

O Nascimento do Positivismo Jurídico Inclusivo

2.1

O positivismo jurídico como tradição

O positivismo jurídico constitui um conjunto de proposições teóricas em torno de determinados aspectos fundamentais do ordenamento jurídico, como sua definição e relação com outros fenômenos normativos.⁷ Sob a etiqueta de “positivismo jurídico”, muitos autores afirmaram teses diversas, logicamente independentes e até mesmo conflitantes⁸. A preocupação inicial será apresentar tal corrente de pensamento como uma tradição que começa a se estruturar com a formação do Estado Moderno e se desenvolve desde então, ocupando papel central na teoria do direito.

Embora alguns autores sustentem que os partidários do positivismo jurídico tenham sofrido influência do positivismo filosófico, tal qual definido a partir do pensamento de Auguste Comte (1798-1857) e seus seguidores, estes não se confundem⁹. A denominação “positivista”, com destaque Dimitri Dimoulis, não

⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 66. Cf. STRUCHINER, Noel. “Algumas ‘Proposições Fulcrais’ acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo” in *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415.

⁸ Cf. BIX, Brian. “Legal Positivism”. In GOLDING e EDMUNDSON (org) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Victoria: Blackwell, 2006, p. 29-49; HART, Herbert. “Positivism and the separation of Law and morals” *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 593; BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1999, p. 37-64; CARRIÓ, Genaro. “Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico” in *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, p. 203 et seq.

⁹ É recorrente na doutrina nacional a vinculação entre positivismo filosófico e positivismo jurídico. Por todos, cf Luis Roberto Barroso, para quem “o positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito”. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro” in BARROSO (Org) *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.24.

No entanto, embora possa ter havido algum tipo de influência de um em outro, trata-se de correntes distintas de pensamento. Cf. DIMOULIS, Dimitri, op. cit., p. 66 “É inegável que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político.”

Neste sentido, positivismo seria o “sistema filosófico formulado por Auguste Comte, tendo como núcleo sua teoria dos três estados, segundo a qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura, passa por três etapas: a teleológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. As ciências se ordenariam hierarquicamente, cada uma tomando por base a anterior e atingindo um nível mais elevado de complexidade. A finalidade última do sistema é política: organizar a sociedade cientificamente com base nos princípios estabelecidos pelas ciências positivistas”. (JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 217.) Ainda de acordo com os autores, num sentido mais amplo e vago, “positivismo” pode ainda designar outras teorias do século XIX como a de Mill,

deriva do movimento filosófico, mas do termo *ius positivum* ou *ius positum*, indicando a preocupação com o estudo do direito posto.¹⁰

Termos ligados à positividade do direito passam a ser correntemente utilizados a partir da terceira década do século XII na Europa, indicando o direito criado e imposto pelo legislador. Já na obra de Hugo de Saint-Victor do ano de 1127 – *Didascalicon* – há menção ao termo *iustitia positiva*.¹¹ No entanto, Pattaro identifica a origem remota do uso do termo no século IV d.C., na tradução de Calcídio de diálogos platônicos para o Latim¹². Já na compilação do Imperador Romano Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*, publicado entre os anos 529 e 534, a expressão *legem ponere* aparece pela primeira vez como termo jurídico.¹³

Segundo Fassò, é na obra de Pedro Abelardo (1079-1142), filósofo tido como o mais racionalista dos escolásticos, e em outros escritos anônimos da época que a expressão *ius positivum* é encontrada, revelando que a “positividade” a que o positivismo jurídico se referia era a concepção formal das normas, o estar estabelecidas por um ente a que se atribuía o poder exclusivo de criar o direito, e, em definitivo, em referência àquela qualidade sua pela qual desde os últimos anos do período medieval, o direito formalmente vigente se chamava positivo, por haver sido precisamente posto, *positum*, por uma autoridade.^{14 15}

Todavia, é na obra do francês Jean Bodin (1529-1596) – *Os Seis Livros da República* – que idéias positivistas começam a ganhar densidade, já que o autor considera que as leis existem única e exclusivamente por força da vontade do soberano, embora, para Bodin, o soberano estivesse submetido a leis divinas e naturais¹⁶. No entanto, Bodin apresenta as leis da sociedade como fruto da vontade do legislador, ao contrário do pensamento dominante da Idade Média

Spencer e Mach que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade. (Idem)

¹⁰ DIMOULIS, *op. cit.*, p. 68.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 239.

¹² PATTARO, Enrico (org). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht: Springer, 2005, p. 80

¹³ Idem.

¹⁴ FASSÒ, Guido. *História de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Pirámide, 1996, vol. 1 p. 172-173 e vol. 3 p. 151-152.

¹⁵ Apesar da origem do termo ser milenar, o positivismo jurídico como uma abordagem quanto à natureza do direito, podendo ser assim considerado uma “teoria”, tem cerca de dois séculos de existência, a partir da *Jurisprudence* inglesa, como se verá adiante.

¹⁶ BODIN, Jean. *Six Books on the Commonwealth*. Trad. M. J. Tooley. Oxford: Basil Blackwell Oxford, 1955. Disponibilizado no endereço eletrônico: http://www.constitution.org/bodin/bodin_.htm

que adotava um pluralismo de fontes, entendendo as leis como decorrentes da vontade do povo, da Igreja, dos senhores feudais e dos juristas.¹⁷

Thomas Hobbes (1588-1679) também ocupa elevado destaque na consolidação do pensamento positivista¹⁸. Ele não abre mão da crença na existência de um direito natural, mas faz fortes críticas a ele, centradas, sobretudo, na insegurança gerada. De acordo com Hobbes, o conceito de direito poderia ser estabelecido de forma convencional, ao invés de se partir da observação da realidade.¹⁹

Apesar de existir certa recusa em classificá-lo como um positivista, muitas das idéias de Hobbes estão intimamente ligadas a esta corrente, apresentando algumas características típicas do positivismo como o formalismo e o imperativismo²⁰. Ao vincular o direito ao mandato de um soberano, subscreve a tese das fontes sociais. Além disto, o autor nega a existência de alguma forma de justiça objetiva independente do direito. Portanto, em nome da necessidade de garantir os valores pelos quais existem a comunidade política, sobretudo a ordem, a segurança pessoal e a vida dos cidadãos é que se deve refutar uma idéia de direito que o vincule com a de justiça ou injustiça.²¹ Assim, mesmo que não se possa considerar Hobbes como um autor positivista na inteireza do termo, uma vez que admite a existência de um direito natural ao lado do direito positivo, certamente é um autor de transição entre as duas correntes e de suma importância para o pensamento positivista.²²

Todas estas premissas teóricas vêm a se consolidar paralelamente ao estabelecimento do Estado Moderno e a correspondente monopolização do poder político pelos aparelhos estatais, aliados a ideais racionalistas de produção do direito. As codificações do século XIX refletem a materialização deste pensamento.

No século XIX, as raízes da análise positivista do direito podem ser encontradas nas obras de juristas franceses e belgas da *École de l'Exégèse*, que compreendiam o direito como aquilo e apenas aquilo criado pelo legislador. O marco histórico dessa corrente foi o Código de Napoleão de 1804. A idéia da

¹⁷ DIMOULIS, op. cit., p. 69.

¹⁸ PALÁ, Pedro Rivas. *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*. Madrid: Civitas, 2007, p. 17; BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 36; DIMOULIS, *Positivismo Jurídico*, op.cit., p.69.

¹⁹ PALÁ, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*, op. cit., p.17 et seq.

²⁰ Bobbio, por exemplo, considera estes alguns dos "pontos fundamentais" da doutrina juspositivista. Cf. BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 131 et seq.

²¹ PALÁ, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*, op. cit., p.18

²² BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 146-147.

codificação surge na segunda metade do século XVIII como fruto do pensamento iluminista, e representa uma experiência jurídica dos dois últimos séculos típica da Europa continental.²³ Nesse contexto, surge a Escola da Exegese, centrada numa interpretação passiva e mecânica do Código. A técnica adotada assume pelo trato científico a mesma distribuição da matéria adotada pelo legislador, resumindo-se tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do Código.²⁴ Seus autores se fundavam na primazia do direito positivo sobre o direito natural²⁵, a concepção rigidamente estatal do direito, a interpretação da lei fundada na vontade do legislador, o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade.²⁶

Na Alemanha, o primado do pensamento positivista é atribuído à Escola Histórica do Direito, com forte rejeição ao jusnaturalismo e ao universalismo, centrado suas análises no direito vigente de seu país. Seu maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny, e o ponto central da referida Escola era encarar o direito não como um fruto da idéia da razão, mas como um produto da história.²⁷

Nos países do *commom law*, onde o movimento codificador tem traços totalmente distintos da Europa continental, a concepção positiva do direito está ligada ao desenvolvimento da *Jurisprudence*, termo utilizado para designar a teoria geral do direito. É a partir deste momento que se pode falar numa verdadeira “teoria” do direito positivo, que buscava delimitar a sua natureza e objeto. Nesse contexto, dois nomes foram decisivos: Jeremy Bentham e John Austin.

Jeremy Bentham publica em 1789 a obra *An introduction to the principles of morals and legislation* (Introdução aos princípios da moral e da legislação), ponto de referência na sua concepção jusfilosófica. Bentham desenvolve uma concepção utilitarista e a aplica na produção legislativa, partindo de uma visão

²³ BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, op. cit. p. 63

²⁴ *Ibid*, p. 78

²⁵ Em virtude da milenar tradição cultural do direito natural, os expoentes da escola exegética não ousaram negar tal direito, mas desvalorizaram sua importância e significado prático.

²⁶ *Ibid*, p. 83-89. Dentre os principais autores da corrente destacam-se: Alexandre Duranton, Charles Aubry, Frédéric Charles Rau, Jean Demolombe e Tropolong.

Há quem discorde da visão usualmente atribuída à Escola da Exegese. Cf. REMY, Philippe. “Éloge de L’Exégèse”. *Revue de Recherche Juridique*, n.1, 1982, p. 254-266. Para Remy, não se tratou verdadeiramente de uma “escola”, mas de uma “grande obra”, cuja filosofia característica é a da liberdade. Se ao invés de se ater apenas aos prefácios das obras da “escola” busca-se a sua essência, vê-se que elas vão além da exegese da letra da lei e encontrar-se-ão afirmações de opiniões políticas pessoais, como a de Duranton, que sustentara que “uma lei injusta é antes uma anomalia que uma lei”.

²⁷ Em oposição ao “culto ao código” da Escola da Exegese, Savigny era contrário à codificação do direito da Alemanha de sua época por considerar que este se encontrava em um período de decadência, carecendo assim da maturidade necessária à codificação, que ao invés de resolver os males do direito alemão, poderia agravá-los. (BOBBIO, 1999, p. 57-62)

antinaturalista e antiracionalista. Sua publicação é fruto da compilação dos textos escritos em 1780 com uma nota sobre a Declaração Americana dos Direitos do Homem. A obra se abre com a colocação do princípio da utilidade: o bem-estar (felicidade) é o fim último do homem, e, por conseguinte, a busca do prazer e a fuga da dor constituem os motivos de todas as ações.²⁸

O princípio da utilidade tem origem no epicurismo. Não sendo o objetivo deste trabalho uma análise do utilitarismo enquanto postura filosófica, podemos apenas indicar três teses que são compartilhadas pelos diversos pensadores desta corrente. A primeira delas sustenta que direito e Estado se baseiam na busca do útil, e não em um princípio superior de justiça. Em segundo lugar, não haveria um direito nem um estado sem fim. Esse fim é exatamente a busca do maior bem estar pelo maior número de pessoas. Finalmente, direito e Estado são concebidos como sistemas de equilíbrio social de interesses individuais para assegurar o interesse coletivo.

Particularmente, o utilitarismo de Bentham é centrado na concepção realista do útil, e assim, toda norma jurídica deve ser analisada sob o aspecto do quanto ela é capaz de aumentar o bem estar coletivo, tido como a soma dos interesses individuais. Ele enuncia o princípio da utilidade, afirmando que “a natureza colocou o homem sob domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer”²⁹. Assim, o “princípio da utilidade recorre à sujeição e a coloca como fundamento do sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”.³⁰

Bentham tece duras críticas a William Blackstone, que fora discípulo de John Locke e representava um ícone do pensamento jusnaturalista no Reino Unido, concebendo a lei como a vontade de Deus manifestada sobre todas as coisas. Para Bentham, o direito é um instrumento para atingir fins. O direito natural não existiria, sendo apenas expressões vazias de sentido. O *common law* representa incerteza e insegurança.³¹

A figura do soberano deveria se sustentar sobre dois poderes distintos: o poder imperativo, isto é, o poder de produzir normas; e de outro lado, um poder

²⁸ Cf. SGARBI, Adrian. *A Teoria do Direito de Jeremy Bentham*, 2009, mimeo; FASÒ, *História de La Filosofía Del Derecho*, op. cit., p. 30 et se.q

²⁹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 3

³⁰ Idem.

³¹ Cf. HART, Herbert. “The demystification of the law”. In *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon, 2001, p. 26.

físico de infligir sanções. A sanção era tida como o instrumento jurídico de realização do utilitarismo

Além da influência direta de Hobbes, pode-se notar uma forte influência do pensamento de Helvetius, ao fazer da “lei do interesse” a analogia, para o universo moral, das leis do movimento do universo prático; e de Beccaria, que havia retomado a analogia extraíndo conseqüências para legislação³², sobretudo penal, confiando-lhe a tarefa de “conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida.”³³

A originalidade do pensamento de Bentham não está tanto no estabelecimento de uma teoria utilitarista simplesmente, mas nas severas críticas às teorias do direito natural e seus prolongamentos políticos. Opõe-se diretamente às teses que pretendem fazer da lei natural, e não da utilidade, o princípio da legislação: dizer que há uma regra eterna e imutável do direito, evocar o direito natural, a eqüidade natural, os direitos do homem, é, com efeito, julgar arbitrariamente que tal ação é boa ou má não porque ela aprove ou contrarie o interesse daqueles em questão, mas porque ela agrada ou desagrade àquele que julga.³⁴ O princípio de direito natural é, na verdade, um princípio de “simpatia ou antipatia” - já que aqueles que se valem do direito natural só fazem, graças a noções abstratas que são puras ficções (necessidade do empirismo), ditar seus sentimentos como leis e se arrogar o privilégio da infalibilidade.

São, portanto, as leis positivas, arrumadas pelo legislador com o intuito de maximizar ou minimizar os prazeres, as únicas que dão existência aos direitos. As leis reais dão nascimento aos direitos reais, enquanto o direito natural é apenas uma criação da lei natural, que nada mais é do que uma ficção, logo, como nada vem do nada, o direito natural não é nada.

Declarações de direitos do homem são jargões vazios de sentido, pois não há direitos anteriores às leis. No entender de Bentham, o pretenso benefício das Declarações seria, segundo seus autores, prevenir toda invasão das leis positivas sobre a liberdade dos cidadãos, ou toda ameaça dessas mesmas leis à sua igualdade. Ora, não só essas Declarações são ineficazes e não impedem de maneira nenhuma tais ameaças e tais invasões, como também são geradoras da

³² FASSÒ, Op. Cit, p. 30.

³³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

³⁴ Cf. BENTHAM, Jeremy. *A fragment on government*. London: T Payne, 1776, p. 8 *et seq*

anarquia por causa da imprecisão de suas noções: dizer que os homens têm direitos naturais à igualdade e à liberdade, sem maiores esclarecimentos, é convidar o indivíduo a se levantar, em nome destes valores abstratos, contra as leis existentes, a negar estas leis reais em nome de uma fictícia lei natural, convida-se assim cada um a erigir seu capricho em uma pretensa lei diante da qual as leis positivas deveriam se destruir.³⁵

Pouco mais de quarenta anos depois, Austin busca definir o objeto do estudo do direito em sua principal obra, *The province of jurisprudence determined* (A Delimitação do Objeto do Direito - 1832)³⁶, e o faz o limitando ao estudo do direito positivo, isto é o direito imposto por superiores aos seus súditos. Diversos autores apontam Austin como o fundador do positivismo jurídico.³⁷

Para Austin, antes de se entender a aplicação do direito se fazia necessário entender a dimensão do direito, separando-o de tudo aquilo que assim não o era.

O fim ou o propósito das seis lições seguintes consiste em distinguir as leis positivas (o objeto do direito) das coisas antes enunciadas: coisas com as quais se relacionam por semelhanças e analogias, por seu nome comum de 'leis' e com as quais, por conseguinte, se mesclam e se confundem com freqüência. Portanto, em virtude de que este é o propósito principal das seis lições seguintes, as denomino, considerando-as em seu conjunto, 'o objeto do direito'. Já que este é o seu principal propósito, as seis lições intentam trazer o limite que separa o campo do direito das zonas que se encontram em seus confins.³⁸

Austin é pioneiro em distinguir com clareza a existência de uma norma do seu conteúdo.

A existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não, é uma questão; se acomoda ou não a um presumido modelo, é questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que desgostemos dela, ou ainda seja disforme quando a respeito de critério com o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação. Esta verdade, quando se afirma em abstrato, é tão simples e evidente como parece ocioso insistir nela. Porém, apesar de simples e evidente como parece em abstrato, tem sido esquecida em muitos casos concretos, e a enumeração de exemplos chegaria a um volume completo³⁹

³⁵ BENTHAM, Jeremy. "La estructura del derecho" in CASANOVAS, P. e MORESO J. J.(org) , *El ámbito de lo jurídico: Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo* . Barcelona: Crítica, 1994 p. 132-146. Cf. BENTHAM, Jeremy. "Anarchichal Fallacies" in BOWRING, John (org). *Works of Jeremy Bentham*, vol. II. Edimburgh: William Tait, 1843.

³⁶ Para uma análise sistemática da obra, cf. SGARBI, *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁷ BIX, Brian "Legal Positivism", op. cit. p. 29.

³⁸ AUSTIN, Jonh. *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid : Marcial Pons , 2002, p.26.

³⁹ Ibid, p. 188

O conceito de lei, para Austin, é dado pelo trinômio desejo, dano e comunicação do desejo, numa estrutura de forte cunho utilitarista, na esteira de Bentham, segundo a qual para evitar uma dor indivíduos racionais se comportariam de acordo com as leis. O desejo a que se refere Austin é a manifestação de vontade de um ser racional, o soberano, a outro ser racional para que faça ou omita algo. Soberano é aquele habitualmente obedecido e fonte de todo o direito. As leis que não se enquadram neste trinômio são consideradas leis anômalas, porque são interpretativas, revogadoras ou imperfeitas.

Austin rejeita as teorias contratualistas, pois constituem uma construção não empírica, tratando-se de uma ficção, uma hipótese desnecessária e supérflua. “o pacto dificilmente obrigaria os súditos originários ou sucessivos (..) toda convenção juridicamente vinculativa (ou qualquer convenção propriamente dita) deriva sua eficácia jurídica de uma lei positiva.”⁴⁰

Confrontando a postura de Bentham com a de Austin vemos que ambos desenvolvem uma teoria de cunho utilitarista e delimitam o direito como um conjunto de leis, sendo estas aquelas feitas pelo soberano. No entanto, Bentham defende a codificação como forma de dar segurança ao sistema, e Austin não considera o *common law* irracional, pois é delegado pelo soberano. Ademais, Bentham se preocupa em tecer críticas ao direito natural através da negação da existência de leis naturais, enquanto o foco de Austin é uma preocupação metodológica de distinção entre direito e moral.

Uma vez concretizado um primeiro trabalho do positivismo jurídico de delimitar o objeto do direito, vinculando-o ao direito posto pelo soberano, refutando o pensamento jusnaturalista de um lado, e estabelecendo a distinção entre a existência e o conteúdo das normas de outro, foi possível a teoria juspositivista do século XX avançar sobre novos aspectos.

O principal pensador do positivismo jurídico da primeira metade do século XX foi sem sombra de dúvida Hans Kelsen (1881 – 1973). A *Teoria Pura do Direito*, mais do que a sua principal obra escrita, é um projeto de definição do direito enquanto ciência.

Um esclarecimento inicial necessário em relação à pureza referida. O que Kelsen pretende elaborar é uma teoria pura do direito, e não uma teoria do

⁴⁰ Ibid, p. 301.

direito puro.⁴¹ Isto é, a pureza se refere à teoria, à doutrina, à ciência do direito, e não ao direito em si. Kelsen não aceita a existência de direito sem valores⁴²

Aclarado este ponto, vale destacar que teoria kelseniana se baseia na existência de dois mundos distintos: o mundo do ser e o do dever ser. O mundo do ser, que é, por exemplo, o da natureza, há uma ligação direta entre um fato e uma consequência. Se eu solto um corpo no ar, ele cai atraído pela gravidade. Já no mundo do dever ser, como a moral, a religião, o direito, há, entre o fato e a consequência, uma imputação. Assim, para os fenômenos da natureza, vale o princípio da causalidade: se “A”, então “B”. Esse é o campo da proposição, da descrição, da ciência. Por outro lado, para os fenômenos normativos, o princípio aplicável é o da imputação, tipo da norma e fruto da vontade.

Kelsen aprimora a definição de direito do legado positivista, estabelecendo três critérios de delimitação do seu objeto: direito é uma técnica social específica, direito usa a força monopolizada pelo Estado e direito pertence ao mundo do dever⁴³

Direito não tem uma finalidade em si; é uma técnica de controle social, e como técnica, serve a quem a utiliza. O direito é uma técnica de motivação indireta das condutas humanas. Indireta porque o comportamento conforme é obtido através do uso de sanções punitivas socialmente organizadas.

A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição – o princípio da retribuição –, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções.⁴⁴

Disso decorre que a paz produzida pelo direito apenas pode ser relativa, porque ao se entender paz como “ausência de força”, utilizando-se o direito necessariamente da força a paz obtida não pode ser absoluta.

⁴¹ Para este ponto, cf. SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen. Ensaios Introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 2 *et seq.*

⁴² Kelsen refuta a possibilidade de valores morais absolutos, não se podendo determinar um elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais. Nem mesmo valores como “paz” seriam absolutos: “Mas já Heráclito ensinou que a guerra não só é o “pai”, isto é, a origem de tudo, mas também o “rei”, isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta e que a luta, por isso, é justa. E até Jesus diz: “Eu não vim para trazer a paz à terra, mas a discórdia” e, portanto, não proclama de forma alguma, pelo menos para a ordem moral deste mundo, a paz como o valor mais alto.” KELSEN, [1961], p. 46.

No entanto, reconhece que todo direito constitui um valor moral relativo “Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo).” Idem.

⁴³ SGARBI, *Clássicos de Teoria do Direito...*, op. cit. p. 35.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. [1941] São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 225-226.

A paz é uma condição em que a força não é usada. Nesse sentido da palavra, o Direito provê apenas a paz relativa, não absoluta – ele priva o indivíduo do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. A paz do Direito não é uma condição de ausência absoluta de força, um estado de anarquia; é uma condição de um monopólio de força da comunidade⁴⁵

A segunda característica do direito informa que a sanção não é exclusiva do direito, mas ele monopoliza a força. Se a religião monopoliza a força ela se confunde com o direito como em Estados fundamentalistas. A ordem jurídica se diferencia da ordem normativa moral pelo modo mediante o qual prescreve ou proíbe certa conduta.

A questão da necessidade do Direito é idêntica à questão da necessidade do Estado. Pois o estado é uma ordem coercitiva, uma ordem jurídica, relativamente centralizada, relativamente soberana – uma comunidade constituída por tal ordem jurídica. Se o estado for definido como uma organização política, isso significará uma ordem coercitiva. O elemento especificamente político consiste em nada mais que o elemento de coerção.⁴⁶

Pelo terceiro critério, o mundo do ser significa realidade natural (mundo físico), plano existencial determinado pela ocorrência de um nexos naturalístico necessário, o qual o pensamento humano meramente constata. O mundo do dever é o mundo normativo, explicado pelo princípio da imputação.

A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado a uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta, remeto para lei já referida, que descreve a ação do calor sobre os metais. Exemplos de aplicação do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: quando alguém te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido; quando alguém sacrifica a sua vida pela pátria, sua memória deve ser honrada; quando alguém pecou, deve fazer penitência.⁴⁷

Apresentada a sua própria teoria de delimitação do direito, Kelsen passa a apresentar sua estruturação de aplicação do direito, definindo validade e apresentado a dinâmica de aplicação das normas sintetizada na figura da pirâmide normativa e no conceito de norma fundamental.

Validade expressa a compreensão de que determinada norma existe e que, por existir, é juridicamente obrigatória. Para Kelsen há dois tipos de

⁴⁵ Ibid, p. 232

⁴⁶ Ibid, p. 233

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* [1960]. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2003.p. 100.

derivação possíveis: o estático e o dinâmico.⁴⁸ Sistemas jurídicos são dinâmicos porque as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por competência e delegação de competência. Nos sistemas estáticos, como os morais, a derivação normativa é dada por uma sequência de deduções lógicas (ilações)

As normas de um ordenamento do primeiro tipo [estático], quer dizer, a conduta dos indivíduos por ela determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicá-lo moral ou fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor ao próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta., porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral compreensiva. Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo de uma norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica. Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático. (...)

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental..⁴⁹

Seguindo o sistema dinâmico apresentado, a validade de uma norma pode ser rastreada até se alcançar a Constituição histórica primeira, a primeira constituição daquela ordem jurídica, usualmente marcada por um ato de independência de um Estado frente a outro. Neste final do caminho, poder-se-ia, outra vez, questionar qual seria o fundamento de validade desta constituição histórica primeira, porque, na falta de alguma fundamentação normativa, todas as demais normas perderiam seus respectivos suportes de validade. Essa busca sem fim constitui o “problema da fundamentação normativa”.

É para dar a resposta a este regresso provocado pelo imperativo de se indicar, sempre, a “norma validamente superior” que Kelsen elabora a “teoria da

⁴⁸ Ibid, p. 217-221

⁴⁹ Idem.

norma fundamental”. Segundo Kelsen, a norma fundamental corresponde à postura necessária e intelectual de se considerar válida como marco jurídico-positivo inicial a constituição histórica primeira não mais em disputa, pois esta é uma pressuposição imprescindível para poderem se identificar as normas da ordem jurídica.⁵⁰

Todavia, a “teoria da norma fundamental” não é uma construção totalmente original de Kelsen. Embora já houvesse aparecido com contornos mais definidos em 1920, no seu livro “O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional”, a idéia já fora desenvolvida anteriormente por Alfred Verdross⁵¹, que reconheceu a norma fundamental como uma hipótese relacionada ao material do direito positivo analogamente à hipótese da ciência natural. De toda sorte, importa destacar que, apesar de não ter sido Kelsen o precursor da exposição do tema da norma fundamental em termos iniciais, tendo dela feito uso em seus trabalhos, imprimiu-lhe elaboração pessoal.

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.⁵²

Assim, deve-se pressupor em determinado momento a validade da norma fundamental que estivesse atribuindo validade à constituição histórica não mais em disputa. E a consideração de não estar mais em disputa se vincula ao pertencimento a uma ordem jurídica globalmente eficaz, o que ocorre quando preenchidos dois requisitos: a comprovação de que as normas estão servindo de

⁵⁰ SGARBI, *Hans Kelsen. Ensaios...*, op. cit., p. 13.

⁵¹ Cf. KELSEN, Hans. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. VI.

⁵² KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 224-228.

parâmetro de obediência e; nos casos de não estarem sendo obedecidas, se é possível se observar que os funcionários as estão aplicando.

No primeiro teste, a questão é respondida quando se informa se a norma N está servindo de referência para as condutas. O segundo teste encontra satisfação se responde que os funcionários estão punindo aqueles que não obedeceram à norma N. Se a resposta for positiva, o ordenamento jurídico é eficaz neste caso particular.⁵³

Kelsen dedicou o último capítulo de sua *Teoria Pura* para interpretação do direito, entendendo a interpretação como a operação mental que acompanha a aplicação do direito.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas”.⁵⁴

Kelsen aponta então para o fato de todo ato jurídico de aplicação do direito ser um ato de criação jurídica, sendo em parte determinado pelo direito, em parte, indeterminado. A indeterminação pode ser intencional, quando se fixa um limite máximo e mínimo para uma multa, por exemplo; ou não intencional, já que o sentido verbal de uma norma não é inequívoco.⁵⁵

Assim, em todos os casos de indeterminação, seja ela intencional ou não, há sempre um leque de possibilidades de aplicação jurídica. O direito a aplicar formaria assim uma moldura dentro da qual estariam inseridas as possibilidades de aplicação.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito

⁵³ SGARBI, Hans Kelsen. *Ensaio*.. op. cit. p.20

⁵⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit. p. 245

⁵⁵ *Ibid*, p 246.

todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...)

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito.⁵⁶

Dessa forma Kelsen refuta a visão da teoria tradicional segundo a qual a interpretação poderia produzir uma única solução correta, ajustada. O aplicador escolhe uma dentre as diversas soluções possíveis dentro da moldura.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única solução correta* (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.⁵⁷

O outro grande nome da doutrina juspositivista do século XX, ao lado de Kelsen, é Herbert Hart (1907-1992). Sua principal obra, *The Concept of the Law* (O Conceito de Direito), foi publicada no ano de 1961, fazendo uma revisão das teses de Austin. Hart considerava insuficientes conceitos-chaves da obra de Austin como a definição de direito tida por “ordens baseadas em ameaças”, assim como o “hábito de obediência ao soberano”.

Em um contraste com a idéia kelseniana de “moldura da norma”, vemos que ambos afirmam a discricionariedade do aplicador, embora Kelsen tenha se preocupado com o leque de opções que o direito pode produzir para um determinado caso, e a análise hartiana se centra na vagueza da linguagem, fruto da textura aberta da norma.

A partir do debate gerado por *O Conceito de Direito* com as idéias de Ronald Dworkin, a teoria do direito passa por profundas transformações, levando a edição de uma segunda edição da obra de Hart em 1994 que incorpora um

⁵⁶ Ibid, p.247.

⁵⁷ Ibid, p.248.

pós-escrito trazendo substanciais inovações e esclarecimentos, como se verá adiante⁵⁸.

Pode-se notar até aqui como evoluiu a tradição positivista. Inicialmente focada na refutação de teses jusnaturalistas – Bentham – incorpora preocupações metodológicas de delimitação de seu objeto, distinguindo-o da moral – Austin – para então se dedicar às suas formas de elaboração e aplicação – Kelsen. Veremos agora a contribuição que Hart deu a tradição e que passou a figurar como um marco nas discussões contemporâneas sobre positivismo jurídico.

2.2

O refinamento do positivismo jurídico de Herbert Hart

O objetivo de Hart em *O Conceito de Direito* é expresso desde suas primeiras páginas: aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes, mas relacionados⁵⁹. Para isso, apresenta inicialmente as perplexidades com as quais a teoria do direito tem se deparado na definição de seu objeto e quais seriam suas questões recorrentes. Estas seriam três: a distinção entre direito e ordens baseadas em ameaças, a diferenciação entre obrigação jurídica e obrigação moral, e qual seria o papel das regras no direito.

Hart reconhece a dificuldade de se obter uma definição satisfatória para estas inquietudes, mas sustenta ser possível isolar e caracterizar determinados elementos que seriam comuns a estas respostas⁶⁰. Assim, pretende traçar um “mapa” da teoria jurídica, partindo dos erros da que denomina “teoria imperativa simples”, que tem como Austin como seu principal representante, para então analisar sua principal rival, a teoria de uma conexão necessária entre o direito e a moral.

Desta forma, Hart não pretende dar uma definição de direito, mas “fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão

⁵⁸ Antes mesmo da publicação da edição de 1994, Hart já reconhecia ser um autor um tanto “descuidado” que havia produzido em seus escritos diversas ambigüidades e imprecisões. Cf. PÁRAMO, Juan Ramon. “Entrevista a H. L. Hart”. *Doxa*, n. 5, 1998, p. 343.

⁵⁹ HART, Herbert. *O conceito de direito*. [1961] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 01

⁶⁰ *Ibid*, p.21

das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais”⁶¹

Hart dedica então os três capítulos seguintes a analisar a teoria imperativa simples, elegendo Austin e sua obra *Province of Jurisprudence Determined* como principal alvo, embora reconheça que em certos pontos, para intensificar a crítica, desenvolve alguns de seus argumentos na linha de teóricos posteriores, notadamente Hans Kelsen.⁶² Tal teoria “simples” concebe o direito como ordens coercivas do soberano e Hart vê nela quatro pontos principais de falha.⁶³

Primeiramente, mesmo leis penais - as que mais se assemelham a ordens baseadas em ameaças - com estas não se confundem, já que leis penais também se aplicam àqueles que as criam, e não apenas aos demais. Em segundo lugar, existem outros tipos de direito, como os que conferem poderes para criar e alterar direitos, que não podem ser concebidos como ordens baseadas em ameaças. Além disso, algumas regras jurídicas se diferenciam de ordens desde sua origem, por não possuírem nenhuma prescrição explícita; e, finalmente, a descrição do direito com base num soberano habitualmente obedecido e isento de limitações não é capaz de explicar a continuidade da produção legislativa característica do Estado Moderno.⁶⁴

Algumas soluções apresentadas pela teoria imperativa simples para superar os referidos problemas também não se mostraram satisfatórias. A primeira delas tenta resolver a incompatibilidade entre regras que conferem poderes com a noção de ordens coercivas. Ou bem se alarga o conceito de sanção para nele incluir a nulidade de um negócio jurídico que não observasse tais regras, ou bem se restringe o significado de “lei” para excluir de seu âmbito este tipo de regra, sendo as regras que conferem poderes apenas fragmentos incompletos de ordens coercivas, e não genuínas regras jurídicas.⁶⁵ Hart considera que tal tentativa de reduzir a variedade de regras a uma única forma – ordens baseadas em sanções – paga o elevado preço de distorcer as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem.⁶⁶

⁶¹ Ibid, p.22

⁶² Ibid, p. 23

⁶³ Ibid, p.27 *et seq*

⁶⁴ Ibid, p.89.

⁶⁵ Ibid, p.43.

⁶⁶ Ibid, p.46.

Com relação ao conceito de soberano, colocá-lo como elemento central da idéia de direito traz problemas de identificação e continuidade da produção legislativa. Mesmo considerando que o soberano equivalha ao legislador moderno, o mero hábito de obediência não dá nenhum direito de sucessão a um novo legislador, e não se pode presumir que as ordens de um novo legislador serão obedecidas.⁶⁷

Por fim, embora existam semelhanças entre regras e hábitos, como a idéia de um comportamento geral repetido, um conceito não se reduz ao outro já que a regra não é uma mera convergência de comportamento, mas exige uma atitude crítica reflexiva, um sentimento assumido de obrigação.⁶⁸

Hart conclui, portanto, que a exposição da teoria imperativa simples é o “relato de uma derrota e há obviamente a necessidade de um novo começo”⁶⁹. E completa:

A causa de raiz dessa derrota reside no fato de que os elementos a partir dos quais essa teoria foi construída, nomeadamente as idéias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a idéia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito.⁷⁰

O novo começo proposto por Hart parte da introdução de um novo tipo de regra. Um sistema jurídico complexo é composto por normas de conduta, denominadas primárias, e normas atributivas de poderes ou secundárias.

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, dos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.⁷¹

A noção de sistema jurídico como união de regras primárias e secundárias está vinculada a outros dois elementos na teoria de Hart: a noção de obrigação jurídica e os aspectos internos e externos ao direito. Em relação à

⁶⁷ Ibid, p.64.

⁶⁸ Ibid, p.66.

⁶⁹ Ibid, p.90

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Ibid, p.91.

noção de obrigação jurídica, o autor traça uma linha distintiva entre alguém “ser obrigado a fazer algo” e alguém “ter a obrigação de fazer algo”⁷².

A primeira afirmação está ligada às crenças e motivos que guiam a conduta do sujeito. Assim, quando alguém é obrigado a entregar seu dinheiro a um assaltante, o faz porque crê que algum mal aconteceria a ele caso não o fizesse. Mas não podemos dizer que a vítima tinha a obrigação de entregar o dinheiro. Ter a obrigação de fazer algo independe das crenças e motivos do destinatário, mas traz consigo implícita a existência de uma regra. Assim, o fato da pessoa ter a obrigação de pagar tributos independe de suas crenças, mas da existência de uma regra que assim determina.

Diretamente vinculada a esta distinção está outra, que diferencia pontos de vista interno e externo. O ponto de vista externo é aquele do observador, que pode simplesmente descrever condutas faticamente comprováveis. O ponto de vista interno se vincula ao sentimento assumido de obrigação. Este seria o ponto de vista dos que “não se limitam a anotar e predizer o comportamento conforme as regras, mas que *usam* as regras como padrões de apreciação do comportamento próprio e dos outros”.⁷³ Assim, o observador pode, sem precisar aceitar as regras, afirmar que determinado grupo as aceita e assim referir do exterior ao modo pelo qual eles são afetados por elas, de um ponto de vista interno.⁷⁴

Portanto, a constatação empírica de convergências fáticas é tida como o aspecto externo ao direito, já a relação crítica e a adesão dos participantes representariam seu caráter interno. Assim, por aspecto interno, não compreende uma simples questão de sentimentos, por oposição ao comportamento físico observável externamente, mas uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns.⁷⁵

Uma vez superadas as críticas ao modelo de Austin e caracterizado como elemento central do direito a combinação de normas primárias e secundárias, Hart introduz a sua teoria elementos de fundamento do sistema jurídico, cuja chave de leitura está na regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento é um tipo especial de regra secundária que é aceita e utilizada para identificação de regras primárias de obrigação. Tal regra

⁷² Ibid, p. 92 *et seq*

⁷³ Ibid, p. 108. Grifo do original.

⁷⁴ Ibid, p. 99

⁷⁵ Ibid.

raramente é formulada de forma expressa, enunciada. “Sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.”⁷⁶ É portanto uma regra última, que fornece os critérios pelos quais a validade das demais regras do sistema é avaliada.

Este conceito não se confunde com o de “norma fundamental” cunhado por Kelsen⁷⁷. A regra de reconhecimento é um fato, enquanto a norma fundamental constitui uma pressuposição lógica necessária, já que sua validade é suposta mas não demonstrada⁷⁸. Desta forma, a regra de reconhecimento não pode ser considerada nem suposta válida ou inválida; ela é aceita. A noção de validade é utilizada para regras que se colocam dentro do sistema que satisfazem ou não os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. Mas não se pode questionar a validade da própria regra que faculta os critérios de validade. Ela é simplesmente aceita e praticada como tal.

(...) a regra de reconhecimento é diferente de outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de fato. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido ‘existir’, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato.⁷⁹

Hart assim conclui que a existência de um sistema é uma afirmação de duas faces, sendo uma delas a obediência dos cidadãos comuns e a outra a aceitação pelos funcionários como padrões críticos comuns. Tal dualidade é o reflexo da união de regras primárias e secundárias, num sistema jurídico em que a aceitação das regras como padrões comuns para o grupo pode se desligar da aquiescência passiva dos indivíduos em relação às regras.⁸⁰

Outra contribuição hartiana ao direito foi, com base nas lições de Wittgenstein, identificar uma “textura aberta” da norma no âmbito de sua interpretação. Não há uma formulação de uma teoria completa da interpretação, mas o fornecimento de elementos essenciais para compreensão do problema da linguagem no direito. Há, no entender de Hart, tanto no direito como em todos os campos da experiência, um limite à natureza da linguagem. Há casos simples,

⁷⁶ Ibid, p.113

⁷⁷ Cf. SGARBI, *Clássicos de Teoria do Direito*, op. cit. p. 135 et seq.

⁷⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 141.

⁷⁹ HART, *O Conceito de Direito*, op. cit. p. 120

⁸⁰ Hart alerta para possibilidade de patologias num sistema jurídico, situação na qual já não existe obediência geral às regras que são válidas segundo critérios usados pelos tribunais Cf. HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 129 et seq

que ocorrem em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, mas há outros casos em que esta clareza inexistente.⁸¹

Assim, a textura aberta do direito significa que há, na realidade, determinadas áreas de condutas em que certos elementos devem ser deixados para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz do caso concreto, entre interesses conflitantes.⁸² Distingue-se assim, uma “zona clara” de aplicação do direito de uma “zona de penumbra”. Os casos da zona de penumbra são aqueles em que o texto legal oferece apenas alguma diretriz, mas de modo incerto, exigindo uma discricionariedade do aplicador, fruto da vagueza da linguagem.⁸³ A incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos gerais.⁸⁴

Neste cenário, haveria dois pontos extremos. Um deles seria o ceticismo sobre regras, segundo o qual as regras seriam meros mitos que camuflam o fato de consistir o direito apenas naquilo que os tribunais predicam; noutro extremo estaria o formalismo, que busca disfarçar a necessidade de escolha na aplicação da regra uma vez fixados os termos gerais.⁸⁵ Para Hart, ambos são exageros que se corrigem e a verdade está no meio, numa posição intermediária na qual as regras cumprem um papel embora em diversos casos deixem uma zona de penumbra para discricionariedade do aplicador, em função de sua textura aberta.⁸⁶

Uma vez derrotada a teoria imperativa simples, reconstruída a sua teoria do direito a partir da união de regras primárias e secundárias, regra de reconhecimento e textura aberta, Hart dedica dois capítulos para analisar aquela que ele considerou como principal rival da primeira teoria, a teoria que considera necessária uma conexão entre direito e moral.

⁸¹ Ibid, p. 139.

⁸² Ibid, p. 148.

⁸³ A vinculação de discricionariedade e zona de penumbra aparece com certa nitidez na edição inicial de *O Conceito de Direito* (1961), mas é apresentada em termos mais flexíveis em outros escritos como em *“Positivism and the separation of Law and Morals”*. Nesse sentido, veja-se WALUCHOW, [1994], p.247 e seg. Voltaremos ao ponto no capítulo seguinte.

⁸⁴ O exemplo dado por Hart é a célebre analogia da proibição de veículos no parque, na qual se tem clareza que se inclui um automóvel no âmbito da proibição, mas restam dúvidas se um patinete ou uma bicicleta estariam ou não incluídos no conceito de ‘veículo’. Cf. HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 139

⁸⁵ Cf. HART, Herbert. “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. In *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford University Press, 1983 , p. 123-144.

⁸⁶ Haveria, no entanto, certa circularidade no pensamento de Hart, uma vez que a regra de reconhecimento depende da prática dos tribunais, que são estabelecidos de acordo com regras secundárias que conferem poderes. Só que estas regras são identificadas a partir da regra de reconhecimento. Assim temos um quadro no qual a regra de reconhecimento depende de regras secundárias que por sua vez dependem da regra de reconhecimento. Nesse sentido cf. SGARBI, *Clássicos de Teoria do Direito*, op.cit. p. 134.

Hart esclarece inicialmente que há uma grande confusão de termos ao se referir a uma “conexão necessária” entre direito e moral. Para Hart “há muitas interpretações possíveis dos termos-chave ‘necessário’ e ‘moral’ e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente”.⁸⁷ Uma avaliação completa de tais termos levaria a análises a questões profundas de filosofia moral, mas a pretensão de Hart é fazer algo menos ambicioso, mas que faculte ao leitor elementos suficientes para formar sua opinião acerca de tais temas. Para isso, propõe uma análise da idéia de justiça, bem como das características distintivas e da relação entre regras jurídicas e morais.

Hart apresenta as noções de “justo” e “injusto” como formas específicas de crítica moral, para, em seguida, indicar as semelhanças e distinções entre direito e moral. Ambos se assemelham na medida em que são vinculantes, independem do consentimento individual e são sustentados por pressão social.⁸⁸ No entanto, regras morais necessitam de importância para se manterem, o que não é necessário para regras jurídicas; aquelas não podem ser deliberadamente alteradas, como estas podem. As violações morais dependem da culpa do agente, enquanto que se concebem violações jurídicas independente de culpa; e por último, a forma da pressão moral normalmente é dada pelo apelo à consciência do indivíduo, sustentados pela culpa e pelo remorso, enquanto o direito se baseia muitas vezes em ameaças.⁸⁹

Feitas as distinções, o autor busca então determinar a forma como ambos se articulam. Conclui haver um conteúdo mínimo de direito natural em todas as ordens jurídicas. Este seria composto por “princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e às suas finalidades.”⁹⁰ Desta forma, uma vez reconhecida a sobrevivência como finalidade, direito e moral devem ter um conteúdo mínimo, afirmado a partir de cinco truísmos (vulnerabilidade humana; igualdade aproximada; altruísmo limitado; recursos limitados e compreensão e força de vontade limitados)⁹¹ Por fim, Hart identifica, para além destas verdades óbvias, algumas coincidências fáticas entre direito e moral, que

⁸⁷ HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 170.

⁸⁸ E acrescenta: o cumprimento de uma obrigação jurídica bem como de uma obrigação moral não é digno de elogio, mas é tomado como ‘coisa corrente’. Ademais, ambas regem os comportamentos dos indivíduos em situações constantes da vida. Cf. HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 187.

⁸⁹ Ibid, p. 188 *et seq.* Apesar de refutar a teoria imperativa simples, Hart não desconsidera o papel da ameaça na caracterização do direito.

⁹⁰ Ibid, p. 209.

⁹¹ Ibid, p. 210 *et seq.*

embora não sejam verdades, são comumente encontradas nos sistemas jurídicos.⁹²

2.3

As primeiras críticas de Dworkin e o início do debate

Seis anos após a publicação de *O Conceito do Direito*, o positivismo jurídico, agora na sua versão hartiana, volta a ser posto no centro do debate com a publicação de *The Model of Rules I* (1967), de Ronald Dworkin. Como destaca Etcheverry, em função do renome que gozava a proposta hartiana e a agudez das críticas dworkianas, estas obras representam o início de um debate sobre o qual correriam rios de tinta e no qual desde então participaram, com maior ou menor intensidade, uma boa parte dos filósofos do direito.⁹³

Dworkin estrutura sua crítica partindo dos conceitos de direito e obrigação jurídica para então traçar aquilo que considera o esqueleto do positivismo, tomando a versão de Hart como referência não só por sua “clareza e elegância”, mas por considerar que em quase todas as áreas de filosofia do direito “o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart.”⁹⁴

Dworkin traça então o esqueleto positivista a partir de três elementos: 1) a definição do direito como um conjunto de regras, identificáveis não pelo seu conteúdo, mas por sua origem (*pedigree*); 2) os casos não cobertos por estas regras não podem ser resolvidos pelo direito, devendo ser decidido por alguma autoridade pública com o exercício de discricionariedade; e 3) existe uma vinculação entre obrigação jurídica e o enquadramento numa regra jurídica válida, não havendo tal regra, também inexistente uma obrigação jurídica.⁹⁵

A este esqueleto, adiciona os elementos incorporados por Hart, como a união de regras primárias e secundárias, a distinção entre aceitação e validade e a existência de uma regra de reconhecimento. Conclui então que a versão hartiana é mais complexa do que a oferecida por Austin e seu teste de validade

⁹² Estas seriam seis: Poder e autoridade; influência moral sobre o direito; interpretação; crítica do direito; princípios de legalidade e justiça; e validade jurídica e resistência contra o direito. Cf. HART, 2001, p 218 *et seq*

⁹³ ETCHEVERRY, *Positivismo Jurídico Incluyente*, op. cit., p.8.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.27

⁹⁵ *Ibid*, p. 28 *et seq*.

de regras é mais sofisticado, mas ambos os teóricos se aproximam ao identificar a existência de limites imprecisos das regras e explicam os casos problemáticos a partir do exercício de poder discricionário do aplicador.

Apresentado seu desenho do positivismo, Dworkin inicia um “ataque geral”⁹⁶ contra ele, e reitera que usará a versão hartiana como alvo. O cerne do ataque está no fato do direito, na visão de Dworkin, ser composto não apenas por regras, como sustentam os positivistas, mas por outros padrões como princípios e políticas.⁹⁷ E para demonstrar a relevância destes padrões, cita dois casos julgados por tribunais americanos nos quais os padrões aplicados para resolver o litígio não foram regras, mas princípios.⁹⁸

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. 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 neste caso em nada contribui para a decisão.⁹⁹

Além desta distinção, Dworkin apresenta outra dimensão diferenciadora das regras e princípios: a dimensão de peso. Os princípios possuiriam uma dimensão de peso que as regras não possuem. Na aplicação de princípios é importante perguntar-se qual peso ele possui num determinado caso ou o quão importante ele é. Já em um conflito de regras, uma delas necessariamente não pode ser válida e deve ser abandonada.¹⁰⁰

A partir de então, Dworkin busca relacionar a idéia de princípio com a de discricionariedade do aplicador, para determinar até que ponto este está vinculado ou não à aplicação de princípios. Para tanto distingue dois sentidos de discricionariedade. Num sentido fraco, ter discricionariedade significa usar o discernimento para aplicar padrões estabelecidos ou o fato de ninguém rever certa decisão. Num sentido forte, significa que o aplicador não está limitado

⁹⁶ Ibid, p. 35.

⁹⁷ Dworkin esclarece que apesar de se referir a “princípios, políticas e outros tipos de padrões”, utilizará frequentemente apenas a expressão “princípios” para se referir a todo este conjunto, salvo quando necessário estabelecer algum tipo de distinção entre eles. *Política* seria o padrão que estabelece um fim a ser alcançado, enquanto *princípio* seria um padrão que deve ser observado por uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão moral. DWORKIN, 2007, p. 36.

⁹⁸ Os exemplos referidos são os casos *Riggs vs. Palmer* (115 N.Y. 506, 22) , no qual se negou o direito de herança ao neto que havia assassinado o avô em nome do princípio de que ninguém pode se valer da sua própria torpeza; e *Henningesen vs. Bloomfield Motors Inc* (32 N.J. 358, 161), no qual se condenou a fabricante de veículos a indenizar o consumidor das despesas decorrentes de um acidente de carro a despeito de cláusula contratual dispondo em sentido contrário, em nome da peculiaridades do caso e exigência de equidade.

⁹⁹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit. p. 39.

¹⁰⁰ Ibid, p. 43.

pelos padrões estabelecidos, e desta forma, nunca pode ser considerado desobediente.¹⁰¹

Dworkin retoma então seu ataque ao positivismo, afirmando que o relevante para o estudo dos princípios é o uso do sentido forte de discricionariedade pelos positivistas. Para estes, os princípios não imporiam obrigações aos juízes, apenas regras o fariam.¹⁰² Os positivistas devem apresentar alguma razão para sustentar que os princípios não podem contar como parte do direito.¹⁰³ Juristas tenderiam a associar direito a regras principalmente pela educação jurídica, que consiste há décadas em ensinar o exame de regras estabelecidas.

Em outro passo, se entendemos os princípios, tal qual propõe Dworkin, como fazendo parte do direito e sendo vinculantes aos aplicadores, teríamos de abandonar a tese forte da discricionariedade e a possibilidade da existência de um teste de pedigree a partir de uma regra suprema para identificação do direito, como a regra de reconhecimento de Hart.

Dworkin finaliza seu primeiro ataque deixando uma série de perguntas em aberto relativas à identificação e aplicação do direito que conte não apenas com regras, mas também com princípios, e sustenta que o enfrentamento destas questões extrapola o positivismo.

“Essas questões devem ser enfrentadas, mas mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer. Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.”¹⁰⁴

Este é o cenário no qual o debate vai se desenrolar. No centro da questão, o papel dos princípios no direito e a capacidade do positivismo jurídico lidar com eles de maneira satisfatória. Não tardaram a aparecer réplicas a *Model of Rules I*, fazendo com que o debate extrapolasse a questão entre os dois autores e ocupasse os debates de boa parte dos teóricos do direito.

¹⁰¹ O autor ressalva que essa liberdade do aplicador não equivale à licenciosidade nem exclui a crítica. Ibid, p. 53. Para uma análise do conceito de discricionariedade em Dworkin, cf. SGARBI, *Clássicos de Teoria do Direito*, op. cit. p. 157-162

¹⁰² Ibid, p. 55.

¹⁰³ Ibid, p. 58.

¹⁰⁴ Ibid, p. 71-72

A primeira resposta às críticas de Dworkin vem em 1970 em um artigo do professor argentino Genaro Carrió, considerada por alguns a primeira defesa do que seria chamado anos depois de positivismo inclusivo¹⁰⁵. Em *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*¹⁰⁶, Carrió defendia a posição de Hart frente aos ataques de Dworkin.

Nada no conceito de “regras de reconhecimento” obsta, em consequência, para que aceitemos o fato de que critérios efetivamente usados pelos juízes para identificar as regras subordinadas do sistema possam incluir referências ao conteúdo destas. Pode ocorrer que, em uma comunidade dada, os únicos costumes considerados jurídicos ou juridicamente obrigatórios sejam aqueles compatíveis com as exigências da moral. Ou seja, os juízes podem aceitar como válidas somente aquelas leis que, além de terem sido corretamente aprovadas por um corpo com competência para isto, não violem um catálogo escrito de direitos e liberdades individuais.¹⁰⁷

Para ele, a regra de reconhecimento tal qual proposta poderia englobar critérios morais, sem, no entanto, afirmar que determinada norma é jurídica porque está de acordo com moral, e sim por estar de acordo com a regra de reconhecimento que incorpora tal valor. Assim conclui

Seja qual for a força desta objeção, o certo é que a crítica antipositivista que examinamos dirige sua artilharia a um chamado “modelo de regras” que difere substancialmente da teoria que pretende abater. Ainda que se questionem os títulos que esta última tem para ser chamada positivista, não há dúvidas que ela sobrevive indene ao ataque, pela simples razão que este errou o alvo.”¹⁰⁸

Joseph Raz e Rolf Sartorius também buscaram explicar a existência dos princípios a partir da teoria positivista. Raz (1972) sustenta que os positivistas nunca negaram a existência de princípios, porém estes não afastam a discricionariedade judicial como propõe Dworkin, já que ela é inerente à vagueza da linguagem. Raz tenta aclarar a noção de princípio e concorda com Dworkin que há uma distinção lógica entre regra e princípio, já que a primeira prescreve atos relativamente específicos, enquanto o segundo prescreve atos altamente inespecíficos.¹⁰⁹ No entanto, tal fato não esgota a distinção, e por isso Raz oferece um breve guia das diferentes tarefas que os princípios podem cumprir,

¹⁰⁵ ATIENZA e MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico” in *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 27, 2007, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 7-28

¹⁰⁶ CARRIÓ, Genaro. “Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico” in *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, op. cit., p. 197-235

¹⁰⁷ CARRIÓ, Genaro. “Dworkin y el positivismo jurídico” in *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, op. cit. p. 354;

¹⁰⁸ Ibid, p. 234

¹⁰⁹ RAZ, Joseph. “Legal Principles and the Limits of Law”, in *Yale Law Journal*, n.81, 1972, p. 838.

como servir de base para interpretação de leis, para sua alteração, ou para excepcioná-las.¹¹⁰

O ponto principal de divergência entre Raz e Dworkin está na possibilidade de construção de um teste para distinguir o que é direito daquilo que não o é, ou seja, estabelecer os limites do direito. Para Raz, os princípios jurídicos não excluem a discricionariedade judicial, pelo contrário, eles pressupõem sua existência, além de dirigirem-na e guiarem-na. O que há para além disso é uma retórica judicial danosa que muitas vezes faz crer que a discricionariedade está baseada em metas comuns ou valores compartilhados. Raz adverte que tal retórica não deve ser interpretada literalmente, e que esta pode levar a opressão de minorias. O direito deve ser entendido para abarcar a realidade, não a retórica.¹¹¹

Raz propõe ainda uma revisão no critério de identificação do direito de Hart. Um sistema jurídico consiste não apenas de uma regra costumeira dos órgãos de imposição do direito e todas as leis reconhecidas por ela, mas de todas as regras e princípios consuetudinários dos órgãos de imposição do direito e todas as leis reconhecidas por elas¹¹². Assim, a identificação do direito não se basearia em apenas uma regra de reconhecimento, mas num conjunto de regras e princípios.

Sartorius, por sua vez, se aproxima de Dworkin ao negar a discricionariedade judicial, afirmando que o papel do juiz, enquanto juiz, é aplicar o direito. Ele não pode, em nome de princípios democráticos, ser um legislador. “Um legislador que não tem o direito de apelar a nenhuma outra coisa que não sejam padrões jurídicos dotados de autoridade e pré-estabelecidos para justificar suas decisões, simplesmente não é um legislador.”¹¹³

Por outro lado, tal qual Raz, discorda de Dworkin quanto a possibilidade de existência de um critério de identificação do direito. A solução para o que ele chama de “problema do reconhecimento” (*the problem of recognition*) está numa redefinição da regra proposta por Hart. Ela estaria composta por três níveis distintos

Nós podemos realmente ter três fases aqui, como pode ser visto se considerarmos que o teste final poderá identificar como leis válidas (1) os estatutos promulgados por um determinado órgão legislativo (2), os princípios e políticas

¹¹⁰ Ibid, p. 839 *et seq.*

¹¹¹ Ibid, p. 850-851.

¹¹² Ibid, p. 853.

¹¹³ SARTORIUS, Rolf. “Social Policy and Judicial Legislation” *American Philosophical Quarterly*, n.8, 1971, p. 160.

incorporados nas leis válidas de acordo com (1), (3) princípios e políticas "extra-legais" tornados relevantes por leis válidas de acordo com (1) ou (2). Embora o real preenchimento de tal critério seja uma tarefa final complexa e exigente para qualquer sistema jurídico maduro, se é de fato uma possibilidade prática a todos, a única alegação de que precisa ser feita é que é em princípio possível, e que é precisamente essa possibilidade que, em princípio, subjaz à identificação de algo como um padrão jurídico dotado de autoridade.

Embora talvez esteja a uma boa distância da versão de Hart do positivismo, ela está de acordo com o princípio fundamental positivista, tal qual descrito por Dworkin: "O direito de uma comunidade... pode ser identificado e diferenciado por critérios específicos, por testes ligados não com conteúdo... mas com *pedigree*" É também bastante coerente com penetrantes observações de Dworkin sobre a maneira em que defendem a existência de peso de um princípio jurídico, e sua rejeição da estrita dicotomia entre aceitação e validade que resulta do conceito de Hart de uma regra de reconhecimento aceita situada sobre o topo de uma pirâmide de normas válidas."¹¹⁴

Pode-se notar que as primeiras críticas sofridas por Dworkin tentavam demonstrar a possibilidade do positivismo jurídico dar conta da existência e importância dos princípios sem abrir mão de um teste de identificação do direito.

Num segundo momento, no final da década de 70, surgem os primeiros trabalhos preocupados não só com a afirmação da possibilidade de um teste de identificação do direito, mas com a forma pela qual os valores são incorporados ao direito.

2.4

As defesas iniciais de um positivismo inclusivo

Em 1977 são apresentadas duas defesas do positivismo hartiano que buscam dar conta da incorporação de valores no direito: as de Philip Soper e David Lyons. Ambos buscam desmontar a tese da incompatibilidade apresentada por Dworkin.

Soper busca demonstrar a possibilidade de se estender o teste de identificação do direito para identificar os princípios aplicáveis aos casos difíceis, aqueles nos quais o direito não fornece uma resposta precisa e clara, ou que Soper prefere chamar de "casos realmente difíceis" (*really hard cases*): aqueles nos quais a decisão deve ser alcançada com base em padrões que são, por

¹¹⁴ Ibid

definição, inerentemente não convencionais e controversos.¹¹⁵ Após superar uma questão entre os tipos de padrões existentes, Soper enfrenta sua questão central: o que juízes devem fazer nestes casos difíceis e como acomodar o modelo positivista a estas situações? Uma solução apontada pelo autor é recorrer a uma prática social para interpretar a norma, expandido a investigação de uma regra particular e seus objetivos para a observação da totalidade de cada instituição incluindo aí as normas, práticas relevantes e seus objetivos, a partir dos padrões utilizados para obter a melhor solução de um caso concreto.

O teste final para identificar assim se determinado padrão tem o apoio institucional necessário e conta como direito seria bastante complexo, reconhece Soper, mas “simplicidade nunca foi tida como uma das características do modelo teórico positivista”¹¹⁶

Por seu turno, Lyons lança crítica semelhante ao trabalho de Dworkin, por entender que o positivismo jurídico não afasta os padrões morais do direito porque não nega a possibilidade de testes de conteúdo. Para ele, a definição de positivismo dada por Dworkin estaria equivocada. Positivistas não sustentariam que a identificação do direito só se daria por testes de pedigree. A tese positivista é que não é necessário que uma regra satisfaça determinado padrão moral para ser considerada direito. Todavia, não é porque não seja necessária uma qualificação de conteúdo, não significa que ela não possa ocorrer.¹¹⁷

A tese de Lyons é que a interpretação de termos morais pelos juízes pode gerar uma prática que determina aquilo que é ou não direito, e que isso é plenamente compatível com o modelo proposto por Hart. Ele identifica o erro de Dworkin da seguinte forma: apesar de identificar corretamente que positivistas consideram fatos sociais (tal qual a prática dos tribunais e funcionários), os testes de identificação do direito não se confundem com a prática em si dos funcionários. A prática dos funcionários pode incluir quaisquer testes, inclusive os que levem em conta algum conteúdo específico.¹¹⁸

Se Dworkin quer negar o positivismo, ele deve demonstrar que sistemas jurídicos atuais ou possíveis têm características incompatíveis com o desenho apresentado por essa teoria, ou que algum sistema jurídico tenha características que o positivismo negligencia. Apesar de Dworkin tentar demonstrar algumas vezes uma dessas duas coisas, fica claro ao final que sua crítica falha para demonstrar qualquer uma delas. Sua descrição de nosso sistema jurídico não tem

¹¹⁵ SOPER, Philip. “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute” in *Michigan Law Review*, n. 75, 1977, p. 488. Também publicado em COHEN, Marshal. (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New York: Rowman & Allanheld, 1984, p. 3-27.

¹¹⁶ Ibid, p. 510.

¹¹⁷ LYONS, David. “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, n.87, 1977, p. 426.

¹¹⁸ Ibid, p. 425

implicações para sistemas jurídicos em geral, e, como visto, é compatível com a tese positivista.¹¹⁹

Assim, tanto Lyons como Soper recorrem a uma prática social para identificação do direito, ainda que tal prática remeta a valores morais. Tal remissão não seria incompatível com as teses positivistas, embora não possa ser considerada nunca como necessária a identificação do direito. Nesse ponto reside a idéia central do positivismo inclusivo, que se desenvolveu ao longo das décadas de 80 e 90.

¹¹⁹ Idem.