, e até onde essa atuação pode vir a se apresentar problemática (FINNIS, 1980, p.3).

O comportamento humano avaliado segundo um critério axiológico, racional e razoável é materializado em Finnis (1980) como bens humanos fundamentados pela razoabilidade prática. Os bens humanos são “condições que permitem aos membros de uma comunidade alcançar objetivos razoáveis; o agir de modo razoável é aquele cujo o valor justifica a colaboração de uns com os outros em uma comunidade” (FINNIS, 2011, pp.149-

150). Isso se confirma com a razoabilidade prática por ser a condição de possibilidade de se utilizar, eficientemente, a inteligência; pois, ao se desenvolver a razoabilidade prática, da qual a ação é resultado, pautam-se as escolhas e o modo de viver em comunidade, conforma-se racionalmente o caráter (FINNIS, 2011, p.154).

## 7 CONCLUSÃO

A Filosofia analítica e a valorização da linguística na filosofia, materializam-se, em uma primeira fase, no ajuntamento de pesquisadores na Escola de Cambridge e no “Círculo de Viena”, sendo as ciências seu objeto de estudo comum. O Direito passa a ser influenciado por uma visão autônoma, que tende a rejeitar elementos estranhos ao fato jurídico. Nesse momento, não se construiu ou idealizou o que seria o “dever ser”, mas o que o direito é. Essa influência analítica foi importante e determinou os rumos da interpretação jurídica a partir de então. O grupo de Oxford, opondo-se a Cambridge e ao “Círculo de Viena” e, com forte influência das ideias do “segundo Wittgenstein”, passou a se afastar da pureza do logicismo e se aproximaram da linguagem comum. O filósofo da linguagem britânico John Langshaw Austin foi mencionado como aquele que propôs estudos sobre o sentido.

A apresentação do positivismo jurídico de Herbert Lionel Adolphus Hart e da obra "O Conceito de Direito", foi relacionada como teoria que toma por suporte os conceitos da filosofia analítica. A estrutura do pensamento de Hart, inicialmente, refutou das ideias de John Austin e seu imperativismo jurídico que relacionava norma e sanção para compreender o direito como um resultado de uma análise de linguagem. O positivismo de Austin privilegiava a força do Estado, da coerção e do temor da sanção por parte dos jurisdicionados; ou seja, o Direito seria resultado de uma “violência”, que levaria o indivíduo à abstenção de condutas vedadas pela força legiferante do Estado, assim como à adoção de medidas incentivadas. Em Hart (2011a), o positivismo jurídico está subjacente ao entendimento comum de regras e obrigações, sendo o processo interpretativo essa operação apta a fazer emergir o sentido e o alcance do Direito.

A teoria liberal do direito de Ronald Dworkin (2002) legitima-se a partir de uma visão política particular, o liberalismo. A obra “Levando os direitos a sério”, assim como a obra “Uma questão de princípios”, é firmemente estabelecida sobre os pressupostos da ideologia liberal. O liberalismo é apresentado junto com a teoria do direito de Dworkin (2002) e um não pode ser dissociado de outro, essa é uma importante conclusão para o direito na pós-

modernidade. Quando Dworkin (2002) afirma que o positivismo jurídico é a teoria do direito dominante em sua época, não se refere apenas ao positivismo, mas também ao utilitarismo. Em “Levando os direitos a sério”, há um esforço argumentativo que, além de apresentar uma teoria liberal do direito, contraditou o positivismo jurídico; assim sendo, o autor fez dois esforços argumentativos; um, de apresentar uma teoria completa do direito, e outro, de propor uma teoria da decisão e uma teoria da observância das leis. Uma conclusão sobre a obra de Dworkin (2002) é que, apesar de argumentar com maestria, articulando conceitos e ideias, seus argumentos contradizem algo que não é o Positivismo Jurídico. O positivismo jurídico atacado é uma distorção do que a teoria positivista realmente é. A fonte de Dworkin (2002) é a mesma filosofia analítica, vista por outra perspectiva. O utilitarismo jurídico, segundo Dworkin(2002), apresentava-se como uma teoria específica sobre o alcance das leis, uma teoria consequencialista, que impactava na teoria da legislação. Essa teoria utilitarista do direito teria a pretensão de causar o maior bem possível, ao maior número de pessoas, o propósito último seria o de se alcançar o justo, a justiça. Dworkin (2002) propôs uma teoria do direito liberal analítica.

Conclui-se que, no debate Dworkin (2002) e Hart (2001), o tema mais importante foi o da separação, ou não, entre direito e moral. Os demais debates decorreram dessa distinção. Contudo, a decorrência do debate entre Hart (2001) e Dworkin (2002) foi frutífera por surgirem teorias subsidiárias que têm sido acolhidas em muitos tribunais, seja dos sistemas jurídicos das tradições da *civil law* e da *common law*. O positivismo hartiano pré-inclusivo foi uma corrente adotada pelos que acreditam que as críticas de Dworkin foram mal compreendidas e que não haveria a necessidade de se propor uma nova teoria. Nesse sentido, a teoria de Hart (2001) continuaria sendo uma teoria consistente. O positivismo jurídico inclusivo seria uma proposta na qual se admitia que a teoria do direito possa incluir critérios morais; e, no caso do positivismo jurídico, esta inclusão ocorreria por intermédio de uma regra de reconhecimento. Para autores adeptos a essa teoria, não haveria uma ligação necessária, mas sim uma ligação contingente e estrutural entre o direito e a moral. A corrente foi chamada de “positivismo jurídico inclusivo” porque admitia a possibilidade de inclusão de critérios morais como critérios de validação da norma jurídica. A condição de possibilidade, nesse caso, levava à conclusão de que seria conceitualmente possível essa validação. O positivismo jurídico exclusivo seria uma teoria do direito que não admitiria a possibilidade de inclusão de critérios morais como parte da regra de reconhecimento. Haveria, sim, que se fazer uma distinção entre o que se pode chamar de “*ratio decidendi*” e decisão judicial

propriamente dita, pois a “*ratio decidendi*” buscaria desvelar qual decisão judicial seria adotada se essa estivesse totalmente condicionada às regras vigentes. Já a decisão judicial, abrangeria a “*ratio decidendi*”, assim como os aspectos políticos e consequencialistas, como critérios necessários à prestação jurisdicional pelo Estado. E, finalmente, dentre as correntes que derivaram do debate entre Hart (2001) e Dworkin (2002), o positivismo jurídico normativo, que seria uma teoria na qual não se consideraria que o positivismo fosse uma descrição do que o direito é; mas que seria uma prescrição de como o direito deveria ser, a fim de atingir ao propósito de se construir uma sociedade justa e democrática.

As conclusões convergem para o entendimento de que a teoria do direito seguiu rumos robustos e que são os mais estudados na atualidade. Apesar das importações teratológica e fora de contexto que são aplicadas no Brasil pela academia, os tribunais brasileiros ainda são reticentes em relação ao que se propõe na doutrina. O fato é que a jurisprudência dos valores tem sido aplicada, muitas vezes, sem o rigor que se espera da decisão judicial. Há um modismo dworkiniano e a importação de fundamentos de sistemas estrangeiros sem o devido cuidado. Os tribunais, ressalte-se, dos países mais desenvolvidos, têm se esmerado em fundamentar cuidadosamente as decisões judiciais, mormente as de impacto na interpretação constitucional. Sabe-se a *ratio decidendi* a fundamentar a decisão colegiada (até mesmo para permitindo ao jurisdicionado o contraditório e a ampla defesa de seus direitos). Isso, em parte, deve-se à crítica da filosofia analítica e da linguagem, a exigir precisão e objetividade. No Brasil, trilha-se, perigosamente, caminhos que têm posto em risco a segurança jurídica e as bases do Estado democrático de direito.

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Zilda Hutchinson Schild Silva (tradução). São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora Ltda. 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradução). 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2015.

AUSTIN, J. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

COELHO, A. **Teoria do Direito**: preparatória para aula 6. FND-UFRJ. Disponível em < [https://youtu.be/id0gE\\_oz0sA](https://youtu.be/id0gE_oz0sA) >. Acesso em 06 de fevereiro de 2021.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira (tradução). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Jefferson Luiz Camargo (tradução). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Jussara Simões (tradução). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Justiça para Ouriços**. Pedro Elói Duarte (tradução). Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

FINNIS, John Mitchell. **Natural law and natural rights**. 2nd edition. Oxford: Clarendon Press, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Porto Alegre: Fabris Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Human Rights and Common Good**. Collected Essays: Volume III. Oxford: Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **Reason in Action**. Collected Essays: Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

\_\_\_\_\_. **AQUINAS: Moral, Political, and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FREGE, J.G. **Os Fundamentos da Aritmética**: Uma investigação lógico-matemática sobre o conceito de número. Luís Henrique dos Santos (tradução). In. **ESCRITOS COLIGIDOS: Sobre a justificação científica de uma conceitografia; Os fundamentos da aritmética de Gottlob Frege**. Por Charles Sanders Peirce. Armando Mora D'Oliveira e Sergio Pomerangblum (tradutores). Coleção Os Pensadores. V. XXXVI. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

HART, H.L. **O Conceito de Direito**. A. Ribeiro Mendes (tradução). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **El Concepto del Derecho**. 3. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

HOLMES, O.W.J. **The Common Law**. New York: Barnes & Noble Editors, 2004.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado (tradutor). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEOWN, John; GEORGE, Robert P. **Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MURPHY, Mark C. **Philosophy of law : the fundamentals**. Malden: Blackwell Publishing, 2007.

PINHEIRO, V.S. **Palestra sobre Jusnaturalismo**. III Jornada de Teoria do Direito. Universidade Federal do Pará. 2015. Disponível em < <https://youtu.be/YZsRSvWoDIw> > Acesso em 02/07/2021.

O'CONNOR, J.J.; ROBERTSON, E.F. **Ludwig Josef Johann Wittgenstein**. MacTutor. School of Mathematics and Statistics, University of St Andrews, Scotland. 2003. Disponível em < <https://mathshistory.st-andrews.ac.uk/Biographies/Wittgenstein/> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

ROSS, A. **Direito e Justiça**. Edson Bini (tradução). Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SOAMES, S. **El Surgimiento de la Filosofía Analítica: Frege, Moore, Russell y Wittgenstein**. Francisco Melgar Wong, Jaime Castillo Gamboa, Pamela Lastres Dammert, Eduardo Villanueva Chigne (tradução). Madrid: Editorial Technos, 2019.

ULHOA COELHO, F. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. João José R. L. de Almeida (tradução). Wittgenstein Translations. Campinas: UNICAMP, 2017.

\_\_\_\_\_. **Da Certeza**. António Fidalgo (tradução). Lisboa: Edições 70, 2012.

\_\_\_\_\_. **Conferencia Sobre Ética**. Edición Electrónica de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl) /Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

\_\_\_\_\_. **Investigações Filosóficas**. João José R. L. de Almeida (tradução). Wittgenstein Translations, Campinas: UNICAMP. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tractatus Logico-Philosophicus**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & CO., Ltd. New York: Harcourt, Brace & Company, Inc. (1922). C. K. Ogden (translator). International Library of Psychology Philosophy and Scientific Method. Project Gutenberg's e-book. 2010.