



A filosofia do direito em circunlóquio

The philosophy of law in circumlocution

Francisco Saldanha Lauenstein*¹

RESUMO

A filosofia do direito ainda discute questões ultrapassadas, que remontam ao neo-kantismo de Kelsen, e interpretações supostamente descritivas do direito (“pontos arquimedianos” de Hart), em convencionalismo (Platão), o qual atualmente prende-se no paradigma do consensualismo presumido do contratualismo clássico (Hobbes, Rousseau e Locke) e do neocontratualismo (Rawls, Scanlon, Perelman, Habermas e o próprio Hart). A gnosiologia, predominante no positivismo jurídico, mantém métodos cientificistas, que tentam emular métodos das ciências naturais (século XIX), não permitindo que a hermenêutica (Heidegger e Gadamer) seja adotada e desenvolvida como método próprio e adequado (“ciências do espírito”), ignorando igualmente as importantes consequências da “virada linguística”.

Palavras-chave:

convencionalismo; consensualismo; contratualismo; gnosiologia; hermenêutica.

ABSTRACT

The philosophy of law still discusses outdated issues, which go back to Kelsen's neo-Kantianism, and supposedly descriptive interpretations of law ("Hart's Archimedean points"), in conventionalism (Plato), which currently holds in the paradigm of presumed consensualism. classical contractualism (Hobbes, Rousseau and Locke) and neocontractualism (Rawls, Scanlon, Perelman, Habermas and Hart himself). Gnosiology, predominant in legal positivism, maintains scientific methods, which try to emulate methods of the natural sciences (19th century), not allowing hermeneutics (Heidegger and Gadamer) to be adopted and developed as a proper and adequate method (“sciences of the spirit”), while also ignoring important consequences of the “linguistic turn”.

Keywords:

conventionalism; consensualism; contractualism; gnosiology; hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS, atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça, mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Email: franciscosl@mprs.mp.br



O esquema sujeito-objeto sempre foi considerado o ponto básico da gnosiologia filosófica, a teoria do conhecimento. O que Heidegger propôs é algo revolucionário em termos filosóficos. Até o surgimento da fenomenologia hermenêutica, o esquema sujeito-objeto era algo linear e estático.

Considera-se hoje a interpretação uma apreensão circular e dinâmica, que originou, por isso, o círculo hermenêutico de Hans-Georg Gadamer (GADAMER, 1997), um dos fundadores da Escola de Frankfurt. A gnosiologia kantiana, sujeito com faculdades mentais (KANT, 1997) evoluiu para hermenêutica (sujeito com consciência em si e de si – Husserl e Heidegger) em resumo.

Assim, há consciência em si, dentro do homem do momento em que percebe o objeto; e a consciência de si, isto é, de sua história, já que esta lhe influenciou na sua vida e ele a influenciou também. Tal consciência de si permite obter a consciência em si de que o homem possui conceitos pré-formados pela sua história de vida (vivência) com no momento em que constata o objeto, que na verdade, espelha a mistura de homem e vivência ao mesmo tempo.

Portanto, quanto mais conceitos pré-formados pela sua história de vida sem tal consciência de que tais existem, menos o homem compreende o objeto em si, porque tais preconceitos deformam a “visão” sobre o objeto, podendo chegar a “cegar” o sujeito, em casos mais extremos (GADAMER, 1997). Eis o difícil desafio dos estudiosos e operadores do direito, libertar-se de conceitos pré-formados.

2 O PODER FÍSICO E O PODER CONVENCIONAL

Sem maiores elucubrações, o exercício do poder constitui-se do encontro de duas vontades no mesmo sentido. O emissor envia uma mensagem contendo uma ordem que é acatada pelo receptor.

Essa simples constatação pode ser encarada em bases axiomáticas, porque não levanta maiores questões sobre a sua veracidade, tratando-se de variação do esquema básico de comunicação entre indivíduos.

Contudo, algumas premissas estão subentendidas em tal proposição. A primeira premissa da qual descendem as demais, também transparece em termos óbvios, trata-se da mínima inteligência entre emissor e receptor. Ambos devem portar uma aptidão mínima de



raciocínio que permita a emissão de mensagem inteligível e sua consequente recepção e compreensão, caso contrário, não há comunicação (HART, 2001).

Pois bem, ainda sem maiores divagações, a mensagem em si depende de certas condições para que seja emitida. Um mínimo de signos comuns entre os indivíduos deve ser compartilhado para que a mensagem, cumprindo os requisitos de tal convenção compartilhada, seja criada e decodificada (SAUSSURE, 2006). Portanto, a convenção que permite transmissão da mensagem obedece a certos padrões comunicacionais mínimos.

Entretanto, a mensagem em si pode conter variadas significações, desde uma simples conversa entre dois amigos até ordens emitidas. No caso de ordens emitidas - seguidas de sua obediência - ter-se-á a manifestação de poder.

Assim, o exercício do poder trata-se de uma mensagem contendo uma ordem que é emitida pelo emissor e acatada pelo receptor, ambos compartilhando signos comuns em padrões mínimos, o que podemos chamar de língua (HART, 2001).

A língua que permite a comunicação entre os indivíduos trata-se de uma convenção, porque atribui significantes (sons) e significados (representações mentais) a signos (conjunto entre ambos), o que já foi afirmado com segurança por Ferdinand de Saussure no século XIX (SAUSSURE, 2006), sem maiores contestações até os dias atuais, tanto que ainda constitui a base da linguística. O processo de gênese da convenção da língua foi apontado por Saussure como algo mais ou menos aleatório.

Existem, é verdade, as palavras onomatopaicas, que nascem derivadas de sons característicos de fenômenos físicos, mas igualmente, e, em muito maior frequência no léxico de qualquer língua, existem as palavras que não descendem de sons preexistentes, como é o caso, por exemplo, da palavra “cadeira” ou “mesa”. Tais signos nos remetem a significados de objetos, cujos nomes foram escolhidos ao acaso.

Naturalmente, os substantivos abstratos obedecem à mesma ordem de fenômenos, atendendo a critérios de nomenclatura em convenção de gênese aleatória, bastando para tanto que um número considerável de indivíduos nativos da língua passe a atribuir o significante àquele significado, que surgirá o signo, a junção entre ambos (SAUSSURE, 2006). A linguística também identificou mais tarde a ressignificação², reconhecendo, assim, a língua como um

² A doutrina alemã das ditas mutações constitucionais vem influenciando algumas interpretações livres de conceitos pré-formados (Heidegger e Gadamer), como é o caso do reconhecimento do casamento homoafetivo

fenômeno dinâmico (sincronicidade/diacronicidade). O exemplo mais claro é a substantivação de adjetivos, como ocorre com algumas marcas conhecidas de alguns produtos.

Algo parecido ocorre com o poder.

O poder do mais forte fisicamente ou de quem está armado no exemplo de Hart (2001), por exemplo, é algo físico, porque remete a ameaças iníquas, motivo pelo qual a sua ordem é atendida. Nesse caso, a convenção limita-se à forma de comunicação compartilhada entre ambos, porque existe uma concordância entre os presentes de que, se a ordem não for obedecida (ameaça), o emissor estará em condições físicas óbvias de providenciar algum mal prometido ao receptor.

Assim, nesse caso, o mais forte fisicamente ou o assaltante exercem poder não em razão de qualquer convenção em si, mas de circunstâncias físicas óbvias. São as circunstâncias físicas de desigualdade entre forças que remetem à seriedade ou à validade da ordem. É algo visível aos sentidos, não gera maiores discussões, como as palavras onomatopaicas. Ninguém discorda. Tanto que alteradas as condições físicas, altera-se a posição de mando. Imaginemos que o mais fraco demonstre ser hábil em alguma arte marcial, ou mesmo esteja portando uma arma de fogo. De igual forma, no caso do assalto, se a arma do assaltante por algum motivo passar para as mãos da vítima, alteradas estarão as condições físicas. Por consequência, redistribuída a vantagem física, de igual forma, alterado estará o quadro de poder. A superioridade no caso não pertence a qualquer crença de que tal exista, além da força física demonstrada ostensivamente.

Quando há a crença de que uma pessoa é superior à outra, considerada a igualdade de condições físicas, não há outra razão para existência de tal crença do que uma convenção. Nesse caso, a mensagem contendo uma ordem é percebida como tal, porque o emissor é percebido como quem ostenta ascendência sobre o receptor, pelo menos na visão deste (DWORKIN, 2002). Logo, o exercício do poder pressupõe a percepção (física ou convencional), pelo menos entre emissor e receptor, de superioridade (em termos físicos ou convencionais) entre indivíduos. Trata-se de mais uma simples constatação.

Assim, o poder pode ser exercido em termos físicos, a depender da distribuição de forças e de armas que variam muito de acordo com as circunstâncias. Cita-se o conhecido exemplo do mais forte que é atacado enquanto dorme pelo mais fraco no estado de natureza de Hobbes (1974). Mais estável, naturalmente, é o poder exercido baseado em crenças sinceras

constante no conceito de família do art. 226, CF, §§3º e 4º, CF, pelo Supremo Tribunal Federal, o que não foi compreendido por alguns, que rotularam de “ativismo judicial”.



compartilhadas por número considerável de indivíduos. O próprio Hart teve o cuidado de assim qualificar a quantidade de pessoas na crença da comunidade primitiva na “norma de reconhecimento” (2001).

Quando o poder é exercido com fundamento na crença de superioridade e inferioridade trata-se de numa convenção. Em termos convencionais, o mais fraco físico pode ser poderoso, ou o desarmado pode impor temor aos demais, basta que um número razoável de indivíduos atribua a qualidade de superioridade a tal indivíduo.

Ora, pessoas de mesmo *status*, consideradas as circunstâncias físicas iguais, não dão ordens umas às outras, até porque não serão obedecidas, podem até tentar e obter obediência de bom grado eventualmente, mas não é algo que se espere normalmente.

A diferença entre o poder físico e o convencional está na sua gênese, portanto. A atribuição de qualidades superiores a alguém por considerável número de indivíduos faz com que tais indivíduos obedeçam-lhe em condições normais. Logo, e este é o ponto, o poder convencional depende de valores. São os valores (adjetivos) que atribuem qualidade de verdadeiro ou falso (KELSEN, 1999), melhor ou pior, apto ou inapto, superior ou inferior a certas pessoas em relação a outras (KANT, 1997).

Portanto, o poder convencional trata-se de uma relação estável baseada na crença, principalmente do receptor, de que o emissor lhe é superior, melhor, mais apto, tanto que as mensagens de ordem emitidas por este, são compreendidas como tal e obedecidas por aquele. A convenção para ser assim considerada deve ser adotada e compartilhada por número considerável de indivíduos. Este é outro ponto importante.

Não se trata de nenhuma grande novidade o que se está a afirmar. O convencionalismo do direito já era tratado como tal no Livro I da República de Platão (2001), especialmente, no célebre diálogo entre Sócrates e Trasímaco. Trata-se talvez de uma lição esquecida.

3 O DIREITO COMO PODER CONVENCIONAL

Contudo, a mera superioridade atribuída por meio da convenção ao emissor, cujas ordens são obedecidas e talvez até enaltecidas não se traduz em direito. Se fosse assim, a Alemanha nazista poderia ser considerada o exemplo mais acabado de estado de direito (DWORKIN, 2002). Veja-se que os conceitos de justiça ou de direito de Hart, de Kelsen e de

Austin não são aptos para diferenciar o “direito” do *terceiro reich* de outros “direitos”. O grande problema é que o direito é uma convenção de depende de outro signo convencional, a justiça.

Eis o circunlóquio da filosofia do direito.

Trata-se de pontos sutis o que será tratado a seguir. Primeiro, chamar algo de convenção é uma convenção, logo pode se tratar de um semantismo. Segundo o conceito de convenção, assim, pode ser algo inexato e até impossível de definir (DWORKIN, 2017). Terceiro, valores, convenção e língua são conceitos abstratos (DWORKIN, 2017). Quarto, a existência de algumas convenções pressupõe ou depende de convenções que lhes antecedem. Os três primeiros pontos, se mal compreendidos, levam ao relativismo dos conceitos. O quarto ponto contribuirá para aclarar tal relativismo.

Em termos fenomenológicos, as representações mentais dos objetos acontecem na mente do indivíduo, porque este, de acordo com a sua experiência anterior, compreende e representa certas propriedades comuns a tal objeto, logo em termos abstratos. Se alguém fala “cadeira” (significante), os demais pensarão num objeto com quatro pés, um assento mais ou menos quadrado e encosto. Essas são as propriedades básicas do significado “cadeira”, qualquer coisa que possua tais propriedades é uma cadeira para todos os indivíduos que adotem aquela convenção, logo todos compreenderão do que se fala. Verdadeira comunicação sucedeu-se neste caso, porque todos representaram em suas mentes o mesmo objeto (significado).

Portanto, são as propriedades consideradas comuns e específicas entre os mesmos indivíduos da mesma espécie que lhes individualizam e diferenciam dos demais indivíduos de outras espécies e gêneros, tanto que tal se trata do critério de Lineu. Entretanto, conforme o exemplo de Dworkin na famosa tréplica a Hart, nem sempre os mesmos significados são conceituados, conforme as mesmas propriedades. Se alguém entender que livro é algo feito de papel com 30 páginas ou mais, mas outro entender que só será livro algo com mais de 50 páginas, e algum objeto feito em papel visto por ambos contiver 40 páginas, para o primeiro tal será um livro, para o segundo, um encarte. Se um terceiro perguntar o que cada um viu, ouvirá respostas diversas para o mesmo objeto percebido. Logo, neste caso, não se sucedeu verdadeira comunicação.

Para conceitos abstratos, o problema aprofunda-se. Direito para uns possui propriedades diversas do mesmo significante do que para outros, logo se corre o grande risco de sequer se conseguir comunicar-se de forma verdadeira, quando tratamos de tal significado. O signo



“justiça” também envereda por tal problema. Assim, como a compreensão de “cadeira” depende de experiências anteriores, a compreensão de “direito” e “justiça” também dependerá.

A tendência mais óbvia será pensar em tais signos em termos de suas propriedades consideradas mais perceptíveis, isto é, origem, funções, grandezas e consequências³. Dirão: “direito está em” ou “justiça está em”, “direito serve para”, “justiça serve para”, ou “pela justiça se mede” ou o “direito gera sanções”.

É tentador, assim, para alguns teóricos ignorar o signo da justiça para conceituar o direito. Trata-se de um circunlóquio comum. Por coerência, para tais teóricos, o *apartheid*, por exemplo, deveria ser considerado um regime de direito.

O exemplo do ourives e do químico de Dworkin na famosa tréplica a Hart (2017, p. 2102-2103) ajuda a compreender a lógica por trás da “virada linguística”.

O ouro é conceituado pelo ourives por meio de critérios que conceituam o objeto, logo as pessoas seguem tais critérios do ourives para considerar eventual objeto como ouro. Logo, trata-se de uma descoberta semântica, já que de acordo com certos critérios o conceito de ouro surge na mente das pessoas. Entretanto, o conceito de ouro do químico não é uma descoberta semântica: não foi alcançada perguntando quais critérios as pessoas realmente usam para decidir se chamam algo de ouro, não é uma convenção. A afirmação de que o ouro tem certa estrutura atômica é uma descoberta descritiva da química. Logo, o ourives e o químico conceituam o mesmo objeto de formas diferentes, porque pertencem a ciências diferentes⁴.

A epistemologia das “ciências do espírito” deve, portanto, abandonar essa pretensão de equiparação (GADAMER, 1997; DWORKIN, 2017). Neste quartel da história, a aplicação dos pressupostos e conceitos da gnosiologia nas “ciências do espírito” não se justifica mais, *a fortiori*, a partir da chamada “virada linguística”, da fenomenologia de Heidegger e da Semiótica. Hoje, as ciências do espírito reclamam concepções epistemológicas, a partir de um sujeito que se auto-conscientiza e de um objeto mutável, a partir da consciência e percepção do sujeito.

Conforme Henrique Alexander Grassi Keske (2012), ao explicar a concepção de hermenêutica,

³ Algo parecido com as quatro causas aristotélicas explicadas no livro Física.

⁴ A pretensão de equiparar o ourives ao químico é o equívoco do positivismo convencionalista, ao supor que filósofo do direito ao descrever o objeto por pontos arquimedianos chegará ao mesmo conceito do químico, entretanto chegará por meio de critérios a mero conceito semântico.

Seguindo, dessa forma, a partir do pensar de Heidegger, Gadamer amplia, portanto, as concepções que a própria hermenêutica havia elaborado acerca de uma autocompreensão de si mesma para, baseado nessas elaborações prévias, resignificá-la, apontando para o caráter de universalidade do compreender (KESKE, 2012, p. 18).

Por isso, o positivismo conceitua a justiça por critérios de ourives (autoridade), mas supõe que a está conceituando pela técnica do químico, no exemplo de Dworkin (2017).

A língua é uma convenção da qual dependem os valores, os costumes e a cultura de uma comunidade. A atribuição de bom ou ruim a determinado agir só pode existir porque outras pessoas assim o consideraram e transmitiram juízo sobre tal agir, até o ponto em que considerável parte da comunidade concordou ou discordou com tal juízo, quando, então, uma convenção nasceu.

O costume só pode ser assim considerado porque foi transmitido entre as gerações, logo considerável quantidade de pessoas adotou aquele costume, transmitindo entre os contemporâneos e os descendentes. De igual forma, a cultura de um povo.

Veja-se, uma convenção não pressupõe que todos concordem ou se conduzam de acordo com ela, mas que uma considerável quantidade de pessoas lhe reconheça, mesmo que intuitivamente.

4 POSITIVISMO JURÍDICO

Logo, e este é o ponto, a justiça é si um valor e o direito em si é um valor. E mais, são interdependentes reciprocamente. Não se está aqui a defender direito natural ou algo que o valha. Também não se defende realismo ou nominalismo jurídico, escola do direito alternativo ou suas variantes, como se explicará a seguir.

Voltando ao axioma básico: um emissor é obedecido porque é considerado alguém superior pelo receptor da ordem. Trata-se de algo que ninguém pode discordar.

O erro dos teóricos do direito que desconsideram a justiça com imanente ao conceito de direito é se apegarem a alguns desses pontos para traçarem um conceito incompleto de direito. Algo é conceituado em razão de suas propriedades (LIARD, 1979). Algumas propriedades externas não são a totalidade de suas propriedades. É como alguém que deseja conceituar cadeira afirmar que se trata de um objeto contendo três pernas ou um objeto encontrado na sala de jantar. Tal pessoa falhou em conceituar a cadeira, como sabemos.



O positivismo jurídico sempre pressupõe um consensualismo da origem do poder como fonte do direito, o que nunca é muito debatido pelos seus teóricos, exceto alguns poucos, como Marx (1974), Lassale (1998) e Dworkin (2002). O consensualismo do direito positivista já se baseou em reis divinos, imperadores sagrados, senhores feudais, nobres proprietários de servos e de escravos etc. Todas essas fontes do “direito” existiram, porque a elas foram atribuídas por meio de convenção (valoradas, portanto) superioridade em relação aos demais, que as acataram, por motivos religiosos, no mais das vezes.

As leis segregacionistas do “direito” do *terceiro reich* alemão e do “direito” austríaco, o próprio “direito” soviético (ARENDDT, 2013), as leis racistas do sul dos Estados Unidos, o *apartheid* sul africano (HOBSBAWM, 1995), a exploração dos trabalhadores chineses pela indústria chinesa, o atual demócídio da pandemia de COVID-19, tudo se permitiu, porque ainda se pensa com base em raciocínio positivista radical.

Após as atrocidades da segunda guerra mundial, quando o ser humano passou a ser visto e tratado como algo descartável, duras críticas ao purismo positivista jurídico ascenderam. Tais críticas reverberam na ciência do direito até os dias de hoje.

Sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua (PIOVESAN, 2011, p. 37-38).

Alguns teóricos afirmam que o positivismo jurídico somente nasceu no século XIX ou mesmo no século XX, após a fase “racional” do contratualismo político (STRECK, 2009). Entretanto, perquire-se, como conceituar o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, o direito romano pós-clássico? (ALVES, 1998) Jusnaturalismo? Ou realismo jurídico? Nada? A resposta evitada é: positivismo jurídico.

Isso tudo, porque a nobre preocupação do positivismo jurídico concentra-se na grande falha do jusnaturalismo e do realismo jurídico: a segurança jurídica (STRECK, 2009). Assim, a preocupação do positivista é traçar critérios fáceis para separar norma jurídica do que não é norma jurídica, por isso a validade da norma trata-se de conceito fundamental. Com tal objetivo, todos os teóricos positivistas têm a tendência de rechaçar os valores, sempre sob o argumento de que expressam conteúdo heterogêneo, de difícil aferição (DWORKIN, 2002), etc.

A norma jurídica é o que diferencia o direito das normas sociais, normas morais e religiosas etc., justamente, porque essas normas são originadas em valores morais. Entretanto, na operação lógica de atribuir autoridade do direito à norma jurídica, destituída dos valores, sem, portanto, perquirir-lhe sobre o seu conteúdo, o positivismo jurídico acaba sempre ratificando a autoridade do emissor, mesmo que indiretamente ou por meios oblíquos. Logo, a validade da norma jurídica entendida como válida por si só, sem se interessar pelo seu conteúdo, em verdade, ratifica e reconhece o emissor dela como autoridade competente e legítima sempre. Aliás, sequer a legitimidade da autoridade é questionada, já que uma norma lhe legitima.

Na verdade, a mensagem é obedecida porque ao emissor foi atribuída autoridade. Entretanto, o positivismo distorce essa realidade ao afirmar que a mensagem em si é o direito, dispensando de avaliar o seu conteúdo (pois teria de valorar), considerando, assim, o emissor uma fonte do direito por consequência lógica, não interessando a sua legitimidade política.

Disso resulta que direito é o que o emissor diz (DWORKIN, 2002). Normalmente, a origem da fonte primeira da autoridade do emissor é ignorada ou revelada em termos de lógica circular, “num estado democrático de direito”, endossando implicitamente que tal autoridade é boa por si.

5 AUSTIN E A VONTADE DO SOBERANO

Neste ponto, a filosofia do direito de Austin, embora tosca, é mais sincera em admitir a sua limitação. Hart (2001) afirmou que Austin conceituou o direito como expressão da vontade do soberano, fonte de normas jurídica, as quais continham obrigações, que, caso desobedecidas, trariam sanções.

O direito é conceituado em termos de “o direito está em” e o “direito gera sanções”, isto é, o significado do signo “direito” limita-se às propriedades de origem e de consequências. O conteúdo das normas jurídicas igualmente será simplório, serão obrigações de fazer e não fazer. Nada mais.

O próprio Hart demonstrou que Austin estava errado.

6 O CONTRATUALISMO DE HART

Hart recorreu ao consensualismo do contrato social, algo comum no atual positivismo. O positivismo sempre dependeu da autoridade convencional do emissor, mesmo que não admitisse, como se viu acima. O rei divino foi a fonte de direito; o imperador sagrado, maior



dos *patter familias* (COULANGES, 2004), igualmente, foi considerado fonte do direito. Depois os nobres suseranos, também divinizados pela Igreja Católica, passaram a exercer a soberania, até o momento em que o divinismo absolutista do maior dos suseranos unificou os estados nacionais.

Nessa época da unificação dos estados, o consensualismo do contratualismo recebeu roupagem “racional”, por meio dos contratos sociais hipotéticos de Hobbes (1974), Rousseau (2002) e Locke (1978). Houve inúmeros contratualistas.

A norma de reconhecimento de Hart, surgida para saciar a necessidade de segurança jurídica, reconhecida como consensual entre (quase) todos na aldeia primitiva, pode ser interpretada como um contrato social hipotético, em termos próximos ao proposto pelos contratualistas clássicos séculos antes. Até mesmo o estado de natureza do homem da fábula de Hart é possível identificar. O estado pré-civil está no momento anterior à adoção da pedra como convenção onde estariam escritas as normas jurídicas.

Portanto, o fundamento do direito para Hart não é exatamente a norma de reconhecimento, esta pode reconhecer qualquer conteúdo, logo não tem a serventia toda celebrada pelos positivistas hartianos. O fundamento do direito para Hart é o consensualismo (o contrato) estabelecido pelos membros da aldeia primitiva.

Hart, após, no *pos scriptum* (2001) teve de admitir que consentia certos valores nos padrões de conduta social da norma de reconhecimento dos servidores públicos, quando confrontado pelo positivismo *soft* de Dworkin (STAVROPOULOS, 2017). Isso porque chegou próximo, mas não admitiu (vagueza) que o fundamento de existência do âmbito interno do direito e de suas consequências jurídicas fundamentais (conceitos de validade, etc.) das regras secundárias em combinação com as regras primárias, na verdade, seria o consensualismo presumido do seu contrato social.

Para Hart a validade existe em função da eficácia, tanto que as regras secundárias de reconhecimento e de alteração existem para proporcionar valores mínimos de eficácia, cuja plenitude é alcançada por meio da combinação delas entre si e com as regras de julgamento e regras primárias, das quais todas dependem num sistema lógico bem claro e definido.

7 A NORMA QUE SE AUTOVALIDA DE Kelsen

Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito* (1999) de certa forma também fez menção às regras secundárias de alteração e de reconhecimento ao relatar a situação dos indivíduos em

situação objetiva votando uma lei e dos órgãos aplicadores da lei. Kelsen também referiu que a validade da norma decorria justamente do processo legislativo em si, logo do escalonamento das normas, no sentido ascendente, (critério superiores/inferioridade), considerando que as regras não existem sozinhas, cujo resultado é a formação de um sistema normativo.

Os valores dentro das normas jurídicas para Kelsen existiam, tanto que elas passavam valores para os fatos que eram valorados “conforme a norma” ou “contrário à norma”.

Entretanto, Kelsen não conseguiu explicar de onde surgiam tais valores intranormas que eram distribuídos e atribuídos aos fatos resultados da incidência das normas (subsunção), até porque os afastou dos fatos da natureza por meio do princípio da imputação. A explicação para os valores poderia entrar no sistema jurídico por meio da norma fundamental, entretanto Kelsen fundamentou tal norma em algo transcendental, identificado como uma função lógica destinada a fundamentar as demais regras de acordo com o entendimento de que as normas superiores dão validade às inferiores. A norma fundamental de Kelsen tem a função de negar a “poluição” de valores entrando por cima do sistema normativo.

De onde saiu o valor intranormas de Kelsen? O método do direito é puro, logo não passa valores ao objeto de estudo, o princípio da imputação impede que tais valores sejam introduzidos nas normas jurídicas, pois não pertencem à natureza e a norma fundamental é uma figura lógica transcendental (neo-kantismo) que também não pertence à natureza. A norma fundamental é figura lógica e transcendental, na verdade, metafísica, que se destina a uma função de fechar a aporia dos valores intranormas de Kelsen.

Ora, os valores intranormas de Kelsen são extraídos do próprio conceito de sistema normativo positivo em si. Pelo simples fato de ele existir, tem valor, logo tem validade. Assim validade e existência confundem-se, o que é perigoso. As normas do dever ser não pertencem à natureza (Kelsen diz que a natureza é aspecto da realidade, tanto que refere ao princípio da causalidade ao qual obedece, em juízo sintético).

A natureza de Kelsen em verdade é a moral. Assim, como consequência, todas as normas possuem em si *status* de normas fundamentais, isto é, possuem valor lógico transcendental somente. A norma fundamental em si sequer necessitaria existir, pois o sistema positivo valida todas as normas, logo o próprio sistema normativo se auto-valida, porque existe.

Entretanto, e este é o ponto, qual o fundamento da norma fundamental (que fundamenta as demais) de Kelsen? A função da norma de kelsen é “purificar” o sistema normativo



artificialmente. Logo, o positivismo de Kelsen está fundamentado valorativamente no próprio sistema normativo, visto como “algo bom”.

E o positivismo de Hart, embora este evite esclarecer, está fundamentado nos valores éticos pessoais das pessoas em plano individual e coletivo que, em razão disso, celebram um contrato, e passam a obedecer, voluntariamente, às regras como “razão” primária de elas existirem. Ambos, portanto, partem de consensualismo, representado pela validade das normas.

8 CONCLUSÃO

Os sistemas normativos destituídos de normas com conteúdo propostos por Austin, Hart e Kelsen e outros positivistas, em franca tentativa de se livrar dos valores geradores de insegurança jurídica, resultou na validação de todo e qualquer sistema de normas, bastando para tanto que haja autoridade atribuída como fonte, por meio de uma convenção.

Dworkin apontou as falhas aqui tratadas, por meio do famoso “agulhão semântico” do positivismo (2001) e dos pontos arquimedianos (1994), adotados pelos teóricos positivistas, o que permanece até os dias atuais. Entretanto, o próprio Dworkin, quando confrontado sobre os limites da sua interpretação criativa (SARTORIUS, 1971; RAZ, 1972), apelou para o imperativo categórico de Kant (DWORKIN, 1999).

Parte da ciência do direito ainda insiste em tentar adotar métodos próprios das ciências naturais, como se fosse possível, algo que remonta ao século XIX. Alguns teóricos do positivismo jurídico ainda insistem que apenas descrevem o direito, em suposto “ponto arquimediano”, como se fosse possível. Trata-se de um “lombrosismo”, que ainda insiste em medir crânios humanos para definir o criminoso nato.

O consensualismo presumido ou hipotético imaginado por meio de contratos imaginários permanece na filosofia do direito nos dias atuais (John Rawls, Thomas Michael Scanlon e outros) ainda a fundamentar a semântica positivista, de forma a legitimar a convenção. O consensualismo presumido do contratualismo já não é mais suficiente, porque se exige atualmente consenso existente, convencimento em termos reais.

Como resposta, como se resolvesse o problema, o consenso legitimador está surgindo por meio de convencimento argumentativo do público, nos exemplos do auditório universal de Perelman e na teoria discursiva da Habermas (Costa, 2008, p. 21-22), variações do contratualismo, assim como a teoria de Hart.

Circunlóquios que apelam para entes metafísicos (que não existem) teóricos e práticos destinados a meramente resolver aporias das teorias engendradas.

O conceito de justiça e de direito não está nos livros de filosofia do direito, alguns desses livros sequer enfrentam o tema justiça, encarado quase como tabu – um ranço do positivismo jurídico apegado aos métodos cientificistas novecentistas (MARMOR, 2020).⁵

Os problemas atuais do direito devem ser encarados em termos realistas, lógicos e práticos, com atenção científica total aos problemas que realmente importam para a credibilidade do próprio direito como sistema apto a estabelecer em bases justas a paz social, considerada sempre como pressuposto (epistemológico) filosófico a complexidade do ser humano como ponto de partida e ponto de chegada de qualquer proposição teórica. O ser humano percebeu que é o fundamento de toda a ordem jurídica e de todo o poder.

O conceito de direito e de justiça está na proporcionalidade, seus subtestes, ordenando as justificativas racionais internas e externas, para intervenção nos direitos fundamentais, logo considerado o ser humano como fundamento a destinatário da norma. Nada de novo se está a dizer novamente, a proporcionalidade e suas variantes são derivadas diretamente da justiça distributiva de Aristóteles na ética nicomaqueia (2002), a qual foi regastada, não por acaso, depois que o positivismo radical permitiu que as suas normas jurídicas instituíssem o racismo e outras iniquidades.

Signos não perceptíveis aos sentidos recebem a forma humana com suas imperfeições e preconceitos, normalmente, na própria forma de cada qual que a representa. Assim, a hermenêutica gadameriana que considera a complexidade do intérprete, mas sem chegar a cúmulo relativistas em que tudo são conceitos semânticos, deve ser adotada imediatamente ou deve-se desenvolver métodos próprios interpretativos para a ciência do direito, que abandonem os impossíveis pontos arquimedianos.

A complexidade do intérprete é considerada no círculo hermenêutico de Gadamer. Sob tal método interpretativo, surgem evidentes algumas contradições no atual sistema jurídico pretensamente fundado no valor humano. O Código Penal Brasileiro, por exemplo, comina pena mais gravosa para o furto simples (art. 155, *caput*, CP – reclusão de 1 a 4 anos) do que para o homicídio culposo em determinadas condições (art. 121, §3º, CP – detenção de 1 a 3 anos); as lesões corporais leves e culposas são consideradas infrações penais de menor potencial

⁵ Andrei Marmor concorda com as teses de Herbert Hart e de Joseph Raz, especialmente, com a institucionalidade como apoio à regra de reconhecimento.



ofensivo, ostentando penas bem inferiores à conduta típica de subtrair de uma coisa sem violência. A função econômica existe em razão do humano, não obstante permanece dirigindo demasiadamente o direito como um todo, desvalorando, por cúmulo formalista, o próprio homem em relação à coisa. Mais um contrassenso.

Entretanto, tal irracionalidade é aceita pela maioria da comunidade jurídica ou sequer percebida. Logo, conceitos pré-formados estão de fato prejudicando a correta compreensão do objeto.

Os operadores do direito devem ter a plena consciência de seus conceitos pré-formados. O direito nada mais é do que um sistema complexo de manifestação do poder; e poder é sempre foi e sempre será a vontade de um homem sobre outro homem que a aceita.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano - Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. *E-book*. Disponível em: [Origens do Totalitarismo by Arendt, Hannah \(z-lib.org\).pdf](#) Acesso em: 24 abr. 2022.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002a.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo Costa. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. "Hart's Posthumous Reply". **Harvard Law Review**: 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/06/harts-posthumous-reply/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

GADAMER, Hans-georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Espaço 2 Gráfico, 2001.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. (Coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultura, Editor Victor Civita, 1974.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coleção Grandes Mestres do Pensamento. 5º Volume. São Paulo: Editora Formar Ltda, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação de Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. (Coleção Os Pensadores). São Paulo, Abril Cultural, 1980.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. (Coleção Clássicos do Direito). Tradução de Virgílio Duarte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. (coleção os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOMBROSO, Cesare. **O homem Criminoso**. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

MARX, Karl. Manuscritos Econômico-filosóficos e outros textos escolhidos. (Coleção Os Pensadores). Seleção por José Arthur Giannotti. São Paulo, Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

KESKE, Henrique Alexander Grassi. **O Círculo Hermenêutico enquanto ruptura e continuidade do dizer Filosófico**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Filosofia, 2012.

LIARD, Louis. **Lógica**. Tradução de Godofredo Rangel. São Paulo: Edição Nacional, 1979.

MARMOR, Andrei. **Foundations of Institutional Reality**, apresentado no dia 15/10/2020 no Colloquium In Legal, Political, and Social Philosophy da Universidade de Direito de Nova York. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/NYU%20WS%20Paper_%20andrei.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLATÃO. **A República**. 9ª edição. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.



RAZ, Joseph. “**Legal Principles and the Limits of Law**”. Yale Law Journal: 1972.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem da Desigualdade**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. São Paulo: eBooksBrasil.com: 2001. Disponível em <https://professoriedogodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/jean-jackes-russeal-a-origem-da-desigualdade.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SARTORIUS, Rolf. Social Policy and Judicial Legislation. **Revista American Philosophical Quarterly**, 1971, Volume 8, número 2, abril, 1971 (p. 151-160). Disponível em: <https://philpapers.org/rec/SARSPA-3>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye com colaboração de Albert Riedlinger. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

STAVROPOULOS, Nicos. “The debate that never was”. **Harvard Law Review**: 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/06/the-debate-that-never-was/>. Acesso em 24 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teoria das possibilidades à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.